

Anspruch auf Sicherstellung bei Kapitalherabsetzung und Liquidation

Markus Vischer | Alice Vorburger

The article analyses the creditor's right to ask for his/her claim to be secured in the procedures of capital decrease and liquidation. The strict and very similar rules in both procedures aim to protect the creditors. The authors conclude that a creditor's right to ask for security shall be subject to the same requirements in both procedures. In this article, the authors state the following: (i) Creditors of both accepted as well as disputed claims are entitled to ask for security. Security for a disputed claim shall only be granted if the existence of such claim has been made credible by analogue application of Art. 261 of the Swiss Civil Procedure Code (CPC) (vorsorgliche Massnahmen). (ii) Security shall only be granted in case a creditor's claim is endangered. Typically, this is not an issue as long as a spe-

cial audit report (as foreseen in Art. 732 of the Swiss Code of Obligations (CO)), taking also into account the company's liquidity, will be issued. (iii) Security for a claim shall only be granted proportionally. Proportionality is being calculated by dividing the extent of the capital decrease/liquidation by the company's original share capital. (iv) Only those creditors whose claims occurred before the publication of the shareholders' resolution on the capital decrease/liquidation are entitled to ask for security. (v) Security to be granted shall be equivalent (gleichartig) to a creditor's claim. The term adequate security (hinreichende Sicherheit) as stated in Art. 839 of the Swiss Civil Code (CC) (Bauhandwerkerpfandrecht) can be used as guideline when deciding about the equivalency of a claim.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Überblick über die Verfahren
 - 1. Kapitalherabsetzung
 - 2. Liquidation
- III. Parallelität der Verfahren
- IV. Begriff der Forderungen
- V. Gefährdung der Forderung
- VI. Umfang der Sicherstellung
- VII. Anspruchsberechtigte Personen
 - 1. Kapitalherabsetzung
 - 2. Liquidation
- VIII. Art der Sicherstellung
 - 1. Liquidation
 - 2. Kapitalherabsetzung
- IX. Zusammenfassung

I. Einleitung

Im Entscheid vom 24. Juli 2017 musste sich das Handelsgericht des Kantons Zürich eingehend mit den Voraussetzungen des Anspruchs auf Sicherstellung von Gläubigerforderungen im Rahmen des Liquidations- und des Kapitalherabsetzungsverfahrens auseinandersetzen.¹ Dabei stellte es treffenderweise fest,

dass sich hierzu weder eine höchstrichterliche Rechtsprechung findet noch in der Lehre Einigkeit über die Anspruchsvoraussetzungen besteht.²

Betrieb der Beklagten. Infolge eines Brandes in der Genfer Filiale soll die Klägerin gesundheitliche Beeinträchtigungen davongetragen haben, welche zu weiteren gesundheitlichen Problemen geführt haben sollen. Die von der Klägerin gegenüber der Gesellschaft in diesem Zusammenhang geltend gemachte Forderung in der Höhe von CHF 3 Mio., zuzüglich Zins, wurde von der Beklagten in einem Zivilverfahren bestritten. Im Dezember 2016 beschloss die Beklagte die Auflösung (Art. 738 OR). Gleichzeitig mit den Schuldenerufen erging die Mitteilung, dass eine vorzeitige Löschung der Gesellschaft gemäss Art. 745 Abs. 3 OR vorgesehen war. Daraufhin meldete die Klägerin ihre Forderung von CHF 3 Mio. an (Art. 742 Abs. 2 OR). Gestützt auf Art. 744 Abs. 2 OR ersuchte die Klägerin die Beklagte, die Hinterlegung oder die Stellung einer Sicherheit nachzuweisen. Die Klägerin nannte einen Betrag von CHF 6 Mio., was einen Schadenszins für 20 Jahre einschloss (d.h. von 2005 bis 2025). Das Begehren der Klägerin um Sicherstellung wurde von der Beklagten mit der Begründung bestritten, dass eine Verteilung im Sinne von Art. 745 OR nicht aktuell sei, weshalb kein Anspruch auf Sicherstellung bestehe. Im März 2017 beschloss die Beklagte sodann eine Kapitalherabsetzung von CHF 62 Mio auf rund CHF 16 Mio. Den Schuldenerufen Folge leistend, ersuchte die Klägerin die Beklagte, diesmal gestützt auf Art. 733 OR, erneut um Befriedigung oder Sicherstellung. Die Beklagte lehnte dieses Begehren mit der Begründung ab, dass es sich hier i) um ausservertragliche Ansprüche handle und zudem ii) die Gefährdung des von der Klägerin behaupteten Anspruchs fehle.

