Zur Frage der Sicherstellung bei der Herabsetzung des Aktienkapitals

Autor(en): **Staehelin, Max**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **57 (1938)**

PDF erstellt am: **23.04.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-895975

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Zur Frage der Sicherstellung bei der Herabsetzung des Aktienkapitals.[1])

Von Privatdozent Dr. Max Staehelin jun., Basel.

Das revidierte Obligationenrecht sieht vor, dass eine Aktiengesellschaft, die beabsichtigt, ihr Grundkapital herabzusetzen, ohne es gleichzeitig bis zur bisherigen Höhe durch neues, volleinbezahltes Kapital zu ersetzen, in einer Generalversammlung eine entsprechende Änderung der Statuten beschliessen muss. Dieser Beschluss darf nur gefasst werden, wenn durch besonderen Revisionsbericht festgestellt ist, dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Grundkapitals voll gedeckt sind[2]).

Ist von der Generalversammlung die Herabsetzung des Grundkapitals beschlossen worden, so hat die Verwaltung diesen Beschluss in gesetzlich näher umschriebener Weise zu veröffentlichen und den Gläubigern bekanntzugeben, dass sie binnen zwei Monaten von der dritten Bekanntmachung im Schweizerischen Handelsamtsblatt an gerechnet unter Anmeldung ihrer Forderungen Befriedigung oder Sicherstellung verlangen können[3]).

Die Aufforderung an die Gläubiger und ihre Befriedigung oder Sicherstellung können unterbleiben, wenn das Grundkapital zum Zwecke der Beseitigung einer durch Verluste entstandenen Unterbilanz in einem diese Unterbilanz nicht übersteigenden Betrage herabgesetzt wird[4]).

---

[1]) Vortrag, gehalten am 8. Dezember 1937 im Basler Juristenverein. Der Vortrag wird in der ursprünglichen Fassung wiedergegeben, aber durch eine Anzahl Anmerkungen ergänzt, welche in der Hauptsache Verweisungen auf die schweizerische und, soweit dies für die Interpretation obligationenrechtlicher Probleme zulässig ist, auf die deutsche Literatur enthalten.

[2]) OR Art. 732.

[3]) OR Art. 733.

[4]) OR Art. 735.

Von den vielen Problemen juristischer Natur, die sich im Zusammenhang mit der Herabsetzung des Grundkapitals ergeben, sei die Frage der Sicherstellung herausgegriffen. Bezweckt wird freilich nicht eine erschöpfende Darstellung dieses Problems; es sollen lediglich folgende, für die Praxis bedeutungsvolle Fragen im einzelnen besprochen werden:

I. Wann ist sicherzustellen?
II. Wer kann Sicherstellung verlangen?
III. Wie ist sicherzustellen?
IV. Was ist sicherzustellen?

I. Wann ist sicherzustellen?

1. Eine Sicherstellung ist nicht erforderlich, sofern das Grundkapital zwar herabgesetzt, aber gleichzeitig bis zur bisherigen Höhe durch neues, voll einbezahltes Kapital ersetzt wird[5]). Der Grund hiefür liegt darin, dass das Aktienkapital, d. h. der Sollbetrag des den Gläubigern haftenden Vermögens, keine ziffernmässige Änderung erfährt. Der Gesetzgeber erblickt in diesem Tatbestand überhaupt keine Herabsetzung des Grundkapitals im Sinne von OR Art. 732 ff.

2. Trotz einer Herabsetzung des Grundkapitals ohne gleichzeitige Wiedererhöhung braucht eine Sicherstellung der Forderungen der Gläubiger nicht zu erfolgen, sofern die Herabsetzung des Grundkapitals zum Zwecke der Beseitigung einer durch Verluste entstandenen Unterbilanz vorgenommen und das Grundkapital in einem die Unterbilanz nicht übersteigenden Betrage herabgesetzt wird. Die ratio legis ist in der Tatsache zu erblicken, dass eine rein deklarative Herabsetzung vorliegt. Es handelt sich lediglich um die Anpassung an die bestehenden Verhältnisse; eine Vermögensverteilung findet nicht statt[6]).

[5]) Vgl. OR Art. 732 Abs. 1.

[6]) Vgl. Folliet: Le Bilan dans les sociétés anonymes S. 201/2. Auch eine rein deklarative Herabsetzung ist für die Gläubiger allerdings nicht bedeutungslos, wird dadurch doch die Möglich-

Die Frage, ob und in welchem Umfang eine Unterbilanz vorliegt, ist nun im einzelnen Fall oft nicht leicht zu entscheiden. Die Anwendung dieser Gesetzesvorschrift kann deshalb in der Praxis zu Schwierigkeiten führen. Nach allgemein anerkannter Ansicht ist eine Unterbilanz gegeben, wenn aus den Aktiven zwar noch die Schulden der Gesellschaft getilgt werden können, das Aktienkapital aber doch teilweise verloren ist[7]). Reicht der Wert der

keit geschaffen, Dividenden auszuschütten, bevor das verloren gegangene Grundkapital wieder ergänzt ist. Dieses Moment tritt aber nach dem rev.OR zurück vor dem eminenten Interesse von Gesellschaft und Gesellschaftern, indirekt auch von Gläubigern und der Allgemeinheit an der Ermöglichung von zweckmässigen Sanierungen. Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928 S. 59, sowie unten S. 257.

[7]) Rehm: Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, II. Aufl., S. 6 ff. Reichen die Aktiven auch nicht mehr zur vollständigen Deckung der Schulden aus, so liegt eine Überschuldung vor. Für eine überschuldete Aktiengesellschaft sind OR Art. 732 ff. nicht bestimmt; nach OR Art. 732 ff. ist eine Herabsetzung des Grundkapitals nur möglich, wenn die Forderungen der Gläubiger trotz der Reduktion voll gedeckt sind.

Abzulehnen ist die Auffassung von Folliet, Le Bilan dans les sociétés anonymes (1937) S. 209/10, wonach eine Aktiengesellschaft nach OR Art. 735 vorgehen kann, wenn sie in ihrer Bilanz lediglich deswegen einen Verlust ausweist, weil sie in den Passiven noch gesetzliche und statutarische Reserven aufführt. In dem von ihm angeführten Beispiel

Actif	3,550,000.—	Capital	1,000,000.—
Pertes et profits	250,000.—	Rés. légale	50,000.—
	3,800,000.—	Rés. stat.	250,000.—
		Passiv	2,500,000.—
			3,800,000.—

liegt in Wahrheit gar keine Unterbilanz vor, da nicht nur die Schulden in Höhe von 2,5 Millionen voll gedeckt, sondern überdies noch Aktiven im Werte von Fr. 50,000.— über das Aktienkapital hinaus vorhanden sind, das Aktienkapital selbst also nicht angetastet ist. Trotzdem soll nach Folliet eine Reduktion des Aktienkapitals um Fr. 250,000.— auf Grund von OR Art. 735

Aktiven zur Deckung des Aktienkapitals und der Schulden der Aktiengesellschaft aus, so besteht keine Unterbilanz. Zur Beurteilung der Frage, ob und inwieweit eine Aktiengesellschaft eine Unterbilanz aufweist, ist demnach der Wert der Aktiven sowie die Höhe des Aktienkapitals und der Verbindlichkeiten von Bedeutung.

Die Grösse des Aktienkapitals steht regelmässig fest.

Die Höhe der Verbindlichkeiten ist an Hand einer ordnungsmässigen Buchhaltung relativ einfach zu ermitteln, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass zum Beispiel das Bestehen von bedingten Verpflichtungen zu Unsicherheiten führen mag. Bei derartigen Verbindlichkeiten weiss die Gesellschaft oft nicht, inwieweit sie in Anspruch genommen werden wird.

Noch viel schwieriger als die Feststellung der Höhe der Verbindlichkeiten ist aber die Berechnung des Wertes der Aktiven[8]). Der Anschaffungswert eines Aktivums kann erheblich grösser oder sehr viel kleiner sein als dessen Liquidationswert. Teure Maschinen beispielsweise nützen sich oft rasch ab, sie können auch durch neue Erfindungen sehr bald überholt sein. Deswegen wird ihr Liquidationswert zuweilen nach kurzem Gebrauch geringer als ihr Anschaffungswert sein. Der Liquidationswert von Grundstücken, die eine Gesellschaft vor vielen Jahren erworben hat und welche seither zu Industriegelände geworden sind, wird dagegen ihren Anschaffungswert erheblich übersteigen. Sehr verschieden sowohl vom Anschaffungswert als auch vom Liquidationswert kann der Ertragswert sein. So mögen zum Beispiel Grundstücke wohl wenig ge-

---

möglich sein. Zu seiner Ansicht gelangt er offenbar auf Grund einer allzu wörtlichen Auslegung des Art. 735 in französischer Fassung. Nicht auf den Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung kommt es an, sondern darauf, ob das Aktienkapital intakt ist oder nicht.

[8]) Vgl. Rehm, S. 359 ff., Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, S. 326 ff., Passow, Die Bilanzen der privaten und öffentlichen Unternehmungen, Band I, S. 124; Wieland, Handelsrecht, Band I, S. 318 ff.

kostet haben und heute sehr günstig abgestossen werden können, aber ihr Ertragswert braucht deswegen nicht bedeutend zu sein. Umgekehrt ist es denkbar, dass der Ertragswert einer Fabrikanlage dank dem Organisationstalent und den erstklassigen Beziehungen der Leiter sehr hoch, weit über ihrem Anschaffungswert liegt; ihr Verkaufswert kann aber sehr gering sein, da die gute Rendite vielleicht einzig auf den Eigenschaften der Unternehmer beruht.

Eine Aktiengesellschaft mag also sehr wohl eine Unterbilanz ausweisen, wenn sie bei der Bewertung ihrer Aktiven von dem einen Wert ausgeht, nicht aber, wenn sie ihr einen andern Wertmaßstab zugrunde legt. Welcher Wert für die Frage massgebend ist, ob eine Unterbilanz im Sinne von OR Art. 735 vorliegt, kann dem Gesetz indessen nicht entnommen werden. Nach welchen Gesichtspunkten, so hat man sich deshalb zu fragen, muss die Bilanz erstellt sein, damit eine sich aus ihr ergebende Unterbilanz die Gesellschaft berechtigt, ihr Grundkapital im Betrage dieser Unterbilanz ohne Sicherstellungspflicht herabzusetzen.

Beispielshalber sei angenommen, eine nach den aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften aufgestellte Jahresbilanz weise keine Unterbilanz auf, wohl ergebe sich aber eine Unterbilanz, wenn die Aktiven nach ihrem Schmelzwert bewertet werden. Darf nun die Aktiengesellschaft auf Grund der aus der Schmelzwertbilanz hervorgehenden Unterbilanz ihr Grundkapital um den Betrag dieser Unterbilanz herabsetzen, ohne die sicherstellungsberechtigten Gläubiger sicherstellen zu müssen? Ein derartiges Vorgehen hätte zunächst für die Aktionäre wohl einen Verlust zur Folge, da eben das Grundkapital um den Betrag der Unterbilanz abgeschrieben würde. Infolge dieser Abschreibung ständen aber die Aktiven der Aktiengesellschaft alsdann mit ihrem Schmelzwert zu Buch. Infolgedessen könnten in den folgenden Jahren leicht erhebliche Gewinne erzielt werden, wodurch der aus der Abschreibung

des Aktienkapitals den Aktionären erwachsene Verlust möglicherweise ganz oder annähernd wettgemacht würde. Den Gläubigern würde aber nur noch das niedrigere Grundkapital haften, ohne dass ihnen Gelegenheit gegeben worden wäre, Sicherstellung zu verlangen.

