



Urs Kägi\*

## Revision des Kapitalherabsetzungsrechts

### Geplante Änderungen im Entwurf des Bundesrates und bestehender Revisionsbedarf

Langversion des gleichlautenden Beitrags in GesKR Sondernummer 2008, Die grosse Aktienrechtsrevision, 23 ff.

**Zitiervorschlag:** Urs Kägi, Revision des Kapitalherabsetzungsrechts: Geplante Änderungen im Entwurf des Bundesrates und bestehender Revisionsbedarf (Langversion des Beitrags in GesKR Sondernummer 2008, Die grosse Aktienrechtsrevision, 23 ff.), GesKR Online-Beitrag 1/2008, abrufbar unter: [www.geskr.ch](http://www.geskr.ch) (Rubrik «Online-Beiträge»).

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
  1. Ziel und Entstehungsgeschichte der Revision des Kapitalherabsetzungsrechts
  2. Übersicht über den Entwurf
- II. Grundsätzliches zu den Arten von Kapitalherabsetzungen
  1. (Formelle) Formen der Kapitalherabsetzungsverfahren
  2. (Materielle) Arten der Kapitalherabsetzung
  3. Zusammenfassende Übersicht
- III. Die geplante Neuregelung im Einzelnen
  1. «Ordentliche Kapitalherabsetzung» (Ordentliches Kapitalherabsetzungsverfahren)
    - 1.1 Übersicht über den Ablauf des ordentlichen Kapitalherabsetzungsverfahrens
    - 1.2 Gesellschaftsinterne Willensbildung: Öffentlich beurkundete Beschlüsse der Generalversammlung und des Verwaltungsrats
    - 1.3 Gläubigerschutz
    - 1.4 Bilanzielle Behandlung eines Bilanzgewinns – Wird die Schaffung freier Reserven durch Kapitalherabsetzung verunmöglicht?
  2. Die (neue) Kapitalherabsetzung mit Maximalbetrag
    - 2.1 Vorbemerkung: Zur ordentlichen Kapitalerhöhung mit Maximalbetrag
    - 2.2 Kapitalherabsetzung mit Maximalbetrag
  3. Verfahren bei der «Harmonika» (Herabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung des Kapitals)
    - 3.1 «Harmonika» mit vollumfänglicher Wiedererhöhung
    - 3.2 Herabsetzung auf null und anschliessende Wiedererhöhung zur Sanierung
  4. Verfahren bei Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz
    - 4.1 Voraussetzungen
    - 4.2 Ausgestaltung des vereinfachten Verfahrens
- IV. Bestehender Revisionsbedarf
  1. Ungenügender materieller Gläubigerschutz – übertriebene und bloss kostspielige Formalien
    - 1.1 Allgemeines
      - 1.2 Untaugliche Prüfungsbestätigung betreffend Gläubigerdeckung
      - 1.3 Ungenügende Regelung der Sicherstellung: Vorschlag einer Sicherstellungsreserve
      - 1.4 Verbesserungsfähige Publizität des Schuldenerufes
      - 1.5 Verfehltes Erfordernis der öffentlichen Beurkundung des feststellenden und statutenändernden Verwaltungsratsbeschlusses
    2. Vergessene Regelung der Kapitalherabsetzung mit Aktienrückkauf
      - 2.1 Ungeklärte Fragen beim Aktienrückkauf zur Vernichtung
      - 2.2 Analyse der neuen Bestimmungen
      - 2.3 Lösung
    3. Exkurs: Fehlende «Herabsetzbarkeit» der neuen Kapitalreserve
  5. Abschliessende Würdigung
  - VI. Anhang: Vorgeschlagene Gesetzesänderungen

## I. Einleitung

### 1. Ziel und Entstehungsgeschichte der Revision des Kapitalherabsetzungsrechts

Der Entwurf des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 zur sog. «grossen Aktienrechtsrevision» (E-OR)<sup>1</sup> *re-gelt die Kapitalherabsetzung (KH) – jedenfalls formal – grundlegend neu*. Laut Botschaft des Bundesrates<sup>2</sup> liegen die Mängel, die diese Neuordnung erforderlich machen, **hauptsächlich darin, dass das geltende Recht** einerseits nur eine rudimentäre, mit Unklarheiten und Lücken behaftete Regelung aufweist, andererseits auch sachlich problematische Bestimmungen enthält.<sup>3</sup>

Der Vorentwurf (VE-OR)<sup>4</sup> hatte bereits eine umfassende Neuregelung des Kapitalherabsetzungsrechts vorgesehen, während der vorgängige Expertenbericht die KH nur rudimentär behandelte (abgesehen vom neuen, hier

\* Lic. iur. Urs Kägi, Rechtsanwalt, Bär & Karrer AG, Zürich.

<sup>1</sup> BBl 2008, 1751 ff.

<sup>2</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2008, 1589 ff.

<sup>3</sup> Botschaft (FN 2), 1648. Namentlich erwähnt wird die Regelung, dass heute der Prüfungsbericht vor dem Schuldeneruf zu erstellen ist.

<sup>4</sup> Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts vom 2. Dezember 2005.

nicht behandelten Kapitalband).<sup>5</sup> Die Vernehmlassung hat dazu geführt, dass einige Verschlimmbesserungen korrigiert wurden.<sup>6</sup> Trotzdem besteht aber immer noch *erheblicher Revisionsbedarf*, da einige überkommene Institute nicht grundlegend überdacht wurden.<sup>7</sup>

## 2. Übersicht über den Entwurf

*Systematisch* sticht ins Auge, dass die KH nicht wie bislang in den Art. 732 ff. OR in einem eigenen Abschnitt, sondern neu – anschliessend an die Bestimmungen zur Kapitalerhöhung – *in den Art. 653j ff. E-OR* geregelt ist. Zu bedauern ist im Sinne eines «Schönheitsfehlers», dass die überkommene, dem Aktienrecht von 1936 entstammende formale Systematik<sup>8</sup> nicht konsequenter bereinigt wurde; dies betrifft insbesondere auch die Nummerierung (die im Entwurf unnötig bis zu Art. 653y führt, während sich auf der anderen Seite gestrichene Artikel häufen<sup>9</sup>). Hier ist (zumindest) auf die Redaktionskommission zu hoffen.<sup>10</sup>

Der neue Randtitel «Kapitalherabsetzung» ist *in drei Teile gegliedert*, nämlich:

1. Ordentliche Kapitalherabsetzung (Art. 653j–653o E-OR),

<sup>5</sup> Verlangt wurde die grundsätzliche Beibehaltung der jetzigen Regelung, wobei das Verfahren demjenigen der ordentlichen KH angepasst werden sollte (HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, Reprax 2002/1, 1 ff., 14). Letzteres ist nun erfolgt, vgl. hinten Kap. III.1.1.

<sup>6</sup> Z.B. die unflexible Vorverlegung des Gläubigerschutzverfahrens einschliesslich Schuldenruf vor die GV (Art. 653k f. VE-OR) oder die faktische Enteignungsmöglichkeit von Aktionären bei der Herabsetzung auf null ausserhalb von Sanierungssituationen (Art. 653p VE-OR).

<sup>7</sup> Vgl. hinten Kap. IV. Der Autor dieses Beitrags hat einige dieser Änderungen bereits in ähnlicher Form in der Vernehmlassung verlangt, vgl. Bär & Karrer, Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 31. Mai 2006 (abrufbar auf [http://www.bj.admin.ch/etc/media-lib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision/vernehmlassung.Par.0005.File.tmp/Weitere\\_05.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/media-lib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision/vernehmlassung.Par.0005.File.tmp/Weitere_05.pdf)), 61 ff.

<sup>8</sup> Sinnvoll wäre ein eigener (Zweiter) Abschnitt «Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals». Nicht kohärent ist ferner, das ordentliche und bedingte Kapitalerhöhung über keinen gemeinsamen Unter-Randtitel «Kapitalerhöhung» verfügen, während die verschiedenen Kapitalherabsetzungstypen unter einem Unter-Randtitel zusammengefasst sind.

<sup>9</sup> Wenigstens sollte jeder (mit römischen Ziff. nummerierte) Unter-Randtitel – besser noch jeder (arabisch nummerierte) Sub-Unter-Randtitel, die selbst noch weiter untergliedert sind – eine eigene Artikelnummer erhalten. Dies lässt sich problemlos dadurch bewerkstelligen, dass der im E-OR gestrichene Art. 651 «reaktiviert» wird sowie die ordentliche Kapitalerhöhung, deren Verteilung auf die Art. 650 und 652 ff. nicht kohärent (und nur historisch erklärbar) ist, unnummeriert wird (in dieser Logik erhielt die KH ihren «eigenen» Art. 652, d.h. Art. 652 sowie Art. 652a ff.). Vorzuziehen ist eine weitergehende, aber ebenfalls «minimalinvasive» Ummummerierung, bei der zusätzlich die 1991 gestrichenen Art. 648, 649, 655 und 658 (evtl. sogar die im E-OR gestrichenen Art. 662–670) nutzbar gemacht werden.

<sup>10</sup> Es erstaunt bei der Unübersichtlichkeit des Randtitels K. im E-OR auch wenig, dass offenbar vergessen wurde, den bisherigen III. Unter-Randtitel (Vorzugsaktien) neu zu nummerieren.

2. Gleichzeitige Herabsetzung und Heraufsetzung des Aktienkapitals (Art. 653p–653q OR),
3. Kapitalherabsetzung im Falle einer Unterbilanz (Art. 653r OR).

Diese Untergliederung ist rein formal neu, liegt jedoch bereits dem heutigen Kapitalherabsetzungsrecht zugrunde.<sup>11</sup> Inhaltlich sind deshalb wenig fundamentale Änderungen zu erwarten – im Detail wurde jedoch einiges modifiziert, was allein schon die gute *Verdoppelung des Gesetzestexts* erahnen lässt. Die praktisch wohl bedeutsamste Änderung im Kapitalherabsetzungsrecht ist allerdings nicht in den hier zu besprechenden Art. 653j ff. E-OR angesiedelt, sondern im *Kapitalband* (Art. 653s ff. E-OR).<sup>12</sup>

## II. Grundsätzliches zu den Arten von Kapitalherabsetzungen

### 1. (Formelle) Formen der Kapitalherabsetzungsverfahren

Im Entwurf wird die Grundform der KH explizit als «ordentliche» KH bezeichnet. Die beiden separat geregelten Spezialformen («Harmonika» und KH im Falle einer Unterbilanz) zeichnen sich aber nicht etwa dadurch aus, dass sie besondere Rechtsfolgen aufweisen;<sup>13</sup> vielmehr handelt es sich um Verfahrenserleichterungen unter speziellen Bedingungen. M.a.W. wäre das Resultat der Spezialformen auch mittels des (aufwändigeren) Verfahrens der ordentlichen Kapitalerhöhung möglich. Richtiger ist es deshalb, von einem *ordentlichen Kapitalherabsetzungsverfahren* – im Gegensatz zu den *erleichterten Kapitalherabsetzungsverfahren* – zu sprechen.<sup>14</sup>

### 2. (Materielle) Arten der Kapitalherabsetzung

Eine KH zeichnet sich dadurch aus, dass (i) auf der Passivseite *Aktienkapital reduziert* wird – buchhalterisch ist damit zwingend (ii) eine *Gegenbuchung* erforderlich, die sowohl auf der Aktivseite (meist durch Verringerung, d.h. Ausschüttung, liquider Mittel oder anderer Aktiven, Erlass von Liberierungsverpflichtungen oder anderer

<sup>11</sup> Wenn auch die sog. «Harmonika», d.h. die gleichzeitige Herab- und Heraufsetzung des Aktienkapitals, bisher nur rudimentär geregelt ist, sieht man von dem im Rahmen der sog. «kleinen Aktienrechtsrevision» (Bundesgesetz vom 16. Dez. 2005 [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], in Kraft seit 1. Januar 2008) geschaffenen Art. 732a OR betreffend die sog. «Phantomaktien» ab.

<sup>12</sup> Dieses betrifft ebenso das Kapitalerhöhungsrecht; vgl. dazu DIETER GERCKE, Das Kapitalband (E-OR Art. 653s–653x OR), in: GesKR Sondernummer, Die grosse Aktienrechtsrevision, 38 ff.

<sup>13</sup> Wie dies etwa im Verhältnis ordentliche Kapitalerhöhung – bedingte Kapitalerhöhung der Fall ist. Ein besonderer Fall ist die Regelung der sog. «Phantomaktien» in Art. 653q E-OR (entsprechend Art. 732a OR), die allerdings richtigerweise unabhängig vom anzuwendenden Verfahren gilt, vgl. hinten Kap. III.3.2 a.E.

<sup>14</sup> Beim Kapitalband (soweit es zur KH benutzt wird) handelt es sich dagegen um ein qualifiziertes Verfahren.

Forderungen) als auch auf der Passivseite (insb. Erhöhung freier Reserven, Umwandlung in Aktionärsdarlehen, Verrechnung mit [als Minusposten verbuchtem]<sup>15</sup> Verlustvortrag). Aus diesen beiden Vorgängen lassen sich zahlreiche Gestaltungsformen ableiten.<sup>16</sup> Art. 653j Abs. 3 E-OR bestimmt für den ersten Vorgang, dass dieser durch Nennwertherabsetzung oder Aktienvernichtung erfolgen kann – die explizite Verankerung dieser Bestimmung ist neu, ohne dass sich materiell etwas ändert. Der zweite Vorgang, im europäischen Recht als «Zweck» der KH bezeichnet,<sup>17</sup> dagegen wird nicht näher spezifiziert. Dies ist symptomatisch für den Entwurf wie für das geltende Recht, da nämlich *innerhalb des ordentlichen KH-Verfahrens weiterhin praktisch nicht zwischen den materiell wesentlichen Arten der KH unterschieden* wird. Es handelt sich dabei um folgende:

- **KH ohne Ausschüttung** (auch «deklarative», «deklaratorische» oder «nominelle» KH). Die durch die KH frei gewordenen Mittel werden hier rein bilanziell «verwendet», d.h. als grundsätzlich frei verwendbarer Eigenkapitalposten (d.h. als Bilanzgewinn bzw. als freie Reserven<sup>18</sup>) eingebucht oder mit Verlustvorträgen verrechnet.<sup>19</sup> Neben «Bilanzkosmetik» besteht die Wirkung darin, dass künftige Dividendenzahlungen leichter möglich sind, indem die bisherige «Sperrwirkung» des Aktienkapitals wegfällt.<sup>20</sup> Einen Spezialfall (aber nicht mehr) stellt die KH zur Beseitigung einer Unterbilanz dar, wofür Art. 735 OR bzw. Art. 635r E-OR ein vereinfachtes KH-Verfahren vorsehen – sehr oft wird nur für diesen Spezialfall der Begriff der «deklarativen» KH verwendet. Für alle anderen<sup>21</sup> KH ohne Ausschüttung gilt das ordentliche KH-Verfahren.

- **KH mit Ausschüttung** (auch «konstitutive», «effektive» oder «materielle» KH): Bei dieser KH werden Mittel «verwendet», indem sie direkt an die Aktionäre ausgeschüttet werden.<sup>22</sup> Gleichgestellt ist der Fall, dass Liberierungspflichten erlassen werden. Wirtschaftlich betrachtet könnte man dies als KH (ohne Ausschüttung) mit anschliessender Dividendenzahlung betrachten – die juristische (und insb. auch die steuerliche) Sichtweise ist anders, es handelt sich aus dieser Perspektive nicht um eine Dividende, sondern um eine *Teilliquidation*. Dies ist – unbefangen betrachtet – eigentlich ein erstaunliches Instrument, werden doch die strengen Ausschüttungsvorschriften, die für Dividenden gelten, einfach beiseite geschoben. So viel Aufwand beim Verfahren betrieben wird, die *materiellen Schutzvorschriften* bei der KH mit Ausschüttung sind *erschreckend tief*: es genügt nach wie vor die Deckung des Fremdkapitals, eine Deckung des (verbleibenden) Aktienkapitals ist nicht erforderlich.<sup>23</sup>
- Als «Hybrid»: **KH mit Aktienrückkauf vor Eintragung der KH** (d.h. durch Vernichtung *eigener* Aktien). Dies ist die praktisch übliche (wenngleich scheinbar nicht gesetzlich anvisierte)<sup>24</sup> Methode der KH «durch Vernichtung von Aktien». Hybrid ist diese Form deshalb, weil einerseits mit dem Aktienrückkauf Mittel an Aktionäre fliessen.<sup>25</sup> Andererseits liegt diese Ausschüttung eigentlich im Erwerb eigener Aktien; anerkennt man diesen als selbständigen Vorgang, wie es die Art. 659 ff. OR an sich

der Unterbilanz verrechnet worden sind) oder zur Schaffung von freien Reserven.

<sup>15</sup> Diese Art der Verbuchung wird nun vorgeschrieben in Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. d E-OR. Traditionell konnte der Verlustvortrag auch auf der Aktivseite gebucht werden.

<sup>16</sup> Der erste Vorgang wird in Art. 653n Ziff. 2 E-OR als «Art und Weise der Kapitalherabsetzung» bezeichnet, der zweite in Art. 653n Ziff. 3 E-OR als «Verwendung der durch die Kapitalherabsetzung frei gewordenen Mittel».

<sup>17</sup> Art. 30 Abs. 2 Kapitalrichtlinie (Zweite Richtlinie 77/91/EWG vom 13. Dezember 1976, Amtsblatt Nr. L 026 vom 31.1.1977, S. 1 ff., geändert durch Richtlinie 2006/68/EG vom 6. September 2006, Amtsblatt Nr. L 264 vom 25.9.2006, S. 32 ff.), ebenso z.B. § 222 Abs. 3 deutsches AktG. Dass dies Art. 653n Ziff. 3 E-OR entspricht, verkennt die Botschaft (FN 2), 1633, völlig.

<sup>18</sup> Freie Reserven im eigentlichen Sinn setzen allerdings einen entsprechenden GV-Beschluss voraus (vgl. Art. 674 Abs. 2 OR). Wurde dies im Herabsetzungsbeschluss nicht explizit so festgelegt, ist richtigerweise ein (erfolgsneutraler) Bilanzgewinn zu verbuchen. Zu dessen Behandlung vgl. hinten Kap. III.1.4.

<sup>19</sup> Die Lehre nimmt insb. an, dass auch die Schaffung von frei verwendbarem Eigenkapital zulässig ist: statt vieler PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2004, § 2 N 335; MICHEL HEINZMANN, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Diss. Freiburg 2004, N 18, m.w.Hw.

<sup>20</sup> Dies insb. unabhängig davon, ob freie Reserven geschaffen werden oder ein Verlustvortrag beseitigt wird (bei letzterem sind natürlich künftige Gewinne erforderlich, bei ersterem die Abwesenheit von Verlusten im Zeitpunkt der Ausschüttung).

<sup>21</sup> Insb. also zur Beseitigung von Verlustvorträgen ohne Vorliegen einer Unterbilanz (d.h., wenn noch nicht sämtliche Reserven mit

<sup>22</sup> Einen Spezialfall der Ausschüttung stellt die Umwandlung des herabgesetzten Aktienkapitals in Aktionärsdarlehen dar. Da die Rückzahlung nicht den Ausschüttungsvorschriften untersteht, handelt es sich ebenfalls um eine KH mit Ausschüttung, auch wenn keine Aktiven an die Aktionäre ausgeschüttet werden. Um eine (im Ergebnis) hybride Form handelt es sich bei der Umwandlung in Aktionärsdarlehen mit (unter Art. 725 OR genügendem) Rangrücktritt.

<sup>23</sup> Vgl. hinten Kap. III.1.3.a, IV.1. Aktiven können somit im Prinzip mittels KH bis an den Rand der Überschuldung abgezogen werden (diese Situation ergibt sich nur bei Gesellschaften mit Unterbilanz, vgl. hinten FN 147). Es ist Aktionären, die weder materielles noch faktisches Organ sind, erlaubt, derartige Anträge zu stellen und in diesem Sinne zu stimmen, ohne dass eine Anfechtung möglich ist oder eine (aktienrechtliche) Verantwortlichkeit besteht. Anders verhält es sich u.U. bei Organen.

<sup>24</sup> Die Nichterwähnung und Nichtregelung des Rückkaufs im Rahmen der KH ist m.E. nur so zu erklären, dass das geltende Gesetz – und auch der E-OR – unrealistisch als Normalfall annehmen, dass die KH *direkt* und unmittelbar durch Rücknahme und Vernichtung von Aktientiteln der Aktionäre erfolgt. Dies bildet dann m.E. kein obligatorisches Kaufgeschäft, sondern ein aktienrechtliches Rücknahme- bzw. Teilliquidationsgeschäft (als Gegenstück zur Zeichnung). Die zurückgenommenen Aktien werden diesfalls nicht noch zwischenzeitlich durch die Gesellschaft gehalten, sondern *eo ipso* vernichtet. Das OR von 1936 ordnete explizit die sofortige Vernichtung solcher Aktien an (Art. 659 Abs. 3 altOR).

<sup>25</sup> Insb. für den Fall der vorgängigen Zuteilung von Put-Optionen wird der dividendenähnliche Charakter betont, vgl. OR Handkommentar-DUBS, Art. 732 N 18.

tun, kann im Vorgang der KH keine Ausschüttung mehr vorliegen, sondern bloss eine Bereinigung der Sperrziffer Aktienkapital durch Vernichtung eigener Aktien. Dies bestätigt auch eine bilanzielle Betrachtung: Werden die eigenen Aktien nicht gerade direkt gegen die Herabsetzung des Aktienkapitals gebucht (was nur in Ausnahmefällen möglich ist<sup>26</sup>), führt die effektive Herabsetzung zu einer Erhöhung des frei verwendbaren Eigenkapitals im Umfang des Herabsetzungsbetrags, ohne dass gleichzeitig eine Ausschüttung stattfindet.<sup>27</sup> Für diesen *in praxi* bedeutsamen Vorgang bestehen heute einige Unsicherheiten, die im E-OR leider weiterhin nicht ausdrücklich geklärt werden (vgl. Kap. IV.1.4).<sup>28</sup>

Es ist ein *zentrales Problem* des Entwurfs wie auch des geltenden Rechts, dass zwischen diesen Typen nicht genügend differenziert wird. Häufig werden zudem (formelle) Verfahrensarten wie das ordentliche KH begrifflich mit (materiellen) Gestaltungstypen gleichgesetzt: So geht das geltende Gesetz wie auch der Entwurf eigentlich davon aus, dass das ordentliche KH-Verfahren für eine KH mit Ausschüttung benutzt wird. Dies stellt zwar den Regelfall dar, ist aber keineswegs zwingend.<sup>29</sup> Sehr häufig wird auch in der Literatur der Begriff der konstitutiven bzw. materiellen KH mit dem ordentlichen Verfahren sowie derjenige der deklarativen KH mit dem vereinfachten Verfahren gleichgesetzt (weshalb hier auf diese wenig aussagekräftigen Begriffe verzichtet wird).<sup>30</sup> Nur für Sonderfälle wie z.B. die KH zur Beseitigung einer Unterbilanz, die aus theoretischer Sicht einen Spezialfall der KH ohne Ausschüttung darstellt, stellt das Gesetz eigene Regelungen auf.

Insb. aus Sicht des *Gläubigerschutzes* ist aber die Unterscheidung von KH mit Ausschüttung und KH ohne Ausschüttung wesentlich: Das Problem der Herabsetzung der Sperrziffer «Aktienkapital» einerseits und das Problem einer (bloss möglichen, nicht aber notwendigen) Ausschüttung andererseits erfordern differenzierte, spezifische und gleichzeitig wirksamere Schutzvorkehrungen, während

heute wie im Entwurf starre und teilweise wenig sinnvolle Formalien vorgeschrieben sind. Dazu hinten Kap. IV.1.

### 3. Zusammenfassende Übersicht

Besser noch lassen sich die verschiedenen (materiellen) Arten der KH und ihr Zusammenspiel mit den verschiedenen Verfahrensarten in einer Matrix darstellen (*siehe Übersicht 1 auf nächster Seite*).

## III. Die geplante Neuregelung im Einzelnen

### 1. «Ordentliche Kapitalherabsetzung» (Ordentliches Kapitalherabsetzungsverfahren)

#### 1.1 Übersicht über den Ablauf des ordentlichen Kapitalherabsetzungsverfahrens

Vergleicht man das heutige KH-Verfahren mit demjenigen des Entwurfs, erkennt man, dass die wesentlichen Elemente nicht grundlegend in Frage gestellt wurden. Neben zahlreichen Detailänderungen fällt jedoch die veränderte Reihenfolge auf (*siehe Übersicht 2 auf nächster Seite*).

Die in der Übersicht 2 aufgezeigte Reihenfolge nach dem Entwurf ist nicht fest: Der *Beschluss der Generalversammlung (GV)* darf auch *am Anfang des Verfahrens* gefasst werden, was bedingt, dass der Prüfungsbericht nicht mehr zwingend der GV vorgelegt werden muss (sondern nur noch dann, wenn er bereits vorliegt, vgl. Art. 653m Abs. 3 E-OR). Es ist zu erwarten, dass dieses Verfahren relativ oft gewählt werden wird.<sup>31</sup> Häufig wird wohl zur Beschleunigung des Verfahrens auch mit dem Schuldenruf vor GV begonnen werden, nämlich zusammen mit der Einberufung der GV, aber der Revisionsbericht noch nicht bis zur GV fertig erstellt werden (Probleme stellen sich allerdings dann, wenn die GV einen höheren Betrag herabsetzen möchte als der Verwaltungsrat<sup>32</sup>). Dies ist das *erste* wesentliche Novum. Zusammen mit der *neu auf einen Monat verkürzten Frist* für die Anmeldung der Forderungen<sup>33</sup> kann damit das KH-Verfahren deutlich beschleunigt werden.

Zwingend – und *zweites* wesentliches Novum – ist jedoch, dass der *Schuldenruf vor der Prüfungsbestätigung* durchgeführt wird, da (neu) der Revisor den Ergebnissen des Schuldenrufs Rechnung tragen muss (Art. 653m

<sup>26</sup> Nämlich bei einer «direkten» Rücknahme, vgl. vorne FN 24. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob heute beim Rückkauf nach beschlossener KH eine Reserve für eigene Aktien gebildet werden muss – mit der neuen Lösung eines Minuspostens (Art. 659a Abs. 4 i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 E-OR) erübrigt sich die Frage, vgl. hinten Kap. IV.2.1.