¹ Handelsgericht Zürich, 24. Juli 2017, ZR 116 (2017), Nr. 73, 241 ff.: Die Klägerin arbeitete als Angestellte im

² HGer ZH (Fn. 1), E. 4.1.

Daran hat sich seither wenig geändert. Die Aktualität dieser Thematik widerspiegelt sich auch in der geplanten Aktienrechtsrevision, in deren Rahmen im jetzigen Revisionsstadium die Anspruchsvoraussetzungen für eine Sicherstellung im Zusammenhang mit der Kapitalherabsetzung detaillierter festgehalten werden sollen.³

Bezüglich der Kapitalherabsetzung interessiert nur die materielle Kapitalherabsetzung, d.h. die Reduktion des Aktienkapitals zwecks Rückzahlung an die Aktionäre. Denn bei der Kapitalherabsetzung zwecks Beseitigung einer Unterbilanz findet kein Mittelabfluss statt, weshalb die Gläubigerschutzbestimmungen nicht zur Anwendung gelangen.⁴

II. Überblick über die Verfahren

1. Kapitalherabsetzung

Im Verfahren der materiellen Kapitalherabsetzung ist zunächst erforderlich, dass ein zugelassener Revisionsexperte in einem Prüfungsbericht bestätigt, dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind (Art. 732 OR). Gestützt darauf beschliesst die Generalversammlung die Herabsetzung des Aktienkapitals. In der Folge veröffentlicht der Verwaltungsrat den Beschluss dreimal im Schweizerischen Handelsamtsblatt und gibt den Gläubigern bekannt, dass sie, von der dritten Bekanntmachung im SHAB an gerechnet, binnen zweier Monate unter Anmeldung ihrer Forderungen Befriedigung oder Sicherstellung verlangen können (Art. 733 OR). Nach Ablauf der zweimonatigen Wartefrist sowie nach Befriedigung oder Sicherstellung der ange-

meldeten Gläubiger stellt der Notar mittels Feststellungsurkunde fest, dass das Verfahren gesetzeskonform durchgeführt worden ist (Art. 734 OR).⁵

Der genaue Zeitpunkt der Durchführung der Schuldenrufe wird in der Lehre immer wieder diskutiert. Entgegen dem vorstehend geschilderten Normalablauf sollten die Schuldenrufe vor Erstellung des Prüfungsberichts erfolgen, sodass ihr Ergebnis darin berücksichtigt werden kann.⁶ Die geplante Aktienrechtsrevision berücksichtigt diesen Umstand in der vom Nationalrat überarbeiteten Fassung in Art. 653m Abs. 1 E-OR, indem sie explizit vorsieht, dass der Prüfungsbericht das Ergebnis des Schuldenrufs⁷ zu berücksichtigen hat.

2. Liquidation

Mit der Auflösung der Gesellschaft⁸ tritt diese in das Liquidationsstadium.⁹

³ Vgl. Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff., sowie der entsprechende Gesetzesentwurf, BBl 2017 683 ff.; zum vom Nationalrat geänderten Gesetzesentwurf vgl. <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/ratsunterlagen?AffairId=20160077&k=PdAffairId:20160077#k=PdAffairId%3A20160077>>: Nachdem der Ständerat im Dezember 2018 mit knapper Mehrheit ein Nichteintreten abgelehnt hat, wurde der Entwurf zur Überarbeitung an die Kommission zurückgewiesen; vgl. dazu auch *Hans Caspar von der Crone*, Aktienrecht, Bern 2014, 685 f.