Oder der entgegengesetzte Fall: die nach den aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften aufgestellte Jahresbilanz ergibt zwar eine Unterbilanz, nicht aber eine auf Grund der Liquidationswerte errichtete Bilanz. Können unter diesen Umständen die Gläubiger gegen eine ohne Sicherstellung erfolgende Herabsetzung des Grundkapitals um den Betrag der sich aus der Jahresbilanz ergebenden Unterbilanz Einspruch erheben mit der Begründung, in Wirklichkeit sei, wie dies aus der Liquidationsbilanz hervorgehe, gar keine Unterbilanz vorhanden?

Den hier aufgeworfenen Fragen kommt nicht nur in den erwähnten extremen Fällen praktische Bedeutung zu, in denen sich eine Unterbilanz nur bei Zugrundelegen der einen oder der andern Bewertungsregeln ergibt. Sie sind auch von Wichtigkeit, wenn zwar sowohl eine Jahresbilanz als auch eine Liquidationsbilanz oder eine nach anderen Grundsätzen erstellte Bilanz eine Unterbilanz aufweisen, die Höhe der Unterbilanz aber nicht in allen Fällen dieselbe ist. Denn das Gesetz lässt die Herabsetzung des Aktienkapitals ohne Sicherstellung der Gläubiger insoweit zu, als die Herabsetzung in einem die Unterbilanz nicht übersteigenden Betrage erfolgt. Wird nach der einen Bilanz eine Unterbilanz von Fr. 500,000.— ausgewiesen, nach der andern aber von Fr. 2,000,000.—, so muss entschieden werden, ob das Grundkapital nun um Fr. 2,000,000.— oder bloss um Fr. 500,000.— herabgesetzt werden darf, ohne dass eine Pflicht zur Sicherstellung entsteht.

Richtiger Auffassung nach muss die Unterbilanz aus einer nach den aktienrechtlichen Bilanzvorschriften erstellten Jahresbilanz hervorgehen. Gegen eine derart ausgewiesene Unterbilanz können die Gläubiger sich nicht

auf eine vielleicht günstigere Liquidations- oder nach sonstigen Grundsätzen aufgestellte Bilanz berufen. Auf der anderen Seite darf aber die Aktiengesellschaft ihrerseits nur in dem Umfange gemäss OR Art. 735 verfahren, als eine nach den aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften errichtete Jahresbilanz eine Unterbilanz zeigt. Die Gründe, welche dieses Ergebnis als das richtige erscheinen lassen, folgen aus der ratio legis.

Der Gesetzgeber hat die erleichterte Form der Herabsetzung des Aktienkapitals ohne Beobachtung der Sicherstellungsvorschriften zugelassen, um die Sanierung von Aktiengesellschaften zu ermöglichen. Unter einer Sanierung versteht er eine Anpassung der zu hohen Buchwerte der Aktiven der Aktiengesellschaft an die tatsächliche Lage. Eine derartige Angleichung soll die Wiederaufnahme von Dividendenausschüttungen ermöglichen und damit die Arbeits- und insbesondere die Kreditfähigkeit der Gesellschaft heben[9]). Die Ausschüttung von Dividenden ist aber so lange nicht möglich, als die Jahresbilanz eine Unterbilanz aufweist[10]). Wenn also das Gesetz für die Beseitigung einer Unterbilanz zum Zwecke der Sanierung, somit in der Hauptsache zum Zwecke der Beseitigung des rechtlichen Hindernisses der Wiederaufnahme von Dividendenzahlungen, ein vereinfachtes Verfahren der Grundkapitalherabsetzung vorsieht, kann es nur die Beseitigung einer Unterbilanz im Auge haben, die aus einer nach den aktienrechtlichen Grundsätzen erstellten Jahresbilanz hervorgeht. Denn eine lediglich auf Grund einer Liquidationsbilanz sich ergebende Unterbilanz hindert die Aktiengesellschaft rechtlich, abgesehen von wirtschaftlichen Erwägungen, in keiner Weise, Dividenden

---

[9]) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechtes vom 21. Februar 1928, S. 59; s. auch Staub, ad HGB § 290, Anm. 13—15, S. 772/4 sowie dort zit. Literatur.

[10]) Vgl. OR Art. 675 Abs. 2.

auszuzahlen, macht sie also in diesem Sinne nicht sanierungsbedürftig.

Es ist somit festzuhalten, dass die in OR Art. 735 erwähnte Unterbilanz aus einer nach den aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften aufgestellten Jahresbilanz hervorgehen muss. Dabei kann es allerdings nicht auf die in der letzten Jahresbilanz formell ausgewiesene, sondern nur auf die materielle Unterbilanz ankommen, die sich ergibt, wenn die Jahresbilanz unter genauer Beobachtung der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften erstellt wird. Dies ist praktisch von grosser Bedeutung. Wohl wird schon die letzte Jahresbilanz einer zu sanierenden Gesellschaft infolge früherer Verluste eine ansehnliche Unterbilanz aufweisen, sagen wir bei einem Aktienkapital von 5 Millionen einen Verlust von Fr. 900,000.—. Die Gesellschaft wird aber in der Regel in den letzten Jahren nur die allernotwendigsten oder vielleicht gar keine Abschreibungen vorgenommen haben. Der in der Bilanz als Verlust ausgewiesene Betrag von Fr. 900,000.— bringt also nicht die wirkliche Unterbilanz zum Ausdruck. Bei strenger Anwendung der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften würde sich in der Jahresbilanz vielmehr ein Verlust und damit eine Unterbilanz von beispielsweise Fr. 3,000,000.— ergeben. Die formelle Unterbilanz würde somit in unserem Beispiele Fr. 900,000.—, die materielle, d. h. die bei strenger Befolgung der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften sich ergebende Unterbilanz, dagegen Fr. 3,000,000.— betragen.

Nun kann kein Zweifel bestehen, dass das Grundkapital nicht bloss von Fr. 5,000,000.— auf Fr. 4,100,000.— herabgesetzt werden darf, ohne dass eine Pflicht zur Sicherstellung entsteht, sondern dass eine Abschreibung bis auf Fr. 2,000,000.— zulässig sein muss. Denn wenn man davon ausgeht, dass die Unterbilanz im Sinne von OR Art. 735 aus einer nach aktienrechtlichen Grundsätzen errichteten Jahresbilanz hervorzugehen hat, müssen bei der Erstellung der für die Bemessung der Höhe der Unter-

bilanz massgebenden Bilanz diese aktienrechtlichen Vorschriften auch in vollem Umfange angewendet werden. Es darf daher bei der Bewertung der Aktiven sämtlichen geschäftlichen Risiken sowie allfälligen Konjunkturschwankungen in jeder Hinsicht Rechnung getragen werden; denn die Bilanzvorsicht ist ja eines der hervorstechendsten Prinzipien der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften.

Nicht die formelle, nur die materielle Unterbilanz kann demnach für die Frage massgebend sein, inwieweit das Grundkapital ohne Befolgung der Sicherstellungsvorschriften herabgesetzt werden darf.

3. Nach dem bundesrätlichen Entwurf war den zum Schutze der Gläubiger erlassenen Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals nicht unterstellt eine Herabsetzung verbunden mit einer Rückzahlung aus dem Reingewinn oder aus freien, zur Verfügung der Generalversammlung stehenden Reserven[11]).

Die Rückzahlung erfolgt dann aus dem Reingewinn oder den Reserven, wenn sie nicht zu einer Reduktion des Sollbetrages des den Gläubigern verhafteten Vermögens führt, sondern zu einer Verminderung des Reingewinnes oder der Reserven. Das Aktienkapitalkonto erleidet natürlich im Falle der Rückzahlung aus dem Reingewinn oder den Reserven dieselbe Verminderung, wie wenn die Rückzahlung aus anderem Vermögen geleistet wird. Es wird in beiden Fällen im Umfange der Herabsetzung belastet. Im Gegensatz zum Falle der Rückzahlung aus anderem Vermögen wirkt sich aber die Belastung des Aktienkapitalkontos bei der Rückzahlung aus Gewinn oder Reserven nicht als Herabsetzung des Sollbetrages des den Gläubigern haftenden Vermögens aus, weil sie durch Kreditierung eines neu zu eröffnenden Garantie- oder Sperrkontos, oder

---

[11]) Entwurf des Bundesrates Art. 743 Abs. 1. Vgl. auch die interessanten Ausführungen von Folliet über die Amortisation des Grundkapitals in Le Bilan dans les sociétés anonymes, S.232 ff., insbes. S. 241 und 254 ff.

wie man dieses Konto sonst nennen will, ausgeglichen wird[12]). Da der Bestand dieses Sperrkontos bei der Errichtung der Jahresbilanz zusammen mit dem verminderten Aktienkapital in die Passiven eingesetzt wird, erfährt effektiv der Sollbetrag des den Gläubigern verhafteten Vermögens durch die Reduktion des Aktienkapitals keine Veränderung[13]).

Soll die Rückzahlung zu einer Verminderung des Reingewinnes oder der Reserven führen, so werden also folgende Buchungen erforderlich: Aktienkapitalkonto Soll an Sperrkonto Haben, und Gewinn- und Verlustkonto oder Reservekonto Soll an Kassakonto Haben. Die Rück-

---

[12]) Vgl. hierüber die Kommentare zu HGB § 227 und zum neuen deutschen Aktiengesetz § 192, soweit diese Gesetzesbestimmungen die Einziehung von Aktien aus dem Reingewinn oder den Rücklagen zum Gegenstand haben; ferner Klausing, Reform des Aktienrechtes, S. 68, 70. Sowohl die Literatur zum HGB als auch zum neuen deutschen Aktiengesetz kann für das unter Ziffer 3 zu behandelnde Problem herangezogen werden, soweit es sich um Erörterungen allgemeiner und grundsätzlicher Natur handelt. Für die Literaturangaben im einzelnen vgl. die folgenden Anmerkungen.

[13]) Dem Sollbetrag des den Gläubigern verhafteten Vermögens entsprechen in Buchhaltung und Bilanz in diesem Falle die beiden Haben-Posten „Aktienkapitalkonto" und „Sperrkonto". Zur Verdeutlichung ein Beispiel:

Ausgangsbilanz:

	Fr.		Fr.
Kassa	20,000.—	Aktienkapital . .	140,000.—
Sonstige Aktiven .	150,000.—	Allgem. Reserven	20,000.—
	170,000.—	Freie Reserve . .	10,000.—
			170,000.—

Reduktion des Grundkapitals um Fr. 10,000.— durch Barrückzahlung von Fr. 10,000.— an die Aktionäre unter Verwendung der freien Reserven.