<sup>27</sup> Vgl. die Analyse hinten in Kap. IV.2.2.c.

<sup>28</sup> Immerhin steht nun im E-OR das Kapitalband, dass flexibler und in vielen Fällen adäquater ist, für diese Art von KH zur Verfügung. Vgl. spezifisch dazu: THOMAS WERLEN/STEFAN SULZER, *Erwerb eigener Aktien*, in: Vogt/Stupp/Dubs (Hrsg.), *Unternehmen – Transaktion – Recht*, Liber Amicorum für Rolf Watter, 493 ff., 506 ff.; sowie in dieser Sondernummer den Beitrag von DIETER GERICKE.

<sup>29</sup> Vgl. etwa CHRISTOPH VON GREYERZ, *Die Aktiengesellschaft*, in: Steiger (Hrsg.), *SPR VIII/2*, Basel 1982, 1 ff., 272 f.; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 53 N 36 f.

<sup>30</sup> So etwa BSK OR II-KÜNG, vor Art. 732–735 N 8; HEINZMANN (FN 19), N 18; dieser Begriff wird deshalb hier vermieden.

<sup>31</sup> Ein VR wird abwägen müssen, ob es besser ist, ohne Ermächtigung der GV Schuldenruf und Prüfungsbestätigung einzuholen oder ohne sämtliche Entscheidungsgrundlagen die KH zu traktandieren. Den Ausschlag geben dürfte aber oft die zeitliche Komponente, so dass (zumindest) mit dem Schuldenruf nicht zugewartet werden wird.

<sup>32</sup> Diesfalls ist der Schuldenruf zu wiederholen. Das Problem besteht heute auch schon mit dem Prüfungsbericht.

<sup>33</sup> Dazu hinten Kap. III.1.3.b.

Übersicht 1

Zweck \ Durchführung	Nennwertherabsetzung	Aktienvernichtung
<b>KH ohne Ausschüttung</b>	bei «Harmonika» (Art. E-OR 653p): <i>(stark) vereinfachtes Verfahren</i> zur Beseitigung einer Unterbilanz (Art. 653r E-OR): <i>vereinfachtes Verfahren</i> sonst: <i>ordentliches Verfahren</i>	bei «Harmonika» mit Herabsetzung auf null <sup>34</sup> zur Sanierung (Art. E-OR 653p): <i>(stark) vereinfachtes Verfahren</i> (sonst: nicht undenkbar, aber untypisch) <sup>35</sup>
<b>KH mit Ausschüttung</b>	bei «Harmonika» (Art. 653p E-OR): <i>(wohl) (stark) vereinfachtes Verfahren</i> sonst: <i>ordentliches Verfahren</i>	(nicht undenkbar, aber untypisch) <sup>36</sup>
<b>Hybrid: KH mit Aktienrückkauf vor Eintragung der KH (d.h. durch Vernichtung eigener Aktien)</b>	Nicht anwendbar <sup>37</sup>	<i>ordentliches Verfahren</i> <sup>38</sup> (zur Beseitigung einer Unterbilanz [Art. 653r E-OR] durch Vernichtung bereits gehaltener eigener Aktien: <i>vereinfachtes Verfahren</i> ) <sup>39</sup>

Übersicht 2

Heutiges Recht	Entwurf
1. <i>Prüfungsbericht eines zugelassenen Revisionsexperten</i> <sup>40</sup> (Art. 732 Abs. 2 und 3 OR)	1. <i>Schuldenruf</i> (Anmeldungsfrist 1 Monat) sowie allfällige <i>Sicherstellung der Gläubiger</i> (Art. 653k E-OR)
2. <i>Beschluss der GV</i> , öffentlich beurkundet (Art. 732 OR)	2. <i>Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten</i> (und ggf. <i>Zwischenbilanz</i> ) (Art. 653m und 653l E-OR)
3. <i>Schuldenruf</i> (Anmeldungsfrist 2 Monate) sowie allfällige <i>Sicherstellung bzw. Befriedigung der Gläubiger</i> (Art. 733 OR);	3. <i>Beschluss der GV</i> , öffentlich beurkundet (Art. 653n E-OR) [oder zeitlich schon an <i>erster Stelle</i> ]
4. Allfällige « <i>Durchführung</i> » der KH (Art. 734 OR), insb. Ausschüttung der durch die KH frei gewordenen Mittel	4. <i>Feststellungs- und Statutenänderungsbeschluss des VR</i> , öffentlich beurkundet (Art. 653o Abs. 1 und 2 E-OR)
5. <i>Öffentliche Feststellungsurkunde</i> (Art. 734 OR)	5. <i>Eintragung im Handelsregister</i> (Art. 653o Abs. 3 und 4 E-OR)
6. <i>Eintragung im Handelsregister</i> (Art. 734 OR)	6. Allfällige « <i>Ausrichtung</i> » der durch die KH frei gewordenen Mittel (Art. 653o Abs. 5 E-OR)

Abs. 2 E-OR). Diese Änderung ist immerhin insofern zu relativieren, als nach einer von BÖCKLI *de lege lata*

vertretenen Meinung der Prüfungsbericht nur in klaren Fällen vor Abschluss des Schuldenrufverfahrens abgefasst werden darf.<sup>41</sup> BÖCKLIS Lösung, von der die

<sup>34</sup> Eigentlich ist die Vorstellung, dass es sich um eine Nennwertherabsetzung auf null handelt, treffender. Unter dem alten Recht entstanden deshalb sog. «Phantomaktien» (vgl. dazu unten Kap. III.3.4 und insb. FN 127); die Vernichtung ist im Gegensatz zu den sonstigen Tatbeständen in der Aktienvernichtung nicht freiwillig, sondern tritt nur kraft besonderer gesetzlicher Grundlage ein (Art. 732a Abs. 1 OR/Art.653q Abs. 1 E-OR) und ist im Handelsregister einzutragen (Art. 57 Abs. 3 HRegV). Die Vernichtung von Titeln wird nur als Ordnungsvorschrift angeordnet.

<sup>35</sup> I.d.R. liegt ein (vorgängiger) Aktienrückkauf vor. Eine Ausnahme stellt die unentgeltliche Rückgabe von Aktientiteln dar (als aktienrechtliches Rücknahme- bzw. Teilliquidationsgeschäft, vgl. dazu oben FN 24), bspw. durch einen Alleinaktionär.

<sup>36</sup> I.d.R. liegt ein (vorgängiger) Aktienrückkauf vor. Eine Ausnahme liegt im Falle eines (direkten) aktienrechtlichen Rücknahme- bzw. Teilliquidationsgeschäfts vor, vgl. dazu oben FN 24.

<sup>37</sup> Denkbar ist natürlich, dass bei einer Nennwertherabsetzung auch eigene Aktien herabgesetzt werden; die besonderen Fragen der Kapitalherabsetzung mit Aktienrückkauf (d.h. die allfällige Befreiung von den Art. 659 ff. OR) stellen sich aber von vornherein

nur bei beim Rückkauf zur Vernichtung. Bei der Nennwertherabsetzung richtet sich das Verfahren danach, ob eine Kapitalherabsetzung mit oder ohne Ausschüttung vorliegt.

<sup>38</sup> Eine «Harmonika» ist zwar theoretisch möglich, aber praktisch kaum denkbar (diesfalls würden eher die eigenen Aktien verkauft).

<sup>39</sup> Diesfalls erfolgt der Rückkauf nicht im Hinblick auf die Kapitalherabsetzung, sondern typischerweise lange vorher: Der Rückkauf muss vor Eintreten der Unterbilanz stattgefunden haben, als noch freie Reserven (Art. 659 Abs. 1 OR) vorhanden waren. Die Frage einer allfälligen Befreiung von den Art. 659 ff. OR stellt sich hier von vornherein nicht.

<sup>40</sup> Vor der «kleinen Aktienrechtsrevision» (FN 11): Besonderer Revisionsbericht eines besonders befähigten Revisors.

<sup>41</sup> BÖCKLI (FN 19), § 2 N 360. Diese Meinung ist allerdings m.E. mit dem Gesetzestext nicht zu vereinbaren, legt doch Art. 733 OR die zeitliche Reihenfolge eindeutig fest («Hat die Generalversammlung die Herabsetzung beschlossen, so veröffentlicht der Verwaltungsrat...»).

Botschaft auszugehen scheint,<sup>42</sup> liegt darin, dass er ein Verfahren mit zwei GV-Beschlüssen fordert – zuerst soll ein Grundsatzbeschluss ohne, dann ein Durchführungsbeschluss mit Prüfungsbericht gefasst werden.<sup>43</sup>

*Drittes* wesentliches Novum ist, dass das Verfahren demjenigen der ordentlichen Kapitalerhöhung angeglichen wurde, indem die *eigentliche Statutenänderung nun vom Verwaltungsrat (VR)* und nicht mehr der GV beschlossen wird. Das neu gestaltete Verfahren eröffnet (wie bei der ordentlichen Kapitalerhöhung) neue Gestaltungsmöglichkeiten, nämlich die *KH mit Maximalbetrag*. Vgl. dazu hinten Kap. III.2.

Als *viertes* wesentliches Novum dürfen schliesslich *frei gewordene Mittel erst nach Eintragung der KH ins Handelsregister ausgeschüttet* (oder sonstwie «entrichtet») werden (Art. 653o Abs. 5 OR). Immerhin ist der Zeitpunkt nach geltendem Recht umstritten, ein Teil der Lehre vertritt die neue Lösung bereits heute.<sup>44</sup> Die Rechtslage wird somit entsprechend geklärt. Nach hier vertretener Auffassung bleiben aber vorgezogene Ausschüttungen unter bestimmten Voraussetzungen möglich.<sup>45</sup>

*Zusammenfassend* wird somit für die zeitliche Reihenfolge im Wesentlichen die bereits *de lege lata insb. von BÖCKLI geforderte Lösung eingeführt*. Das BÖCKLISCHE Verfahren mit zwei GV-Beschlüssen wird jedoch obsolet, weil die Prüfungsbestätigung nicht mehr zwingend der GV vorgelegt werden muss und der zweite Beschluss vom VR gefasst werden kann, wie von BÖCKLI *de lege ferenda* verlangt.<sup>46</sup> Unbeachtet scheint dabei geblieben zu sein, dass der gleiche Autor *de lege ferenda* auch die Änderung des Inhalts der Prüfungsbestätigung sowie die Durchführung des Schuldenrufs erst nach der KH gefordert hatte.<sup>47</sup>

## 1.2 Gesellschaftsinterne Willensbildung: Öffentlich beurkundete Beschlüsse der Generalversammlung und des Verwaltungsrats

Das Beschlussverfahren im ordentlichen KH-Verfahren wurde wie erwähnt demjenigen der ordentlichen Kapitalerhöhung angeglichen. Dies hat *folgende Neuerungen* zur Folge:

- Die GV beschliesst (weiterhin) über die Leitplanken (Art. 653j E-OR; Art. 653n E-OR verlangt öffentliche Beurkundung stellt dafür detaillierte Anforderungen an den Beschlussinhalt auf), neu aber *nicht mehr (technisch) über die Änderung der Statuten*. Im Widerspruch zum EU-Recht gilt weiterhin *kein* qualifiziertes Quorum von Gesetzes wegen.<sup>48</sup>
- Die Statutenänderung<sup>49</sup> beschliesst neu der VR. Die heutige öffentliche Feststellungsurkunde (Art. 734 OR), ein «aktienrechtliches Unikum»<sup>50</sup>, wird nämlich durch einen *Feststellungs- und Statutenänderungsbeschluss des VR* (Art. 653o Abs. 1 und 2 E-OR) ersetzt. Dass dieser Beschluss *öffentlich zu beurkunden* ist, wo doch bereits der GV-Beschluss öffentlich beurkundet wurde, ist aber m.E. wie bei der Kapitalerhöhung ein unnötiger und letztlich kontraproduktiver Formalismus. Vgl. dazu hinten Kap. IV.1.5.
- Wie bereits erwähnt muss über die Prüfungsbestätigung des zugelassenen Revisionsexperten an der GV nur noch *informiert* werden, wenn diese schon vorliegt (Art. 653m Abs. 3 Satz 1 OR). Der zugelassene Revisionsexperte muss nur noch in diesem Fall *anwesend* sein; klargestellt wird, dass die GV auch dann darauf durch einstimmigen Beschluss verzichten kann (Art. 653m Abs. 3 Satz 2 OR).<sup>51</sup>
- Für die *Handelsregisteranmeldung* der KH besteht neu eine Frist: Sie ist *innerhalb von 30 Tagen nach*

<sup>42</sup> Botschaft (FN 2), 1648.

<sup>43</sup> BÖCKLI (FN 19), § 2 N 342 ff. So sinnvoll dieses Vorgehen in gewissen Fällen sein mag, *de lege lata* lässt es sich m.E. nicht vorschreiben; es stellt zwar eine zulässige Gestaltungsmöglichkeit dar (so auch OR Handkommentar-DUBS, Art. 733 N 3), aber nicht mehr. Mangels Gesetzeslücke können nicht einfach zusätzliche Beschlüsse als zwingendes Recht eingeführt werden. Ähnlich wie hier: HEINZMANN (FN 19), N 429 ff.

<sup>44</sup> So insb. ZK-BÜRGI, Art. 734 N 6; BSK OR II-KÜNG, Art. 734 N 7; BÖCKLI (FN 19), § 2 N 366; a.M. (wie hier) etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 29), § 53 N 193 ff.; OR Handkommentar-DUBS, Art. 734 N 1.

<sup>45</sup> Vgl. hinten Kap. III.1.3.e.

<sup>46</sup> BÖCKLI (FN 19), § 2 N 48 ff. (allerdings primär zu einem genehmigten KH-Verfahren). Ebenso der Expertenbericht, vgl. vorne FN 5. Zulässig bleibt ein Verfahren mit einem zweiten GV-Beschluss (zusätzlich zum VR-Beschluss) weiterhin, insb. kann sich die GV im (anfänglichen) KH-Beschluss die nachträgliche Genehmigung in voller Kenntnis des Prüfungsberichts vorbehalten (mit Vorteil nur für den Fall, dass der Schuldenruf zur Anmeldung substantieller Forderungen führt; das eigentliche Resultat des Prüfungsberichts – d.h. Gläubigerdeckung – ist dagegen nicht entscheidend, denn fällt dieses negativ aus, fällt die KH sowieso dahin).

<sup>47</sup> BÖCKLI (FN 19), § 2 N 51 (allerdings primär zu einem genehmigten KH-Verfahren).

<sup>48</sup> Art. 30 i.V.m. Art. 40 Kapitalrichtlinie (FN 17) schreibt ein Mehr von (mindestens) zwei Dritteln der vertretenen Stimmen oder des vertretenen Kapitals vor; die Mitgliedsstaaten können jedoch auch eine einfache Mehrheit vorschreiben, sofern mindestens die Hälfte des Kapitals vertreten ist. Vgl. auch Botschaft (FN 2), 1633. Anders ist dies beim Kapitalband (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 E-OR).

<sup>49</sup> Strittig dürfte sein, ob der Verwaltungsratsbeschluss bereits Innenwirkung hat oder der Handelsregistereintrag vollumfänglich konstitutiv wirkt (so die Streitfrage zum heutigen ordentlichen Kapitalerhöhungsverfahren, für ersteres etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL [FN 29], § 52 N 176, für letzteres etwa BÖCKLI [FN 19], § 1 N 398, m.w.Hw. Die Frage ist von deutlich geringerer Bedeutung als bei einer Kapitalerhöhung (und muss auch nicht gleich beantwortet werden), da der Aspekt der Ausschüttung ohnehin separat geregelt – und separat zu beurteilen – ist (Art. 653o Abs. 5 E-OR); praktische Relevanz hat sie vor allem für den Spezialfall der (unfreiwilligen) Vernichtung von Aktien bei der Herabsetzung auf null (Art. 653q Abs. 1 E-OR), wo m.E. vieles dafür spricht, dass erst die Eintragung im Handelsregister konstitutiv wirkt (vgl. auch die spezielle Eintragung gemäss Art. 57 Abs. 3 HRegV).

<sup>50</sup> VON GREYERZ (FN 29), 276.

<sup>51</sup> Der Verzicht ergibt sich eigentlich schon heute aus Art. 731 Abs. 2 OR analog; die fehlende explizite Regelung führte aber in der Praxis teilweise zu Unsicherheiten.

der Beschlussfassung des VR vorzunehmen (Art. 653o Abs. 3 E-OR).

- Das neue Kapitalherabsetzungsrecht enthält – anders als bei der ordentlichen Kapitalerhöhung (Art. 650 Abs. 1 OR [drei Monate]/Art. 650 Abs. 3 E-OR [sechs Monate<sup>52</sup>]) *keine (explizite) Frist, wie lange der GV-Beschluss bei der Handelsregisteranmeldung maximal zurückliegen darf*. Dies stellt eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes dar, d.h. eine (echte) Lücke (Art. 1 Abs. 2 ZGB).<sup>53</sup> M.E. ist die neue Frist von Art. 650 Abs. 3 E-OR, d.h. sechs Monate, analog anzuwenden; für weitergehende Ermächtigungen steht das Kapitalband (Art. 653s ff. E-OR) zur Verfügung.

### 1.3 Gläubigerschutz<sup>54</sup>

#### a. Materieller Schutz

Der materielle Gläubigerschutz – neben dem prozeduralen, welcher nachfolgend zu behandeln ist – besteht unverändert<sup>55</sup> aus Folgendem:<sup>56</sup>

- Die *Forderungen der Gläubiger* müssen auch nach KH gedeckt sein (Art. 653m Abs. 1 E-OR/Art. 732 Abs. 2 OR). Dieses Schutzniveau ist m.E. für KH mit Ausschüttung (aber nur bei diesen) zu tief, vgl. hinten Kap. IV.1.
- Das *Aktienkapital* darf das gesetzlich vorgesehene Mindestkapital von Fr. 100000 nicht unterschreiten, es sei denn, es werde gleichzeitig durch neues Kapital ersetzt (Art. 653j Abs. 3 E-OR/Art. 732 Abs. 5 OR).

#### b. Schuldenruf und Sicherstellung

Art. 653k E-OR sieht ähnlich wie heute Art. 733 OR vor, dass die Gläubiger durch eine öffentliche Aufforderung darauf hinzuweisen sind, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können; die Pu-

blikation im (SHAB). Die Sicherstellung wurde generell den *Sicherstellungsbestimmungen des Fusionsgesetzes* bei der Fusion (Art. 25 FusG) bzw. bei der Spaltung (Art. 44 f. FusG) angepasst.<sup>57</sup> Allerdings ist zu beachten, dass die Sicherstellung bei der KH nach wie vor Voraussetzung dafür ist, dass diese durchgeführt (und im Handelsregister eingetragen) werden kann, anders als bei Fusion oder Spaltung (dort ist erst *nach* Rechtswirksamkeit sicherzustellen). Zudem ist eine KH mit Ausschüttung (nicht unbedingt aber eine solche ohne Ausschüttung) ein u.U. deutlich kritischerer Vorgang als eine Fusion oder Spaltung<sup>58</sup>. Die Ausgangs- und Interessenlage ist somit nicht deckungsgleich, was bei der Auslegung zu beachten sein wird.

Im einzelnen ist Folgendes zu bemerken:

- Die *Anmeldungsfrist* wird *von zwei Monaten auf einen verkürzt* (dies auch eine Neuerung gegenüber dem Vorentwurf), was insofern erstaunlich ist, als im Fusionsgesetz drei<sup>59</sup> bzw. zwei<sup>60</sup> Monate vorgeschrieben sind. Würde ein differenzierterer Ansatz der Sicherstellung mit «Abkürzungsmöglichkeit» eingeführt, könnte hier eine kongruentere Lösung gefunden werden.<sup>61</sup>
- Die Publikation durch dreimalige Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB)<sup>62</sup> ist nach wie vor suboptimal und verbesserungsfähig: Vgl. dazu hinten Kap. IV.1.4.
- Der Schuldenruf kann wie erwähnt nun *auch vor dem Herabsetzungsbeschluss der GV erfolgen*; *vergangen* ging aber dabei, *wie weit* er in diesem Fall im Zeitpunkt der GV zurückliegen darf. Dass z.B. eine ein Jahr vor Beschluss durchgeführte Veröffentlichung nicht mehr genügend sein kann, liegt auf der Hand; m.E. sollte das Ende der Anmeldungsfrist nicht mehr als ca. einen Monat zurückliegen.<sup>63/64</sup>
- Anstelle von Sicherstellung *oder* Erfüllung können die Gläubiger nur noch Sicherstellung verlangen

<sup>52</sup> Das neue Recht stellt klar, dass die Frist nur bis zur Anmeldung, nicht bis zur Eintragung läuft. Dass dies bereits heute so in Art. 46 Abs. 1 HRegV geregelt ist (und in Art. 80 Abs. 2 altHRegV geregelt war), scheint die Botschaft zu übersehen (Botschaft [FN 2], 1644).

<sup>53</sup> Falls der Entwurf so Gesetz wird.

<sup>54</sup> Die hier beschriebenen Vorschriften dienen primär dem Gläubigerschutz. Der Prüfungsbericht ist dagegen unter dem heutigen Recht (scheinbar primär) zur Information der Aktionäre konzipiert, was im Entwurf zu Recht etwas entkoppelt wird (vgl. dazu hinten FN 252). Dem Aktionärsschutz dienen hauptsächlich die allgemeinen Grundsätze, insb. die Gleichbehandlung (vgl. etwa HEINZMANN [FN 19], N 509 ff.)

<sup>55</sup> Entgegen einer Äusserung in der Botschaft ist der *Liberierungsumfang* des Aktienkapitals nach wie vor nicht von Belang; Nach der Botschaft soll im Unterschied zum heutigen Recht *nicht* erforderlich sein, dass das Kapital nach Herabsetzung voll liberiert ist (Botschaft [FN 2], 1649). Dem heutigen Recht ist allerdings keine solche Vorschrift zu entnehmen. Die Vollliberierung ist heute einzig Voraussetzung dafür, dass bei einer Harmonika das KH-Verfahren nicht zur Anwendung kommt (Art. 732 Abs. 1 OR *e contrario*); vgl. dazu und zur Klarstellung in Art. 653p Abs. 1 Ziff. 2 E-OR hinten Kap. III.3.1.a und insb. FN 116.

<sup>56</sup> Teilweise materiellen Charakter hat überdies die Sicherstellung.

<sup>57</sup> Diese beiden Regelungen des FusG stimmen allerdings auch nicht völlig überein. Aufgrund der Solidarhaftung ist die Sicherstellung bei der Vermögensübertragung anders gestaltet (vgl. Art. 75 FusG).

<sup>58</sup> Die Spaltung hat zwar auch einen gewissen Ausschüttungscharakter, allerdings bleibt eine subsidiäre Haftung der beteiligten Gesellschaften bestehen (Art. 47 FusG). Bei einer Fusion, wo keine Ausschüttung stattfindet (sondern eine Vermischung der Haftungssubstrate), ist auch die Deckung des Aktienkapitals (und nicht nur der Gläubigerforderungen) relevant (vgl. die Regelung der Sanierungsfusion in Art. 6 FusG).

<sup>59</sup> Art. 25 Abs. 1 FusG.

<sup>60</sup> Art. 46 Abs. 1 FusG.

<sup>61</sup> Dazu hinten Kap. IV.1.3.

<sup>62</sup> Sowie «in einer allfälligen in den Statuten vorgesehenen anderen Form», was in der Praxis kaum je relevant ist.

<sup>63</sup> Vgl. dazu den Regelungsvorschlag in Art. 653j<sup>bis</sup> Abs. 2 i.V.m. Art. 653k Abs. 1 E-OR im Anhang (hinten Kap. VI).

<sup>64</sup> Probleme stellen sich überdies dann, wenn der Beschluss der GV vom (ursprünglich geplanten) Antrag des VR abweicht, vgl. OR Handkommentar-DUBS, Art. 733 N 3.

(Art. 653k Abs. 1 E-OR). Die Gesellschaft kann aber stattdessen erfüllen, wenn die anderen Gläubiger nicht geschädigt werden (Art. 653k Abs. 4 E-OR). Diese Formulierung ist missverständlich<sup>65</sup> – das Wahlrecht der Gesellschaft aber an sich richtig. Beachtet werden muss, dass streng *zwischen Schuld- und Gesellschaftsrecht zu unterscheiden* ist. Nach Schuldrecht bestimmt sich, ob ein Gläubiger Erfüllung verlangen kann. Das Gesellschaftsrecht regelt hingegen, welche Schutzmassnahmen im Fall einer KH zu treffen sind, verändert aber das Schuldrecht nicht; es kann m.a.W. nur die Sicherstellung vorschreiben.<sup>66</sup> Dies bedeutet:

- Trotz dem Wortlaut von Art. 653k Abs. 1 E-OR kann ein Gläubiger für fällige Forderungen natürlich auch im neuen Recht Erfüllung verlangen – gesellschaftsrechtlich ist aber bloss Sicherstellung geboten.<sup>67</sup> Entgegen einer teilweise in der Literatur geäusserten Ansicht<sup>68</sup> ist es sehr wohl möglich, fällige, d.h. schuldrechtlich zu erfüllende, Forderungen gesellschaftsrechtlich bloss sicherzustellen. Gerade bestrittene fällige Forderungen sind Sicherstellungskandidaten *par excellence*.<sup>69</sup>
- Art. 653k Abs. 4 E-OR ändert das Schuldrecht nicht (anders als man aus dem Wortlaut schliessen könnte): Zu seiner Anwendung ist vorausgesetzt, dass die Forderung schuldrechtlich überhaupt erfüllbar ist (Art. 81 OR).<sup>70</sup>
- Art. 653k Abs. 3 E-OR sieht vor, dass die Gesellschaft sich von der Sicherstellung durch den Nachweis befreien kann, dass die *Erfüllung der Forderung durch die KH nicht gefährdet* wird.<sup>71</sup> Interessant ist der Hinweis in der Botschaft, dass dafür im Normalfall die Prüfungsbestätigung des Revisionsexperten (Art. 653m E-OR) genügt: Nur in besonderen Fällen, bspw. bei erst lange nach der Herabsetzung

fällig werdenden Forderungen, reiche diese alleine nicht aus.<sup>72</sup>

- Trotz diesen einzelnen Verbesserungen wurde es leider *versäumt, wichtige und heute umstrittene Punkte* im Zusammenhang mit der Sicherstellung zu klären. Dazu hinten Kap. IV.1.3.