⁴ *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 2 N 394 ff.; es wird lediglich der auf die Aktivseite zu setzende Bilanzverlust und in demselben Umfang auf der Passivseite Aktienkapital entfernt.

⁵ Vgl. die Minderheitsmeinung von *Böckli* (Fn. 4), § 2 N 342 ff., der alternativ ein Vorgehen mit zwei Generalversammlungsbeschlüssen vorschlägt: Zunächst soll eine ausserordentliche Generalversammlung einen Grundsatzbeschluss über die Kapitalherabsetzung fällen. Die darauffolgenden Schuldenrufe müssten dann auf diesen Grundsatzbeschluss Bezug nehmen. Die zweite Generalversammlung, welche dann die Herabsetzung tatsächlich beschliesst, erfolgt im Anschluss an die Schuldenrufe und die Sicherstellung von Gläubigerforderungen.

⁶ So z.B. *OFK-Bodmer/Blumenfeld*, Art. 733 OR N 4; vgl. zu dieser Thematik insb. *Eidg. Amt für das Handelsregister*, Die Praxis des Eidg. Amts für das Handelsregister, REPRAX 2002, 46 ff., 50 f.

⁷ Wie vom Bundesrat vorgeschlagen und vom Nationalrat so belassen, soll gemäss Art. 653k E-OR der Schuldenruf künftig nur noch einmal ergehen. Dies wird damit begründet, dass sämtliche SHAB-Publikationen der letzten drei Jahre ohnehin online verfügbar seien, BBl 2017 (Fn. 3), 506 f.

⁸ Die Auflösung der Gesellschaft infolge Konkureröffnung richtet sich nach dem SchKG und soll hier nicht näher beleuchtet werden.

⁹ *Christoph von Greyerz*, Die Aktiengesellschaft, in: *Max Gutzwiller/Hans Hinderling/Arthur Meier-Hayoz/Hans Merz/Paul Piotet/Roger Secrétan (†)/Werner von Steiger/Frank Vischer* (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Basel/Frankfurt am Main, 1982, 282.

Die Auflösung ist vom Verwaltungsrat beim Handelsregisteramt anzumelden.¹⁰ Obschon die Gesellschaft den Zusatz «in Liquidation» trägt, behält sie ihre Rechtspersönlichkeit.

In der Folge haben die Liquidatoren eine Bilanz nach Art. 742 Abs. 1 OR zu erstellen.¹¹ Gestützt darauf werden die bekannten Gläubiger durch Mitteilung und unbekannte Gläubiger durch dreimalige öffentliche Bekanntmachung im SHAB über die Liquidation informiert und überdies zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufgefordert (Art. 742 Abs. 2 OR).¹² Diese Schuldenrufe sind obligatorisch und haben selbst dann zu erfolgen, wenn die Gesellschaft erklärt, dass sämtliche Gläubiger bekannt sind.¹³ Haben bekannte Gläubiger die Anmeldung unterlassen, so ist der Betrag ihrer Forderungen gerichtlich zu hinterlegen (Art. 744 Abs. 1 OR). Dasselbe gilt für die nicht fälligen und streitigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sofern nicht den Gläubigern eine gleichwertige Sicherheit bestellt oder die Verteilung des Gesellschaftsvermögens bis zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten ausgesetzt wird. Nach Einhaltung der einjährigen bzw. dreimonatigen Sperrfrist (Art. 745 OR) erfolgen die Verteilung und die Löschung (Art. 746 OR).