	Fr.		Fr.
Kassa	10,000.—	Aktienkapital . .	130,000.—
Sonstige Aktiven .	150,000.—	Sperrkonto . . .	10,000.—
	160,000.—	Allgem. Reserve .	20,000.—
			160,000.—

zahlung aus anderem Vermögen löst lediglich die Buchung Aktienkapitalkonto Soll an Kassakonto Haben aus.

Der Entwurf des Bundesrates hatte die Herabsetzung des Aktienkapitals mit Rückzahlung aus dem verfügbaren Reingewinn oder aus freien Rücklagen, also aus Vermögen, das über den Sollbetrag des Aktienkapitals und des nicht zur freien Verfügung der Generalversammlung stehenden Teiles der Reserven hinaus vorhanden ist, mit Recht zugelassen und sie von den Gläubigerschutzvorschriften ausgenommen. Zutreffend wird in der Botschaft des Bundesrates ausgeführt, dass die Gesellschaft in der Verfügung über diese Mittel frei sei[14]). In der Tat könnte kein Gläubiger dagegen eine Einwendung erheben, wenn die Gesellschaft beschlösse, die zu ihrer freien Verfügung stehenden Reserven unter ihre Aktionäre zu verteilen. Warum soll nun eine Gesellschaft mit einem Aktienkapital von Fr. 100,000.— an die Verteilung einer freien Reserve oder des Reingewinnes von Fr. 10,000.— unter ihre Aktionäre nicht den Vorbehalt knüpfen können, dass die Aktionäre damit $^1/_{10}$ ihrer ursprünglichen Einlage zurückerhalten haben? Die Stellung der Gläubiger erleidet nicht die geringste Veränderung, ob die Aktiengesellschaft ihre freien Reserven als Bonus oder als Teilrückzahlung der geleisteten Einzahlungen an ihre Aktionäre ausschüttet. Berührt werden hierdurch höchstens die Aktionäre. Sehen

Reduktion des Aktienkapitals um Fr. 10,000.— und Barrückzahlung von Fr. 10,000.— an die Aktionäre „aus dem Aktienkapital", also durch Verminderung des Sollbetrages des den Gläubigern haftenden Vermögens.

	Fr.		Fr.
Kassa	10,000.—	Aktienkapital . .	130,000.—
Sonstige Aktiven .	.150,000.—	Allgem. Reserve .	20,000.—
	160,000.—	Freie Reserve . .	10,000.—
			160,000.—

[14]) Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechtes vom 21. Februar 1928, S. 58/9.

die Statuten zum Beispiel vor, dass im Falle der Liquidation der Gesellschaft das nach Rückzahlung der Schulden und des Aktienkapitals verbleibende Vermögen zur Hälfte an die Verwaltung fällt und nur die andere Hälfte den Aktionären zukommen soll, so ist es für die Aktionäre wesentlich, ob sie die Ausschüttung als Bonus oder als teilweise Rückzahlung ihrer Einlagen erhalten. Die Rechtslage der Gläubiger wird indessen hievon nicht beeinflusst, da in beiden Fällen der Sollbetrag des ihnen haftenden Vermögens der gleiche bleibt, nämlich in dem angeführten Beispiel Fr. 100,000.— . Ob sich dieser Sollbetrag in der Bilanz der Aktiengesellschaft aus zwei Posten zusammensetzt, einem Passivum Aktienkapital von Fr. 90,000.— und einem Sperr- oder Garantieposten von Fr. 10,000.—, oder nur aus einem einzigen, Grundkapital genannten, Passivposten von Fr. 100,000.—, kann den Gläubigern gleichgültig sein. Wesentlich ist für sie nur, dass der Sollbetrag des ihnen verhafteten Vermögens unverändert bleibt.[15])

In richtiger Würdigung des grundlegenden Unterschiedes zwischen einer Rückzahlung aus dem Aktien-

[15]) So für die Einziehung von Aktien aus Reingewinn oder Reserven Staub, ad HGB § 227, Anm. 25 S. 263; Flechtheim, im Bankarchiv 31 S. 17; Quassowski, in J. W. 1931 S. 2924; Klausing, Reform des Aktienrechts, S. 70/1; Düringer-Hachenburg, ad HGB § 227, Anm. 18 S. 277a; Anm. 20—23 S. 278a/81a; Wieland, Handelsrecht, Band II S. 177 und Anm. 13 daselbst. Nach R. Fischer, Das Aktienrecht in Ehrenbergs Handbuch für das gesamte Handelsrecht, Band III, Abt. 1, S. 179/81, hat die Aufteilung des den Gläubigern haftenden Garantiekapitals auf zwei Konten zu unterbleiben. Nach ihm wird nicht das Aktienkapitalkonto belastet und ein Garantiekonto erkannt, sondern das Aktienkapital trotz der Rückzahlung aus verfügbarem Reingewinn oder aus freien Reserven auf der ursprünglichen Höhe belassen. Die Stellung der Gläubiger wird nicht berührt, ob man auf die eine oder auf die andere Weise vorgeht, da in beiden Fällen der Sollbetrag oder Garantiebetrag des ihnen verhafteten Vermögens unverändert bleibt. Wohl aber wird die Rechtsstellung der Aktionäre dadurch beeinflusst. Vgl. Staub, ad HGB § 227.

kapital und einer Rückzahlung aus dem verfügbaren Reingewinn oder aus freien Reserven hat daher der Entwurf des Bundesrates für den Fall der Rückzahlung aus Reingewinn oder Reserven von der Statuierung einer Pflicht zur Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften abgesehen. Wenn die Rechte der Gläubiger in keiner Weise beeinträchtigt werden, benötigen sie auch keinen besonderen Schutz.

Die ständerätliche Kommission hat nun aber die Bestimmungen des Entwurfes des Bundesrates über die Rückzahlung aus dem verfügbaren Reingewinn oder aus freien Rücklagen gestrichen in der Absicht, diese Rückzahlungsart denselben Rechtsregeln wie die Rückzahlung aus anderem Vermögen zu unterwerfen[16]). Da diese Abänderungsvorschläge der ständerätlichen Kommission zum Gesetz geworden sind, sieht das neue Recht für die Rückzahlung aus Reingewinn oder freien Reserven ausdrücklich keine Befreiung von den Gläubigerschutzvorschriften vor.

Es erhebt sich nun die Frage, ob es richtig ist, mit der ständerätlichen Kommission OR Art. 732 ff. auf die Rückzahlung aus verfügbarem Reingewinn und freien Reserven in gleicher Weise anzuwenden wie auf die Rückzahlung aus anderem Vermögen, oder ob nicht vielmehr eine angemessene Berücksichtigung der Unterschiede zwischen den beiden Tatbeständen geboten und mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar ist. Und da ist doch wohl die Auffassung durchaus vertretbar, dass jedenfalls eine Sicherstellungspflicht nicht eintreten muss, wenn die Rückzahlung aus dem verfügbaren Reingewinn oder den freien Reserven erfolgt[17]). Ob verlangt werden

---

[16]) Stenogr. Bulletin Ständerat Frühjahrssession 1935 S. 286.

[17]) Nach HGB § 227 waren im allgemeinen im Falle der Einziehung von Aktien die Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals zu befolgen. Hievon ausgenommen war indessen der Tatbestand der Einziehung zu Lasten des nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinnes oder eines Reservefonds, sofern in die Passiven der Jahresbilanz ein dem Nennbetrag der

könnte, dass in einem besonderen Revisionsbericht das Bestehen von ausreichenden Reserven oder von genügendem Reingewinn festgestellt wird, mag in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben.

Zur Begründung dieser Ansicht soll auf folgende Überlegungen hingewiesen werden. Die ständerätliche Kommission hat ihre Meinung, es seien die beiden Tatbestände gleich zu behandeln, nur negativ, durch Streichung der Ausnahmebestimmungen des bundesrätlichen Entwurfes, zum Ausdruck gebracht, nicht aber positiv durch Aufnahme von entsprechenden Gebotsnormen in das Gesetz. Eine Verpflichtung zur Sicherstellung im Falle der Rückzahlung aus dem verfügbaren Reingewinn oder aus freien Reserven ist also im Gesetz ausdrücklich nicht begründet. Da die Motive des Gesetzgebers, welche zum Erlass oder zur Aufhebung einer Vorschrift geführt haben, für die Gesetzesauslegung, wie die bundesgerichtliche Praxis kürzlich erneut bestätigt hat[18]), nicht verbindlich sind, muss die Entscheidung somit durch Auslegung gefunden werden, deren Grundlage der vernünftige

---

eingezogenen Aktien gleichkommender Betrag als Reservefonds eingestellt wurde, dessen Auflösung nur unter Beobachtung von HGB § 289 erfolgen durfte; Staub, ad HGB § 227, Anm. 10 S. 258; Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, S. 220; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, Verordnung über Aktienrecht, Anm. 3. Diese Regelung des HGB ist sinngemäss vom neuen deutschen Aktiengesetz in § 192 übernommen worden. Die Einziehung von Aktien wird im neuen Gesetz im Zusammenhang mit der Kapitalherabsetzung geregelt. Vgl. Danielcik, ad § 192 S. 283. Die Literatur zu HGB § 227 ist also in dieser Hinsicht weiterhin massgebend. Nach Aktiengesetz § 192 Abs. 3 Ziff. 2 brauchen die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung nicht befolgt zu werden, wenn die Aktien zu Lasten des aus der Jahresbilanz sich ergebenden Reingewinnes oder einer freien Rücklage eingezogen werden. Nach Abs. 5 des zit. Paragraphen muss in diesem Falle ein Betrag in die gesetzliche Rücklage eingestellt werden, der dem Gesamtbetrag der eingezogenen Aktien gleichkommt.

[18]) BGE 63 II Nr. 32 S. 155/6.

Sinn der Vorschriften über die Herabsetzung des Aktienkapitales zu bilden hat.

Diese Bestimmungen gelangen nach OR Art. 732 zur Anwendung, sofern das Grundkapital herabgesetzt und nicht gleichzeitig bis zur bisherigen Höhe wieder ersetzt wird. Aus der Tatsache, dass der Fall der Herabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung des Grundkapitals auf die ursprüngliche Höhe ausgenommen wird, ergibt sich, dass der Zweck der Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals nur darin besteht, den Gläubigern bestimmte Sicherungen zu gewähren für den Fall, dass der Sollbetrag des ihnen verhafteten Vermögens per Saldo reduziert wird. Wird die Reduktion durch eine gleich grosse Wiedererhöhung im Sinne von OR Art. 732 ausgeglichen, so besteht kein Anlass zu einer besonderen Sicherung der Gläubiger, da unter dieser Voraussetzung der Sollbetrag ja im Effekt nicht verändert wird. Aber nicht nur im Falle der Herabsetzung verbunden mit einer gleichzeitigen Wiedererhöhung im Sinne von OR Art. 732, sondern auch bei der Rückzahlung aus verfügbarem Reingewinn oder aus freien Reserven wird der Sollbetrag des den Gläubigern verhafteten Vermögens letztendlich nicht verändert. Also ist die Herabsetzung verbunden mit einer Rückzahlung aus verfügbarem Reingewinn oder freien Reserven grundsätzlich gleich zu beurteilen wie der in OR Art. 732 erwähnte Ausnahmefall. Ob sich die Gleichstellung notwendigerweise auf alle Momente erstreckt, soll nicht untersucht werden; eine Pflicht zur Sicherheitsleistung kann jedenfalls nicht entstehen. Die Sicherstellung hat ja nur den Zweck, die Gläubiger für die in der Herabsetzung des Sollbetrages des ihnen verhafteten Vermögens liegende Schlechterstellung zu entschädigen. Liegt eine solche Herabsetzung nicht vor, so existiert auch kein Grund für die Gewährung einer Entschädigung[19]). Die Sicherstellung wäre zudem im Falle der Rückzahlung aus verfügbarem Reingewinn oder freien

[19]) Vgl. Anm. 15 auf S. 245.