### c. (Allfällige) Zwischenbilanz

Neu wird in Art. 653l E-OR ausdrücklich verlangt, dass die Gesellschaft eine *Zwischenbilanz* erstellen muss, wenn der *Stichtag der letzten Bilanz mehr als sechs Monate zurückliegt*. Nach der Botschaft entspricht dies der heutigen Praxis,<sup>73</sup> wozu allerdings zu sagen ist, dass die Praxis der Handelsregisterämter heute keineswegs völlig einheitlich ist.<sup>74</sup> Die Erstellung erfolgt erleichterten Grundsätzen<sup>75</sup>. Sowohl die Pflicht an sich als auch die Erleichterungen sind beide aus dem Fusionsgesetz bekannt (vgl. Art. 11, 35, 58 FusG).

Hingegen fällt auf, dass anders als bei den fusionsgesetzlichen Bestimmungen keine Pflicht zu einer Zwischenbilanz besteht, wenn der Bilanzstichtag zwar weniger als sechs Monate zurückliegt, aber in der Zwischenzeit *wichtige Veränderungen in der Vermögenslage* aufgetreten sind. Die Aussage der Prüfungsbestätigung, dass die Forderungen der Gläubiger gedeckt sein müssen (Art. 653m Abs. 1 E-OR), ist jedoch auf den Zeitpunkt der Prüfungsbestätigung (und nicht der Bilanz) zu beziehen. Es gehört deshalb zu den Aufgaben des zugelassenen Revisionsexperten, sich zu vergewissern, dass seine Bestätigung im Zeitpunkt ihrer Absage richtig ist.<sup>76</sup>

Massgebend für die Sechsmonatsfrist ist der Zeitpunkt der die KH beschliessenden GV (Art. 653l Abs. 1 E-OR) und nicht etwa die Eintragung in das Handelsregister. Damit ergibt sich ein erheblicher zeitlicher Spielraum – immerhin ist nach hier vertretener Auffassung der Handelsregistereintrag innerhalb von sechs Monaten nach GV-Beschluss vorzunehmen.<sup>77</sup>

<sup>65</sup> Für eine bessere Formulierung vgl. den vorgeschlagenen Art. 653k Abs. 1 E-OR im Anhang (hinten Kap. VI).

<sup>66</sup> Dies wird etwa von HEINZMANN übersehen, vgl. unten FN 68.

<sup>67</sup> M.a.W. kann ein Gläubiger einer fälligen Forderung das KH-Verfahren nicht blockieren, wenn er sichergestellt wurde, und die Erfüllung quasi erpressen.

<sup>68</sup> So HEINZMANN (FN 19), N 319, der aus vertragsrechtlichen Gründen ein Wahlrecht ablehnt sowie behauptet, für Gläubiger fälliger Forderungen ändere sich nichts (N 321). Dabei verkennt er insbesondere die Problematik bestrittener Forderungen.

<sup>69</sup> Zumindest das Bedürfnis dafür ist kaum irgendwo grösser, als wenn ein Prozess hängig ist (z.B. ein grosser Haftpflichtfall) und die eingeklagte Gesellschaft zwischenzeitlich versucht, die Mittel durch KH abzuziehen. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 29), § 53 N 159 gehen zumindest davon aus, dass Gesellschaft und Gläubiger sich statt auf Erfüllung auf Sicherstellung einigen können.

<sup>70</sup> So auch Botschaft (FN 2), 1650; vgl. auch zur Fusion BSK FusG-TRUFFER, Art. 25 N 44.

<sup>71</sup> Dies wird heute von BÖCKLI postuliert (BÖCKLI [FN 19], § 2 N 352).

<sup>72</sup> Botschaft (FN 2), 1650.

<sup>73</sup> Botschaft (FN 2), 1650.

<sup>74</sup> Vgl. BSK OR II-KÜNG, Art. 732 N 6; Treuhandkammer (Hrsg.): Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998 («HWP»), Bd. 4, 68; ausführlich HEINZMANN (FN 19), N 305 ff., insb. 306.

<sup>75</sup> Keine Inventur; Bewertungen brauchen nur nach Massgabe der Veränderungen in den Geschäftsbüchern verändert werden, vorbehaltlich Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und wesentliche Veränderungen (Art. 653l Abs. 2 E-OR).

<sup>76</sup> HEINZMANN vertritt *de lege lata* die Meinung, dass bei «besonderen Ereignissen» eine Zwischenbilanz zu erstellen ist (HEINZMANN [FN 19], N 309). Nach hier vertretener Auffassung ist jedoch nicht in jedem Fall eine Zwischenbilanz erforderlich, sondern es sind (nur) angemessene Prüfungshandlungen durchzuführen, welche die Bestätigung zu untermauern vermögen. Eine Zwischenbilanz ist nur erforderlich, wenn weniger weit gehende Prüfungshandlungen im Einzelfall nicht ausreichen.

<sup>77</sup> Vgl. vorne Kap. III.1.2.



#### d. Prüfungsbestätigung

Der Entwurf sieht weiterhin eine *Prüfungsbestätigung* (er heisst allerdings nicht mehr *Prüfungsbericht*<sup>78</sup>) eines zugelassenen Revisionsexperten vor (Art. 653m E-OR, ähnlich heute Art. 732 Abs. 2 und 3 OR). Zu bedauern ist jedoch, dass die Prüfungsbestätigung nicht grundsätzlich überdacht wurde. Denn in den allermeisten Fällen handelt es sich in der jetzigen Form m.E. um *ein teures, aber unnützes Instrument*. Ohne jeglichen Nutzen ist es bei KH ohne Ausschüttung. Dazu hinten Kap. IV.1.2.

Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken:

- Bestätigt werden muss (nach wie vor), dass die *Forderungen der Gläubiger* nach KH *gedeckt* sein müssen – zu diesem (materiellen) Erfordernis vgl. vorne Kap. III.1.3.a.
- Die Bestätigung soll einerseits *«gestützt auf die Bilanz»* erfolgen (Art. 653m Abs. 1 E-OR), andererseits *den Ergebnissen des Schuldenerufs «Rechnung tragen»* (Art. 653m Abs. 2 E-OR). Damit werden aber mehr Fragen aufgeworfen als geklärt:
  - Unklar bleibt damit, ob eine rein bilanzielle Prüfung zu erfolgen hat, d.h. die Deckung des bilanziellen Fremdkapitals durch die bilanziellen Aktiven. *Auf Seiten der Deckung, d.h. der Aktiven*, kommt eigentlich nur eine bilanzielle Betrachtung in Frage. Im Detail ist dies aber heute umstritten.<sup>79</sup> *Auf Seiten der Gläubigerforderungen* spricht die Botschaft teilweise von Fremdkapital;<sup>80</sup> damit wären eigentlich nicht bilanzierte (und auch nicht zu bilanzierende) Forderungen nicht einzubeziehen, d.h. Eventualverbindlichkeiten, die nur im Anhang offen zu legen sind (vgl. Art. 663b Ziff. 1 OR/Art.959c Abs. 2 Ziff. 10 E-OR).<sup>81</sup> All dies ist jedoch nur

für KH mit Ausschüttung relevant, denn bei KH ohne Ausschüttung (insbesondere im Fall einer Unterbilanz) ist allein der Massstab der Überschuldung nach Art. 725 Abs. 2 OR/725c Abs. 4 E-OR anzuwenden, sofern man dafür überhaupt an der – in diesem Fall besonders verfehlten – Prüfungsbestätigung festhalten will.<sup>82</sup>

- Unklar ist weiter, ob *Liquiditäts- und Erfolgsentwicklung* einzubeziehen (bzw. zu prüfen) sind;<sup>83</sup>
- Unklar ist zudem, ob der zugelassene Revisionsexperte den Ergebnissen des Schuldenerufs derart *«Rechnung tragen»* muss, als er *auch die Erfüllung bzw. Sicherstellung der Forderungen zu bestätigen* hat. Das wäre eigentlich fast die einzige wirklich sinnvolle Bestätigung,<sup>84</sup> nach dem Entwurf sind aber die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen vom Verwaltungsrat festzustellen (Art. 653o Abs. 1 E-OR). Selbstverständlich ist indessen, dass diejenigen Gläubigerforderungen, welche im Schuldenerufverfahren allenfalls neu entdeckt werden, in der Prüfung zu berücksichtigen sind, was m.E. aber nur selten der Fall sein wird.<sup>85</sup>
- Nicht explizit geregelt ist schliesslich der *Zeitpunkt*, auf welchen hin die Bestätigung betreffend Gläubigerdeckung abgegeben wird.<sup>86</sup>
- Die Prüfungsbestätigung muss durch eine *zugelassene Revisionsexpertin oder einen zugelassenen Revisionsexperten* abgefasst werden. Warum dafür kein zugelassener Revisor genügen soll, ist m.E. nach wie vor nicht erkennbar; vgl. dazu hinten Kap. IV.1.2.c.
- Die KH darf nur in das Handelsregister eingetragen werden, *«wenn die Prüfungsbestätigung den gesetzlich verlangten Inhalt aufweist und keine Vorbehalte angebracht werden»* (Art. 653o Abs. 4 E-OR). Das ergibt sich eigentlich schon aus Art. 653m

<sup>78</sup> Dass die Prüfungsbestätigung nicht mehr Prüfungsbericht heisst (wie heute sowie im Vorentwurf), soll wohl verdeutlichen, dass es aus Sicht der Handelsregisterbehörden auf das Resultat der Prüfung ankommt, während das Zustandekommen des Berichts nicht in deren Kognition fällt (wie es auch heutiger Rechtsauffassung entspricht). Vgl. dazu auch unten bei FN 87 und 88.

<sup>79</sup> Richtigerweise ist auf die Fortführungswerte abzustellen, wobei im Falle drohender Überschuldungsgefahr auf die Liquidationswerte zu wechseln ist; die Deckung ist dann also kumulativ zu gewährleisten (anders als in Art. 725 Abs. 2 OR/725c Abs. 4 E-OR); so Treuhandkammer (Hrsg.), HWP (FN 74), Bd. 4, 69 ff. A.M. etwa HEINZMANN (FN 19), N 293 ff., 297 ff. (der jedoch eine falsche Vorstellung von der Wirkung einer KH hat, indem er davon ausgeht, dass eine KH nie zu einer Überschuldung führen könne, vgl. hinten Kap. IV.1.2.a, FN 146).

<sup>80</sup> Botschaft (FN 2), 1649.

<sup>81</sup> Besondere Brisanz erhält dies, weil der Entwurf vorsieht, dass auch nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung bilanziert werden kann (Art. 962 E-OR). Unter IFRS (International Financial Reporting Standards), die der Bundesrat ggf. wohl nach Art. 962a Abs. 5 E-OR anerkennen wird, darf z.B. unter anderem nur dann eine bilanzwirksame Rückstellung angesetzt werden, wenn die Wahrscheinlichkeit eines Mittelabflusses über 50% liegt (International Accounting Standard 37 [2006], para. 10, 14, 23). Ferner ist erforderlich, dass der Betrag des Mit-

telabflusses verlässlich geschätzt werden kann, was übrigens generell auch im Entwurf gilt (Art. 960e Abs. 2 E-OR). M.a.W. kann unter IFRS der Umfang nicht bilanzierter Forderungen erheblich ansteigen. Immerhin wird in der Praxis wegen der damit verbundenen Steuerfolgen wohl nur in Ausnahmefällen eine Bilanzierung nach IFRS zu erwarten sein.

<sup>82</sup> Dazu hinten IV.1.2.

<sup>83</sup> Richtigerweise ist dies im Rahmen der Frage, ob Fortführungs- oder Liquidationswerte anzuwenden sind, zu berücksichtigen, so Treuhandkammer (Hrsg.), HWP (FN 74), Bd. 4, 69 ff., sowie für die Beurteilung der Lücke von Bilanzstichtag zum Zeitpunkt der Bestätigung. Generell eine Liquiditätsprüfung verlangt etwa HEINZMANN (FN 19), N 300 ff., 302.

<sup>84</sup> Vgl. BÖCKLI (FN 19), § 2 N 365.

<sup>85</sup> Vgl. hinten FN 166.

<sup>86</sup> Die Formulierung im Entwurf könnte zum Schluss verleiten, der Bilanzstichtag sei massgebend, modifiziert allein um die Ergebnisse des Schuldenerufs. M.E. ist jedoch die Gläubigerdeckung im Zeitpunkt der Bestätigung *selbst* zu bestätigen, d.h. es ist eine Gegenwartsaussage zu machen (entsprechend müssen bei wesentlichen Bilanzveränderungen geeignete Prüfungshandlungen vorgenommen und u.U. eine neue Zwischenbilanz erstellt werden, vgl. vorne Kap. III.1.3.c und insb. FN 76). **Zur allfälligen Berücksichtigung der Erfolgsentwicklung** vgl. vorne FN 83.

Abs. 1 E-OR; einen eigenen Sinn kann man der Bestimmung höchstens insofern abgewinnen, als dass damit wohl eine volle Kognition in Bezug auf den Prüfungswortlaut bezweckt wird. Dem Handelsregisteramt obliegt bloss eine formelle Prüfung;<sup>87</sup> einen eigenen Sinn kann man der Bestimmung höchstens insofern abgewinnen, als dass damit wohl eine volle Kognition in Bezug auf den Prüfungswortlaut bezweckt wird.<sup>88</sup> Zu präzisieren ist, dass nach richtiger Auslegung des Gesetzes zulässige Vorbehalte bzw. Präzisierungen des Prüfungsurteils zulässig sind.<sup>89</sup>

#### e. Ausschüttungssperre, vorgezogene Ausschüttung (?)

Der Entwurf enthält (nach hier vertretener Auffassung: neu) die Regelung, dass *frei gewordene Mittel erst nach Eintragung der KH ins Handelsregister ausgeschüttet* (oder sonstwie «entrichtet») werden dürfen (Art. 653o Abs. 5 OR).<sup>90</sup> Zu begrüssen ist, dass hier endlich Regeln geschaffen werden, die spezifisch und ausschliesslich die (möglichen) Gefahren von *KH mit Ausschüttung* adressieren, statt indifferent auch *KH ohne Ausschüttung* zu regulieren.

Wichtig ist, dass allein frei «gewordene» Mittel nicht ausgeschüttet werden dürfen. *E contrario* ergibt sich m.E., dass bereits freie Mittel, d.h. im Umfang bestehender freier Reserven oder sonstiger frei verwendbarer Eigenkapitalposten, *schon vorher ausgeschüttet* werden dürfen.<sup>91</sup> In diesem Rahmen darf die Gesellschaft ja ohnehin Mittel als Dividenden ausschütten. Die freien Reserven stehen dann im entsprechenden Umfang bis zur Eintragung der KH nicht mehr für Dividendenzahlungen zur Verfügung, sondern sind (vorübergehend) als gesperrt zu betrachten, bis die KH durchgeführt worden ist (oder die Mittel wieder rückerstattet wurden). Rechtlich (und insb. steuerlich) liegt aber nicht etwa eine Dividendenzahlung und nachträgliche KH ohne Ausschüttung, sondern eine *KH mit vorgezogener Ausschüttung* vor.

Beim Kapitalband bestimmt Art. 653w Abs. 4 E-OR, dass der VR eine KH im Rahmen des Kapitalbands nur

durchführen darf, sofern die «*Forderungen der Gläubiger*» (gemeint ist richtigerweise: deren Befriedigung) dadurch *nicht gefährdet* werden. Dies ist trotz teilweiser Kritik<sup>92</sup> im Grundsatz zutreffend, da es nicht angehen kann, eine Gesellschaft durch eine Ausschüttung in eine Konkursituation zu bringen. Zu präzisieren ist allerdings, dass es allein um eine begründete Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung (Art. 725 Abs. 2 OR/Art. 725a Abs. 1 bzw. Art. 725c Abs. 1 E-OR) gehen kann, welche durch eine *Ausschüttung* entstände. *KH ohne Ausschüttung* sind von Anfang an ohne Belang. Besteht eine derartige begründete Besorgnis, ist nicht etwa das Schuldenrufverfahren einzuleiten,<sup>93</sup> sondern eine Zwischenbilanz bzw. ein Liquiditätsplan zu erstellen, welche die Konsequenzen des Mittelabflusses aufzeigen.<sup>94</sup> M.E. ergibt sich aus der (implizit für das gesamte Verfahren geltenden) materiellen Anforderung der Gläubigerdeckung, dass der VR auch bei einer (ordentlichen) KH mit Ausschüttung den Vollzug einstellen muss, wenn eine solche Gefährdungssituation eintritt. Hier sollte jedoch eine klarere Regelung geschaffen werden.<sup>95</sup>

#### 1.4 Bilanzielle Behandlung eines Bilanzgewinns – Wird die Schaffung freier Reserven durch Kapitalherabsetzung verunmöglicht?

Gemäss Art. 671 Abs. 1 Ziff. 4 E-OR ist ein aus einer KH sich ergebender *Bilanzgewinn der gesetzlichen, grundsätzlich unverwendbaren<sup>96</sup> Kapitalreserve zuzuweisen*. Die h.L. geht hingegen davon aus, dass KH ohne Ausschüttung zugunsten des frei verwendbaren Eigenkapitals möglich sind<sup>97</sup> – sie ignoriert dabei den restriktiveren und nach h.L. verfehlten<sup>98</sup> Art. 732 Abs. 4 OR (demzufolge ein sich aus der KH ergebender Buchgewinn ausschliesslich zu Abschreibungen verwendet werden darf). Ebenso übergeht die h.L. diese Vorschrift bei der KH durch Vernichtung eigener Aktien.<sup>99</sup> Nichts anderes kann unter neuem Recht gelten, denn eine «Kapitalherabsetzung», bei der Aktienkapital in eine unverwendbare Kapitalreserve ungewandelt wird, wäre komplett unsinnig. Die Norm kann deshalb höchstens

<sup>87</sup> Botschaft (FN 2), 1651.

<sup>88</sup> Ein Entscheid des VerwGer ZH nimmt dagegen nur beschränkte Kognition an (vgl. hinten FN 137).

<sup>89</sup> Z.B. die Einschränkung bei einer KH zur Beseitigung einer Unterbilanz, dass sich die Deckungsbestätigung nicht auf die rangrücktrittsbelasteten Forderungen bezieht, vgl. dazu hinten FN 137.

<sup>90</sup> Vgl. dazu bereits vorne Kap. III.1.1.

<sup>91</sup> Der Autor dieses Beitrags forderte die Formulierung «frei gewordene Mittel» bereits in der Vernehmlassung mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass dies zugleich bedeute, dass bereits vorher freie Mittel auch schon vor Eintragung ausgeschüttet werden dürfen (wie eine normale Dividendenausschüttung), vgl. Vernehmlassung Bär & Karrer (FN 7), N 185 (sowie vorgeschlagener Gesetzestext: nach N 166).

<sup>92</sup> So TOBIAS MEYER, Kapitalschutz als Selbstzweck? Die Kapitalverfassung gemäss dem Gesetzesentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Kontext internationaler Entwicklungen, GesKR 2008, 220 ff., 229.

<sup>93</sup> So aber irrtümlich Botschaft (FN 2), 1655.

<sup>94</sup> In analoger Anwendung von Art. 725 Abs. 2 OR/Art. 725a Abs. 1 bzw. Art. 725c Abs. 1 E-OR.

<sup>95</sup> Vgl. hinten Kap. IV.1.2.d, insb. die Hw. in FN 165.

<sup>96</sup> Vgl. hinten Kap. IV.3.

<sup>97</sup> Vgl. die Nw. vorne in FN 19.

<sup>98</sup> Vgl. dazu etwa BÖCKLI (FN 19), § 8 N 371; HEINZMANN (FN 19), N 338 ff.

<sup>99</sup> Vgl. hinten Kap. hinten in Kap. IV.2.2.c. Unter dem neuen Recht wird dies etwas entschärft, da es dank der neuen Verbuchung der eigenen Aktien als Minusposten i.d.R. formell zu einem Bilanzverlust kommt (trotz gleicher Wirkung auf das freiverfügbare Eigenkapital, vgl. das Bsp. in FN 231).

als Auffangbestimmung verstanden werden. Richtig wäre aber einzig die ersatzlose Streichung.<sup>100</sup>

## 2. Die (neue) Kapitalherabsetzung mit Maximalbetrag

### 2.1 Vorbemerkung: Zur ordentlichen Kapitalerhöhung mit Maximalbetrag

Bei der ordentlichen Kapitalerhöhung ist es nach wohl h.L. *zulässig*, statt eines fixen Erhöhungsbetrags einen Maximalbetrag festzulegen;<sup>101</sup> umstritten ist, ob gleichzeitig ein Minimalbetrag genannt werden muss.<sup>102</sup> Anders als bei der (heutigen) genehmigten Kapitalerhöhung ist jedoch der Verwaltungsrat verpflichtet, den gesamten Betrag zur Zeichnung anzubieten; die Kapitalerhöhung mit Maximalbetrag erlaubt es aber, die Kapitalerhöhung auch durchzuführen, wenn nicht sämtliche angebotenen Aktien gezeichnet wurden.<sup>103</sup> Ein Ermessensspielraum des Verwaltungsrats ist somit ausgeschlossen.

### 2.2 Kapitalherabsetzung mit Maximalbetrag

Der Botschaft zufolge wird auf eine (ausdrückliche) Regelung der Kapitalherabsetzung mit Maximal- und Minimalbetrag verzichtet.<sup>104</sup> Damit wird aber nichts darüber gesagt, ob das Gesetz eine solche verbietet oder zulässt – auch bei auf eine (eigenständige) Regelung der Kapitalerhöhung mit Maximalbetrag – d.h. des spiegelbildlichen Vorgangs – wurde verzichtet, ohne dessen Zulässigkeit in Frage zu stellen.<sup>105</sup>

*Unter geltendem Recht* ist die Frage umstritten. Ein Teil der Lehre befürwortet die Zulässigkeit der KH mit Maximalbetrag: Der Verwaltungsrat soll diesfalls analog zu Art. 652g OR die effektive Statutenänderung beschlies-

sen können.<sup>106</sup> Ein anderer Teil der Lehre (und wohl auch die Handelsregisterpraxis) lässt zwar einen Beschluss einer KH mit Maximalbetrag zu, verlangt jedoch einen zusätzlichen Generalversammlungsbeschluss, da die Änderung der Statuten im geltenden KH-Verfahren der Generalversammlung vorbehalten sei.<sup>107</sup>

Da *im Entwurf* das Verfahren der ordentlichen KH demjenigen der ordentlichen Kapitalerhöhung angepasst wurde, indem nun der Verwaltungsrat (statt der GV) die formelle Statutenänderung vornimmt,<sup>108</sup> ist hier prinzipiell ebenfalls ein Verfahren mit Maximalbetrag (ohne zweiten Generalversammlungsbeschluss) denkbar. Der Wortlaut von Art. 653n Ziff. 1 E-OR schliesst ein derartiges Vorgehen *so wenig wie Art. 650 Ziff. 1 und 2 OR* (bzw. Art. 650 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 E-OR) aus.<sup>109</sup> Materiell wesentlich ist, dass dem Verwaltungsrat – wie bei der ordentlichen Kapitalerhöhung – in Bezug auf den Umfang der Herabsetzung kein eigener Entscheidungsspielraum verbleibt. Ansonsten läge eine unzulässige Vermischung mit dem neuen Kapitalband (Art. 653s ff. E-OR) vor. Ist der Herabsetzungsbetrag jedoch bestimmbar, gibt es keinen Grund, die private Gestaltungsautonomie einer AG einzuschränken und einen Maximalbetrag zu verbieten. Dafür spricht weiter, dass dasselbe Ergebnis (übrigens schon *de lege lata*) mit einem «Bündel» bedingter GV-Beschlüsse erreicht werden kann.<sup>110</sup> Eine KH mit Maximalbetrag ist deshalb m.E. *zulässig*, sofern der Maximalbetrag bestimmbar ist (und nicht dem Ermessen des Verwaltungsrats anheim gestellt wird). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Rückkaufprogramm mit der KH verknüpft wird; die KH mit Maximalbetrag kann in einem solchen Fall in dem Umfang durchgeführt werden, in dem Aktien angedient wurden, *der Herabsetzungsbetrag m.a.W. vom Erfolg des Rückkaufsprogramms abhängig*. Ein *Minimalbetrag* kann, muss m.E. nicht festgelegt werden.<sup>111</sup>

<sup>100</sup> Gl. M. HEINZMANN (FN 19), N 348 (zu Art. 732 Abs. 4 OR). Überhaupt keinen Sinn macht der Zusatz in der Norm betreffend Abschreibungen und Rückstellungen.

<sup>101</sup> Vgl. etwa BÖCKLI (FN 19), § 2 N 59; HANS CASPAR VON DER CRONE, Kapitalerhöhungen mit Maximalbetrag, Reprax 2000/1, 1 ff., 9 f.; OR Handkommentar-GERICKE, Art. 650 N 5; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 650 N 8; abl. noch CLEMENS MEISTERHANS, Ausgewählte Fragen zur Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft, in: JBHG 1994, 174 ff., 182 (dessen Argument, dies führe zu einem «mehr oder weniger fakultativen Rahmen», m.E. dadurch widerlegt ist, dass bei richtiger Auslegung kein Ermessensspielraum des Verwaltungsrates besteht). Auch die Botschaft anerkennt grds. diese Form der Kapitalerhöhung (Botschaft [FN 2], 1643).

<sup>102</sup> Dafür: BÖCKLI (FN 19), § 2 N 59; dagegen: VON DER CRONE (FN 101), 9 (dort FN 30), 10; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 650 N 8. Der ablehnenden Meinung ist m.E. zuzustimmen, da auch die Nichtnennung immer einen Minimalbetrag ergibt: Es muss mindestens eine Aktie ausgegeben werden. Ein Minimalbetrag ist somit immer ohne Weiteres bestimmbar, seine Nennung zu verlangen formalistisch.

<sup>103</sup> Vgl. die Nachw. bei FN 101.

<sup>104</sup> Botschaft (FN 2), 1648.

<sup>105</sup> Botschaft (FN 2), 1643.

<sup>106</sup> So GAUDENZ ZINDEL, Aktienrückkäufe und Kapitalherabsetzungen – Flexibilisierungen für die Praxis, in: von der Crone/Werber/Zäch/Zobl (Hrsg.): FS Peter Forstmoser, Zürich 2003, 571 ff., 585 ff., 588; HEINZMANN (FN 19), N 447 ff.