III. Parallelität der Verfahren

Die geschilderten Regeln bezwecken sowohl beim Kapitalherabsetzungs- als auch beim Liquidationsverfahren die Sicherstellung der Interessen der Gesellschaftsgläubiger.¹⁴ Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass beide Verfahren sehr ähnlich strukturiert sind. Dies zeigt sich unter anderem darin, dass der Durchführungsbeschluss jeweils in die Kompetenz der Generalversammlung fällt. Zudem

werden die Forderungen der Gläubiger in beiden Verfahren durch obligatorische Schuldenrufe und durch Revisionsbestätigungen geschützt. Schliesslich ist jeweils eine Sperrfrist einzuhalten.¹⁵

Gewisse Autoren verweisen dennoch auf den unterschiedlichen Charakter der beiden Verfahren und verneinen deshalb eine Parallelität.¹⁶ Zwar kann nicht in Abrede gestellt werden, dass die Gesellschaft im Falle der Liquidation und anders als nach einer Kapitalherabsetzung letzten Endes nicht mehr besteht.¹⁷ Dieser Umstand hat jedoch nur Konsequenzen für den Umfang der Sicherstellung,¹⁸ nicht jedoch für den grundsätzlichen Anspruch auf Sicherstellung. Eine wesentlich unterschiedliche Behandlung der Gläubigerforderungen ist deshalb nicht gerechtfertigt. Vielmehr ist von einer Parallelität der beiden Verfahren auszugehen, zumal die materielle Kapitalherabsetzung immer auch eine Teilliquidation darstellt, da es nicht um die Ausschüttung von Gewinnen, sondern um die Abschichtung von Mitteln an die Gesellschafter geht.¹⁹ Umgekehrt gilt, dass eine Liquidation im Resultat materiell nichts anderes als eine Kapitalherabsetzung auf Null ist.

IV. Begriff der Forderungen

Unter den Begriff der *Forderungen* fallen sowohl bei der Kapitalherabsetzung als auch bei der Liquidation sämtliche gegenüber einer Gesellschaft möglichen Ansprüche, d.h. Forderungen (i.e.S.), Rechte, Pfandansprüche und Bürgschaftsverpflichtungen.²⁰ Der *Rechtsgrund*, auf den sich die Forderung stützt, ist unerheblich.²¹

¹⁰ Einzig im Falle der Auflösung durch richterliches Urteil erfolgt die Anmeldung durch amtliche Mitteilung, vgl. Art. 738 OR.

¹¹ OFK-Calderan/Geiser, Art. 742 OR N 4 ff.

¹² Von der Crone (Fn. 3), 790; vgl. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 56 N 93.

¹³ BGE 115 II 272, E. 2b; Robert Heberlein, Die Kompetenzausscheidung bei der Aktiengesellschaft in Liquidation, Diss., Zürich 1969, 47.

¹⁴ BGE 123 III 473, E. 5b; Martin L. Müller, Das Begehren des Gläubigers um Befriedigung oder Sicherstellung bei der Kapitalreduktion, AJP 2011, 529 ff., 530.

¹⁵ Wobei sich diese bei der Kapitalherabsetzung in der den Gläubigern gesetzten Frist von zwei Monaten zur Forderungsanmeldung und im Liquidationsverfahren in der Wartefrist hinsichtlich der Durchführung der Verteilung manifestiert.

¹⁶ Vgl. dazu Bernhard Zingg, Der Gläubigerschutz bei der Herabsetzung des Aktienkapitals, Diss., Aarau 1940, 103; s. auch Fritz von Steiger, Rechtsfragen betr. die Aktiengesellschaft in Liq., Die Schweizerische Aktiengesellschaft, 1949/1950, 40 ff., 47.

¹⁷ Alfred Wieland, Zur Kapitalherabsetzung der Aktiengesellschaft nach dem revidierten Obligationenrecht, ZSR, Band 60, 1941, 1 ff., 3.

¹⁸ S. VI.

¹⁹ Böckli (Fn. 4), § 2 N 335.

²⁰ S. auch ZK OR-Bürgi, Art. 744 N 9.

²¹ A.A. Müller (Fn. 14), 530.