Reserven nicht nur überflüssig; sie hätte sogar eine ungerechtfertigte Besserstellung der Gläubiger zur Folge. Denn es würde ihnen trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals derselbe Sollbetrag haften, ausserdem könnten sie aber noch Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen.

Überdies ist darauf hinzuweisen, dass eine Sicherstellungspflicht trotz Herabsetzung des Sollbetrages des den Gläubigern haftenden Vermögens dann nicht entsteht, wenn das Grundkapital zum Zwecke der Beseitigung einer durch Verlust entstandenen Unterbilanz in einem diese letztere nicht übersteigenden Betrage herabgesetzt wird. Wenn also nicht einmal in allen Fällen der effektiven Reduzierung des Sollbetrages des den Gläubigern haftenden Vermögens eine Sicherstellung gefordert werden kann, darf dies noch viel weniger verlangt werden, wenn der Sollbetrag nicht verändert wird[20]).

Der Passivposten, der in die Bilanz einzustellen ist, damit die Rückzahlung wirklich aus dem Reingewinn oder aus Reserven und nicht doch aus dem den Gläubigern

---

[20]) Vgl. hierzu Guhl, Die Herabsetzung des Grundkapitals bei der Aktiengesellschaft in der Zeitschrift: Die Schweizerische Aktiengesellschaft, VI. Jahrgang 1934 Nr. 9 S. 133 ff., insbes. S. 135/6, der eine Schädigung der Gläubiger ebenfalls verneint, wenn nach Art. 743 Abs. 1 des Entwurfes des Bundesrates vorgegangen wird. Guhl gelangt allerdings angesichts der Streichung dieser Vorschrift des Entwurfes durch die gesetzgebenden Behörden zu der Auffassung, dass eine Rückzahlung aus verfügbarem Reingewinn oder freien Reserven ohne Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften nach dem rev. OR nicht mehr zulässig ist. Vgl. Guhl, Das neue Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht der Schweiz, S. 68/9, ebenso Graner, Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz, S. 103. Auch Wieland hält eine Schädigung der Gläubiger im Falle der Herabsetzung des Grundkapitals, verbunden mit einer Rückzahlung aus ungebundenem Gesellschaftsvermögen, ohne Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften für ausgeschlossen, glaubt indessen, das rev. OR verbiete ein solches Vorgehen. Vgl. seine kürzlich erschienenen Ausführungen: Kritisches zum Kapitel der Grundkapitalveränderungen nach dem neuen Aktienrecht in Z. S. R. NF 57 S. 20 ff., 34.

verhafteten Vermögen erfolgt, und der dem Betrag entsprechen muss, um den das Grundkapital herabgesetzt wird, darf in spätern Jahren allerdings nicht ohne weiteres aus der Bilanz weggelassen werden, denn damit würde sich die Rückzahlung aus dem Reingewinn oder aus den Reserven hinterher automatisch in eine Rückzahlung aus dem Grundkapital verwandeln. Dieser Passivposten muss vielmehr denselben Regeln wie die Grundkapitalziffer unterliegen; den Gläubigern gegenüber kommt ihm dieselbe Funktion wie der Grundkapitalziffer zu[21]). Er kann also nur unter Beobachtung derselben Vorschriften herabgesetzt oder weggelassen werden, die für die Herabsetzung des Grundkapitals gelten[22]). Die eventuell hiermit verbundenen handelsregisterrechtlichen Schwierigkeiten sind lediglich formeller Natur. Ihretwegen darf die Rückzahlung aus dem Reingewinn oder den Reserven ohne Verpflichtung zur Sicherstellung nicht verunmöglicht

---

[21]) Dies bestimmte ausdrücklich das deutsche Recht im Falle der Einziehung von Aktien aus dem verfügbaren Reingewinn oder freien Reserven in HGB § 227 Abs. 5. Vgl. Staub, ad HGB § 227, Anm. 23 S. 262; Klausing, Reform des Aktienrechts, S. 70; Düringer-Hachenburg, ad HGB § 227, Anm. 45 S. 293a, Anm. 48 S. 294a, Anm. 49 S. 295a. Vgl. auch Folliet, Le Bilan dans les sociétés anonymes, S. 255, 257.

[22]) Ob die Aktiengesellschaft gegen diese Vorschrift verstösst oder sich ihr unterzieht, können die Gläubiger jederzeit kontrollieren, indem sie sich die letzte Jahresbilanz der Gesellschaft verschaffen. Diese Kontrolle ist auch bei Gesellschaften möglich, welche ihre Bilanzen nicht veröffentlichen. Denn von Aktiengesellschaften, die ihre Bilanzen nicht publizieren, hat das Handelsregisteramt auf Begehren einer Person, die sich als Gläubiger der Gesellschaft ausweist, die Bilanz in der von den Aktionären genehmigten Fassung einzufordern und zur Einsicht aufzulegen (OR 704). Zeigt es sich, dass die Aktiengesellschaft den Sperrposten aufgelöst hat, ohne die Gläubigerschutzvorschriften der Art. 732 ff. zu beachten, so stehen den Gläubigern dieselben Rechte zu, welche sie ausüben können, wenn die Aktiengesellschaft ohne Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften ihr Grundkapital herabsetzt und teilweise zurückbezahlt und dadurch den Sollbetrag des den Gläubigern verhafteten Vermögens verringert.

werden. Auch Art. 84 Abs. 4 der Handelsregisterverordnung zwingt zu keiner anderen Auslegung[23]).

4. In allen anderen Fällen der Herabsetzung des Grundkapitals ist die Aktiengesellschaft bei Vorliegen der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen zur Bestellung von Sicherheiten verpflichtet.

II. Wer kann Sicherstellung verlangen?

Jedenfalls können nur Gläubiger, nicht etwa auch Aktionäre Sicherstellung verlangen, und zwar nur solche Gläubiger, deren Forderungen bereits vor der Herabsetzung des Aktienkapitals begründet waren[24]). Zu untersuchen bleibt indessen, ob sämtliche oder nur gewisse Kategorien von Gläubigern hierzu berechtigt sind.

OR Art. 733 räumt den Gläubigern das Recht ein, unter Anmeldung ihrer Forderungen Befriedigung oder Sicherstellung zu verlangen. Bei wörtlicher Auslegung des Gesetzes müsste man also ein Wahlrecht der Gläubiger annehmen. Es könnte somit nicht nur ein Gläubiger einer verfallenen Forderung statt Bezahlung bloss Sicherstellung begehren, sondern auch ein Gläubiger einer noch nicht

---

[23]) Auch OR Art. 659 steht einer Herabsetzung des Grundkapitals, verbunden mit einer Rückzahlung aus verfügbarem Reingewinn oder freien Reserven ohne Sicherstellung nicht entgegen. Einzige Voraussetzung für die Zulässigkeit des Erwerbes von eigenen Aktien nach OR Art. 659 Abs. 2 Ziff. 1 ist ein Beschluss über die Herabsetzung des Grundkapitals. Abgesehen hievon wäre aber erst noch zu prüfen, ob OR Art. 659 die Fälle überhaupt erschöpfend aufzählt, wo das Verbot des Erwerbes eigener Aktien nicht gilt. In der grossen Expertenkommission ist von Oser jedenfalls die Auffassung vertreten worden, dass dem nicht so sei (vgl. Prot. Exp.kom. S. 247 Votum Oser). Eine derartige Auslegung von OR Art. 659 hat zweifellos den Vorzug, dass sie legitimen wirtschaftlichen Bedürfnissen eher gerecht zu werden vermag. Es wäre nicht uninteressant, z. B. das Problem der Amortisation von Aktien aus ungebundenem Gesellschaftsvermögen unter diesem Gesichtspunkte zu betrachten.

[24]) So ausdrücklich HGB § 289 Abs. 3; Aktiengesetz § 178 Abs. 1; Staub, ad HGB § 289, Anm. 2 S. 765 und Anm. 3 S. 766.

fälligen Forderung vorzeitige Erfüllung. Denn was hätte es für einen Sinn, im Gesetz zu erwähnen, dass Gläubiger Befriedigung verlangen können, sofern sie ihre Forderungen innert einer bestimmten Zeit anmelden, wenn nicht Gläubiger noch nicht verfallener Forderungen gemeint wären? Dass es Gläubigern fälliger Forderungen jederzeit freisteht, Bezahlung zu fordern, ist doch wohl selbstverständlich, so dass es nicht notwendig gewesen wäre, dies ausdrücklich zu erwähnen; ja Gläubiger verfallener Forderungen sind auf ihr Begehren auch zu befriedigen, wenn sie ihre Forderungen nicht innerhalb der gesetzlichen Frist anmelden[25]).

Eine derartige wörtliche Interpretation von OR Art. 733 ist indessen abzulehnen. Es wäre sinnlos, einem Gläubiger einer verfallenen Forderung ausser dem Recht auf Befriedigung auch noch ein Recht auf Sicherstellung einzuräumen, und es würde die vom Gesetz als zulässig erachtete Herabsetzung des Aktienkapitals durch Rückzahlung aus dem Grundkapital in den allermeisten Fällen praktisch verunmöglicht, wenn die Gesellschaft gezwungen werden könnte, ihre sämtlichen noch nicht verfallenen Verbindlichkeiten vorzeitig zurückzubezahlen[26]). Denn es kann zum Beispiel einem Industrieunternehmen, das eine Obligationenanleihe von mehreren Millionen ausstehend hat, nicht zugemutet werden, eine seinen praktischen Bedürfnissen entsprechende Herabsetzung und teilweise Rückzahlung des Aktienkapitals zu beschliessen, wenn es riskiert, vor der Durchführung dieses Beschlusses das gesamte noch nicht verfallene Anleihen vorzeitig einlösen zu müssen. Man könnte einwenden, die Aktiengesellschaft möge einmal den Rückzahlungsbeschluss

---

[25]) Für das deutsche Recht vgl. z. B. Teichmann-Köhler, Aktiengesetz, ad § 178 S. 308. Dieselbe Auslegung muss in Ermangelung einer ausdrücklich anders lautenden Bestimmung auch für das OR gelten.