<sup>107</sup> So FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 29), § 53 N 108.

<sup>108</sup> Vgl. vorne Kap. III.1.2.

<sup>109</sup> Dies gilt insbesondere auch dann, wenn man den Argumenten des Teils der Lehre folgt, welcher *de lege lata* einen zweiten Generalversammlungsbeschluss verlangt; dieser Teil schliesst ein derartiges Verfahren nicht an sich aus, sondern beharrt bloss auf der (heutigen) Statutenänderungskompetenz der Generalversammlung.

<sup>110</sup> Dieses «Bündel» besteht darin, dass für jeden einzelnen Betrag (eines ganzen Vielfachen des Aktiennennwerts) bis zum Maximalbetrag ein separater Beschluss gedacht werden kann, der durch gewisse Voraussetzungen bedingt ist, d.h. bei der Kapitalerhöhung durch die effektive Zeichnung des Betrages, bei der KH durch den Erfolg des Rückkaufprogramms. Die Bedingung muss übrigens nicht zwingend ausdrücklich aufgenommen werden, sondern ergibt sich bei der Kapitalerhöhung von Gesetzes wegen bzw. bei der KH ohne Weiteres aus der Formulierung des entsprechenden Beschlusses.

<sup>111</sup> Analog zur Kapitalerhöhung (nach hier vertretener Auffassung, vgl. vorne FN 102).

Zu beachten ist, dass nach hier vertretener Auffassung eine Maximalfrist von 6 Monaten vom GV-Beschluss bis zur Handelsregisteranmeldung gilt.<sup>112</sup> Die KH mit Maximalbetrag dürfte für gewisse, zeitlich eng begrenzte Rückkaufprogramme durchaus eine *valable Alternative zum Kapitalband* darstellen. Vorteile gegenüber dem Kapitalband liegen etwa darin, dass das kein qualifiziertes Quorum<sup>113</sup> erforderlich ist, die Prüfungsbestätigung zeitlich flexibler gehandhabt werden kann<sup>114</sup> und keine Angaben im Anhang der Jahresrechnung<sup>115</sup> erforderlich sind.

### 3. Verfahren bei der «Harmonika» (Herabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung des Kapitals)

#### 3.1 «Harmonika» mit vollumfänglicher Wiedererhöhung

##### a. Voraussetzungen

Art. 653p E-OR regelt die sog. «Harmonika», d.h. die mit *Herabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung* des Kapitals. Die Norm bestimmt, dass unter den folgenden Voraussetzungen (a) die Statuten nicht anzupassen sind (dies ist allerdings ein Missverständnis) und (b) das ordentliche KH-Verfahren nicht anwendbar ist:

- Das Kapital ist gleichzeitig (mindestens) wieder *zur bisherigen Höhe heraufzusetzen*;
- Der *Liberierungsgrad* muss (mindestens) *gleich* bleiben, was eine willkommene Präzisierung darstellt (heute heisst es in Art. 732 Abs. 1 OR: «voll einzu-bezahlendes Kapital»);<sup>116</sup>
- Anzahl Aktien und Nennwert dürfen sich *nicht ändern*. Diese Bestimmung ist jedoch ein doppeltes (bundesrätliches) *Versehen*: Trifft dies dennoch zu, sind bloss die Statuten zu ändern, das ordentliche KH-Verfahren bleibt weiterhin nicht anwendbar, wie auch der Botschaft zu entnehmen ist.<sup>117</sup> Zudem gibt es auch andere Tatbestände, bei denen die Statuten zu ändern sind, bspw. wenn neu Inhaber- statt Namenaktien (oder umgekehrt) ausgegeben werden.<sup>118</sup>

Diese Voraussetzung wie auch die Rechtsfolgenanweisung, dass die Statuten nicht zu ändern sind, sollten deshalb ersatzlos gestrichen werden.<sup>119</sup>

*Keine Voraussetzung der «Harmonika»* ist eine Sanierungssituation.<sup>120</sup> Anders als es ein Teil der Lehre heute suggeriert,<sup>121</sup> kommt die «Harmonika» in der Praxis durchaus nicht nur in solchen Situationen zum Zuge. Vielmehr erweist sie sich als ein willkommenes Mittel, um sich der (in solchen Situationen ohnehin kaum sinnvollen) formellen Vorschriften des ordentlichen KH zu entledigen, wenn bspw. eine hochkapitalisierte Gesellschaft statt Dividendenzahlungen regelmässig Nennwertherabsetzungen beschliesst und zufällig zur gleichen Zeit eine Kapitalerhöhung durchführt. M.a.W. muss nicht zwingend eine KH ohne Ausschüttung durchgeführt werden, sondern die «Harmonika» steht m.E. *auch für KH mit Ausschüttung* zu Verfügung. In diesen Fällen verändert sich die Situation der Gläubiger nicht, da es per saldo nicht zu einem Zufluss neuer Mittel kommt.<sup>122</sup>

##### b. Ausgestaltung des vereinfachten Verfahrens

Wie bereits erwähnt, führt die «Harmonika» dazu, dass das ordentliche KH-Verfahren nicht anwendbar ist. Ein Verfahren gibt es allerdings trotzdem, jedoch ist es für den Teil der KH stark *vereinfacht*:

- Ein *GV-Beschluss* mit dem Inhalt gemäss Art. 653n E-OR (analog) ist dennoch *erforderlich* (die öffentliche Beurkundung ist ohnehin für die Kapitalerhöhung erforderlich; diese ist auch auf die KH zu erstrecken, vgl. Art. 57 Abs. 1 Bst. a HRegV).
- Entgegen Art. 653p Abs. 1 E-OR sind unter gegebenen Voraussetzungen die Statuten zu ändern (vgl. vorangehendes Kap. III.3.1.a, dritter Punkt).
- *Voll anwendbar ist das Verfahren der Kapitalerhöhung*<sup>123</sup>, insbesondere die Regelung der Bezugsrechte.

E-OR nur von «Kapital». Dass der Randtitel von «Herabsetzung und Heraufsetzung des Aktienkapitals» spricht, steht dem nicht entgegen, da Art. 656a Abs. 2 OR ohnehin den Begriff des Aktienkapitals entsprechend ausdehnt.

<sup>112</sup> Vgl. vorne Kap. III.1.2.

<sup>113</sup> Vgl. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 E-OR.

<sup>114</sup> Vgl. Art. 653m Abs. 3 E-OR *e contrario* vs. Art. 653w Abs. 1 E-OR.

<sup>115</sup> Vgl. Art. 653y E-OR.

<sup>116</sup> Richtig ausgelegt – bzw. in teleologischer Reduktion des zu weitgehenden Wortlauts von Art. 732 Abs. 1 OR – gilt dies m.E. eigentlich auch schon heute. Entgegen einer Äusserung in der Botschaft (Botschaft [FN 2], 1651) handelt es sich folglich um keine (echte) materielle Neuerung, sondern bloss um eine Klarstellung.

<sup>117</sup> Botschaft, (FN 2), 1651. Besser wäre es, Art. 653p Abs. 1 Ziff. 3 E-OR ersatzlos zu streichen und Art. 653p Abs. 2 E-OR zum Ingress von Abs. 1 zu machen. Wenn eine Statutenänderung erforderlich ist, muss nicht hier geregelt werden, sondern ergibt sich ohne Weiteres aus Art. 626 f. OR.

<sup>118</sup> M.E. kann ferner auch Partizipationskapital statt Aktienkapital (oder umgekehrt) ausgegeben werden: Art. 653p Abs. 1 Ziff. 1

<sup>119</sup> D.h.: Art. 653p Abs. 1 Ziff. 3 E-OR ist ersatzlos zu streichen und Art. 653p Abs. 2 E-OR zum Ingress von Abs. 1 zu machen, vgl. den Vorschlag zu Art. 653p E-OR im Anhang (hinten Kap. VI). Wann eine Statutenänderung erforderlich ist, muss nicht hier geregelt werden, sondern ergibt sich ohne Weiteres aus Art. 626 f. OR.

<sup>120</sup> Dieses qualifizierte Schweigen des Gesetzes wird auch dadurch bestätigt, dass die nächste Bestimmung, Art. 653q E-OR, explizit verlangt, dass die Herabsetzung «zum Zwecke der Sanierung» erfolgt.

<sup>121</sup> So BÖCKLI (FN 19), § 2 N 381; HEINZMANN (FN 19), N 467.

<sup>122</sup> Dies verkennt HEINZMANN (FN 19), N 468.

<sup>123</sup> Dies kann eine ordentliche Kapitalerhöhung oder eine Erhöhung im Rahmen des (neuen) Kapitalbands sein. Vgl. auch Art. 57 Abs. 1 HRegV.

- Die Tatsache der «Harmonika» ist (weiterhin) spezifisch beim *Handelsregister* anzumelden und wird (detailliert) *eingetragen* (Art. 57 HRegV).
- Bei einer – **grundsätzlich möglichen**<sup>124</sup> – KH mit Ausschüttung fragt sich, ob die Ausschüttungssperre von Art. 653o Abs. 5 E-OR entsprechend zu beachten ist. M.E. ist dies abzulehnen, aus dem Erfordernis der «gleichzeitigen» Erhöhung ergibt sich aber, dass frei gewordene Mittel erst nach Librierung des wiedererhöhten Kapitals ausgeschüttet werden dürfen.<sup>125</sup>

### 3.2 Herabsetzung auf null und anschliessende Wiedererhöhung zur Sanierung

Art. 653q E-OR *übernimmt die im Rahmen der «kleinen» Aktienrechtsrevision*<sup>126</sup> *eingeführte Bestimmung von Art. 732a OR*, die namentlich die sogenannten «Phantomaktien»<sup>127</sup> regelt bzw. verhindert, indem nämlich bei einer Herabsetzung auf null und anschliessender Wiedererhöhung zur Sanierung die bisherigen Rechte der Aktionäre untergehen. Diesfalls besteht des Weiteren ein unentziehbares Bezugsrecht der Aktionäre; ausgegebene Aktien sind zu vernichten, was überdies im Handelsregister eingetragen wird (Art. 57 Abs. 3 HRegV).

Etwas missglückt ist bloss die *systematische* Stellung der Bestimmung. Wie heute ist nämlich keineswegs eine vollständige «Harmonika» gemäss Art. 653p E-OR (die laut Randtitel – zu Unrecht – den «Grundsatz» darstellt<sup>128</sup>) erforderlich, vielmehr genügt m.E. zur Anwendung von Art. 653q E-OR auch weiterhin eine *Wiedererhöhung auf einen tieferen als den bisherigen Betrag* (was heute Art. 58 HRegV explizit regelt).<sup>129/130</sup>

Die *im Vorentwurf vorgenommenen Änderungen*<sup>131</sup> wurden glücklicherweise wieder *rückgängig gemacht* (einzig die Worte «zum Zwecke der Sanierung» gingen im Randtitel, anders als im Text selbst, versehentlich

vergessen). Dieser hatte die **Beschränkung «zum Zwecke der Sanierung» gestrichen, was m.E. unhaltbar gewesen wäre.**<sup>132</sup> Immerhin muss präzisiert werden, dass der vage Begriff der «*Sanierung*» keine Eintragungsvoraussetzung (und somit keinen Nichtigkeitsgrund im Sinne von Art. 706b OR), sondern allein einen *Anfechtungstatbestand* (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR) darstellt.<sup>133</sup> Hier geht es nämlich allein um Aktionärs- und nicht um Gläubigerschutz. Durch den (vollständigen) Untergang der Stimmrechte, wie ihn die Bestimmung vorsieht, sind nämlich nur Aktionärsinteressen (und keine Gläubigerinteressen) betroffen. Dies könnte noch etwas verdeutlicht werden.<sup>134</sup>

## 4. Verfahren bei Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz

### 4.1 Voraussetzungen

Wie heute Art. 735 OR, aber sprachlich (mit etwas fraglichem Nutzen) überarbeitet, regelt Art. 653r E-OR ein *vereinfachtes Verfahren im Falle einer Unterbilanz*. Zu dessen Anwendung ist (weiterhin) erforderlich, dass:

- eine «*durch Verluste entstandene Unterbilanz*» vorliegt. (leider ungeklärt bleibt die strittige Frage, ob eine «formelle», aber «echte» Unterbilanz genügt oder eine «materielle» Unterbilanz erforderlich ist<sup>135</sup>);
- die KH zur (ganzen oder teilweisen) *Beseitigung* dieser Unterbilanz durchgeführt wird, d.h. zur Verrechnung mit dem Verlustvortrag als KH ohne Ausschüttung; und
- der *Herabsetzungsbetrag diese Unterbilanz nicht überschreitet* (hier wird man davon ausgehen, dass ein «Spitzenausgleich» weiterhin möglich ist<sup>136</sup>).

<sup>124</sup> Vgl. vorheriges Kap. III.3.1.a.

<sup>125</sup> Eine vorgezogene Ausschüttung im Umfang bereits vorher freier Reserven ist aber m.E. zulässig, gleich wie bei Art. 653o Abs. 5 E-OR (nach hier vertretener Auffassung, dazu vorne Kap. III.1.3.e).

<sup>126</sup> Vgl. vorne FN 11.

<sup>127</sup> Dazu der *leading case* BGE 121 III 420.

<sup>128</sup> Der vorgängige Art. 653p sollte statt mit «Grundsatz» z.B. mit «Vollumfängliche Wiedererhöhung» betitelt werden, vgl. den Vorschlag im Anhang (hinten Kap. VI).

<sup>129</sup> In diesem Fall ist natürlich kein vereinfachtes Verfahren nach Art. 653p E-OR («Harmonika») möglich, ggf. aber nach Art. 653r E-OR (KH im Falle einer Unterbilanz), und Art. 653j Abs. 3 E-OR betreffend Mindestnennwert ist einzuhalten.

<sup>130</sup> Diese Lösung lehnen aber AMSTUTZ/BÜCHI ab (MARC AMSTUTZ/RAFFAEL BÜCHI, in: Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, OR 732a N 3). Entgegen dieser Ansicht ist eine Sanierung in einem solchen Fall u.U. sehr wohl möglich, da die bisherige Höhe des Aktienkapitals nichts über den Finanzierungsbedarf aussagt.

<sup>131</sup> Art. 653p VE-OR.

<sup>132</sup> Dafür hätte gesprochen, dass dieser Begriff unbestimmt ist und wenig Rechtssicherheit bietet. Die gänzliche Streichung ginge jedoch viel zu weit und kann – trotz unentziehbarem Bezugsrecht – zu einer faktischen Enteignung von Aktionären führen, obwohl die Gesellschaft ggf. keinerlei Probleme hat; dies nämlich für solche Aktionäre, die zuwenig Liquidität oder Kapital verfügen, um ihr Bezugsrecht zu wahren. Bei Sanierungsfällen wird dies zwar nicht gerade für problemlos befunden, aber im übergeordneten Interesse der Erhaltung der Unternehmensfortführung gebilligt, zumal die Aktionäre im Konkursfall sowieso zumeist alles verlieren.

<sup>133</sup> Somit ist der Begriff nicht von Handelsregisterbehörden von Amtes wegen, sondern allein von Gerichten und nur in wirklich streitigen Fällen, wo ein Aktionär (Anfechtungs-)Klage erhebt, zu interpretieren. Eine weitergehende Kognition der Handelsregisterbehörden könnte Sanierungen verhindern, da gerade in solchen Situationen ein rasches Handeln und dementsprechend eine schnelle Eintragung oft nötig ist.

<sup>134</sup> Vgl. die Änderungsvorschläge zu Art. 653q E-OR im Anhang (hinten Kap. VI).

<sup>135</sup> Für Ersteres (m.E. zu Recht) etwa BÖCKLI (FN 19), § 2 N 400; OR Handkommentar-DUBS, Art. 735 N 1; für Letzteres etwa BSK OR II-KÜNG, Art. 735 N 4, je m.Hw.

<sup>136</sup> Dies vertreten etwa OR Handkommentar-DUBS, Art. 735 N 3, und BSK OR II-KÜNG, Art. 735 N 5. Zu beachten ist allerdings,

## 4.2 Ausgestaltung des vereinfachten Verfahrens

Liegen die obigen Voraussetzungen vor, ist *kein Schuldenrufverfahren* (einschliesslich anschliessende Sicherstellung bzw. Befriedigung der Gläubiger) erforderlich. Im übrigen ist das ordentliche KH-Verfahren anwendbar (dazu vorne Kap. III.1).

Dies bedeutet insbesondere, dass eine *Prüfungsbestätigung* eines besonders zugelassenen Revisors erforderlich ist, obwohl deren Inhalt, die Bestätigung der Gläubigerdeckung, bei einer KH zur Beseitigung einer Unterbilanz m.E. völlig verfehlt ist.<sup>137</sup> Lehre und Rechtsprechung haben dieses Erfordernis nur durch erhebliche Uminterpretation legitimieren können, was aber *de lege ferenda* m.E. nun endlich durch komplette Streichung (und allenfalls begleitenden Schutzmassnahmen in Form von Ausschüttungssperren) korrigiert werden sollte. Vgl. dazu hinten Kap. IV.1.2, insb. b und d.

## IV. Bestehender Revisionsbedarf

### 1. Ungenügender materieller Gläubigerschutz – übertriebene und bloss kostspielige Formalien

#### 1.1 Allgemeines

Wie bereits ausgeführt, differenziert der Entwurf wie das geltende Recht praktisch nicht zwischen den grundlegenden Typen einer KH, d.h. solchen mit und solchen ohne Ausschüttung.<sup>138</sup> Ein *Kernproblem* ist dabei, dass weiterhin *nur unzulänglich erkannt* wird, wie und wo die Gläubiger zu schützen sind. Im Vordergrund stehen diesbezüglich zwei Punkte:

- Primär für die Gläubiger gefährlich ist ein (allfälliger) *Abfluss von Mitteln aus der Gesellschaft an die Aktionäre*, welcher im ordentlichen KH-Verfahren

häufig (aber nicht immer) erfolgt, nämlich (*per definitionem*) nur bei einer KH mit Ausschüttung.<sup>139</sup>

- In *geringerem Umfang* ist die *Herabsetzung der rechnerischen Sperrquote «Aktienkapital»* als solche relevant, die bei allen Typen von KH inhärent erfolgt. Dies hat nur Auswirkungen für die Zukunft, indem später einmal mehr Dividenden ausgeschüttet werden können. Ein gewisser Schutz besteht hier aber, weil bei einem solchen zukünftigen Dividendenbeschluss immer ausreichend freie Mittel zur Verfügung stehen müssen sowie eine geprüfte Jahresrechnung und eine Prüfung des Antrags des VR über die Gewinnverwendung erforderlich ist.<sup>140</sup>

Für den zweiten Punkt, die rechnerische Herabsetzung des Sperrkapitals, lässt sich in bestimmten Schranken eine *Sicherstellung* derjenigen Gläubiger rechtfertigen, die auf eine höhere Sperrziffer vertraut haben. Diese Schutzvorkehr ist daher auch für KH ohne Ausschüttung an sich nicht verfehlt (wobei ja eine Ausnahme im Falle einer Unterbilanz gilt). Dagegen wird der erste Punkt, der Problembereich der Ausschüttungen, *nicht differenziert gelöst*. Vielmehr wird im «Giesskannenprinzip» auf gewissen kostspieligen Formalien beharrt, die in den einen Fällen unnötig sind, in den anderen aber trotz den Kosten unzulänglich. Es handelt sich hier insb. um die Prüfungsbestätigung des zugelassenen Revisionsexperten betreffend Gläubigerdeckung,

Die *Rechtsvergleichen* bestätigt diese Ergebnisse. Das deutsche Aktiengesetz, das vergleichbar mit der Schweiz eine ordentliche und eine vereinfachte KH kennt,<sup>141</sup> verlangt generell keinen Prüfungsbericht. Dasselbe gilt in Österreich<sup>142</sup> und Italien<sup>143</sup>. In Frankreich ist eine Art Revisionsbericht vorgesehen,<sup>144</sup> jedoch keine Feststellungserklärungen über die Gläubigerdeckung; allerdings handelt es sich dabei um eine reine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nicht einmal die Anfechtbarkeit des Generalversammlungsbeschlusses

dass der (von diesen Autoren zitierte) BGE 86 II 78, 86 E. 4b, zur alten Ausnahme vom Mindestnennwert und nicht zu Art. 735 OR erging; dennoch ist die *ratio decidendi* m.E. in engen Grenzen auf den Fall einer Unterbilanz entsprechend anwendbar.

<sup>137</sup> Zu präzisieren ist des Weiteren, dass hier einzig keine Überschuldung vorliegen darf, welche eine Benachrichtigung des Konkursgerichts gem. Art. 725 Abs. 2 OR/Art. 725c Abs. 5 OR erfordert. Daraus folgt, dass Forderungen, die mit einem (genügenden) Rangrücktritt belastet sind, nicht gedeckt sein müssen bzw. keine «Forderungen der Gläubiger» i.S.v. Art. 735 i.V.m. Art. 732 Abs. 2 OR/Art. 653r Abs. 2 i.V.m. Art. 653m Abs. 1 E-OR darstellen. So zutreffend VerwGer ZH, Entscheid vom 23. März 2005, ZR 104 (2005) N. 57, E. 6 (primär unter Kognitionsgesichtspunkten); zustimmend: INES PÖSCHEL/ROLF WATTER, Die Zulässigkeit einer deklarativen KH bei durch Rangrücktritt gemilderter Überschuldung, Umgang mit Pro forma Bilanzen: Besprechung eines neueren Entscheides des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, Reprax 2005/2, 1 ff., 7 ff., 16 (auch in der Sache, mit ausführlicher Begründung); PIERRE TERCIER/WALTER A. STOFFEL, Das Gesellschaftsrecht 2004/2005, SZW 2005, 311 ff., 312.

<sup>138</sup> Vgl. vorne Kap. II.2.

<sup>139</sup> Die Verkennung dieser Problematik im OR wie im VE-OR zeigte sich schon darin, dass keine der Vorschriften Zahlungen an Aktionäre auch nur erwähnt. Immerhin statuiert nun Art. 653o Abs. 5 E-OR, dass frei gewordene Mittel den Aktionären erst nach der Eintragung der KH in das Handelsregister ausgerichtet werden dürfen (vgl. vorne Kap. III.1.1 und 1.3.e). Dies ist die einzige Vorschrift, die einzig für die (potentiell) deutlich gefährlichere KH mit Ausschüttung aufgestellt wird.

<sup>140</sup> Art. 675 Abs. 2, Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 und 2, Art. 729a Abs. 1 Ziff. 1 und 2, Art. 731 OR.

<sup>141</sup> §§ 222–228 sowie §§ 229–236 AktG ([Deutsches] Aktiengesetz vom 6. September 1965 [BGBl. I S. 1089], zuletzt geändert durch Artikel 11 des Gesetzes vom 16. Juli 2007 [BGBl. I S. 1330]).

<sup>142</sup> §§ 175–181 sowie §§ 182–191 AktG ([Österreichisches] Bundesgesetz vom 31. März 1965 über Aktiengesellschaften, BGBl. Nr. 98/1965).

<sup>143</sup> Art. 2445–2447 (italienischer) Codice Civile vom 16. März 1942.

<sup>144</sup> Art. L225–204 Abs. 2 (Französischer) Code de Commerce (in der Fassung mit letzter Änderung vom 1. September 2008) sieht «un rapport établi par les commissaires aux comptes [...] qui font connaître à l'assemblée leur appréciation sur les causes et conditions de la réduction» vor.

zur Folge hat.<sup>145</sup> Dies zeigt, dass der Prüfungsbericht, oder zumindest die Feststellung betreffend Gläubigerdeckung, *ein entbehrliches schweizerisches Unikat* ist.

## 1.2 Untaugliche Prüfungsbestätigung betreffend Gläubigerdeckung

### a. Situation bei Kapitalherabsetzungen mit Ausschüttung

Die Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten, eine *prozedurale* Vorkehr, bezweckt, die Einhaltung eines *materiellen* Erfordernisses sicherzustellen. Dieses Erfordernis liegt darin, dass die Forderungen der Gläubiger auch nach Herabsetzung gedeckt sein müssen.

Wird eine *KH mit Ausschüttung* durchgeführt, kommt im Normalfall es einzig zu einer Verminderung der Überdeckung der Gläubiger. Die Gläubiger sind jedoch nach wie vor gedeckt. Dass die Deckung der Gläubiger überhaupt beeinträchtigt werden könne, wird in der Literatur teilweise grundsätzlich in Frage gestellt;<sup>146</sup> dies ist jedoch unzutreffend, denn eine *KH mit Ausschüttung* kann in Spezialfällen sehr wohl zu einer Überschuldung führen.<sup>147</sup> Die Prüfungsbestätigung hat deshalb nur in ganz speziellen Fällen überhaupt eine gewisse Berechtigung. Die Kritik in der Literatur ist dementsprechend harsch: BÖCKLI bezeichnet dies gar als «Unsinn».<sup>148</sup>

Der Entwurf scheint zwar nun zu erkennen, dass die Prüfung wesentlich *von der zugrundeliegenden Bilanz abhängt* – immerhin enthält er ja nun Regeln über die Zwischenbilanz (anders als das geltende Recht sowie der VE-OR). Liegt eine solche geprüfte Bilanz vor, ist die vorgeschriebene Feststellung der Gläubigerdeckung eine relative leichte Rechenaufgabe, die jeder, der bilan-

zielle Grundkenntnisse hat, vornehmen kann.<sup>149</sup> Für diese Rechenaufgabe ist kein Revisor erforderlich (und erst recht kein zugelassener Revisionsexperte). Daran ändert sich höchstens etwas, wenn weitere Forderungen als bilanzierte in die Prüfung einzubeziehen sind, wobei der Entwurf in diesem Punkt unklar ist.<sup>150</sup>

### b. Situation bei Kapitalherabsetzungen ohne Ausschüttung

Macht das materielle Erfordernis der Gläubigerdeckung bei *KH mit Ausschüttung* wenigstens in ganz speziellen Situationen einen gewissen Sinn, ist es bei *KH ohne Ausschüttung* (sei es im vereinfachten Verfahren zur Beseitigung einer Unterbilanz, sei es im ordentlichen Verfahren) komplett verfehlt: *Die Deckung der Gläubiger verändert sich in diesem Fall überhaupt nicht.*

Die relative Überdeckung der Gläubiger (oder in extremis eine Unterdeckung) verändert sich nämlich nur, wenn frei gewordene Mittel an die Aktionäre ausgeschüttet oder deren Verpflichtungen (z.B. auch die Liberierungsverpflichtungen, aber auch Debitorenforderungen) gegenüber der Gesellschaft verringert werden sollen, also die *Aktivseite der Bilanz verringert* wird. Ist hingegen keine (unmittelbare) Ausschüttung geplant, kann sich die Gläubigerdeckung notwendigerweise von vornherein nicht verändern, und eine Prüfungsbestätigung betreffend Gläubigerdeckung ist eine sinnlose und erst noch kostspielige Formalität (wie es heute leider nicht selten der Fall ist).