Unerheblich ist auch, wie bereits mit der Erwähnung der Pfandansprüche und Bürgschaftsverpflichtungen angetönt wurde, ob die Forderung *bedingt* ist.²² Dies ergibt sich bereits aus Art. 152 Abs. 2 OR. Danach ist auch der bedingt Berechtigte befugt, bei *Gefährdung* seiner Rechte dieselben Sicherungsmassregeln zu verlangen, wie wenn seine Forderung eine unbedingte wäre. Ebenso wenig ist danach zu unterscheiden, ob die Forderung *konkursrechtlich privilegiert* ist oder nicht.²³

Den Geschäftsbüchern der Gesellschaft kann entnommen werden, wer Gläubiger der Gesellschaft ist.²⁴ Bei der Kapitalherabsetzung werden die entsprechenden Forderungen konsequenterweise auch vom Prüfungsbericht gemäss Art. 732 Abs. 2 OR erfasst.²⁵ Daraus folgt, dass im Falle von (nicht fälligen) anerkannten Forderungen ein Anspruch auf Sicherstellung besteht.²⁶ Dasselbe gilt für die Liquidation. So hält Art. 744 OR explizit fest, dass Gläubiger für die *nicht fälligen* Verbindlichkeiten einen Anspruch auf Hinterlegung, Sicherstellung oder Aussetzung des Verfahrens haben. Damit ist auch gesagt, dass Gläubiger von anerkannten, aber noch nicht fälligen Forderungen grundsätzlich einen Anspruch auf Sicherstellung haben, sofern der entsprechende Betrag durch die Gesellschaft nicht hinterlegt wird.²⁷

Im Gegensatz zu den von der Gesellschaft anerkannten Forderungen sind die von der Gesellschaft nicht anerkannten Gläubiger in der Regel (d.h. z.B.

vorbehältlich von Rückstellungen etc.) nicht in den Geschäftsbüchern der Gesellschaft erfasst. Mit Hinweis auf das Missbrauchspotential durch Gläubiger, welche eine von der Gesellschaft geplante Kapitalherabsetzung durch Eingabe von exorbitanten (angeblichen) Forderungen allzu leicht verhindern können,²⁸ besteht in der Lehre grundsätzlich Einigkeit darüber, dass nicht jede von einem Gläubiger angemeldete, aber von der Gesellschaft bestrittene Forderung sicher gestellt werden muss.²⁹ Unterschiedlich sind jedoch die Lösungsansätze, um derartige Missbrauchsfälle zu verhindern. Gemäss *Heinzmann*³⁰ ist der Anspruch auf Sicherstellung an das Mass der *Glaubwürdigkeit* zu knüpfen, wobei zur Auslegung dieses Begriffs auf Art. 82 f. SchKG zurückgegriffen werden könne. *Müller*³¹ wiederum unterscheidet danach, ob die Gesellschaft für nicht anerkannte Forderungen aufgrund des Vorsichtsprinzips (Art. 662a Abs. 2 Ziff. 3 OR) Rückstellungen gebildet hat bzw. bilden musste. Sei dieser Tatbestand gegeben, so dürfe Sicherstellung verlangt werden. Sei dieser Tatbestand nicht gegeben, so müsse die Gesellschaft nicht sicherstellen. Ausnahmen seien jedoch denkbar, wie z.B. wenn eine Gesellschaft eine Forderung offensichtlich zu Unrecht nicht anerkennt, so im Zusammenhang mit einer Forderung basierend auf einem provisorischen Rechtsöffnungstitel.³²

Ansonsten finden sich in der Judikatur praktisch keine Hinweise, wie mit streitigen Forderungen umzugehen ist. Das Handelsgericht Zürich bejaht auch bei bestrittenen Forderungen den Anspruch auf Sicherstellung.³³