[26]) Vgl. Guhl, Das neue Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht der Schweiz, S. 67.

fassen; ergebe sich dann die Unmöglichkeit der Durchführung des Beschlusses, weil die Gesellschaft nicht in der Lage sei, den Rückzahlungsbegehren zu entsprechen, so müsse eben von der Herabsetzung und der teilweisen Rückzahlung des Aktienkapitals Umgang genommen werden. Wer so argumentiert, übersieht die schädlichen Rückwirkungen der Aufgabe eines einmal gefassten Rückzahlungsbeschlusses auf die finanzielle Lage der Gesellschaft. Derartige Risiken wird keine Aktiengesellschaft in Kauf nehmen, so dass unter diesen Umständen die teilweise Rückzahlung des Aktienkapitals praktisch ein Privileg von Gesellschaften mit keinen oder nur mit verfallenen Schulden bliebe.

Die Bedeutung der Gesetzesbestimmung, wonach die Gläubiger Befriedigung oder Sicherstellung verlangen können, lässt ein Rückblick auf ihre Entstehungsgeschichte sowie auf die Vorschriften des alten Obligationenrechts über die Herabsetzung des Aktienkapitals erkennen. Nach dem alten Obligationenrecht war eine Rückzahlung oder Herabsetzung des Grundkapitals nur unter Beobachtung der für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung geltenden Bestimmungen zulässig. Da die Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung erst erfolgen durfte, wenn die fälligen Schulden bezahlt und die Gläubiger noch nicht fälliger Forderungen sichergestellt waren, wurde auch bei einer Herabsetzung und teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals bloss für die fälligen Forderungen Bezahlung, für die nicht fälligen Forderungen dagegen nur Sicherstellung verlangt. Noch der bundesrätliche Entwurf hatte die Systematik des alten Obligationenrechtes übernommen und bei der teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals grundsätzlich die Anwendung der Bestimmungen vorgeschrieben, die er für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung der Aktiengesellschaft aufgestellt hatte[27]). Nach der Fassung des bundesrätlichen Entwurfs konnte kein

[27]) Entwurf Art. 743 Abs. 2.

Zweifel möglich sein, dass im Falle der Kapitalherabsetzung durch Rückzahlung aus dem Grundkapital nur die fälligen Forderungen befriedigt, die nicht fälligen dagegen bloss sichergestellt werden mussten, da diese Regelung im bundesrätlichen Entwurf für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung vorgesehen war. Nun hat aber die ständerätliche Kommission die Vorschriften dieses Entwurfes über die Kapitalherabsetzung umgearbeitet und im wesentlichen die Regelung des Bankengesetzes übernommen. Das Bankengesetz enthält in dieser Hinsicht nur die kurze Bestimmung, dass die Gläubiger auszubezahlen oder sicherzustellen seien[28]). Diese Vorschrift war beim Erlass des Bankengesetzes durchaus unmissverständlich, weil nach dem Bankengesetz die obligationenrechtlichen Normen über die Kapitalherabsetzung subsidiär zur Anwendung kommen[29]). Beim Inkrafttreten des Bankengesetzes galt noch das alte Obligationenrecht, das bei der Ordnung der Kapitalherabsetzung auf die Vorschriften über die Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung verwies; damals stand also fest, dass nicht fällige Forderungen lediglich sicherzustellen seien. In das revidierte Obligationenrecht ist nun aber diese Verweisung nicht mehr aufgenommen worden. Infolgedessen hat die dem Bankengesetz entnommene Bestimmung ihre Klarheit eingebüsst. Eine materielle Änderung war indessen nicht beabsichtigt, denn aus dem Referat des Berichterstatters im Ständerat ergibt sich eindeutig, dass man der Auffassung war, Gläubiger nicht fälliger Forderungen seien sicherzustellen und Gläubiger verfallener Forderungen zu befriedigen[30]).

Es darf deshalb angenommen werden, dass der sinngemässen Interpretation von OR Art. 733 der Vorzug

---

[28]) Bankengesetz Art. 11 litera b.

[29]) Bankengesetz Art. 11.

[30]) Stenogr. Bulletin Ständerat, Frühjahrssession 1935, S. 285.

gebührt und die Vorschrift, wonach Gläubiger unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung oder Befriedigung verlangen können, dahin auszulegen ist, dass Gläubiger nicht fälliger Forderungen bloss Sicherstellung, Gläubiger fälliger Forderungen aber nur Befriedigung verlangen dürfen. Ein Wahlrecht zugunsten der Gläubiger ist abzulehnen.

Trotz des Wortlautes des Gesetzes können also nicht sämtliche Gläubiger, sondern nur die Gläubiger nicht verfallener Forderungen Sicherstellung verlangen. Dabei macht es für das grundsätzliche Recht auf Sicherstellung nichts aus, ob die unverfallene Forderung bedingt oder unbedingt ist[31]). Ist sie bestritten, so muss der Gläubiger, wenn die Gesellschaft die rechtzeitig verlangte Sicherstellung verweigert, eine gerichtliche Anerkennung seiner Forderung erlangen und auf Bestellung der Sicherheit klagen[32]).

Indessen kann keine Rede davon sein, dass nun alle Gläubiger unverfallener Forderungen berechtigt sind, Sicherstellung zu verlangen. Aus dem Begriff der Sicherstellung folgt vielmehr, dass dieses Recht nur Gläubigern ungesicherter, noch nicht verfallener Forderungen zusteht[33]). Ist eine Forderung bereits gesichert, so wäre es überflüssig, sie nochmals sicherzustellen. Denn dem Gläubiger einer gesicherten Forderung kann es grundsätzlich gleichgültig sein, wie hoch das Grundkapital der Aktiengesellschaft ist. Seine Sicherung besteht nicht in erster

[31]) Bachmann, ad aOR Art. 670 S. 219. Für das deutsche Recht Staub ad HGB § 289 Anm. 4 S. 766. Das neue deutsche Aktiengesetz (§§ 175 ff.) enthält ebenfalls keine diese Frage ausdrücklich regelnde Vorschrift, so dass die Auslegung von HGB § 289 auch auf das neue deutsche Recht Anwendung finden kann. Angesichts der einheitlichen Tendenz des schweizerischen und des deutschen Rechtes ist die deutsche Interpretation in dieser Hinsicht auch für das schweizerische Recht beachtlich.

[32]) Staub, ad HGB § 289 Anm. 11 S. 767/8; vgl. auch seine Anm. 5; Teichmann-Köhler, Aktiengesetz ad § 178 S. 308. Vgl. auch vorige Anmerkung a. E.

[33]) Staub, ad HGB § 289 Anm. 5 S. 766/7; Brodmann, Aktienrecht ad HGB § 289 S. 467 unten. S. auch Anm. 31.

Linie im Grundkapital, sondern in der speziellen Sicherheit. Anders verhält es sich nur, wenn die ihm bestellte Sicherheit zur Deckung seiner Forderung nicht genügend ist. In diesem Falle muss er hinsichtlich des nicht gesicherten Teiles seiner Forderung gleichfalls einen Sicherstellungsanspruch haben, da für ihn insoweit die Höhe des Grundkapitals von Bedeutung ist[34]). Schwierig zu beantworten wird natürlich in vielen Fällen die Frage sein, ob die besondere Sicherheit ausreichend ist oder nicht, und wie hoch allenfalls der nicht gesicherte Teil der Forderung zu bemessen ist. Ob die besondere Sicherheit des bereits gesicherten Gläubigers von der Aktiengesellschaft selbst oder von einem Dritten bestellt ist, fällt nicht ins Gewicht. Ist sie vollwertig, so hängt in beiden Fällen die Sicherheit des Gläubigers nicht mehr von der Höhe des Grundkapitals ab. Ist die besondere Sicherheit dagegen nicht ausreichend, so muss ebenfalls in beiden Fällen für den nicht gedeckten Teil der Forderung Sicherheit geleistet werden, da alsdann hiefür die Höhe des Grundkapitals von Wichtigkeit ist. Auch ist es gleichgültig, ob es sich bei der besonderen Sicherheit um eine Real- oder um eine Personalsicherheit handelt; massgebend ist einzig, ob die Sicherheit ausreichend ist oder nicht.

Ob die ungesicherte Forderung gemäss SchKG Art. 219 privilegiert ist oder nicht, ist bedeutungslos[34a]. Sowohl privilegierte als auch unprivilegierte Forderungen, für welche keine besondere Sicherheit besteht, müssen sicherstellungsberechtigt sein; denn wollte man den privilegierten Forderungen wegen ihres Privileges den Anspruch auf Sicher-

---

[34]) Vgl. Staub, ad HGB § 289 Anm. 5 S. 767; Düringer-Hachenburg, ad HGB § 227 Anm. 34 S. 287a letzter Absatz. Auch hier trifft das in Anm. 31 auf S. 255 a. E. Gesagte zu.

[34a]) Eine andere Entscheidung würde dann zu keiner Schädigung führen, wenn hinsichtlich der Deckung der privilegierten Forderungen kein Zweifel möglich ist, vorausgesetzt, dass vor Rückzahlung oder nachträglicher Sicherstellung der privilegierten Forderungen keine Aktiven der Gesellschaft in nennenswertem Umfang verpfändet werden.

stellung absprechen, so könnte der Fall eintreten, dass sämtliche Aktiven der Gesellschaft zur Sicherstellung der Forderungen V. Klasse verwendet worden sind, so dass die privilegierten Forderungen im Konkurs leer ausgehen, weil kein freies Massevermögen mehr vorhanden ist.

III. Wie ist sicherzustellen?

Über die Art der Sicherstellung gibt das Gesetz keine Auskunft. Aus dem vom Gesetzgeber verwendeten Begriff folgt lediglich, dass die Forderung gesichert werden muss.

Die für den Gläubiger vollkommenste Sicherstellung besteht wohl in der Verpfändung von Bargeld. Allein man darf ebensowenig einzig auf die Interessen der sicherungsberechtigten Gläubiger abstellen, als es zulässig wäre, nur die Belange der zur Sicherstellung verpflichteten Aktiengesellschaft zu berücksichtigen.