Die Herabsetzung der Sperrziffer ermöglicht *nur in Zukunft weitergehende Dividendenzahlungen*, die aber als Dividenden selber strengen formellen und materiellen Vorschriften unterliegen.<sup>151</sup> Ein zusätzlicher Prüfungsbericht bereits im Zeitpunkt der *KH* ist in solchen Fällen überflüssig. Als Gläubigerschutzmassnahme kommt höchstens die Sicherstellung derjenigen Gläubiger in Betracht, die auf die höhere Sperrziffer vertraut haben. Auch eine (geprüfte) Bilanz macht höchstens bei einer *KH* zur Beseitigung einer Unterbilanz Sinn, um das Erfordernis der Unterbilanz zu überprüfen.

Auch das Bundesgericht hat die *Nutzlosigkeit dieser Feststellung* bei einer *KH* ohne Ausschüttung erkannt. Verständlicherweise konnte es aber nicht so weit gehen, die Bestimmung einfach nicht anzuwenden; es behält sich vielmehr damit, den Inhalt des Prüfungsberichts schöpferisch umzuformen. Bei einer Herabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz sollte der Prüfungsbericht in erster Linie das Erfordernis der Unterbilanz untersuchen (dafür besteht aber eigentlich m.E. keine

<sup>145</sup> Dazu HEINZMANN (FN 19), N 158.

<sup>146</sup> Nach HEINZMANN soll in der Idee, dass eine *KH* zu einer Überschuldung führen könne, eine fehlerhafte Überlegung des Gesetzgebers liegen, ja eine *KH* habe gar keinen Einfluss auf die Gläubigerdeckung und das Herbeiführen einer Überschuldung sei ausgeschlossen (HEINZMANN [FN 19], N 291 sowie N 299).

<sup>147</sup> Wie BÖCKLI treffend feststellt, handelt es sich dabei jedoch um einen «seltenen und geradezu aberwitzigen Vorgang einer finanziellen Selbsterstörung» (PETER BÖCKLI, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts: Zum Gesetzesentwurf vom 21. Dezember 2007, SJZ 104 [2008], 333 ff., 335). Vorausgesetzt ist, der Herabsetzungsbetrag den noch bestehenden Eigenkapitalbetrag übersteigt, was überhaupt nur dann der Fall sein kann, wenn bereits vorher eine Unterbilanz vorlag (hat eine Gesellschaft z.B. einen Verlustvortrag von Fr. 500 000 und ein Aktienkapital von Fr. 600 000 [ohne weiteres Eigenkapital], führt eine *KH* mit Ausschüttung von über Fr. 100 000 zu einer Überschuldung). Dies trifft jedenfalls bei einer rein bilanziellen Betrachtung zu; weitergehend kann die Deckung im Einzelfall in Frage gestellt sein, wenn zusätzliche, nicht bilanzierte Forderungen bei der Beurteilung der Deckung mit einbezogen werden, vgl. vorne Kap. III.1.3.d.

<sup>148</sup> BÖCKLI (FN 147), 335. Ähnlich BÖCKLI (FN 19), § 2 N 51 («methodischer Fehler»). Vgl. auch vorne FN 146.

<sup>149</sup> Gesamtes Fremdkapital > Aktiven minus allfällig auszuschütten-de Aktiven.

<sup>150</sup> Vgl. vorne Kap. III.1.3.d. Ein Unterschied kann sich auch aus dem allenfalls vom Bilanzstichtag abweichenden Prüfungszeitpunkt ergeben, vgl. vorne FN 86.

<sup>151</sup> Vgl. vorne Kap. IV.1.1, insb. FN 140.

gesetzliche Grundlage).<sup>152</sup> Die Feststellung der Gläubigerdeckung – die ohne Ausschüttung bilanziell gar nicht verändert werden kann – rechtfertigte das Bundesgericht damit, dass hier festgestellt werden soll, dass keine anzeigepflichtige Überschuldungssituation i.S.v. Art. 725 OR vorliegt.<sup>153</sup> Dieser Restsinn, den das Bundesgericht in dem wenig geglückten Erfordernis noch (knapp) erkannte, ist aber vom geltenden Recht schon völlig ausreichend durch die Art. 725 ff. OR abgedeckt.<sup>154</sup>

### c. Unnötiges Erfordernis eines zugelassenen Revisionsexperten

Die Prüfungsbestätigung muss im Entwurf wie im geltenden Recht durch eine *zugelassene Revisionsexpertin oder einen zugelassenen Revisionsexperten* abgefasst werden. Warum dafür kein zugelassener Revisor genügend sein soll, ist nach wie vor nicht erkennbar. Die Frage ist für alle Gesellschaften mit eingeschränkter Revision (oder mit Verzicht auf Revision), insbesondere also für KMU, von grosser Bedeutung. Nicht der mit der Jahresrechnung vertraute Revisor kann die Prüfungsbestätigung abgeben, sondern ein externer Revisionsexperte muss herbeigezogen werden. Bei den grossen Gesellschaften darf dagegen die eigene Revisionsstelle prüfen.<sup>155</sup> Bei anderen wichtigen aktienrechtlichen Prüfungen ist auch kein zugelassener Revisionsexperte vorgeschrieben.<sup>156</sup> Es kommt hinzu, dass der Inhalt der Bestätigung, der vom zugelassenen Revisionsexperten abzugeben ist, eigentlich ein *Witz* ist, da er im Falle von KH mit Ausschüttung ungenügend, im Falle von KH ohne Ausschüttung unnötig ist. Zumindest auf die Vorschrift eines zugelassenen Revisionsexperten sollte deshalb verzichtet werden.<sup>157</sup>

<sup>152</sup> Das Bundesgericht verlangte konkret, der Revisionsbericht müsse sich «in erster Linie darüber aussprechen, ob tatsächlich eine Unterbilanz besteht, ob sie wirklich auf Verluste zurückzuführen ist und ob der vorgesehene Herabsetzungsbetrag nicht grösser ist als die Unterbilanz» (BGE 76 I 162, 166 E. 3).

<sup>153</sup> Nämlich «ob die geplante Wiederauffüllung des Aktienkapitals zur Erreichung dieses Resultats wieder ausreiche, die A.-G. somit die Voraussetzungen für ein betriebs- und lebensfähiges Unternehmen im Sinne der Erfordernisse des Art. 725 OR wieder erfülle» (BGE 76 I 162, 167 f. E. 3).

<sup>154</sup> Der Verwaltungsrat muss nach Art. 725 Abs. 2 OR (bzw. Art. 725c Abs. 4 E-OR) bei einer Überschuldung jederzeit das Gericht benachrichtigen, und im Säumnisfall muss dies die Revisionsstelle nach Art. 729c OR tun. Versagen diese beiden Organe, wird auch eine zusätzliche Prüfungsbestätigung daran kaum etwas ändern.

<sup>155</sup> Diese sind nach Art. 727b OR ohnehin dazu verpflichtet, einen zugelassenen Revisionsexperten bzw. ggf. eine staatlich beaufichtigtes Revisionsunternehmen zu beauftragen.

<sup>156</sup> Bspw. bei der Gründungs- oder Kapitalerhöhungsprüfung (Art. 635a und Art. 652f OR [Die Bestimmungen werden im Entwurf nicht geändert]), ja selbst bei der Zwischenbilanzprüfung bei Überschuldungsgefahr (Art. 725 Abs. 2 OR/Art. 725c Abs. 3 E-OR [Das gleiche gilt für die neue Liquiditätsprüfung nach Art. 725a Abs. 2 OR]). Ausführlich HEINZMANN (FN 19), N 245.

<sup>157</sup> Gl. M. HEINZMANN (FN 19), N 243 ff., 246; für das Kapitalband: MEYER, (FN 92), 229.

### d. Resultat: Verzicht auf die (formelle) Prüfungsbestätigung, Verbesserung des materiellen Schutzniveaus, Angleichung an das Dividendenrecht

Wie aufgezeigt, kann die *Prüfungsbestätigung betreffend Gläubigerdeckung* nur bei der KH mit Ausschüttung überhaupt Sinn machen, jedoch bloss in praktisch nie vorkommenden Extremsituationen. Bei einer KH ohne Ausschüttung ist sie völlig verfehlt.

Die Ähnlichkeit der KH mit Ausschüttung mit einem «normalen» Dividendenausschüttung ist endlich anzuerkennen: *Ausschüttungsrecht ist primär Dividendenrecht*. Der spezifische Bereich der Ausschüttungen – ein aus Gläubigersicht zentraler Faktor, für den aber im bisherigen Kapitalherabsetzungsrecht kaum spezielle Regelungen bestehen – ist in formeller sowie – modifiziert – in materieller Hinsicht den Dividendenbestimmungen anzupassen. Dies bedeutet:<sup>158</sup>

- In *formeller* Hinsicht ist eine durch die Revisionsstelle (und nicht zwingend durch einen zugelassenen Revisionsexperten) geprüfte Jahresrechnung oder eine geprüfte Zwischenbilanz erforderlich. Der Antrag des VR betreffend Ausschüttung<sup>159</sup> ist von der Revisionsstelle wie beim Dividendenbeschluss zu prüfen – dies als Information für die GV, nicht zum Gläubigerschutz.<sup>160</sup> Entsprechend ist nur die geprüfte Bilanz, nicht aber der Bericht über den Antrag, dem Handelsregisteramt einzureichen. Weitergehend ist – wie es etwa in Deutschland, Italien und Österreich der Fall ist – ein vollständiger Verzicht auf die Prüfung des Antrags zu überlegen (dann sollte aber im Dividendenrecht ebenfalls darauf verzichtet werden).
- In *materieller* Hinsicht ist zu fordern, dass ein dem Dividendenrecht zugrundeliegender Ansatz gewählt wird, unter Berücksichtigung des Teilliquidationscharakters auf der Seite des Aktienkapitals. Wird – wie im Entwurf – der heutige bilanzbasierte Ansatz beibehalten, ist die *Deckung des Fremdkapitals und – neu zusätzlich – des verbleibenden Aktienkapitals* zu verlangen. Der Expertenbericht schlug für das Kapitalband sogar eine Deckung des verbleibenden Aktienkapitals plus der gesetzlichen Reserven vor.<sup>161</sup> Es mehren sich aber die Stimmen, die im Dividendenrecht neue Ansätze verlangen, insb. die Einführung eines Solvenztests.<sup>162</sup> Sollte

<sup>158</sup> Zum Dividendenrecht vgl. vorne Kap. IV.1.1, insb. FN 140. Vgl. den Vorschlag eines neu gefassten Art. 653l E-OR (unter gleichzeitiger Streichung von Art. 653m E-OR) im Anhang (hinten Kap. VI).

<sup>159</sup> Zu den gleichgestellten Tatbeständen vgl. vorne Kap. II.2.

<sup>160</sup> Wie im Dividendenrecht kann die GV somit auch frei vom Antrag des VR abweichen, solange die materiellen Bestimmungen eingehalten werden.

<sup>161</sup> VON DER CRONE (FN 5), 19.

<sup>162</sup> MEYER (FN 92), 222, 232, 234.



sich dies durchsetzen, wäre auch bei der KH zu prüfen, ob der Liquiditätsentzug die Fortführung des Unternehmens («going concern») nicht beeinträchtigt.<sup>163</sup>

- Da – anders als üblicherweise bei einer Dividendenzahlung – der Beschlusszeitpunkt und der Zeitpunkt der Vornahme der Ausschüttung bei einer KH erheblich auseinander klaffen können,<sup>164</sup> sollte m.E. für diese Fälle ausdrücklich eine Pflicht des VR statuiert werden, um in kritischen Situationen die Ausschüttung noch einmal zu überprüfen. Diese *zeitliche Dimension* wird im geltenden Recht wie im Entwurf völlig übersehen. Nur beim Kapitalband wird eine explizite Pflicht statuiert (Art. 653w Abs. 4 E-OR). Diese sollte aber allgemein und wesentlich klarer, nämlich angeglichen an die Art. 725a bzw. Art. 725c E-OR, gefasst werden.<sup>165</sup>

Die *Anhebung des Schutzniveaus* – das eigentlich selbstverständlich sein sollte – ist *wesentlich effektiver als der bisherige Pseudoschutz* durch den Prüfungsbericht. Im Falle von Ausschüttungen bleibt zudem eine gewisse Kontrolle durch die Revisionsstelle mit der hier vorgeschlagenen Angleichung an das Dividendenrecht erhalten. Zusammen mit dem zusätzlichen Schutz im Zeitpunkt der Ausschüttung in wirklich kritischen Situationen genügt vorher eine rein bilanzielle Prüfung, und eine weitere Nachprüfung durch eine Prüfungsbestätigung erübrigt sich. Auch ein vorgezogenes Schuldenrufverfahren ist nicht erforderlich.<sup>166</sup> Missbräuche

sind damit sicher weniger als heute zu erwarten, wo in bestimmten Konstellationen<sup>167</sup> eine Gesellschaft mittels KH ganz legal Mittel bis zur Überschuldungsgrenze ausschütten darf.<sup>168</sup>

Erfolgt *keine Ausschüttung*, sind Prüfungsbestätigung sowie Vorschriften im Zusammenhang mit der Gläubigerdeckung *von Anfang an sinnlos*. Eine allfällige Überschuldungsprüfung wird **abschliessend und genügend** von den Art. 725 ff. OR geregelt. Entsprechend ist darauf ersatzlos zu verzichten. Dies hat zur Folge, dass in diesen Fällen auch keine Zwischenbilanz (Art. 653l E-OR) erstellt werden muss.<sup>169</sup> Eine Einschränkung gilt immerhin bei einer KH ohne Ausschüttung zur Beseitigung einer Unterbilanz: Hier muss ja eine Unterbilanz vorliegen. Dafür ist aber keine Prüfungsbestätigung erforderlich, sondern eine (von der Revisionsstelle geprüfte) Bilanz bzw. Zwischenbilanz völlig ausreichend.<sup>170</sup> Weitergehend ist zu überlegen, wie etwa in Deutschland und Österreich selbst darauf zu verzichten und stattdessen erst eine nachträgliche Kontrolle anlässlich der nächsten Prüfung der Jahresrechnung vorzunehmen (damit erfolgt ggf. eine Umbuchung in die Kapitalreserve) sowie allenfalls auch künftige Gewinnausschüttungen zu erschweren.<sup>171</sup>

### 1.3 Ungenügende Regelung der Sicherstellung: Vorschlag einer Sicherstellungsreserve

#### a. Die ungeklärten Fragen der Sicherstellung insbesondere

Zum heutigen Recht sind eine Reihe von Fragen bei der Sicherstellung höchst umstritten. Leider wurde es im Entwurf versäumt, diese (an sich bekannten) Probleme zu klären.

Vorab ist auf das (jüngst revidierte) EU-Recht hinzuweisen, welches vorschreibt, dass *zumindest* vor der Bekanntmachung entstandene, im Zeitpunkt der Bekanntmachung nicht fällige Forderungen sicherzustellen sind; des weiteren ist ein gerichtliches Verfahren einzuführen, welches es den Gläubigern erlaubt, angemessene

<sup>163</sup> Ähnlich lautet der Vorschlag von BÖCKLI (FN 147), 335. Er will zusätzlich die Erhöhung des Verschuldungsgrads berücksichtigen (die allerdings nicht zwingend erfolgt, wie es BÖCKLI darstellt, sondern nur bei einer KH mit Ausschüttung; bei einer KH ohne Ausschüttung verändert sich der Verschuldungsgrad nicht, da in dieser betriebswirtschaftlichen Kennziffer nicht zwischen Aktienkapital und anderem Eigenkapital unterschieden wird und allfällige Verlustposten vom Eigenkapital abgezogen werden).

<sup>164</sup> Abgesehen von einer (nach hier vertretener Auffassung ggf. möglichen) vorzeitigen Ausschüttung darf die Ausschüttung erst nach Eintragung in das Handelsregister erfolgen (vgl. vorne Kap. III.1.3.e), wobei erst noch vergessen wurde, die Maximalfrist bis zur Eintragung zu regeln (vgl. vorne Kap. III. 1.2).

<sup>165</sup> Diese Pflicht kann zwar notfalls auf der Grundlage des Entwurfs auch für die ordentliche KH abgeleitet werden, vgl. vorne Kap. III.1.3.e. Besser wäre (auch für das Kapitalband) eine ausdrückliche und präzisere Regelung, vgl. den Vorschlag eines neuen Art. 653o Abs. 6 E-OR im Anhang (hinten Kap. VI).

<sup>166</sup> Gl. M. BÖCKLI [FN 19], § 2 N 51. Das Schuldenrufverfahren hat nämlich nicht den Zweck, geprüfte Bilanzen nachzuprüfen und neue Forderungen zu entdecken (so könnte BÖCKLI [FN 19], § 2 N 342 und 359, missverstanden werden – umgekehrt fordert er aber *de lege ferenda* auch die Anhebung des Schutzniveaus und sogar die Verlegung des Schuldenrufs an das Ende des Verfahrens, vgl. BÖCKLI [FN 19], § 2 N 51, dazu auch hinten Kap. IV.1.3.b a. E. ). Dies würde ja bedeuten, dass die Bilanz bzw. ihr Anhang (betreffend unbilanzierte Eventualverbindlichkeiten) falsch wäre und damit rein objektiv Straftatbestände erfüllt wären. Der Schuldenruf bezweckt vielmehr die Sicherstellung (bzw. Erfüllung) derjenigen Gläubiger, die sich durch den (möglichen, gegenwärtigen oder künftigen) Abfluss von Mitteln aus der Gesellschaft bedroht fühlen. Werden dabei zufällig unbekannte Forderungen entdeckt (was m.E. i.d.R. eher unwahrscheinlich ist), ist dies zwar

ein erwünschtes Nebenprodukt, was aber nicht über Hauptzweck der Sicherstellung hinwegtäuschen darf.

<sup>167</sup> In Fällen, in denen eine Unterbilanz bereits vorliegt, vgl. vorne Kap. IV.1.2.a.

<sup>168</sup> Verstösst dagegen ein KH-Beschluss mit Ausschüttung gegen die materiellen Schutzerofordernisse, ist er nach den allgemeinen Grundsätzen wegen Verstosses gegen die Kapitalschutzvorschriften nichtig, und eine darauf gestützte Ausschüttung ist rückforderbar und führt zur Verantwortlichkeit des VR (sowie evtl. der Revisionsstelle).

<sup>169</sup> Neben den Änderungen gem. FN 158 ist somit Art. 653l E-OR (Zwischenbilanz) auf Fälle einer KH mit Ausschüttung zu beschränken.

<sup>170</sup> Richtigerweise genügt eine «formelle», aber «echte» Unterbilanz, vgl. vorne FN 135. Vgl. den Vorschlag eines neuen Art. 653r Abs. 2 E-OR im Anhang (hinten Kap. VI).

<sup>171</sup> § 232 und 233 deutsches AktG (ähnlich auch §§ 185 und 187 österreichisches AktG); zum Wortlaut vgl. hinten FN 271 und 272.

Sicherheiten zu beantragen.<sup>172</sup> Ausdrückliche Gesetzesbestimmungen dieser Art fehlen im Entwurf völlig.

Unklar ist einmal, *welche Arten* von Forderungen sicherzustellen sind. Mehr oder weniger einig ist man sich in der Literatur, dass die Forderung vor der Publikation des Schuldenrufs bereits entstanden sein muss;<sup>173</sup> umstritten ist aber bereits, ob es sich dabei um die erste oder die dritte Publikation handelt.<sup>174</sup> Nach einem Teil der Lehre sind grundsätzlich alle entstandenen Forderungen sicherzustellen, d.h. etwa auch bestrittene, bedingte und privilegierte Forderungen sowie solche, für die besondere Sicherheiten bestehen.<sup>175</sup> Dagegen wollen einzelne Lehrmeinungen etwa bereits *fällige* Forderungen (für diese soll *de lege lata* Erfüllung verlangt werden, was es im Entwurf ja so nicht mehr geben wird),<sup>176</sup> gewisse *bestrittene* Forderungen<sup>177</sup> oder Forderungen, für die bereits (genügende) *anderweitige Sicherheiten* bestehen,<sup>178</sup> ausschliessen.

Der Entwurf schweigt sich zudem über den *Umfang* der Sicherstellung aus. Ein Teil der Lehre vertritt heute, dass die Gläubiger im vollen Umfang der Forderung sicherzustellen sind,<sup>179</sup> ein anderer Teil verlangt bloss eine proportionale Sicherstellung, wobei wiederum höchst strittig und unklar ist, wie der proportionale Betrag berechnet wird.<sup>180</sup> Hierzu findet sich im Entwurf direkt

nichts; immerhin wird in der Botschaft festgehalten, dass die Gläubiger durch die Sicherstellung nicht besser zu stellen sind, als wenn keine KH durchgeführt würde; die Sicherstellung sei auf den «entsprechenden Umfang» des Herabsetzungsbetrags<sup>181</sup> beschränkt.<sup>182</sup> Vieles bleibt damit unklar, so etwa, ob eine proportionale Kürzung erfolgt, auch wenn die angemeldeten Forderungen (die ja sehr häufig nur wenige sind) den Herabsetzungsbetrag nicht übersteigen.<sup>183</sup> Es fragt sich zudem, wieso diese Frage nicht explizit gesetzlich geregelt statt bloss in der Botschaft erwähnt wird.<sup>184</sup> Schliesslich wird – auch in der Lehre – einerseits der Problematik von Eventualverbindlichkeiten<sup>185</sup> und andererseits dem Umgehungsaspekt<sup>186</sup> m.E. zu wenig Beachtung geschenkt.

Schliesslich ist auch das *Verfahren*, was im Falle von *Streitigkeiten über genügende Sicherstellung* geschieht, in der Schweiz nicht ausdrücklich festgelegt, sondern

sondern das ursprüngliche [Eigen-]Kapital [vor Herabsetzung]. Zu beachten ist, dass es **genauer um die potentiell sicherzustellenden Forderungen** geht, die vom nominellen Fremdkapital abweichen können, je nach den Arten von Forderungen, die in die Sicherstellung einzubeziehen sind.

<sup>172</sup> Art. 32 Kapitalrichtlinie in der Fassung der Richtlinie 2006/68/EG (vgl. FN 48).

<sup>173</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 29), § 53 N 162;

<sup>174</sup> Für Ersteres: ZK-BÜRGI, Art. 733 N 14; für Letzteres: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 29), § 53 N 162 FN 50; HEINZMANN (FN 19), N 323.

<sup>175</sup> So etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 29), § 53 N 163 (abw. für Forderungen, für die Sicherheiten bestehen: NOBEL).

<sup>176</sup> BÖCKLI (FN 19), § 2 N 351, FN 680. Dass dies feststehen soll, wie BÖCKLI behauptet, steht m.E. keineswegs fest: Gerade bestrittene fällige Forderungen sind Sicherstellungskandidaten *par excellence*: vgl. vorne FN 69.

<sup>177</sup> HEINZMANN will nur Forderungen zulassen, die entweder anerkannt sind oder für die ein provisorischer Rechtsöffnungstitel (Schuldanererkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG) besteht (HEINZMANN [FN 19], N 325 f.); gemäss BÖCKLI sind sie je nach ihrer Glaubhaftigkeit und Gefährdung einzubeziehen, über welche das Gericht befinden soll, welches über die Aufrechterhaltung einer allfälligen Handelsregistersperre entscheidet (BÖCKLI [FN 19], § 2 N 354). M.E. überzeugend für den Einbezug bestrittener Forderungen argumentiert DUBS (OR Handkommentar-DUBS, Art. 733 N 4).

<sup>178</sup> So etwa ZK-BÜRGI, Art. 733 N 15; NOBEL in FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 29), § 53 N 163 (als «dissenting opinion»).

<sup>179</sup> So insbesondere BSK OR II-KÜNG, Art. 733 N 5.

<sup>180</sup> In Frage kommt insbesondere die Berechnung gemäss *potentielllem Deckungsverlust*, d.h. Verhältnis Fremdkapital – Herabsetzungsbetrag (ZK-BÜRGI, Art. 734 N 22 [sinngemäss]; ausführlich HEINZMANN [FN 19], N 330 ff.); gemäss *effektivem Deckungsverlust*, d.h. (wohl) Verhältnis Fremdkapital – allfällige Reduktion der Aktiven (So können FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL und BÖCKLI interpretiert werden, evtl. soll damit aber auch auf die erste Variante abgezielt werden; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL [FN 29], § 53 N 164; BÖCKLI [FN 19], § 2 N 352); gemäss *Verhältnis verbleibendes Kapital (bzw. – wohl eher – ursprüngliches Eigenkapital) – Herabsetzungsbetrag* (so BÖCKLI [FN 19], § 2 N 352 [als Alternative zur Deckungsminderung]; gemeint ist wohl nicht das verbleibende Kapital als Bezugsgrösse,

<sup>181</sup> Die Botschaft spricht von «Verringerung des gesperrten, d.h. des nicht verwendbaren Eigenkapitals» (Botschaft [FN 2], 1650) – eine Differenz zum Herabsetzungsbetrag ist denkbar, wenn der Herabsetzungsbetrag mit einem Verlustvortrag verrechnet wird (je nach Betrachtungsweise bzw. Auslegung; vgl. ferner auch zur falschen Formulierung von Art. 659a Abs. 4 OR unten Kap. IV.2.2.c), dort ist allerdings nach Art. 653r E-OR ohnehin keine Sicherstellung erforderlich.

<sup>182</sup> Botschaft (FN 2), 1650.