Im Gegensatz zum Verfahren der Kapitalherabsetzung sieht Art. 744 Abs. 2 OR explizit vor, dass für *streitige Verbindlichkeiten* eine Sicherheit zu bestellen ist. Welche Forderungen dabei als streitig zu gelten haben und welche nicht, dürfte klar sein. Zu prüfen bleibt damit, ob der Gläubiger für jede von ihm angemeldete und von der Gesellschaft bestrittene Forderung Anspruch auf eine Sicherstellung durch die Ge-

²² *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 12), § 53 N 163, § 56 N 96; *Michel Heinzmann*, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Diss., Zürich 2004, N 327; ZK OR-Bürgi, Art. 733 N 15; *Fritz Von Steiger*, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970, 344 f.; *Heinrich Zeller*, Das Recht der einfachen Gesellschaft, der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, in: Gottlieb Bachmann/Fritz Goetzingler/Ludwig Siegmund/Heinrich Zeller (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht, 1. Aufl., Zürich 1915, 212.

²³ *Heinzmann* (Fn. 22), N 327; *Max Staehelin*, Zur Frage der Sicherstellung bei der Herabsetzung des Aktienkapitals, ZSR, Band 57, 1938, 234 ff., 256.

²⁴ Vgl. Art. 957 ff. OR und insbesondere Art. 957a OR, welche die Aktiengesellschaft zur ordnungsmässigen Führung der Geschäftsbücher verpflichten, zwecks Feststellung der für den Betrieb notwendigen Finanzierung. Dazu zählt auch, dass die Geschäftsbücher vollständig sein müssen (Art. 957a OR); vgl. auch *Heinzmann* (Fn. 22), N 324.

²⁵ *Müller* (Fn. 14), 531.

²⁶ *Heinzmann* (Fn. 22), N 324; *Müller* (Fn. 14), 531.

²⁷ Vgl. auch *Rainer Riek*, Das Liquidationsstadium bei der AG, Diss., Zürich 2003, 157.

²⁸ Etwa um Verhandlungsmacht zur Nachverhandlung von bereits abgeschlossenen Verträgen zu gewinnen, vgl. dazu *Müller* (Fn. 14), 530.

²⁹ Vgl. schon *Staehelin* (Fn. 23), Fn. 43; vgl. jedoch *Müller* (Fn. 14), 530, der einräumt, dass eine missbräuchlich geltend gemachte Gläubigerforderung nie Gegenstand eines publizierten gerichtlichen Verfahrens gewesen sei.

³⁰ *Heinzmann* (Fn. 22), N 326.

³¹ *Müller* (Fn. 14), 531.

³² *Müller* (Fn. 14), 532.

³³ HGer ZH (Fn. 1), E. 4.7 f.

sellschaft hat oder ob für einen Anspruch – wie im Zusammenhang mit dem Kapitalherabsetzungsverfahren in der Literatur diskutiert wird – ein gewisses Mass an Glaubwürdigkeit in Bezug auf das Bestehen der Forderung verlangt wird. Im eingangs erwähnten Entscheid wirft das Handelsgericht Zürich diese Frage auf und untersucht, ob der entsprechende Gläubiger die von ihm geltend gemachte Forderung *glaubhaft* machen müsse. Dabei verweist das Handelsgericht Zürich auf die Gefahr, dass Gläubiger von Ansprüchen, welche erst später ausgewiesen werden könnten, leer ausgehen würden. Daher, und um allfälligen Missbräuchen nicht Vorschub zu leisten, kommt das Gericht zum Schluss, dass ein *schlüssiges Behaupten* der streitigen Forderung genüge. Dabei seien allgemein die Anforderungen an die Schlüssigkeit tief zu halten. Ob eine behauptete Forderung als schlüssig gelte, erfordere immer eine Einzelfallprüfung, auch weil die Frage nach der Schlüssigkeit von der Anspruchsgrundlage abhängt. Beispielhaft führt das Handelsgericht aus, dass die Forderung einer Darlehensschuld in Millionenhöhe, ohne allerdings die Existenz des Darlehensvertrages schriftlich nachweisen zu können, wohl nicht als schlüssig gelten dürfe. Bei Personenschäden hingegen müssten die Anforderungen tief gehalten werden, da die Abklärung solcher Ansprüche oftmals aufwendig sei und lange dauere.³⁴ Der Begriff der «Schlüssigkeit», auf den das Handelsgericht Zürich seine Argumentation stützt, ist eine Folge der Behauptungslast. Dabei wird ein Tatsachenvortrag als schlüssig bezeichnet, wenn er «*bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast.*»³⁵