Dass im neuen Recht nicht einseitig der Gläubigerschutzgedanke vertreten, sondern auch auf die Erhaltung des Unternehmens Bedacht genommen wird, zeigt sich gerade darin, dass die Herabsetzung des Grundkapitals zum Ausgleich einer Unterbilanz ohne Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften vorgesehen ist, trotzdem dadurch die Möglichkeit geschaffen wird, die künftigen Jahresgewinne zu Dividendenzahlungen zu verwenden, statt damit das verlorene Grundkapital wieder aufzufüllen. Ebenso beweist die Tatsache, dass der Gesetzgeber eine teilweise Rückzahlung des Grundkapitals zwar gestattet, den Gläubigern dabei aber ein Recht auf Sicherstellung einräumt, dass er dem Wohl sowohl der Aktiengesellschaft als auch der Gläubiger Rechnung getragen wissen will. Er anerkennt das Bedürfnis von Aktiengesellschaften, ein unter Umständen zu grosses Aktienkapital teilweise zurückzahlen zu können; daneben hat er aber auch die Sicherheit der Gläubiger im Auge, für die es nicht gleichgültig sein kann, ob das grundsätzlich ihnen verhaftete Vermögen an die Aktionäre zurückfliesst oder

nicht. Es soll offenbar keiner auf Kosten des andern bevorzugt werden[35]). Dieses Moment der gerechten Interessenabwägung muss auch bei der Beurteilung der Frage wegleitend sein, ob die bestellte Sicherheit genügend ist. Daraus dürfte sich ergeben, dass die Gläubiger nicht Verpfändung des zum Betrieb des Unternehmens benötigten Bargeldes werden verlangen können, da auf diese Weise die Fortführung des Geschäftes verunmöglicht oder doch erheblich erschwert würde. Allzu viele generelle Regeln über die Art der Sicherheitsleistung lassen sich aber nicht aufstellen. Diese Frage kann vielmehr einzig im Hinblick auf den konkreten Fall entschieden werden. Es wird jeweilen geprüft werden müssen, worin die hauptsächlichsten Aktiven der Aktiengesellschaft bestehen. Denn auf diese Werte sind die Gläubiger grundsätzlich angewiesen, wenn das Aktienkapital nicht herabgesetzt und teilweise zurückbezahlt wird. Es wäre unbillig, wenn ihnen die Aktiengesellschaft im Falle der teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals nun plötzlich liquidere Aktiven bereitstellen müsste. Die Sicherstellungspflicht darf nicht als Strafe dafür aufgefasst werden, dass die Aktiengesellschaft den Aktionären Rückzahlungen an ihre Einlagen leistet. Denn mit der Zulassung der teilweisen Rückzahlung wäh-

[35]) Die Normierung des Verhältnisses zwischen Gläubigern, Aktionären und Aktiengesellschaft ist wohl eines der wichtigsten wirtschaftlichen Probleme des Aktienrechts. Je nach der Gestaltung der Wirtschaft wird, wie Hachenburg zutreffend ausführt, bald das eine, bald das andere Moment mehr in den Vordergrund treten. Vgl. hierüber Hachenburg, Die wirtschaftlichen Probleme des Aktienrechts im Kommentar Düringer-Hachenburg, S. 68 ff. Über die Entwicklungstendenzen des deutschen Rechts, die nun im Aktiengesetz zum Abschluss gekommen sind, vgl. Klausing, Reform des Aktienrechts, §§ 2 und 3. Sehr aufschlussreich ist z. B. die Entwicklung, welche das Bilanzrecht durchgemacht hat, und wie sie etwa in den verschiedenen Auslegungen von HGB §§ 38 und 40 zum Ausdruck kommt. (Einerseits der berühmte Entscheid des ROHG XII S. 18, andererseits die Monographie von Osbahr, Die Bilanz vom Standpunkt der Unternehmung.)

rend des Bestehens der Gesellschaft hat der Gesetzgeber anerkannt, dass in einem derartigen Vorgehen durchaus nichts Illegitimes erblickt werden darf. Diese Überlegungen zeigen, dass sich zum Beispiel die Gläubiger eines Industrieunternehmens mit einer Hypothek auf den Fabrikanlagen begnügen müssen, während die Gläubiger einer Holdinggesellschaft eher die Verpfändung von Aktien oder Obligationen werden verlangen können.

Es ist aber keineswegs erforderlich, dass die Sicherheit von der Aktiengesellschaft selbst geleistet wird. Die Pfänder können sehr wohl von Dritten bestellt werden. Der Zweck der Sicherstellung wird auf diese Weise ebensogut erfüllt. Auch braucht die Sicherheit nicht in einer Realsicherheit zu bestehen. Es müsste also zum Beispiel die Garantie einer solventen Bank als ausreichende Sicherstellung erachtet werden. Eine grosse praktische Bedeutung wird ihr indessen nicht zukommen. Denn Bankgarantien werden in der Regel nur gegen Entgelt geleistet, sind also gewöhnlich eine kostspielige Art der Sicherheitsleistung. Aus diesem Grund könnte die Bankgarantie jedenfalls im allgemeinen nur in Betracht gezogen werden, wenn es der Aktiengesellschaft unmöglich ist, auf andere Weise eine annehmbare Sicherheit zu bestellen. Bei einer derartigen Sachlage wird sich dann aber schwerlich ein Bankinstitut finden, das sich zur Garantierung der ungesicherten Forderungen herbeilässt.

Wenn nun auch die Art der Sicherstellung nicht generell bestimmt werden kann, sondern in weitgehendem Masse von dem konkreten Tatbestand beeinflusst wird und nur unter objektiver Abwägung der Interessen sowohl der Aktiengesellschaft als auch der Gläubiger festgelegt werden darf, muss doch verlangt werden, dass die Sicherheit vollwertig sei, worin sie auch bestehe. Denn die Aktionäre erhalten infolge der Kapitalrückzahlung einen Teil ihrer Einlagen zurück, bevor sämtliche Schulden der Gesellschaft getilgt sind. Es mag sich in einem speziellen Fall rechtfertigen lassen, den Gläubigern statt

einer sehr liquiden eine weniger liquide Sicherheitsleistung zu erbringen, niemals aber darf der Sicherheitsleistung selbst ein geringerer Wert innewohnen als der Gesamtbetrag der sicherzustellenden Forderungen.

Die Bestimmung des Wertes der Sicherheit ist jedoch insbesondere dann nicht einfach, wenn sie in Form einer Verpfändung von Aktiven der Gesellschaft geleistet wird. Nehmen wir an, der Gesamtbetrag der sicherzustellenden Forderungen belaufe sich auf Fr. 200,000.—. Unter dieser Voraussetzung muss auch der Wert der Sicherheit Fr. 200,000.— betragen. Wenn nun die Gesellschaft unter ihren Aktiven eine Fabrikanlage aufweist, erhebt sich die Frage, ob die Errichtung einer ersten Hypothek im Betrage von Fr. 200,000.— auf dieser Fabrik eine genügende Sicherheit gewährt. Sie ist zu bejahen, wenn der Gesellschaft mit Rücksicht auf ihren Geschäftsbetrieb nicht die Bestellung einer liquideren Sicherheit zugemutet werden kann und wenn die zu verpfändende Anlage tatsächlich Fr. 200,000.— wert ist. Der Wert einer Anlage ist aber je nach dem Maßstab, welcher der Betrachtung zugrunde gelegt wird, sehr verschieden. Fällt der Buchwert der Anlage, ihr Ertragswert, ihr Wiederbeschaffungswert, der Verkaufswert oder gar der Schmelzwert in Betracht? Man könnte vielleicht die These aufstellen, massgebend sei der Liquidationswert, es müsse auf den Wert der Objekte abgestellt werden, der sich bei einer freiwilligen Liquidation erzielen lasse, denn in der teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals liege eine teilweise Liquidation der Aktiengesellschaft. Dieser Auffassung kann indessen nicht beigepflichtet werden. Einmal ist die generelle Gleichsetzung einer teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals mit einer teilweisen Liquidation der Gesellschaft unzutreffend[36]). In den allermeisten Fällen wird mit einer teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals in keiner Weise und zu keinem Teil eine Liquidation beabsichtigt, viel-

[36]) Vgl. Referat Thalmann im Ständerat, Frühjahrssession 1935, Stenogr. Bulletin S. 284.

mehr soll das Geschäft trotz der Herabsetzung unverändert weitergeführt werden. Die einzelnen Aktiven haben weiterhin für das Unternehmen denjenigen Wert, der ihnen als Bestandteile eines „going concern" zukommt. Der Liquidationswert ist für das Unternehmen bedeutungslos, weil es gar nicht liquidieren will. Ebensowenig wie bei der Aufstellung der Jahresbilanz der wirkliche Wert der Aktiven, der Geschäftswert, gleich dem Liquidationswert ist, ebensowenig ist er es, wenn das Grundkapital herabgesetzt und ein Teil des Aktienkapitals zurückbezahlt wird. Wenn das Gesetz die Aktiengesellschaft zur Sicherheitsleistung verpflichtet, ohne über die Art der Sicherung etwas auszusagen, darf die Gesellschaft die zur Sicherheitsleistung bestimmten Aktiven jedenfalls dann zu dem Wert veranschlagen, den sie selbst ihnen als Bestandteile eines „going concern" beimisst, wenn mit der teilweisen Rückzahlung eine teilweise Liquidation der Gesellschaft nicht verbunden ist[37]).

Aber auch für den Fall, dass die Rückzahlung die Folge einer Geschäftseinschränkung darstellt, kann nichts anderes gelten. Der Gläubiger ist im allgemeinen gegen eine Geschäftsausdehnung oder gegen eine Verengerung des Geschäftszweckes machtlos. Eine Kapitalherabsetzung kann er ebensowenig verhindern. Er kann nicht zum Beispiel wegen Grundlagenirrtum vom Vertrage zurücktreten. Dies alles weiss er. Er nimmt also eine Geschäftsausdehnung, die vielleicht die Quelle grosser Verluste wird, eine Einschränkung und eine Grundkapitalherabsetzung mit in Kauf, wenn er mit dem Unternehmen in Geschäftsbeziehung tritt. Das einzige, worauf er unter gewissen Voraussetzungen ein Anrecht hat, ist eine Sicherstellung, sofern die Einengung des Geschäftszweckes zu einer Grundkapitalherabsetzung, verbunden mit einer teilweisen Rückzahlung des Aktienkapitals an die Aktionäre führt. Wegen dieser Reduktion des Grundkapitals

[37]) Freuler, Die Stellung des Bücherexperten und Treuhänders im revidierten Obligationenrecht S. 32/3.

und Verkleinerung der Geschäftsbasis hört aber das Unternehmen nicht auf, ein Gewerbe zu betreiben. Durch die Teilliquidation erleiden die verbleibenden Aktiven keine Wertveränderung. Wenn nun in einem speziellen Fall der Teilliquidation — bei der Verengerung des Geschäftsbereiches in Verbindung mit einer teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals — dem Gläubiger ein Recht auf Sicherstellung gegeben wird, besagt dies, dass die Gesellschaft ihren alten Gläubigern einen Teil ihrer verbleibenden Werte verpfänden muss, wenn sie die Sicherheitsleistung nicht auf andere Weise erbringt. Die verbleibenden Werte sollen aber nicht liquidiert werden, im Gegenteil, mit ihnen wird der Betrieb weitergeführt. Die Gesellschaft misst ihnen somit den Wert bei, den sie als Bestandteil eines „going concern" haben. Wenn sie mit Aktiven Sicherheit leisten soll, muss sie diesen Aktiven also ohne anderslautende Gesetzesbestimmung auch den Wert beilegen dürfen, den sie für ihr Geschäft haben. Eine andere Lösung wäre nicht nur unbillig, sondern auch unpraktisch, denn es ist äusserst schwierig, ja oft beinahe unmöglich, festzustellen, ob eine Herabsetzung und teilweise Rückzahlung des Grundkapitals auf eine Verengerung der geschäftlichen Tätigkeit zurückzuführen ist oder ob trotz Herabsetzung und Rückzahlung das Unternehmen im alten Umfang weiterbetrieben wird.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass einzig der Geschäftswert der Aktiven, aus welchen die Sicherheitsleistung bestellt werden soll, massgebend sein kann[38]). Es ist dies der Wert, der nach OR Art. 960 II auch den Jahresbilanzen der Einzelkaufleute, der Kollektiv- und Kommanditgesellschaften und der gewöhnlichen Genossenschaften zugrunde zu legen ist und der für die Jahresbilanzen der Aktiengesellschaften und der ihnen in bilanz-

[38]) Über die Bedeutung des in das revidierte Obligationenrecht aufgenommenen Begriffes „Geschäftswert" vgl. Staehelin, Buchführung und Bilanz in Sieben Vorträge über das Neue Obligationenrecht, S. 74/6.

rechtlicher Hinsicht gleichgestellten Gesellschaften subsidiär gilt. Dieser Wert wird in der Regel dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis abzüglich angemessener Abschreibungen entsprechen, wobei aber eine mässige Korrektur nach oben zulässig ist, wenn eine höhere Bewertung angesichts des vorsichtig berechneten, die Zukunftsaussichten mitberücksichtigenden Ertragswertes oder des voraussichtlich dauernd höheren Verkaufswertes als berechtigt erscheint.