<sup>183</sup> Die Aussage wäre am ehesten mit der in FN 180 erwähnten *Theorie des «potentiellen Deckungsverlusts»* verträglich. Abzulehnen ist m.E. die erwähnte *Theorie des «effektiven Deckungsverlusts»*, die Gläubiger nur bei einer KH mit Ausschüttung schützt (bei dieser entspricht die Verringerung der Aktiven der Reduktion des Aktienkapitals), wogegen auch bei der KH ohne Ausschüttung – wegen der Reduktion der Sperrziffer und der daraus resultierenden Möglichkeit von zusätzlichen Dividendenabflüssen – ein Schutz durch Sicherstellung erforderlich ist. Ansonsten wäre die Sicherstellung bei allen KH ohne Ausschüttung von Gesetzes wegen auszunehmen, und nicht nur im Falle einer Unterbilanz, wie es Art. 735 OR/Art. 653r E-OR tun. Die weitere *Theorie*, wonach (wohl) Sicherstellung gemäss der *prozentualen Reduktion des Eigenkapitals* zu gewähren ist, hat zur Folge, dass die (potentielle) Sicherstellungssumme bei hohem Verschuldungsgrad den Kapitalherabsetzungsbetrag um ein Vielfaches übersteigen kann, wodurch die Gläubiger zu Unrecht besser gestellt werden, als sie es ohne KH wären.

<sup>184</sup> Eine gesetzliche Regelung fordert BÖCKLI (FN 148), 335.

<sup>185</sup> Stellt sich heraus, dass gewisse Forderungen nicht begründet waren oder z.B. Bedingungen nicht eingetreten sind, wurden aus einer Sicht *ex post* die übrigen Forderungen zu Unrecht in zu kleinem Umfang sichergestellt.

<sup>186</sup> Um Umgehungen zu vermeiden, sollten nahestehende Personen nicht eine Reduktion der Sicherstellung anderer Gläubiger dadurch erreichen können, dass sie selbst die Sicherstellung verlangen, weshalb sie nicht in die Berechnung des Sicherstellungsprozentsatzes einbezogen werden sollten (jedoch sollten sie ebenfalls im gleichen prozentualen Umfang wie die anderen Forderungen sichergestellt werden). Bsp.: KH von TCHF 90; angemeldete Forderungen Drittgläubiger TCHF 100; angemeldete Forderungen eines Verwaltungsrats TCHF 50; → Sicherstellung aller Forderungen zu 90 % (und nicht etwa bloss zu 60 %).

umstritten.<sup>187</sup> Dies wird im Entwurf ebenfalls nicht geklärt.

### b. Eigener Lösungsansatz: Einführung einer Sicherstellungsreserve

Die oben aufgezeigten Probleme können in den meisten Fällen durch eine relativ einfache Massnahme entschärft werden: Durch die Sicherstellung in Form einer (gesperrten) *Sicherstellungsreserve*. Die KH kann eingetragen werden, aber die (sofortige oder künftige) Ausschüttung von Mitteln wird im entsprechenden Umfang verhindert. Dadurch wird der bilanzielle Vorgang der Reduktion des Aktienkapitals sachgerecht kompensiert, nämlich ebenfalls bilanziell: *Die für die Gläubiger relevante Sperrziffer bleibt* (jedenfalls vorerst) *erhalten*; die Situation ist für sie also grundsätzlich gleich wie ohne KH. Die Reserve kann sowohl durch Umbuchung aus dem herabzusetzenden Aktienkapital als auch aus frei verwendbaren Reserven erfolgen.<sup>188</sup>

Vorteil dieser Variante für die Gesellschaft ist einerseits, dass (steuerlich i.d.R. vorteilhafte) KH mit Ausschüttung beschlossen und durchgeführt werden können, wenn sonst genügend freie Mittel vorhanden sind, die auch ohne KH als Dividende abfliessen könnten. Andererseits erlaubt es eine entsprechende Regelung, die Reserve mit der Zeit (insbesondere bei Erlöschen der sichergestellten Forderungen)<sup>189</sup> aufzulösen, ermöglicht also auch bei Gesellschaften, die über keine freien Mittel verfügen, eine Ausschüttung mit einer auch für die Gläubiger akzeptablen Übergangsfrist. Schliesslich führt die Sicherstellungsreserve – anders als bei herkömmlichen Sicherstellungen – zu praktisch keinen Kosten, was sowohl den übrigen Gläubigern (deren Haftungssubstrat nicht geschmälert wird und die durch die Sicherstellung eigentlich ungleich behandelt werden) als auch den Aktionären zum Vorteil gereicht.

Eine geeignete Regelung der Sicherstellungsreserve hätte zudem weitere Vorteile:

- Die *insgesamt zu bildende Sicherstellungsreserve* wäre *maximal auf den herabgesetzten Betrag zu beschränken*. Anders als bei anderen Arten von Sicherheitsleistungen ist hier die Problematik von Eventualverbind-

lichkeiten sowie das Umgehungsrisiko vollständig entschärft.<sup>190</sup> Im Gegenzug könnte auf die proportionale Beschränkung weiterer Sicherstellungsarten (bei denen diese Probleme bestehen) verzichtet werden.<sup>191</sup> Zudem sind andere Sicherheitsleistungen auch aus Sicht der nicht sichergestellten Gläubiger und der Aktionäre eher problematisch (da sie zu Kosten führen), so dass die Bildung einer Sicherstellungsreserve dadurch auch gefördert werden soll. Ferner soll eine proportional gekürzte Sicherstellungsreserve den Gläubigern wieder in vollem Umfang zur Verfügung stehen, wenn unberechtigte Forderungen wegfallen (da eine Auflösung nur insoweit erfolgen darf, als der Nominalbetrag der übrigen, noch sicherzustellenden Forderungen durch die verbleibende Sicherstellungsreserve gedeckt sind), was bei einer normalen Sicherheitsleistung kaum so geregelt werden kann.

- *Bestrittene Ansprüche können in ein sinnvolles Verfahren kanalisiert* werden, indem z.B. ohne entsprechende Klage (oder Anerkennung) innerhalb eines Jahres nach Eintragung der KH die Sicherstellung entfallen darf.
- Mit der umgehenden Bildung einer (vorsorglichen) Sicherstellungsreserve im vollen Umfang des Herabsetzungsbetrags kann *eine sofortige Eintragung der KH in das Handelsregister erfolgen*, ohne dass die Anmeldefrist für die Forderungen abgewartet werden muss.
- Mit der Regelung einer Sicherstellungsreserve kann auf weitere materielle Bestimmungen, die schwach begründete Ansprüche auszuschliessen zu versuchen, m.E. verzichtet werden.<sup>192</sup> Ebenfalls führt die Möglichkeit einer Sicherstellungsreserve dazu, dass bei genügend kapitalisierten Gesellschaften, bei denen die Bildung einer Sicherstellungsreserve ohne Weiteres aus frei verwendbaren Reserven möglich ist, die Sicherstellung mit gleichzeitiger Ausschüttung der durch die KH frei gewordenen Mittel für die Gesellschaft problemlos ist (weshalb auf einen – sehr unklaren – Wegfall der Sicherstellungspflicht in solchen Fällen, wie er in Art. 653k Abs. 3 E-OR vorgesehen ist, von vornherein verzichtet werden kann).

M.E. ist eine solche Lösung bereits *de lege lata* als genügende Sicherheitsleistung anzuerkennen. Die damit

<sup>187</sup> Ausgangslage ist, dass die Sicherstellung eine Voraussetzung der KH bildet und ohne sie die KH grundsätzlich nicht durchgeführt werden kann. Ein Teil der Lehre verlangt, dass bei Streitigkeiten die Gesellschaft vor ordentlichen Gerichten klagen muss, um die erforderlichen (vorbehaltlosen) Bestätigungen abgeben zu können (so etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL [FN 29], § 53 N 175; BSK OR II-KÜNG, Art. 734 N 2, m.w.Nw.), ein anderer Teil weist die Rolle dem Gericht zu, das über die Aufrechterhaltung einer vom Gläubiger veranlassten Handelsregistersperre entscheidet (so etwa BÖCKLI [FN 19], § 2 N 354, m.w.Nw.).

<sup>188</sup> Zur Problematik der Kapitalreserve vgl. hinten Kap. IV.3.

<sup>189</sup> Ferner u.a. auch dann, wenn über die Sicherstellung gerichtlich entschieden wurde. Bei anderen Sicherheiten ist die Gesellschaft selbst verantwortlich, dass sie die entsprechenden Rechtsgeschäfte akzessorisch ausgestaltet.

<sup>190</sup> Vgl. vorne FN 185 und 186.

<sup>191</sup> Folgt man dieser Ansicht nicht, wäre allenfalls eine Bestimmung mit z.B. folgender Formulierung möglich: «Soweit der Betrag der sicher zu stellenden Forderungen nicht nahestehender Personen den Umfang des herabgesetzten Kapitals übersteigt, kann die Gesellschaft die Sicherstellung der Forderungen sämtlicher Personen verhältnismässig reduzieren.» Somit wird die insgesamt zu erbringende Sicherheitsleistung maximal auf den herabgesetzten Betrag beschränkt und darüber hinausgehende Ansprüche auf Sicherheitsleistung verhältnismässig (d.h. insb. unter Beachtung der Gleichbehandlung) werden reduziert.

<sup>192</sup> Eine allgemeine Schranke bildet Art. 2 Abs. 2 ZGB.

verbundene Rechtsunsicherheit, insb. auch bei Spezialfragen wie dem Verfahren für bestrittene Ansprüche, erfordert aber eine ausdrückliche gesetzliche Regelung.<sup>193</sup>

Eine solche Regelung erlaubt es gleichzeitig, die aus praktischen Gründen verkürzte *Frist für die Anmeldung der Gläubigerforderungen* (Art. 653k Abs. 2 E-OR) wieder auf ein «normales» Niveau, z.B. drei Monate wie bei einer Fusion nach Fusionsgesetz,<sup>194</sup> zu heben (im Ausland ist die Frist teilweise wesentlich länger<sup>195</sup>); damit wird der Gläubigerschutz in kritischen Situationen verbessert, während eine gut kapitalisierte Gesellschaft mittels vorsorglicher Sicherstellungsreserve das Verfahren wesentlich beschleunigen kann.<sup>196</sup>

Entsprechend einem Vorschlag von BÖCKLI könnte man sogar weiter gehen und den Schuldenruf wie im Fusionsrecht erst *nach* der KH (und der allfälligen Ausschüttung) durchführen.<sup>197</sup> Da die hier vorgeschlagene Lösung m.E. genug Flexibilität bietet, rechtfertigt es sich aber, in den kritischeren Situationen auf einer Ausschüttungssperre bis zur Sicherstellung zu bestehen.

#### 1.4 Verbesserungsfähige Publizität des Schuldenrufes

Wie im geltenden Recht soll nach dem Entwurf der Schuldenruf dreimal im SHAB<sup>198</sup> publiziert werden (Art. 653k Abs. 1 E-OR).<sup>199</sup> Aus Sicht der Gläubiger ist diese Massnahme nicht sehr sinnvoll: Kaum jemand liest Schuldenrufe im SHAB; ein solcher «Gläubigerschutz» ist oft eine Alibiübung.<sup>200</sup> Auch aus Sicht der Gesellschaft ist eine dreimalige Publikation wenig einleuchtend.

Die Publizität und somit der Gläubigerschutz könnte durch eine einfache und kostengünstige Massnahme verbessert werden: nämlich mittels *Vormerkung im Handelsregister*. Möglich wäre auch, die KH bereits nach Generalversammlungsbeschluss ins Handelsregister einzutragen, wie es etwa in Deutschland<sup>201</sup> der Fall

ist; m.E. ist es einfacher, die beschlossene bzw. allenfalls erst geplante KH mit dem Hinweis der Gläubigeraufforderung vorzumerken (d.h. im Feld «Bemerkungen» einzutragen); damit erfolgt im übrigen auch automatisch eine Publikation im SHAB (Art. 931 OR).<sup>202</sup>

#### 1.5 Verfehltes Erfordernis der öffentlichen Beurkundung des feststellenden und statutenändernden Verwaltungsratsbeschlusses

Der Entwurf schafft zwar glücklicherweise die singuläre Erscheinung der Feststellungsurkunde (Art. 734 OR) ab, ersetzt ihn aber durch einen *öffentlich beurkundeten Verwaltungsratsbeschluss* (Art. 653o Abs. 2 E-OR).<sup>203</sup>

Es fragt sich, ob die *öffentliche Beurkundung* des feststellenden und statutenändernden Verwaltungsratsbeschlusses nötig ist. Das Vorbild der neuen Bestimmung ist Art. 653g OR bei der ordentlichen Kapitalerhöhung, wo die öffentliche Beurkundung allerdings genauso fraglich ist.<sup>204</sup> Das Erfordernis führt nämlich in Praxis dazu, dass kein eigentlicher, vom gesamten Gremium mitgestalteter Verwaltungsratsbeschluss gefasst wird, sondern in den meisten Fällen (aufgrund eines entsprechend gelockerten Präsenzerfordernisses<sup>205</sup>) bloss ein einzelnes Verwaltungsratsmitglied vor dem Notar erscheint.<sup>206</sup>

Ein Verzicht auf die öffentliche Beurkundung hat m.E. keine nennenswerten Nachteile: Der Notar prüft die notwendigen Unterlagen kaum eingehender als das Handelsregisteramt, dem Beschluss und Belege ohnehin eingereicht werden müssen. Das Fälschungsrisiko eines Beschlusses ist ohnehin sehr klein, zumal schon dessen materielle Grundlage, der Generalversammlungsbeschluss, öffentlich beurkundet wird – auch aus Sicht der Strafdrohung ist es nicht weniger effektiv, wenn man «bloss» einen *schriftlichen* (d.h. *schriftlich protokollierten oder zirkularisch auf dem Schriftweg gefassten*), dem Handelsregisteramt einzureichenden *Verwaltungsratsbeschluss* verlangt.<sup>207</sup> Im Gegenzug würde dies in der Praxis statt der heutigen «Einzelbeschlüsse» eher zu einer ernsthafteren Auseinandersetzung mit der Beschlussvorlage führen, und unnötige Kosten könnten eingespart werden.

<sup>193</sup> Vgl. den Vorschlag eines neu gefassten Art. 653k E-OR im Anhang (hinten Kap. VI).

<sup>194</sup> Vgl. dazu vorne Kap. III.1.3.b.

<sup>195</sup> Sechs Monate in Deutschland (§ 225 AktG) und Österreich (§ 178 AktG).

<sup>196</sup> Vgl. den Vorschlag eines neu gefassten Art. 653k E-OR im Anhang (hinten Kap. VI).

<sup>197</sup> BÖCKLI (FN 19), § 2 N 51.

<sup>198</sup> Die Vorschrift, dass ebenso eine Publikation in der in den Statuten vorgeschriebenen Form zu erfolgen hat, hat wenig praktische Bedeutung, da meistens das SHAB das einzige Publikationsorgan ist.

<sup>199</sup> Vgl. vorne Kap. III.1.3.b.

<sup>200</sup> Auch bei den heute üblichen Standard-Recherchen über Internet (insb. etwa auf der Website des EHRA, www.zefix.ch) stösst man i.d.R. bloss auf Meldungen aus dem Handelsregisterteil des SHAB, nicht aber auf solche aus dem Teil Schuldenrufe (wo die Schuldenrufe veröffentlicht werden), wenn man nicht gezielt nach Schuldenrufen sucht.

<sup>201</sup> § 223 AktG (D) schreibt die Anmeldung des Hauptversammlungsbeschlusses vor, § 227 AktG (D) diejenige der Durchführung. Der Schuldenruf (§ 225 AktG [D]) wird durch die Bekanntmachung der Eintragung des Beschlusses ausgelöst.

<sup>202</sup> Die HRegV wird ggf. entsprechend anzupassen sein (nötigenfalls wäre auch ohne spezielle gesetzliche Grundlage denkbar, dass die Handelsregisterämter von sich aus diese Eintragung vornehmen und das SHAB ihnen entsprechende Schuldenrufe weiterleitet). Vgl. den Vorschlag eines neuen Art. 653j<sup>bis</sup> E-OR im Anhang (hinten Kap. VI).

<sup>203</sup> Vgl. vorne Kap. III.1.2.

<sup>204</sup> In ähnlicher Weise ist im übrigen auch die öffentliche Beurkundung beim Kapitalband zu hinterfragen (Art. 653u Abs. 2 E-OR), wobei dort die Ausgangslage (Ermessensspielraum des Verwaltungsrats) immerhin leicht anders ist.

<sup>205</sup> In den Statuten oder im Organisationsreglement.

<sup>206</sup> Kritisch BÖCKLI (FN 19), § 2 N 169 f.

<sup>207</sup> Falschbeurkundung nach Art. 251 StGB ist mit der gleichen Strafe bedroht wie Erschleichung einer falschen Beurkundung nach Art. 253 StGB (beide mit bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe).

Deshalb ist die öffentliche Beurkundung des VR-Beschlusses, das im Ergebnis zu einer doppelten<sup>208</sup> öffentlichen Beurkundung führt, m.E. unnötig, ja gar schädlich. Auf diesen alten Zopf ist deshalb zu verzichten.<sup>209</sup>

## 2. Vergessene Regelung der Kapitalherabsetzung mit Aktienrückkauf

### 2.1 Ungeklärte Fragen beim Aktienrückkauf zur Vernichtung

Die Qualifizierung des Rückkaufs von eigenen Aktien nach beschlossener KH unter geltendem Recht ist umstritten. Klar ist, dass der Rückkauf nach den Regeln über den Erwerb eigener Aktien erfolgen kann (Art. 659 ff. OR). Nach verschiedenen Ansätzen in der Lehre kann bei einer KH ein Rückkauf jedoch auch zu erleichterten Bedingungen erfolgen, d.h. indem die Art. 659 ff. (ganz oder teilweise) nicht anwendbar sind. Problematisch ist indessen, dass die meisten Autoren sich nur zu einzelnen Erfordernissen äussern, hauptsächlich zur *Bestandesgrenze der eigenen Aktien im Umfang von zehn Prozent des Aktienkapitals* (Art. 659 Abs. 1 OR/Art. 659 Abs. 2 E-OR<sup>210</sup>).<sup>211</sup> Häufig nicht ausdrücklich behandelt wird aber meistens die Frage, was mit dem *Erfordernis frei verwendbarer Mittel* (Art. 659 Abs. 1 OR/E-OR) gilt.<sup>212</sup> Von etwas geringerer Bedeutung ist sodann die bilanzielle Behandlung, d.h. die Frage nach einer Bildung einer *Reserve für eigene Aktien* (Art. 659a Abs. 2 OR) bzw. neu eines *Minuspostens für eigene Aktien* im Eigenkapital (Art. 659a Abs. 4 u.V. mit Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 E-OR).<sup>213</sup>

Gravierender ist noch die Rechtsunsicherheit, ab welchem Zeitpunkt (einzelne oder alle) Vorschriften der Art. 659 ff. OR nicht mehr gelten,<sup>214</sup> d.h. ob der er-

leichterte Rückkauf (i) bereits unmittelbar nach Generalversammlungsbeschluss (wobei dies entweder ein «Grundsatzbeschluss» oder der eigentliche Herabsetzungsbeschluss sein kann),<sup>215</sup> (ii) nach der Zweimonatsfrist, innert der die Gläubiger Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen können (Art. 733 OR),<sup>216</sup> oder (iii) erst mit bzw. (was unhaltbar ist) nach Eintragung in das Handelsregister<sup>217</sup> erfolgen darf.

### 2.2 Analyse der neuen Bestimmungen

#### a. Zehn-Prozent-Grenze

Betreffend das Erfordernis der *Bestandesgrenze der eigenen Aktien im Umfang von zehn Prozent des Aktienkapitals* (Art. 659 Abs. 2 E-OR<sup>218</sup>) verstehen WERLEN/SULZER die Botschaft so, dass dieses auf den Erwerb eigener Aktien im Rahmen eines Kapitalbands anwend-

<sup>208</sup> Der Generalversammlungsbeschluss ist ja bereits öffentlich beurkundet. Auch im Hinblick auf das Dogma, dass Statutenänderungen öffentlich zu beurkunden sind, bestehen somit keine Bedenken, da deren materielle Grundlage weiterhin öffentlich beurkundet bleibt.

<sup>209</sup> Art. 653o Abs. 2 E-OR sollte ersatzlos gestrichen werden, vgl. Anhang (hinten Kap. VI).

<sup>210</sup> Bzw. 20% im Falle des Art. 659 Abs. 2 OR/Art. 659 Abs. 3 E-OR.

<sup>211</sup> Dazu zuletzt WERLEN/SULZER (FN 28), 501 f. Zur Qualifikation der 10%-Grenze als *Bestandesgrenze* vgl. WERLEN/SULZER (FN 28), 499 f.

<sup>212</sup> Explizit für Anwendung ist HEINZMANN (FN 19), N 413 (HEINZMANN, der sogar nach der Eintragung der KH [offenbar vollumfänglich] frei verfügbare Mittel verlangt, übersieht jedoch, dass zumindest dann auch auf den frei werdenden Aktienkapitalbetrag zurückgegriffen werden kann). A.M. offenbar BÖCKLI (FN 19), § 4 N 294 und 387 (vgl. aber hinten FN 215). DUBS zufolge bezieht sich die Befreiung «nicht einzig» auf die 10%-Schwelle (OR-Handkommentar-DUBS, Art. 732 N 19). Wenn der Rückkauf gar nicht unter die Art. 659 ff. fallen soll (wie oft gesagt wird), bleibt insbesondere unklar, was für den den Nennwert übersteigenden Kaufpreis für die rückgekauften Aktien gilt.

<sup>213</sup> Explizit für Nichtanwendung ist BÖCKLI (FN 19), § 4 N 267, 387.

<sup>214</sup> Es wird auch kaum je zwischen Abschluss des Rückkaufs als Verpflichtungsgeschäft (*signing*) sowie den entsprechenden Verfügungsgeschäften (*closing*) unterschieden.

<sup>215</sup> BÖCKLI zufolge ist der Rückkauf erleichtert, wenn ein Grundsatzbeschluss der Generalversammlung zum Rückkauf und anschließender Vernichtung vorliegt (BÖCKLI [FN 19], § 4 N 267). Er scheint somit zu suggerieren, dass der Beschluss genüge (denselben Eindruck erweckt er in § 4 N 294). Anders jedoch in § 4 N 296, wo BÖCKLI davon spricht, dass sich die «Kapital-«Schleuse» der Gesellschaft» nach Anmeldung beim Handelsregister «in Richtung Aktionäre» öffne. Zahlungen an Aktionäre wären somit erst nach Eintragung in das Handelsregister möglich; dies entspricht BÖCKLIS Ansicht, dass die KH erst nach ihrer Eintragung ins Handelsregister durchgeführt werden darf (BÖCKLI [FN 19], § 2 N 366; vgl. die weiteren Nachw. vorne in FN 44). Widersprüchlich ist allerdings, dass der Rückkauf (bloss) unter der ausdrücklichen Bedingung des späteren Generalversammlungsbeschlusses (gemeint ist der «Durchführungsbeschluss») und nicht der Handelsregistereintragung stehen soll (BÖCKLI [FN 19], § 4 N 297 sowie N 362, wo neben «Kapitalherabsetzungsbeschluss» das «Zustandekommen der Kapitalherabsetzung» – das wäre ja die Eintragung – als Bedingung erwähnt wird). Rein sachlich überzeugt diese Ansicht bloss für den Fall, dass auf das Erfordernis frei verfügbarer Mittel (Art. 659 Abs. 1 OR/E-OR) nicht verzichtet wird; soll auch auf den frei werdenden Aktienkapitalbetrag zurückgegriffen werden können, muss man de lege lata m.E. (zumindest) bis zur Sicherstellung bzw. Befriedigung der angemeldeten Forderungen warten.

<sup>216</sup> Nach DUBS kann der Rückkauf erleichtert als «Durchführung der Kapitalherabsetzung» im Sinne von Art. 734 OR erfolgen, d.h. seiner Meinung folgend nach Ablauf der Frist für den Schuldenruf und nach Sicherstellung bzw. Befriedigung der angemeldeten Forderungen (OR-Handkommentar-DUBS, Art. 734 N 1; vgl. die weiteren Nachw. hinten in FN 44). Dies entspricht der Lösung unter dem alten OR von 1936, in dem der Erwerb eigener Aktien im Rahmen einer KH als Ausnahme zugelassen war (vgl. ZK-SIEGWART, Art. 659 OR N 31).

<sup>217</sup> So HEINZMANN (FN 19), N 413. Unklar ist BÖCKLI, vgl. vorne FN 215. HEINZMANN'S Meinung ist unhaltbar: Wurden die Aktien zum Zeitpunkt der Eintragung noch nicht zurückgekauft, ist das im Handelsregister eingetragene Kapital schlicht falsch. Die Aktien müssen gleichzeitig mit der Eintragung vernichtet (bzw. herabgesetzt) werden, nur die Auszahlung kann aufgeschoben werden. Der von HEINZMANN propagierte Rückkauf nach Eintragung der KH ist deshalb schlicht unmöglich. Möglich – aber von HEINZMANN nicht bedacht – wäre bloss der vorgängige, durch die Eintragung suspensiv bedingte «Rückkauf» (es handelt sich diesfalls richtigerweise um ein aktienrechtliches Rücknahme- bzw. Teilliquidationsgeschäft, vgl. vorne FN 24) mit aufgeschobener Zahlung – der in Praxis bedeutsame unbedingte Rückkauf über die Börse wäre damit ausgeschlossen.

<sup>218</sup> Bzw. 20% nach Art. 659 Abs. 3 E-OR.

bar sein soll.<sup>219</sup> Die Botschaft äussert sich aber nur allgemein zur Berechnung der Zehn-Prozent-Grenze für den Fall, dass ein Kapitalband vorliegt.<sup>220</sup> Eine Aussage dazu, ob die Grenze auch auf den speziellen (und heute kontroversen) Fall eines Rückkaufs zur Vernichtung Anwendung findet, lässt sich ihr aber m.E. nicht entnehmen – erst recht nicht bei einem ordentlichen KH-Verfahren. Die heutige Rechtslage ändert sich deshalb m.E. nicht, wird aber (insbesondere im Hinblick auf den relevanten Zeitpunkt) auch *nicht geklärt*.

### b. Erfordernis frei verwendbarer Mittel

Nach dem Entwurf dürfen durch KH frei gewordene Mittel erst nach der Eintragung in das Handelsregister ausgerichtet werden (Art. 653o Abs. 5 E-OR; diese Norm gilt auch für das Kapitalband, Art. 653u Abs. 4 E-OR). Diese Bestimmung gilt unterschiedslos für die KH durch Nennwertherabsetzung wie für die KH durch Aktienvernichtung, da das Kapitalherabsetzungsrecht diese zwei Typen gleich behandelt.<sup>221</sup> Sollen die Zahlungen für den Rückkauf vor diesem Zeitpunkt erfolgen, müssen m.E. *in jedem Fall frei verwendbare Mittel vorhanden* sein: Entweder sieht man den Rückkauf (ausschliesslich) als Teil der KH dar und frei verwendbare Mittel sind aufgrund einer vorgezogenen Ausschüttung erforderlich,<sup>222</sup> oder der Rückkauf fällt unter die Art. 659 ff. und das Erfordernis ergibt sich aus Art. 659 Abs. 1 OR. Sind nicht genügend frei verwendbare Mittel vorhanden, darf der Kaufpreis erst nach Eintragung der KH im Handelsregister ausgerichtet werden.

### c. Bilanzielle Behandlung

Der Entwurf sieht statt der bisherigen Reserve für eigene Aktien vor, dass neu ein *Korrekturposten des Eigenkapitals* zu bilden ist (Art. 659a Abs. 4 i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 E-OR). Diese bilanzielle Lösung, d.h. die direkte Bildung eines Minuspostens, wurde teilweise bereits heute für den Spezialfall des Rückkaufs zur Vernichtung vertreten.<sup>223</sup> Somit kommt es zu einer *einheitlichen Behandlung* des Rückkaufs, unabhängig ob er direkt mit einem KH-Verfahren im Zusammenhang steht oder nicht; die bilanzielle Behandlung richtet sich nach dem Entwurf in jedem Fall nach Art. 659a Abs. 4 i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 E-OR.

Angefügt sei, dass der Wortlaut der neuen Bestimmung, dem zufolge ein Abzug von den Gewinnreserven erfolgen soll, allerdings missverständlich ist. Denn es sind

nicht die Gewinnreserven selbst (etwa gar die gesetzlichen?) zu reduzieren – Sinn macht m.E. nur die Auslegung, dass der Minusposten das frei verwendbare Eigenkapital<sup>224</sup> beschränkt, was im Ergebnis regelmässig<sup>225</sup> der heutigen Regelung entspricht.

Folglich ist *im Zeitpunkt des Rückkaufs* ein Minusposten im Betrag des Anschaffungswerts zu bilden. Die definitive Buchung gegen das Aktienkapital darf dagegen erst im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Herabsetzung, d.h. *bei Eintragung in das Handelsregister*, erfolgen. In diesem Zeitpunkt, in welchem die eigenen Aktien vernichtet werden, führte die bisherige Regelung, d.h. die Auflösung der Reserve für eigene Aktien, in aller Regel zur Bildung eines erfolgsneutralen Bilanzgewinns,<sup>226</sup> und zwar (entgegen gewissen Lehrmeinungen) nicht nur bei einem Erwerb unter pari.<sup>227</sup> Die neue Regelung (die wie erwähnt teilweise bereits heute für den Spezialfall des Rückkaufs zur Vernichtung vertreten wurde) verläuft bilanztechnisch anders, führt aber regelmässig<sup>228</sup> zum selben Ergebnis: Das Aktienkapital ist im Nominalbetrag zu reduzieren, der Minusposten im (meist höheren) Anschaffungsbetrag aufzulösen. Der Differenzbetrag ist als Bilanzverlust (bei einem Anschaffungsbetrag über pari) bzw. -gewinn (bei einem Anschaffungsbetrag unter pari) zu verbuchen.<sup>229</sup> Da der Minusposten wegfällt (der nach hier vertretener Auffassung das frei verwendbare Eigenkapital einschränkt<sup>230</sup>), führt dies aber auch bei Buchung eines Bilanzverlusts zu einer Erhöhung des frei verwendbaren Eigenkapitals im Umfang des nominalen Herabsetzungsbetrags.<sup>231</sup>

<sup>224</sup> Dazu gehören neben den freiwilligen Gewinnreserven z.B. auch Gewinnvorräte.

<sup>225</sup> Ein Unterschied kann sich dadurch ergeben, wenn unter heutigem Recht nicht spiegelbildliche Wertberichtigungen für die eigenen Aktien auf Aktiv- und Passivseite gemacht werden (die Konsequenzen des Entwurfs sind allerdings auch nicht völlig klar), vgl. unten FN 226.

<sup>226</sup> BÖCKLI (FN 19), § 8 N 294; Treuhandkammer (Hrsg.), HWP (FN 74), Bd. 4, 66 (erfolgsneutrale Buchung in freie Reserve; zu den Voraussetzungen der Buchung in die freie Reserve vgl. oben FN 18). Auf der Aktivseite fallen die bilanzierten eigenen Aktien sowie auf der Passivseite die Reserve für eigene Aktien weg. Sind diese gleich hoch (vgl. zur Problematik der «spiegelbildlichen» Wertberichtigung BÖCKLI [FN 19], § 8 N 291 ff.), ist in der Höhe des reduzierten Aktienkapitals ein neuer, frei verfügbarer Eigenkapitalposten (als Bilanzgewinn bzw. freie Reserve) zu bilden (bzw. ggf. ein Verlustvortrag zu verrechnen).

<sup>227</sup> Richtig BÖCKLI (FN 19), § 8 N 294 (aber falsch in § 2 N 371); Treuhandkammer (Hrsg.), HWP (FN 74), Bd. 4, 66; falsch etwa HEINZMANN (FN 19), N 340. Die falsche Ansicht übersieht, dass dies nur für die «direkte» Rücknahme von den Aktionären (vgl. oben FN 24) zutrifft, nicht für einen (separat gebuchten) Rückkauf.

<sup>228</sup> Vgl. oben FN 225.

<sup>229</sup> Zur Anwendung von Art. 671 Abs. 1 Ziff. 4 E-OR auf den Bilanzgewinn vgl. vorne Kap. III.1.4.

<sup>230</sup> Vgl. letzter Absatz.

<sup>231</sup> Bsp.: Eine Gesellschaft hat ein Aktienkapital von CHF 10 Mio., Freiwillige Gewinnreserven von 5 Mio. und einen Minusposten eigener Aktien von 2 Mio. (Nennwert 1 Mio.). Das frei verfügbare Eigenkapital beträgt somit 5 Mio. – 2 Mio. = 3 Mio. CHF. Nach Herabsetzung von CHF 1 Mio. durch Vernichtung eigener

<sup>219</sup> WERLEN/SULZER (FN 28), 510, mit Kritik an der (vermeintlichen) Auffassung der Botschaft.

<sup>220</sup> Botschaft (FN 2), 1657.

<sup>221</sup> So schon zum alten OR von 1936: ZK-SIEGWART, Art. 659 OR N 31.

<sup>222</sup> Vgl. vorne Kap. II.3.1.3.e.

<sup>223</sup> BÖCKLI (FN 19), § 4 N 267 und § 8 N 240; BSK OR II-NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, Art. 671 N 5a.

### 2.3 Lösung

In Bezug auf Aktienrückkäufe zwecks Vernichtung, die vor Eintragung der Kapitalherabsetzung in das Handelsregister vollzogen werden, hat die obenstehende Analyse des Entwurfs ergeben, dass von den Art. 659 ff. E-OR in jedem Fall das Erfordernis der frei verwendbaren Mittel sowie die bilanziellen Regeln anwendbar sind. Unklar ist jedoch, ob bzw. ab welchem Zeitpunkt die 10 %-Bestandesgrenze für derartige Aktienrückkäufe nicht gilt. M.E. ist anzuerkennen, dass auch ein Rückkauf nach Beschluss, aber mit Vollzug (d.h. insbesondere Kaufpreiszahlung) vor Eintragung der KH grundsätzlich einen *Erwerb eigener Aktien im Sinne der Art. 659 ff. OR* darstellt. Im Gegenzug muss aber eine *Kompetenz der GV* bestehen, die 10 %-Bestandesgrenze (zumindest) zum Zwecke des Erwerbs eigener Aktien zur Vernichtung aufzuheben. Diese Ermächtigung ist dogmatisch vom Herabsetzungsbeschluss zu unterscheiden und nicht automatisch in diesem enthalten.<sup>232</sup> Eine allfällig erteilte Ermächtigung hat in Zusammenhang mit einem konkreten Herabsetzungsbeschluss bzw. einem Kapitalband zu stehen, woraus sich eine inhärente Befristung ergibt. Im Ergebnis kommt diese Lösung dem BÖCKLISCHEN «Grundsatzbeschluss» nahe, spricht BÖCKLI doch ebenfalls von einer Ermächtigung der Generalversammlung, welche die Überschreitung der 10 %-Limite vorzusehen habe.<sup>233</sup>

Anzufügen ist, dass das *EU-Recht* für den Erwerb eigener Aktien einen Beschluss der Hauptversammlung vorsieht, der auf maximal fünf Jahre (oder kürzere Fristen der Mitgliedstaaten) zu befristen ist. Ein genereller prozentualer Höchstwert wurde jüngst abgeschafft (die Mitgliedstaaten können aber einen Höchstwert vorsehen, der mindestens 10 % betragen muss).<sup>234</sup> Es gibt durchaus auch Gründe für eine generelle Abschaffung (oder Er-

höhung) der 10 %-Limite im schweizerischen Recht,<sup>235</sup> allerdings ist zu überlegen, ob für den 10 % des Aktienkapitals übersteigenden Betrag nicht eine (*zeitlich beschränkte*) *Ermächtigung der GV* erforderlich sein sollte.

Dringend nötig ist aber, dass das *Agio* in der neuen Kapitalreserve zumindest im (heute mehrheitlich vertretenen) Umfang als *frei verwendbar* qualifiziert wird.<sup>236</sup> Denn ansonsten würden viele heute mögliche Rückkäufe aufgrund des Erfordernisses frei verwendbarer Mittel stark eingeschränkt (aufgrund der Rückzahlungssperre in Art. 653o Abs. 5 OR wäre ein Rückkaufprogramm so zu gestalten, dass die Zahlungen erst nach der Handelsregistereintragung erfolgen, was etwa durch ein Andienungsverfahren eines bedingten öffentlichen Kaufangebots<sup>237</sup> erreicht werden könnte).

### 3. Exkurs: Fehlende «Herabsetzbarkeit» der neuen Kapitalreserve

Art. 671 E-OR regelt neu einen speziellen Eigenkapitalposten, die gesetzliche Kapitalreserve, welcher unter anderem das *Agio* zuzuweisen ist. Nach dem Entwurf soll die gesetzliche Kapitalreserve (praktisch)<sup>238</sup> nur zur Verlustverrechnung verwendet werden können (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 E-OR). Damit ist insb. das 50 % des Aktienkapitals übersteigende *Agio* nicht mehr frei verwendbar und kann nicht mehr ausgeschüttet werden, im Gegensatz zur heute von einem Teil der Lehre vertretenen<sup>239</sup> (und in der Praxis häufig befolgten<sup>240</sup>) Auffassung.

Ein anderer Teil der Lehre, darunter namentlich BÖCKLI, vertritt bereits *de lege lata* eine ähnliche Auffassung zum *Agio*.<sup>241</sup> BÖCKLI hält es aber nicht etwa für geradezu unverwendbar, sondern nimmt – auch zum Entwurf – ohne Weiteres an, das *Agio* lasse sich *durch das Verfahren der KH* herabsetzen.<sup>242</sup> Die völlige Unverwendbarkeit wäre denn auch eine groteske und kaum gewollte Rechtsfolge, die den Bestrebungen nach flexiblen Kapitalstrukturen diametral entgegelaufe.<sup>243</sup> Zudem wollte der Gesetzge-

Aktien hat die Gesellschaft noch ein Aktienkapital von CHF 9 Mio., Freiwillige Gewinnreserven von 5 Mio. und einen Bilanzverlust von CHF 1 Mio. (der mit den freiwilligen Gewinnreserven verrechnet werden kann). Da der Minusposten eigener Aktien von 2 Mio. wegfällt, beträgt das verfügbare Eigenkapital aber CHF 4 Mio.

<sup>232</sup> Wird z.B. eine Herabsetzung im Umfang von 5 % des Aktienkapitals beschlossen, besitzt die Gesellschaft bereits eigene Aktien im Umfang von 9 % des Aktienkapitals, kann eine implizite Ermächtigung nicht ohne Weiteres angenommen werden.

<sup>233</sup> BÖCKLI [FN 19], § 4 N 267. Anders als von BÖCKLI vertreten ist aber nicht mehr weiter erforderlich, dass der Kauf unter die Bedingung des (durchführenden) KH-Beschlusses der GV gestellt wird (so aber BÖCKLI [FN 19], § 4 N 297; vgl. dazu auch vorne FN 215). Ferner diskutieren von PLANTA/IFFLAND einen Ermächtigungsbeschluss als antizipierte Décharge, vgl. ANDREAS von PLANTA/JACQUES IFFLAND, *Rachat d'actions de sociétés cotées – problèmes actuels et évolution de la pratique*, in: Waldburger/Baer/Nobel/Bernet (Hrsg.), FS Nobel, Bern 2005, 277 ff., 304 f.

<sup>234</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 1 Kapitalrichtlinie in der Fassung der Richtlinie 2006/68/EG (FN 17). Vgl. dazu auch WERLEN/SULZER (FN 28), 499 f.

<sup>235</sup> In diesem Sinne WERLEN/SULZER (FN 28), 510 f. BÖCKLI (FN 147), 335, hält eine Verdoppelung auf 20 % für vertretbar.

<sup>236</sup> Vgl. dazu hinten Kap. IV.3.

<sup>237</sup> Für kotierte schweizerische Gesellschaften: Vgl. Art. 22 ff. BEHG (und insb. Mitteilung Nr. 1 der UEK vom 28. März 2000 betreffend Rückkäufe von Beteiligungspapieren), zu den Bedingungen vgl. Art. 13 UEV-UEK.

<sup>238</sup> Die gegenüber dem Vorentwurf wieder neu eingefügten Art. 671 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 E-OR (Massnahmen bei schlechtem Geschäftsgang, Bekämpfung der Arbeitslosigkeit) machen keinen Sinn, sondern zeugen von einem mangelnden Bilanzverständnis (Vorstellung der Reserven als «Kässeli», d.h. als Aktiv- statt als Passivposten). Vgl. etwa BÖCKLI (FN 19), § 8 N 271.

<sup>239</sup> So etwa BSK OR II-NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, Art. 671 N 29 ff., 36; BSK OR II-KURER, Art. 675 N 19, m.w.Hw.

<sup>240</sup> Insb. gestützt auf Treuhandkammer (Hrsg.), HWP (FN 74), Bd. 1, 426 f.

<sup>241</sup> BÖCKLI (FN 19), § 12 N 526 ff., m.w.Hw.

<sup>242</sup> BÖCKLI (FN 19), § 12 N 526; explizit zum Entwurf: DERS. (FN 148), 341, FN 48.

<sup>243</sup> Vgl. MEYER (FN 92), 230 f.

ber in der Unternehmenssteuerreform II mit der Einführung des Kapitaleinlageprinzips<sup>244</sup> gerade die Rückzahlung von Agio steuerlich erleichtern.

Der Entwurf schweigt sich dazu bedauerlicherweise aus. Sicher ist, dass das *KH-Verfahren*, entgegen der von BÖCKLI suggerierten Lösung, *nicht direkt anwendbar* ist: So sprechen die Art. 653j ff. E-OR explizit nur von Herabsetzung des «Aktienkapitals». Bestimmungen wie zum Mindestkapital (Art. 653j Abs. 3 E-OR) können selbstverständlich nicht direkt auf die Kapitalreserve angewandt werden. Auch gibt es bei einer «Kapitalreserven-Herabsetzung» keine Statutenänderung (Art. 653o Abs. 1 E-OR), und eine Handelsregisteranmeldung (Art. 653o Abs. 3 bis 5 E-OR) ist sinnlos. Eine direkte Anwendung würde vielmehr voraussetzen, dass vorgängig Agio in Aktienkapital umgewandelt wird, was aber wiederum daran scheitert, dass dazu frei verwendbares Eigenkapital (Art. 652d Abs. 1 OR) erforderlich ist (und Agio nach der Lösung des Entwurfs eben nicht frei verwendbar sein soll).

Zu überlegen wäre höchstens, ob *einzelne Elemente des KH-Verfahrens in Lückenfüllung* (Art. 1 Abs. 2 ZGB) analog angewendet werden können.<sup>245</sup> Wie bereits aufgezeigt wurde, ist aber der eigentlich problematische Vorgang – die Ausschüttung – am besten durch das Dividendenrecht geregelt.<sup>246</sup> BÖCKLI scheint zudem zu übersehen, dass das materielle Schutzniveau mit der heutigen Regelung (nach der an sich «liberaleren» Auffassung) viel höher ist: Der 50 % des Aktienkapitals nicht übersteigende Betrag der allgemeinen Reserve ist wirklich nicht für Ausschüttungen verwendbar. Zudem ist insbesondere keine Ausschüttung bei bestehenden Verlustvorträgen möglich, soweit die Verlustvorträge grösser sind als das frei verwendbare<sup>247</sup> Eigenkapital. Ganz anders im Kapitalherabsetzungsrecht.<sup>248</sup> Hier darf in solchen Situationen mit Unterbilanz noch herabgesetzt werden, ja die Grenze der Überschuldung darf dabei fast erreicht werden (es müssen bloss die Gläubigerforderungen gerade noch gedeckt sein). Die Prüfungsbestätigung bei der KH und die öffentliche Beurkundung des feststellenden VR-Beschlusses sind unter diesen Voraussetzungen ohnehin nicht wirksam, sondern verursachen bloss Kosten, wogegen die Prüfung der Jahresrechnung (bzw. Zwischenbilanz) und des Gewinnverwendungsantrags bei der Dividende auf-

grund des höheren materiellen Schutzniveaus effektiver ist. Der einzige echte Vorteil des KH-Verfahrens gegenüber dem Dividendenrecht ist für die Gläubiger das Schuldenrufverfahren, in dem sie Sicherstellung (oder Erfüllung) ihrer Forderungen verlangen können. Dass dieses Verfahren jedoch das Manko aufwiegen kann, das durch den viel tieferen materiellen Schutz besteht, muss m.E. bezweifelt werden, da der damit gewährte Schutz *in praxi* durch die schwache Publizität und die kurze Frist erheblich relativiert wird.

Die KH-Vorschriften sind folglich nicht bloss *ungeeignet* für die Herabsetzung der Kapitalreserve, sondern auch noch *schlechter für die Gläubiger* als das (heutige) Dividendenrecht. M.E. muss deshalb dringend eine Regelung eingeführt werden, wonach die Kapitalreserve ab einem bestimmten Betrag – wohl ab 50 % des Aktienkapitals, wie heute vertreten – frei verwendbar und (direkt)<sup>249</sup> als Dividende ausschüttbar ist.<sup>250</sup> Unabhängig davon ist allenfalls eine generelle Neukonzeption des Dividendenrechts zu überlegen, insb. die Berücksichtigung von Liquiditätsgesichtspunkten (Stichwort Solvenzttest).<sup>251</sup>

## V. Abschliessende Würdigung

Die *wichtigsten materiellen Änderungen* im Entwurf sind m.E. zu *begrüssen*. Die Flexibilisierung des Zeitpunkts des GV-Beschlusses sowie der Umstand, dass die Prüfungsbestätigung nicht mehr zwingend der GV vorgelegt werden muss, sind entscheidende Verbesserungen gegenüber dem jetzigen Recht.<sup>252</sup> Die Anpassung des Verfahrens an die ordentliche Kapitalerhöhung ist ebenfalls von Vorteil: Sie ermöglicht nach hier vertretener Auffassung eine KH mit Maximalbetrag.<sup>253</sup> Auch das Verbot, vor HR-Eintragung in das Handelsregister der KH frei gewordene Mittel an die Aktionäre auszurichten, ist grundsätzlich sinnvoll, wenn es wie hier vertreten vorgezogene Ausschüttungen in bestimmten Situationen erlaubt. Ein Vorteil dieser Lösung

<sup>244</sup> Art. 5 Abs. 1 bis VStG, Art. 20 Abs. 3 DBG, Art. 7b StHG, in der Fassung des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II), in Kraft ab 1. Januar 2011. Dies gilt für Agio, das nach dem 31. Dezember 1996 einbezahlt wurde.

<sup>245</sup> Wird keine gesetzliche Regelung geschaffen, ist dies wohl die einzig gangbare Alternative.

<sup>246</sup> Vorne Kap. IV.1.2.d.

<sup>247</sup> Unter Berücksichtigung insb. des 50 % des Aktienkapitals übersteigenden Teils der allgemeinen Reserve.

<sup>248</sup> Vgl. vorne Kap. IV.1.2.

<sup>249</sup> Entgegen einer teilweise in der Praxis bestehenden Vorstellung ist zur Ausschüttung keine vorgängige Umwandlung in freie Reserven erforderlich. Auch aus steuerlicher Optik (vgl. zum neuen Kapitaleinlageprinzip vorne FN 244) sollte künftig eine «Agio-Dividende» klar als solche gekennzeichnet werden.

<sup>250</sup> Vgl. den Vorschlag eines neu gefassten Art. 671 Abs. 2 E-OR im Anhang (hinten Kap. VI).

<sup>251</sup> Vgl. vorne Kap. IV.1.2.d.

<sup>252</sup> Und überdies gegenüber dem VE-OR, wo die (heutige) Reihenfolge ohne Flexibilisierung geändert wurde. Endlich wurde auch die bisherige Vermischung von Aktionärsinformation und Gläubigerschutz zumindest etwas entkoppelt: Die GV als (bisheriger) Adressat des Prüfungsberichts ist nämlich das falsche Organ, um den Gläubigerschutz sicherzustellen; die Aktionäre wahren primär ihre eigene Interessen.

<sup>253</sup> Vgl. vorne Kap. III.2. Ansonsten wäre die Verlagerung des (technischen) Statutenänderungsbeschlusses nicht zwingend: Auch nach der heutigen Konstruktion ist die Statutenänderung von der Durchführung der KH (im Detail str.) abhängig; die dafür erforderlichen Voraussetzungen sind Rechtsbedingungen für die Statutenänderung.



liegt nämlich darin, dass die Rückgängigmachung einer (sich als unrechtmässig herausstellenden) KH verschiedene Probleme aufwirft<sup>254</sup> und diese Probleme damit im Wesentlichen verhindert werden.<sup>255</sup>

Leider wurde es aber *verpasst, die überkommenen Institute zum Gläubigerschutz grundsätzlich zu überdenken*, was mit der mangelnden Differenzierung zwischen KH mit und KH ohne Ausschüttung zusammenhängt. M.E. ist Folgendes zu tun:

- Die *Prüfungsbestätigung* in der heutigen Form ist *abzuschaffen*. Stattdessen müssen – *allein für KH mit Ausschüttung – Schutzvorkehrungen wie bei einer Dividendenzahlung* eingeführt werden. Dies bedingt einerseits ein höheres Schutzniveau (mindestens die Deckung des Fremdkapitals plus des verbleibenden Aktienkapitals), andererseits die Angleichung des Verfahrens, d.h. die Prüfung des Antrags des VR durch die Revisionsstelle zuhanden der GV. Beides ist nicht zwingend, andere Ansätze sollten aber aus Gründen der Wertungskongruenz nur eingeführt werden, wenn das Dividendenrecht ebenfalls revidiert wird. Auch eine geprüfte Bilanz oder eine Zwischenbilanz ist nur bei Ausschüttungen erforderlich (eine Ausnahme besteht allenfalls bei einer KH zur Beseitigung einer Unterbilanz, wo dieses Erfordernis allerdings auch auf andere Weise sichergestellt werden kann). Verbessert werden sollte schliesslich die vernachlässigte zeitliche Komponente des Schutzes.<sup>256</sup>
- Die Sicherstellungspflicht ist zwar grundsätzlich beizubehalten. Das Verfahren kann aber mittels Einführung einer *Sicherstellungsreserve* wesentlich verbessert werden. Die Sicherstellungsreserve kann im Ergebnis als intertemporale Beibehaltung der Schutzfunktion des Aktienkapitals als Sperrziffer betrachtet werden. Dies erlaubt es auch, die auf einen Monat verkürzte *Anmeldungsfrist* für die Gläubigerforderungen wieder *auf ein «normales» Niveau zu heben* (die undifferenzierte Verkürzung ist nur als

Notlösung zu begrüssen, solange es keine Beschleunigungsmöglichkeiten in unkritischen Fällen gibt).<sup>257</sup>

- Der Gläubigerschutz sollte des Weiteren durch eine *bessere Publizität* – nämlich mittels Vormerkung in das Handelsregister – verbessert werden.<sup>258</sup>
- Unnötige Formalismen wie die *öffentliche Beurkundung* des VR-Beschlusses (oder die Vorschrift eines zugelassenen Revisionsexperten, falls an der Prüfungsbestätigung zu Unrecht festgehalten wird) sind abzuschaffen.<sup>259</sup>
- Im Zusammenhang mit *Aktienrückkäufen zur Vernichtung* sollte eine ausdrückliche Kompetenz der GV, die 10 %-Bestandesgrenze zu diesem Zweck aufzuheben, eingeführt werden.<sup>260</sup>
- Leider ging es vergessen, die Bedingungen zu regeln, unter denen die neue *Kapitalreserve* frei *verwendet* bzw. zumindest teilweise ausgeschüttet werden kann, was unbedingt notwendig ist (übrigens auch im Hinblick auf die oben erwähnten Aktienrückkäufe<sup>261</sup>). Die KH ist dafür kein taugliches Verfahren; vielmehr sollte explizit verankert werden, dass das Agio in bestimmter Höhe (z.B. ab 50 % des Aktienkapitals) frei verwendbar und im Dividendenverfahren ausschüttbar ist.<sup>262</sup>
- Wichtige *Fristen wurden versehentlich nicht geregelt*: Die (maximale) Frist zwischen Abschluss des Schuldenrufverfahrens und GV<sup>263</sup> sowie die (maximale) Frist zwischen GV und Eintragung in das Handelsregister<sup>264</sup>.
- Weiter gibt es *falsche Formulierungen*, die auf ein offensichtliches Versehen zurückzuführen sind, etwa in Art. 653p E-OR betreffend die Harmonika<sup>265</sup>, ferner in 653q E-OR betreffend Vernichtung von Aktien bei Herabsetzung auf null<sup>266</sup>. Art. 671 Abs. 1 Ziff. 4 E-OR betreffend die bilanzielle Behandlung des Buchgewinns bei einer KH sollte ersatzlos gestrichen werden.<sup>267/268</sup> Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Art. 659a Abs. 4 E-OR betreffend den bilanziellen Korrekturposten für eigene Aktien missverständlich ist.<sup>269</sup> Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte dies korrigiert werden.
- Schliesslich ist wünschbar, dass *Gliederung und Nummerierung* etwas übersichtlicher gestaltet werden.<sup>270</sup>

<sup>254</sup> Vgl. dazu MARTINA ISLER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Handelsregistersperre, Bemerkungen zum Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_26/2007 (BGE 133 III 368) vom 5. Juni 2007, SZW 2008, 222 ff., 225 ff.