Liquidations- und Verkaufswert müssen grundsätzlich ausser Betracht fallen, selbst wenn sie im Zeitpunkt der Sicherstellung höher als der Geschäftswert sein sollten. Denn für die Beständigkeit eines über den Geschäftswert hinausgehenden Liquidations- oder Verkaufswertes kann im allgemeinen keine Gewähr geleistet werden. Der Geschäftswert ist allerdings auch nicht konstant, aber mit dem Sinken des Geschäftswertes muss jeder Gläubiger, der mit einem Unternehmen in Geschäftsbeziehungen tritt, rechnen. Das zusätzliche Risiko des Sinkens anderer Werte unter den Geschäftswert braucht er nicht auf sich zu nehmen.

Ebenso kommt nichts auf den Buchwert an, da dieser Wert aus Gründen der Abschreibungspolitik und infolge der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften[38a]) für die Errichtung der Jahresbilanz oft niedriger als der Geschäftswert sein wird. Ist er aber höher, so ist er übersetzt und darf erst recht nicht berücksichtigt werden.

IV. Was ist sicherzustellen?

In diesem letzten Abschnitt ist die Frage zu behandeln, ob die Forderungen vollständig oder lediglich verhältnismässig, etwa für einen bestimmten Bruchteil, sicherzustellen sind.

[38a]) Da die Bewertung nicht zum Zwecke der Berechnung des verteilbaren Reingewinnes erfolgt, können die strengen, einzig zu diesem Behufe erlassenen aktienrechtlichen Bilanzgrundsätze nicht anwendbar sein.

Die herrschende Meinung lehnt eine nur verhältnismässige Sicherstellung ab, weil das Gesetz hiefür keinen Anhaltspunkt enthalte. Diese Ansicht hat sich nun zwar nicht auf Grund des jetzt geltenden, sondern auf Grund des alten Obligationenrechts herausgebildet. Sie soll daher zunächst für das alte Recht widerlegt werden. Hernach wird zu prüfen sein, wie nach dem neuen Recht zu entscheiden ist.

Das alte Obligationenrecht liess eine Rückzahlung oder Herabsetzung des Grundkapitals nur unter Beobachtung der für die Verteilung des Vermögens im Falle der Auflösung der Aktiengesellschaft geltenden Bestimmungen zu. Das Vermögen einer aufgelösten Aktiengesellschaft durfte erst nach Tilgung der Schulden verteilt werden, und zwar erst nach Ablauf eines Jahres seit der dritten Publikation des Gläubigerrufes. Für schwebende Verbindlichkeiten musste ein entsprechender Betrag zuvor gerichtlich deponiert, oder den Gläubigern angemessene Sicherheit bestellt werden[39]). Selbstverständlich mussten die schwebenden Verbindlichkeiten vollumfänglich sichergestellt werden, denn das Gesetz liess ja eine Verteilung des Vermögens an die Aktionäre vor der Begleichung der noch schwebenden Verbindlichkeiten zu, sofern nur in Ansehung dieser Verbindlichkeiten Sicherheit geleistet wurde. Gläubiger schwebender, d. h. noch nicht fälliger Forderungen waren deshalb ganz auf die Sicherheit angewiesen, sobald das restliche Vermögen unter die Aktionäre verteilt war[40]).

Das Erfordernis der Sicherstellung des vollen Forderungsbetrages wurde nun auch bei der Herabsetzung des Aktienkapitals und der bloss teilweisen Rückzahlung des Vermögens aufgestellt mit der Begründung, das Ge-

---

[39]) Alt OR Art. 667.

[40]) Wieland, Das Rückkaufsrecht des Bundes und die Rechtsstellung der Obligationäre bei der Verstaatlichung schweizerischer Eisenbahnen in ZSR N. F. 20 S. 40.

setz habe die für die Auflösung der Gesellschaft und Rückzahlung des Vermögens erlassenen Vorschriften für anwendbar erklärt. Die Einhaltung des Sperrjahres wurde indessen nicht verlangt, sondern eine willkürliche Abkürzung dieser Frist angesichts des abweichenden Tatbestandes für zulässig erachtet. Ja man ging sogar so weit, zu behaupten, bei der teilweisen Rückzahlung seien nicht sämtliche Gläubiger nicht verfallener Forderungen sicherzustellen, sondern nur diejenigen, die ihre Ansprüche angemeldet haben[41]).

Hinsichtlich des Sperrjahres und der Anzahl der sicherzustellenden Gläubiger begnügte man sich also mit einer sinngemässen Anwendung der für die Verteilung des Vermögens im Falle der Auflösung der Gesellschaft aufgestellten Bestimmungen, obwohl das Gesetz keinen Anhaltspunkt dafür gab, dass in gewissen Beziehungen eine strenge Interpretation Platz greifen müsse, in anderer Richtung dagegen eine freiere Auslegung angängig sei. In dieser Differenzierung liegt indessen das wertvolle Eingeständnis, dass die Verweisung in a.OR Art. 670 auf a.OR Art. 667 nicht eine strikte Befolgung der für die Verteilung des Vermögens im Falle der Auflösung aufgestellten Vorschriften erfordert, sondern dass dem abweichenden Tatbestand angemessen Rechnung getragen werden darf. Nun hätte man aber doch wohl in allen Fällen eine sinngemässe Auslegung zulassen sollen, in denen dies durch den Unterschied zwischen dem Tatbestand der Verteilung des Vermögens infolge Auflösung der Gesellschaft und dem Tatbestand der teilweisen Rückzahlung infolge Herabsetzung des Grundkapitals gerechtfertigt war.

---

[41]) Fick, Die Gläubigerrechte bei der Sanierung einer AG durch Herabsetzung des Grundkapitals, S. 18, 21, 29, sowie die in dieser Publikation zit. Literatur. Graner, Die Kapitalherabsetzung, S. 194 (Anhang zum Kommentar von Rossy und Reimann zum Bankengesetz). Marguerat, Les droits des créanciers d'une société anonyme en cours d'existence, S. 35 ff.

Eine solche wesentliche Verschiedenheit der Tatbestände liegt zweifellos vor zwischen der Sicherstellung noch nicht fälliger Forderungen im Falle der Auflösung der Gesellschaft und der teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals[42]).

Die Verteilung des Vermögens infolge der Auflösung der Gesellschaft hat eine vollständige Liquidation zur Folge. Nach der Verteilung sind keine Aktiven mehr vorhanden. Deshalb darf die Verteilung grundsätzlich erst stattfinden, wenn sämtliche Schulden getilgt sind, damit kein Gläubiger leer ausgeht. Ein Abweichen von diesem Grundsatz kann nur statthaft sein, wenn dafür gesorgt ist, dass trotz einer Verteilung des Vermögens an die Aktionäre vor Begleichung aller Schulden kein Gläubiger zu Verlust kommt. Eine Benachteiligung der Gläubiger aber ist dann nicht zu befürchten, wenn der volle Gegenwert für ihre Forderungen gerichtlich deponiert ist, oder wenn sie für den vollen Betrag ihrer Forderungen angemessen sichergestellt sind.

Ganz anders verhält es sich bei der Herabsetzung des Grundkapitals zum Zwecke einer teilweisen Rückzahlung. In diesem Fall wird das Unternehmen nicht aufgelöst, der Betrieb nicht liquidiert. Lediglich diejenigen Werte, die zur Verfolgung des Unternehmenszweckes überflüssig geworden sind und demzufolge eine rationelle Ausnützung der für das Gewerbe erforderlichen Mittel verhindern, sollen den Geldgebern zurückgegeben werden. Es wäre durch nichts gerechtfertigt, in einem solchen Fall den Gläubiger einer noch nicht verfallenen Forderung so zu stellen, wie wenn seine Forderung schon exequierbar wäre, und würde einen empfindlichen Eingriff in die Bewegungsfreiheit der Gesellschaft bedeuten, den sie nicht zu dulden braucht. Wenn auch der Gläubiger durch die teilweise Rückzahlung nicht schlechter gestellt werden soll, so geht

---

[42]) Guhl, Das neue Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht der Schweiz, S. 63/6; Brodmann, Aktienrecht, ad HGB § 289 S. 467 unten.

es doch nicht an, ihn in eklatanter Weise zu begünstigen. Hatte er vor der teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals ein gewisses Risiko, so soll er auch nachher nicht risikolos dastehen. Für sein Risiko erhält er ja ein Entgelt in Form von mehr oder weniger hohen Zinsen. Ist die Gefahr für die Bonität seiner Forderung gross, so wird sie hoch verzinslich sein, andernfalls wird er sich mit einem geringeren Zins zufrieden geben müssen. Warum soll nun ein Gläubiger, der einem nicht sehr solventen Schuldner ein Darlehen gegeben hat und als Gegenleistung respektable Zinsen einnimmt, lediglich deshalb vollständig aus seinem Risiko entlassen werden, trotzdem aber im Genuss seiner grossen Einkünfte verbleiben, weil sein Schuldner beispielsweise 10% seines Grundkapitals zurückbezahlt? Es rechtfertigt sich doch sicherlich höchstens, ihn in dem Masse von seinem Risiko zu befreien, als das Grundkapital reduziert wird[43]).

Aus den Tatsachen, dass nach dem alten Obligationenrecht die Bestimmungen über die Verteilung des Vermögens im Falle der Auflösung der Gesellschaft nicht

[43]) Dies um so mehr, als Herabsetzung und Rückzahlung nur möglich sind, wenn eine vom Bundesrat anerkannte Revisionsstelle in ihrem Bericht festgestellt hat, dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Reduktion des Aktienkapitals voll gedeckt sind. In den allermeisten Fällen wird eine der prozentualen Herabsetzung und Rückzahlung des Aktienkapitals entsprechende Sicherheit dem in der Verminderung des Sollbetrages liegenden erhöhten Gefahrenmoment angemessen Rechnung tragen. Hält der Gläubiger die ihm bestellte Sicherheit für ungenügend, so steht ihm der Rechtsweg offen, ebenso wie er sich zur Wahrung seiner Rechte an die Gerichte wenden muss, wenn ihm die Gesellschaft in Missachtung der gesetzlichen Vorschriften überhaupt keine Sicherheit leistet. Vgl. Graner, Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz, S. 100. Eine Umkehrung der Parteirollen, d. h. der Gesellschaft die Klägerstellung zuweisen, um sie zu zwingen, entweder die Ansprüche der Gläubiger zu erfüllen oder den Rechtsweg zu beschreiten, hiesse Missbrauch, insbesondere Erpressungsmanövern seitens der Gläubiger Tür und Tor öffnen, da die Gläubiger auf diese Weise es in der Hand hätten, durch einfachen Widerspruch bei sonst passivem Verhalten die

wörtlich, sondern nur sinngemäss auf den Fall der teilweisen Rückzahlung anzuwenden waren und dass ein tiefgreifender Unterschied besteht zwischen der vollständigen Verteilung des Vermögens, die eine Auflösung regelmässig zur Folge hat, und zwischen einer bloss teilweisen Rückzahlung von Aktienkapital, ergibt sich, dass es dem alten Gesetz in keiner Weise widersprochen hätte, das Erfordernis der Sicherstellung nicht wörtlich, sondern nur sinngemäss auf den Fall der teilweisen Rückzahlung des Aktienkapitals anzuwenden. Eine sinngemässe Anwendung kann aber bloss zum Postulat der verhältnismässigen Sicherstellung führen[44]).