<sup>255</sup> Nämlich dann, wenn man mit ISLER /VON DER CRONE verlangt, dass ein Kläger in einem solchen Fall obligatorisch eine Handelsregistersperre zu verlangen hat (und diese auch bewilligt wird), vgl. ISLER /VON DER CRONE (FN 254), 226 f. Der anderen Lösung, der zufolge Ausschüttungen bereits nach Sicherstellung bzw. Erfüllung der Gläubiger gemäss Art. 734 OR erfolgen können und die mit dem heutigen Gesetztext besser vereinbar ist (vgl. dazu vorne Kap. III.1.1), ist aber zugute zu halten, dass die Verantwortlichkeit des VR in der Regel als Korrektiv wirkt. Auch die (hier vertretene) vorgezogene Ausschüttung, ist wenig problematisch, da sie aus frei verwendbaren Mitteln erfolgt und somit notfalls in eine Dividende umqualifiziert werden kann (einzig die Verrechnungssteuer muss nachgezahlt werden, weshalb ein vorsichtiger Verwaltungsrat in kritischen Situationen dafür sorgen wird, dass ein entsprechender Betrag in Form von frei verwendbaren Mitteln zur Verfügung steht).

<sup>256</sup> Vgl. vorne Kap. IV.1.2.d.

<sup>257</sup> Vgl. vorne Kap. IV.1.3.

<sup>258</sup> Vgl. vorne Kap. IV.1.4.

<sup>259</sup> Vgl. vorne Kap. IV.1.5 und IV.1.2.c.

<sup>260</sup> Vgl. vorne Kap. IV.2.3.

<sup>261</sup> Vgl. vorne Kap. IV.2.3 a.E.

<sup>262</sup> Vgl. vorne Kap. IV.3.

<sup>263</sup> Vgl. vorne Kap. III.1.2.

<sup>264</sup> Vgl. vorne Kap. III.1.3.b.

<sup>265</sup> Vgl. vorne Kap. III.3.1 und insb. FN 119.

<sup>266</sup> Vgl. vorne Kap. III.3.2 betreffend Systematik, Verdeutlichung des Gesetzstexts und Randtitel.

<sup>267</sup> Vgl. vorne Kap. III.1.4.

<sup>268</sup> Ebenso unsinnig sind übrigens Art. 671 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 E-OR, vgl. vorne FN 238.

<sup>269</sup> Vgl. vorne Kap. IV.1.2.c.

<sup>270</sup> Vgl. vorne Kap. I.2, insb. FN 8, 9 und 10.

## VI. Anhang: Vorgeschlagene Gesetzesänderungen

Entwurf des Bundesrats vom 21. Dezember 2007	Vorschläge des Verfassers
<p><b>III. Herabsetzung des Aktienkapitals</b></p> <p><b>1. Ordentliche Kapitalherabsetzung</b></p> <p><b>a. Grundsätze</b></p> <p><i>Art. 653j (neu)</i></p> <p><sup>1</sup>Die Generalversammlung beschliesst über die Herabsetzung des Aktienkapitals. Der Verwaltungsrat bereitet die Herabsetzung vor und führt diese durch.</p> <p><sup>2</sup>Die Kapitalherabsetzung kann durch eine Herabsetzung des Nennwertes oder durch die Vernichtung von Aktien erfolgen.</p> <p><sup>3</sup>Das Aktienkapital darf nur unter 100 000 Franken herabgesetzt werden, wenn es gleichzeitig mindestens bis zu diesem Betrag wieder erhöht wird.</p>	<p><b>III. Herabsetzung des Aktienkapitals</b></p> <p><b>1. Ordentliche Kapitalherabsetzung</b></p> <p><b>a. Grundsätze</b></p> <p><i>Art. 653j (neu)</i></p> <p><sup>1</sup>(...)</p> <p><sup>2</sup>(...)</p> <p><sup>3</sup>(...)</p> <p><sup>4</sup><u>Der Verwaltungsrat muss die Kapitalherabsetzung innerhalb von sechs Monaten nach der Beschlussfassung der Generalversammlung beim Handelsregisteramt zur Eintragung anmelden; ansonsten fällt der Beschluss dahin.</u></p> <p><i>[Anmerkung: der Verweis in FN 113 der gedruckten Version dieses Artikels bezieht sich richtigerweise auf Art. 653l E-OR (und nicht auf Art. 653j Abs. 4 E-OR)]</i></p>
	<p><b>b. Publikation</b></p> <p><i>Art. 653j<sup>bis</sup> (neu)</i></p> <p><sup>1</sup><u>Der Verwaltungsrat meldet den Herabsetzungsbeschluss der Generalversammlung beim Handelsregisteramt innert 30 Tagen zur Eintragung an. Der Beschluss wird im Handelsregister vorgemerkt.</u></p> <p><sup>2</sup><u>Der Verwaltungsrat kann auch den geplanten Beschluss beim Handelsregisteramt zur Eintragung anmelden. Der geplante Beschluss wird im Handelsregister vorgemerkt. Eine Publikation nach Absatz 1 muss in einem solchen Fall nicht erfolgen, wenn der geplante Beschluss höchstens [vier] Monate vor der Beschlussfassung durch die Generalversammlung eingetragen wurde und der gefasste Beschluss nicht über den geplanten hinaus geht.</u></p>
<p><b>b. Gläubigerschutz</b></p> <p><i>Art. 653k (neu)</i></p> <p><sup>1</sup>Soll das Aktienkapital herabgesetzt werden, so weist der Verwaltungsrat die Gläubiger durch öffentliche Aufforderung darauf hin, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können. Die Aufforderung muss dreimal im schweizerischen Handelsamtsblatt und überdies in der in den Statuten vorgesehenen Form veröffentlicht werden.</p> <p><sup>2</sup>Die Gesellschaft muss die Forderungen der Gläubiger sicherstellen, wenn diese es innerhalb von einem Monat nach der dritten Veröffentlichung im schweizerischen Handelsamtsblatt verlangen.</p> <p><sup>3</sup>Die Pflicht zur Sicherstellung entfällt, wenn die Gesellschaft nachweist, dass die Erfüllung der Forderung durch die Herabsetzung des Aktienkapitals nicht gefährdet wird.</p>	<p><b>c. Gläubigerschutz</b></p> <p><i>Art. 653k (neu)</i></p> <p><sup>1</sup><u>Die Gläubiger können innerhalb von [drei] Monaten nach der Eintragung gemäss Artikel 653k<sup>bis</sup> die Erfüllung oder Sicherstellung ihrer vor der Eintragung begründeten Forderungen verlangen. Die Gesellschaft ist nach diesem Artikel nur zur Sicherstellung angemeldeter Forderungen verpflichtet.</u></p> <p><sup>2</sup><u>Die Sicherstellung kann dadurch erfolgen, dass eine Sicherstellungsreserve im Nominalbetrag der sicherzustellenden Forderungen gebildet wird. Die Sicherstellung ist in jedem Fall genügend, wenn eine Sicherstellungsreserve im Betrag des herabgesetzten Kapitals gebildet wird. In diesem Fall braucht die Frist nach Absatz 1 zur Durchführung der Kapitalherabsetzung nicht abgewartet werden.</u></p> <p><sup>3</sup><u>Die Sicherstellungsreserve darf nur aufgelöst werden, wenn die sichergestellte Forderung erloschen ist, der Gläubiger auf Sicherstellung verzichtet oder im Fall von Absatz 4. Die Auflösung darf zudem nur insoweit erfolgen, als der Nominalbetrag der übrigen, noch sicherzustellenden Forderungen durch die verbleibende Sicherstellungsreserve gedeckt sind.</u></p>

<sup>4</sup> Anstatt eine Sicherheit zu leisten, kann die Gesellschaft die Forderung erfüllen, sofern die anderen Gläubiger nicht geschädigt werden.

<sup>4</sup> Hat die Gesellschaft eine Forderung bei der Sicherstellung ausdrücklich bestritten, so darf die Sicherstellung entfallen, wenn weder der Gläubiger innerhalb eines Jahres nach Eintragung der Kapitalherabsetzung Klage anhebt noch die Forderung inzwischen anerkannt wurde. Ist Klage angehoben worden, entscheidet das Gericht über die Aufrechterhaltung der Sicherstellung nach den Grundsätzen von vorsorglichen Massnahmen.

**c. Zwischenbilanz**

*Art. 653l (neu)*

<sup>1</sup> Liegt der Bilanzstichtag im Zeitpunkt, in dem die Generalversammlung die Herabsetzung beschliesst, mehr als sechs Monate zurück, so muss die Gesellschaft eine Zwischenbilanz erstellen.

<sup>2</sup> Die Zwischenbilanz wird gemäss den Vorschriften und Grundsätzen für den Jahresabschluss erstellt unter Vorbehalt folgender Vorschriften:

1. Eine körperliche Bestandesaufnahme ist nicht notwendig.
2. Die in der letzten Bilanz vorgenommenen Bewertungen brauchen nur nach Massgabe der Bewegungen in den Geschäftsbüchern verändert zu werden; Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen für die Zwischenzeit sowie wesentliche, aus den Büchern nicht ersichtliche Veränderungen der Werte müssen jedoch berücksichtigt werden.

**d. Geprüfte Bilanz oder Zwischenbilanz bei Herabsetzungen mit Ausschüttung**

*Art. 653l (neu)*

<sup>1</sup> Beschliesst die Generalversammlung, dass frei gewordene Mittel an die Aktionäre ausgeschüttet oder deren Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft verringert werden sollen (Kapitalherabsetzung mit Ausschüttung), muss ihr eine geprüfte Jahresrechnung bzw. eine geprüfte Zwischenbilanz nach Absatz 2 vorliegen, aufgrund deren Grundlage das Fremdkapital und das herabgesetzte Aktienkapital auch nach der Kapitalherabsetzung voll gedeckt ist. Die Revisionsstelle prüft, ob der Antrag des Verwaltungsrates dem entspricht. Art. 731 OR ist entsprechend anwendbar.

<sup>2</sup> Liegt der Bilanzstichtag im Zeitpunkt, in dem die Generalversammlung eine Herabsetzung mit Ausschüttung beschliesst, mehr als sechs Monate zurück, so muss die Gesellschaft eine Zwischenbilanz erstellen.

<sup>3</sup> (...)

*[Anmerkung: Wird im Dividendenrecht ein anderer Ansatz als der bisherige eingeführt, sind diese Bestimmungen ebenfalls entsprechend zu modifizieren]*

**d. Prüfungsbestätigung**

*Art. 653m (neu)*

<sup>1</sup> Ein zugelassener Revisionsexperte muss gestützt auf die Bilanz schriftlich bestätigen, dass die Forderungen der Gläubiger nach der Herabsetzung des Aktienkapitals vollständig gedeckt sind.

<sup>2</sup> Die Prüfungsbestätigung des zugelassenen Revisionsexperten trägt den Ergebnissen der Aufforderung an die Gläubiger gemäss Artikel 653k Rechnung.

<sup>3</sup> Liegt die Prüfungsbestätigung im Zeitpunkt der Beschlussfassung durch die Generalversammlung bereits vor, so informiert der Verwaltungsrat über das Ergebnis. Der zugelassene Revisionsexperte muss diesfalls an der Generalversammlung anwesend sein, wenn diese nicht durch einstimmigen Beschluss auf seine Anwesenheit verzichtet hat.

*(ganzen Art. streichen)*

<p><b>e. Beschluss der Generalversammlung</b>  <i>Art. 653n (neu)</i>                  Der Beschluss der Generalversammlung über die Herabsetzung des Aktienkapitals muss öffentlich beurkundet werden und folgende Angaben enthalten:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>den Nennbetrag, um den das Aktienkapital herabgesetzt wird;</li> <li>die Art und Weise der Kapitalherabsetzung, namentlich die Tatsache, ob der Nennwert herabgesetzt oder Aktien vernichtet werden;</li> <li>die Verwendung der durch die Kapitalherabsetzung frei gewordenen Mittel.</li> </ol>	<p><b>e. Beschluss der Generalversammlung</b>  <i>Art. 653n (neu)</i>                  (...)</p>
<p><b>f. Anpassung der Statuten; Eintragung in das Handelsregister</b>  <i>Art. 653o (neu)</i>  <sup>1</sup>Sind alle Voraussetzungen der Herabsetzung des Aktienkapitals erfüllt, so ändert der Verwaltungsrat die Statuten und stellt dabei fest, dass die Anforderungen des Gesetzes, der Statuten und des Generalversammlungsbeschlusses eingehalten wurden.  <sup>2</sup>Die Beschlüsse über die Statu[t]enänderung und über die Feststellungen des Verwaltungsrats sind öffentlich zu beurkunden. Die Urkundsperson hat die Belege, die der Kapitalherabsetzung zugrunde liegen, einzeln zu nennen und zu bestätigen, dass sie ihr und dem Verwaltungsrat vorgelegen haben.  <sup>3</sup>Der Verwaltungsrat muss die Statutenänderung und seine Feststellungen innerhalb von 30 Tagen nach der Beschlussfassung beim Handelsregisteramt zur Eintragung anmelden.  <sup>4</sup>Das Handelsregisteramt darf die Kapitalherabsetzung nur im Handelsregister eintragen, wenn die Prüfungsbestätigung den gesetzlich verlangten Inhalt aufweist und keine Vorbehalte angebracht werden.  <sup>5</sup>Durch Kapitalherabsetzung frei gewordene Mittel dürfen Aktionären erst nach der Eintragung der Kapitalherabsetzung im Handelsregister ausgerichtet werden.</p>	<p><b>f. Anpassung der Statuten; Eintragung in das Handelsregister</b>  <i>Art. 653o (neu)</i>  <sup>1</sup>(...)  <sup>2</sup>(streichen)  <sup>3</sup>(...)  <sup>4</sup>(...)  <sup>5</sup>(...)  <sup>6</sup><u>Hat der Verwaltungsrat begründete Besorgnis, dass durch die Ausschüttung die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft nicht mehr sichergestellt ist oder das Fremdkapital und das herabgesetzte Aktienkapital nicht mehr gedeckt sind, muss eine Zwischenbilanz bzw. ein Liquiditätsplan in entsprechender Anwendung von Art. 725a bzw. Art. 725c erstellt und geprüft werden. Ergibt sich aus dem Liquiditätsplan bzw. der Zwischenbilanz, dass nach der Ausschüttung die Liquidität nicht mehr sichergestellt wäre bzw. das Fremdkapital und das herabgesetzte Aktienkapital nicht mehr gedeckt wären, darf in diesem Umfang keine Ausschüttung erfolgen.</u></p>
<p><b>2. Gleichzeitige Herabsetzung und Heraufsetzung des Aktienkapitals</b>  <b>a. Grundsatz</b>  <i>Art. 653p (neu)</i>  <sup>1</sup>Die Statuten müssen nicht angepasst werden, wenn:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>der Betrag, um den das Aktienkapital herabgesetzt wird, gleichzeitig bis zur bisherigen Höhe durch neues Kapital ersetzt wird;</li> <li>der Betrag der geleisteten Einlage unverändert beibehalten wird; und</li> <li>die Anzahl und der Nennwert der Aktien unverändert beibehalten werden.</li> </ol>	<p><b>2. Gleichzeitige Herabsetzung und Heraufsetzung des Aktienkapitals</b>  <b>a. <u>Vollumfängliche Wiedererhöhung</u></b>  <i>Art. 653p (neu)</i>  <sup>1</sup><u>Die Bestimmungen über die ordentliche Kapitalherabsetzung sind nicht anwendbar, wenn:</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>der Betrag, um den das Aktienkapital herabgesetzt wird, gleichzeitig bis zur bisherigen Höhe durch neues Kapital ersetzt wird; und</li> <li>der Betrag der geleisteten Einlage unverändert beibehalten wird.</li> <li>(streichen)</li> </ol>

<p><sup>2</sup>Die Bestimmungen über die ordentliche Kapitalherabsetzung sind in diesem Fall nicht anwendbar.</p>	<p><sup>2</sup>(<i>streichen</i>)</p>
<p><b>b. Vernichtung von Aktien</b>  <b>Art. 653q (neu)</b>  <sup>1</sup>Wird das Aktienkapital zum Zwecke der Sanierung auf null herabgesetzt und anschliessend wieder erhöht, so gehen die bisherigen Rechte der Aktionäre mit der Herabsetzung unter. Ausgegebene Aktien müssen vernichtet werden.   <sup>2</sup>Bei der Wiedererhöhung des Aktienkapitals steht den bisherigen Aktionären ein Bezugsrecht zu, das ihnen nicht entzogen werden kann.</p>	<p><b>b. Vernichtung von Aktien <u>zum Zwecke der Sanierung</u></b>  <b>Art. 653q (neu)</b>  <sup>1</sup>Wird das Aktienkapital <u>zum Zwecke der Sanierung</u> auf null herabgesetzt und anschliessend wieder erhöht, so gehen die bisherigen Rechte der Aktionäre mit der Herabsetzung unter. Ausgegebene Aktien müssen vernichtet werden.  <sup>2</sup><u>Der Herabsetzungsbeschluss ist anfechtbar, wenn die Herabsetzung auf null nicht zum Zweck der Sanierung erfolgt.</u>  <sup>3</sup>(...)</p>
<p><b>3. Kapitalherabsetzung im Falle einer Unterbilanz</b>  <b>Art. 653r (neu)</b>  <sup>1</sup>Die Aufforderung an die Gläubiger und die Sicherstellung ihrer Forderungen können unterbleiben, wenn:  1. <b>das Aktienkapital herabgesetzt wird, um eine durch Verluste entstandene Unterbilanz zu beseitigen;</b> und  2. <b>der Betrag, um den das Aktienkapital herabgesetzt wird, nicht höher ist als die zu beseitigende Unterbilanz.</b>   <sup>2</sup> Die übrigen Bestimmungen über die ordentliche Kapitalherabsetzung kommen zur Anwendung.</p>	<p><b>3. Kapitalherabsetzung im Falle einer Unterbilanz</b>  <b>Art. 653r (neu)</b>  <sup>1</sup>Die Publikation sowie die Erfüllung bzw. Sicherstellung gemäss den Art. 653j bis und 653k der können unterbleiben, wenn <u>das Aktienkapital herabgesetzt wird, um eine durch Verluste entstandene Unterbilanz zu beseitigen, und der Herabsetzungsbetrag die Unterbilanz nicht übersteigt.</u>   <sup>2</sup><u>Der Generalversammlung muss eine geprüfte Jahresrechnung oder eine geprüfte Zwischenbilanz in sinngemässer Anwendung von Art. 653l vorliegen, aufgrund deren Grundlage eine Unterbilanz im Umfang nach Abs. 1 besteht. Die Revisionsstelle prüft, ob der Antrag des Verwaltungsrates dem entspricht. Art. 731 OR ist entsprechend anwendbar.</u>  <sup>3</sup>(...)   <i>[Anmerkung: Anstelle des vorgeschlagenen Abs. 2 ist ein Verzicht auf den Nachweis einer Unterbilanz bei Beschlussfassung zu überlegen. Stattdessen wäre eine nachträgliche Kontrolle durch die Revisionsstelle einzuführen, wie es etwa im deutschen und österreichischen Recht der Fall ist.<sup>271</sup></i>   <i>Weitergehend ist zu überlegen, ob eine zusätzliche Ausschüttungssperre einzuführen ist, wie sie ebenfalls etwa das deutsche und das österreichische Recht kennen.<sup>272]</sup></i></p>

<sup>271</sup> Die massgebliche Bestimmung des deutschen AktG lautet wie folgt (ähnlich auch § 185 österreichisches AktG):  
– § 232 (Einstellung von Beträgen in die Kapitalrücklage bei zu hoch angenommenen Verlusten)  
Ergibt sich bei Aufstellung der Jahresbilanz für das Geschäftsjahr, in dem der Beschluss über die Kapitalherabsetzung gefasst wurde, oder für eines der beiden folgenden Geschäftsjahre, dass Wertminderungen und sonstige Verluste in der bei der Beschlussfassung angenommenen Höhe tatsächlich nicht eingetreten oder ausgeglichen waren, so ist der Unterschiedsbetrag in die Kapitalrücklage einzustellen.

<sup>272</sup> Die massgebliche Bestimmung des deutschen AktG lautet wie folgt (ähnlich auch § 187 österreichisches AktG):  
– § 233 (Gewinnausschüttung. Gläubigerschutz)  
(1) Gewinn darf nicht ausgeschüttet werden, bevor die gesetzliche Rücklage und die Kapitalrücklage zusammen zehn vom Hundert des Grundkapitals erreicht haben. Als Grundkapital gilt dabei der Nennbetrag, der sich durch die Herabsetzung ergibt, mindestens aber der in § 7 bestimmte Mindestnennbetrag.  
(2) Die Zahlung eines Gewinnanteils von mehr als vier vom Hundert ist erst für ein Geschäftsjahr zulässig, das später als zwei Jahre nach der Beschlussfassung über die Kapitalherabsetzung beginnt. Dies gilt nicht, wenn die Gläubiger, deren Forderungen vor der Bekanntmachung der Eintragung des Beschlusses begründet worden waren, befriedigt oder sichergestellt sind, soweit sie sich binnen sechs Monaten nach der Bekanntmachung des Jahresabschlusses, auf Grund dessen die Gewinnverteilung beschlossen ist, zu diesem Zweck gemeldet haben. Einer Sicherstellung der Gläubiger bedarf es nicht, die im Fall des Insolvenzverfahrens ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben, die nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichtet und staatlich überwacht ist. Die Gläubiger sind in der Bekanntmachung nach § 325 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs auf die Befriedigung oder Sicherstellung hinzuweisen.  
(3) Die Beträge, die aus der Auflösung von Kapital- und Gewinnrücklagen und aus der Kapitalherabsetzung gewonnen sind, dürfen auch nach diesen Vorschriften nicht als Gewinn ausgeschüttet werden.

## Ausgewählte weitere Bestimmungen

<p><b>N. Eigene Aktien</b></p> <p><b>I. Einschränkung des Erwerbs</b></p> <p><i>Art. 659 (neu)</i></p> <p><sup>1</sup>Die Gesellschaft darf eigene Aktien nur dann erwerben, wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür nötigen Mittel vorhanden ist.</p> <p><sup>2</sup>Der Erwerb eigener Aktien ist auf 10 Prozent des Aktienkapitals beschränkt.</p> <p><sup>3</sup>Steht der Erwerb im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung oder einer Auflösungsklage, so beträgt die Höchstgrenze 20 Prozent. Die über 10 Prozent hinaus erworbenen Aktien sind innert zweier Jahre zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten.</p>	<p><b>N. Eigene Aktien</b></p> <p><b>I. Einschränkung des Erwerbs</b></p> <p><i>Art. 659 (neu)</i></p> <p><sup>1</sup>(...)</p> <p><sup>2</sup>(...)</p> <p><sup>3</sup>(...)</p> <p><sup>4</sup><u>Die Generalversammlung kann im Zusammenhang mit einer Kapitalherabsetzung bzw. einem Kapitalband eine die Höchstgrenzen übersteigende Grenze festlegen, um Aktien zur Vernichtung zurückzukaufen.</u> [Anmerkung: Evtl. ist in Art. 704 OR ein qualifiziertes Quorum vorzusehen, zumindest Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 E-OR ist um die Ermächtigung im Zusammenhang mit einem Kapitalband zu ergänzen]</p>
<p><b>C. Reserven</b></p> <p><b>I. Gesetzliche Kapitalreserve</b></p> <p><i>Art. 671 (neu)</i></p> <p><sup>1</sup>Der gesetzlichen Kapitalreserve sind zuzuweisen:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. der Erlös, der bei der Ausgabe von Aktien über den Nennwert und die Ausgabekosten hinaus erzielt wird (Aufgeld);</li> <li>2. die zurückbehaltene Einzahlung auf Aktien, soweit für die dafür neu ausgegebenen Aktien kein Mindererlös erzielt wird (Kaduzierungsgewinn);</li> <li>3. weitere durch Inhaber von Beteiligungspapieren geleistete Einlagen und Zuschüsse;</li> <li>4. der aus der Kapitalherabsetzung sich ergebende Buchgewinn, soweit er nicht zur Abschreibung gefährdeter Aktiven oder zu Rückstellungen für solche Aktiven beansprucht wird.</li> </ol> <p><sup>2</sup>Die gesetzliche Kapitalreserve darf nur verwendet werden:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. zur Deckung von Verlusten;</li> <li>2. für Massnahmen zur Weiterführung des Unternehmens bei schlechtem Geschäftsgang;</li> <li>3. zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und Milderung ihrer Folgen.</li> </ol>	<p><b>C. Reserven</b></p> <p><b>I. Gesetzliche Kapitalreserve</b></p> <p><i>Art. 671 (neu)</i></p> <p><sup>1</sup>Der gesetzlichen Kapitalreserve sind zuzuweisen:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. der Erlös, der bei der Ausgabe von Aktien über den Nennwert und die Ausgabekosten hinaus erzielt wird (Aufgeld);</li> <li>2. die zurückbehaltene Einzahlung auf Aktien, soweit für die dafür neu ausgegebenen Aktien kein Mindererlös erzielt wird (Kaduzierungsgewinn);</li> <li>3. weitere durch Inhaber von Beteiligungspapieren geleistete Einlagen und Zuschüsse;</li> <li>4. <i>(streichen)</i></li> </ol> <p><sup>2</sup><u>Der [50 %] des Aktienkapitals nicht übersteigende Teil der gesetzlichen Kapitalreserve darf nur zur Verrechnung mit Verlusten verwendet werden. Darüber hinaus ist die Kapitalreserve frei verwendbar.</u> 1.–3. <i>(streichen)</i></p>
<p><i>Zudem sind die Gliederung und die Nummerierung übersichtlicher zu gestalten. Vgl. vorne Kap. I.2, insb. FN 8 und 9.</i></p>	