Diese Auffassung entspricht aber nicht nur dem alten Obligationenrecht, sondern muss auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes als richtig anerkannt werden. Auch das revidierte Obligationenrecht zwingt nicht dazu, für die noch nicht fälligen, ungesicherten Forderungen in vollem Umfang Sicherheit zu leisten. Vielmehr erlaubt der Wortlaut des Gesetzes, dem grundsätzlichen Unterschied zwischen Liquidation der Gesellschaft und blosser Herabsetzung des Grundkapitals angemessen Rechnung zu tragen.

Eintragung der Kapitalherabsetzung zu verzögern. Über die Parteirollenverteilung vgl. Bachmann, ad OR Art. 670 Anm. 5 S. 219; Brodmann, Aktienrecht ad HGB § 289 S. 467; Düringer-Hachenburg, ad HGB § 227 S. 287a Anm. 34 Abs. 2.

[44]) Marguerat, Les droits des créanciers d'une société anonyme en cours d'existence, S. 59 ff. A. A. die herrschende Meinung, vgl. u. a. Bachmann, ad OR Art. 670; Wettstein, Einige Bemerkungen zur Reduktion des Grundkapitals bei Aktiengesellschaften in der Zeitschrift Die Schweizerische Aktiengesellschaft, VI. Jahrgang, Februar 1934 Heft 6. Gegen eine verhältnismässige Sicherstellung spricht nach Wettstein OR Art. 69 Abs. 1. Allein es handelt sich bei der Sicherstellung ja gar nicht um eine Teilzahlung an den Gläubiger. Wie Wettstein und mit derselben Begründung Graner, Die Kapitalherabsetzung, S. 198 (Anhang im Kommentar von Rossy und Reimann zum Bankengesetz).

Art. 733 gibt den Gläubigern das Recht, unter Anmeldung ihrer Forderungen Befriedigung oder Sicherstellung zu verlangen.

Wie bereits ausgeführt, bedarf diese lapidare Ausdrucksweise des Gesetzes einer näheren Präzisierung. Das Gesetz spricht von Befriedigung oder Sicherstellung, und doch können die Gläubiger in Wirklichkeit nicht Befriedigung oder Sicherstellung verlangen. Ein Recht auf Sicherstellung haben vielmehr nur Gläubiger nicht verfallener Forderungen. Auch sind nicht alle noch nicht verfallenen, sondern lediglich die nicht fälligen privilegierten Forderungen und die Forderungen V. Klasse sicherzustellen. Ebensowenig stellt das Gesetz die Frage nach der Art der Sicherstellung klar; auch hierauf erhält man nur durch sinngemässe Interpretation eine befriedigende Antwort. Dasselbe gilt nun vom Umfang der Sicherheitsleistung. Daraus, dass das Gesetz den Gläubigern unter gewissen Voraussetzungen ein Recht auf Sicherstellung einräumt, darf nicht geschlossen werden, die Sicherstellung müsse die volle Forderung umfassen. Eine derartige Auslegung hätte eine Bevorzugung der Interessen dieser Gläubiger auf Kosten der Aktiengesellschaft und der künftigen Gläubiger zur Folge. Sie wäre aber auch unbillig gegenüber den Gläubigern nicht fälliger, ungesicherter Forderungen, die nicht daran gedacht haben, ihre Forderungen anzumelden, oder die hierauf verzichtet haben, weil sie der Gesellschaft, der sie Kredit gewährt haben, volles Vertrauen entgegenbringen. Eine verhältnismässige Sicherstellung des vigilanten Gläubigers kann vertreten werden. Eine weitere Bevorzugung gegenüber dem Geschäftsunkundigen wäre stossend. Vollumfängliche Sicherstellung ist wohl im Falle der Auflösung der Gesellschaft berechtigt, nicht aber anlässlich einer teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals. Der gesetzlichen Vorschrift ist Genüge geleistet, wenn bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen Sicherheit geleistet wird. Wofür, sowie in welchem Umfang die Sicherheit zu be-

stellen ist und worin sie zu bestehen hat, regelt der Gesetzgeber nicht. Die Beantwortung dieser Fragen muss durch sinngemässe Gesetzesinterpretation gefunden werden.

Aber selbst wenn man davon ausginge, der Gesetzgeber habe in Art. 733 auch den Umfang der Sicherheitsleistung festlegen wollen, müsste die Entscheidung zugunsten der verhältnismässigen Sicherstellung lauten. Denn anlässlich der Regelung der Verteilung des Vermögens im Falle der Auflösung der Aktiengesellschaft, wo für noch nicht verfallene Forderungen mangels Deponierung des Gegenwertes zweifellos in vollem Umfang Sicherheit zu leisten ist, sofern das Vermögen vor deren Bezahlung zur Verteilung gelangen soll, spricht das Gesetz nicht nur von der Leistung einer Sicherheit; es fordert vielmehr ausdrücklich Bestellung einer gleichwertigen Sicherheit. Daraus würde folgen, dass die Sicherheit im Falle der teilweisen Rückzahlung des Aktienkapitals gerade nicht gleichwertig dem Betrag der sicherzustellenden Forderungen zu sein braucht.

Der oft gehörte Einwand[45]), ein Gläubiger sei wohl bereit, einer Aktiengesellschaft mit einem Kapital von einer Million einen Betrag von Fr. 1000.— zu kreditieren, würde sich aber weigern, derselben Aktiengesellschaft Fr. 900.— zu leihen, wenn ihr Kapital nur Fr. 900,000.— betrüge, ist eine petitio principii[46]). Einem denkenden Gläubiger wird es nicht so sehr auf die Höhe des Grundkapitals ankommen als auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmens, den Charakter der Leiter und die finanzielle Struktur der Gesellschaft. Kann die Rendite der Gesellschaft durch Rückzahlung eines Teils des Grundkapitals gehoben werden, oder erfolgt die Rückzahlung, weil der Zweck des Unternehmens auch mit geringeren Mitteln zu erreichen ist, so ist es ein Gebot kluger Geschäftspolitik,

---

[45]) Z. B. Graner, Die Kapitalherabsetzung, S. 198 (Anhang im Kommentar von Rossy und Reimann zum Bankengesetz).

[46]) Thalmann, Die Aktiengesellschaft in Sieben Vorträge über das Neue Obligationenrecht, S. 60.

das Grundkapital zu reduzieren, sofern dies keine Gefährdung des Unternehmens mit sich bringt[47]).

Vollständige Sicherstellung sämtlicher nicht fälliger ungesicherter Forderungen verlangen, hiesse überdies in den meisten Fällen die vom Gesetzgeber als zweckdienlich anerkannte teilweise Rückzahlung des Grundkapitals verunmöglichen. Entweder würde dieses Postulat die Inanspruchnahme einer teuren Bankgarantie erfordern oder aber es hätte die Verpfändung eines grossen Teils der Aktiven zur Folge. Wo bliebe dann aber der Kredit der Gesellschaft? Es wird sich doch wohl kaum jemand finden, einer Gesellschaft Geld zu leihen, deren wertvollste Aktiven andern Gläubigern verpfändet sind; denn käme es zu einem Konkurs, so bliebe für ihn ja möglicherweise gar keine Deckung übrig, weil alles den sichergestellten Gläubigern zuflösse. Die These, es sei für die sicherzustellenden Forderungen in vollem Umfang Sicherheit zu leisten, könnte also den Weiterbetrieb des Unternehmens sehr wohl erheblich gefährden oder zum mindesten erschweren; dadurch würde automatisch der Wert der Aktiven der Gesellschaft und damit indirekt auch der Wert der Sicherheiten sinken, und es könnte die Massnahme, die zum Wohl der Gläubiger gedacht war, leicht zu ihrem Verderben werden.

Richtiger Ansicht zufolge muss somit auch nach dem revidierten Obligationenrecht lediglich eine verhältnismässige Sicherstellung geleistet werden. Eine Einschränkung dieses Satzes gilt indessen für die angemeldeten, noch nicht verfallenen privilegierten Forderungen. Solche privilegierte Forderungen sind vielmehr vollständig sicherzustellen, sofern daneben auch Forderungen V. Klasse aus den Aktiven der Aktiengesellschaft verhältnismässig sicherzustellen sind. Denn der Zweck der Privilegien besteht ja gerade darin, die Aktiven der Aktiengesellschaft in erster Linie bestimmten Gläubigern zukommen zu

[47]) Vgl. Düringer-Hachenburg, ad HGB § 227 Anm. 2, insbes. S. 265a.

lassen, wenn einmal nicht mehr sämtliche Gläubiger befriedigt werden können. Dieser Zweck würde illusorisch werden, wenn vor dem Zusammenbruch der Gesellschaft deren wertvollste Aktiven zur anteilsmässigen Sicherstellung von Forderungen V. Klasse benötigt würden, da alsdann im Konkurs möglicherweise nicht mehr genügend Vermögen vorhanden wäre zur Bezahlung aller privilegierten Forderungen. Aus diesem Grunde kann es auch nicht darauf ankommen, zu welcher Klasse die privilegierte Forderung gehört, weil eben im Konkurs sämtliche privilegierten Forderungen bezahlt sein müssen, bevor auf die Forderungen V. Klasse etwas entfallen kann. Wird allerdings die Sicherstellung nicht aus Aktiven der Gesellschaft selbst geleistet, sondern von dritter Seite, so besteht kein Grund, die privilegierten Forderungen anders zu behandeln als die Forderungen V. Klasse, da das Privileg nur eine Bevorzugung einzelner Gläubiger im Hinblick auf die Befriedigung aus den Aktiven der schuldnerischen Gesellschaft bezweckt.

Die Sicherstellung privilegierter Forderungen gewinnt unter dem neuen Recht eine grosse Bedeutung angesichts der Vorschrift von Art. 15 Ziff. 7 der Übergangsbestimmungen zum revidierten Obligationenrecht, wonach Forderungen gewisser rechtlich selbständiger Wohlfahrtsfonds gegenüber den Aktiengesellschaften, die sie ins Leben gerufen haben, ein Privileg II. Klasse geniessen sowie infolge des im Bankengesetz begründeten Privileges III. Klasse für Sparguthaben.