Aufgrund der Parallelität von Kapitalherabsetzungs- und Liquidationsverfahren dürfen keine unterschiedlichen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des rechtsgültigen Bestehens von bestritte-

nen Forderungen gestellt werden. Sowohl bei der Kapitalherabsetzung als auch bei der Liquidation ist es durchaus gerechtfertigt, dass nicht sämtliche bestrittenen Forderungen einen Anspruch auf Sicherstellung begründen. Dennoch kann der Schutz der Gesellschaft vor missbräuchlichen Gläubigern keinesfalls so weit gehen, dass, wie von Müller im Zusammenhang mit dem Kapitalherabsetzungsverfahren gefordert wird, für nicht anerkannte Forderungen, für die keine vertragliche Basis besteht, überhaupt keine Sicherheit verlangt werden kann. Der Gesetzestext lässt eine derartige Auslegung nicht zu.³⁶ Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb beim Anspruch auf Sicherstellung auf die Tatsache der Bestreitung durch die Gesellschaft abgestellt werden sollte. Jedenfalls lässt sich dies nicht mit dem Zweck der Sicherstellung rechtfertigen.

Weil die Sicherstellung durch die Gesellschaft auf eine bestrittene Forderung eine Art vorsorgliche Massnahme der Gesellschaft ist, kann man sich u.E. durch Art. 261 ZPO (*vorsorgliche Massnahmen*) und den dafür statuierten Voraussetzungen inspirieren lassen. Dies lässt sich auch damit begründen, dass sich das Verfahren zur Durchsetzung eines streitigen Sicherstellungsanspruchs nach Art. 261 ZPO richtet, womit das Gesuch des Gläubigers im Summarverfahren als vorsorgliche Massnahme vorzubringen ist.³⁷ Damit ein Anspruch auf eine vorsorgliche Massnahme nach Art. 261 ZPO besteht, hat das Gericht eine sog. Hauptsachenprognose sowie eine sog. Nachteilsprognose zu erstellen.³⁸ Im Rahmen der Hauptsachenprognose wird geprüft, ob dem Gläubiger ein materiell-rechtlicher Anspruch zusteht (*Verfügungsanspruch*). Bei der Nachteilsprognose ist zu prüfen, ob bei der Verletzung dieses Anspruchs ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (*Verfügungsgrund*).³⁹ Glaubhaftmachen genügt. Des Weiteren ist entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis das Verhältnismässigkeitsprinzip zu berücksichti-

³⁴ HGer ZH (Fn. 1), E 4.3: Die von der Klägerin geltend gemachten Personenschäden wurden letztlich mit einem Unfalltrauma begründet. Das Handelsgericht anerkannte in diesem Zusammenhang, dass die Begründung und Abklärung von diffusen Beschwerdebildern oftmals aufwendig und langwierig sei, da sich das Beschwerdebild verändern könne und die entscheidenden Behörden gutachterliche Abklärungen einholen müssten.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_646/2016 vom 8. März 2017, E. 3.4.

³⁶ Gl.M. KUKO-Seiler/Sethe, Art. 733 OR N 6.

³⁷ Böckli (Fn. 4), § 2 N 354; OFK-Bodmer/Blumenfeld, Art. 734 OR N 4; BSK OR II-Küng, Art. 734 N 15; vgl. auch Rechtsbegehren des in Fn. 1 umschriebenen Entscheides des HGer ZH; vgl. auch OFK-Calderan/Geiser, Art. 744 OR N 9; ZK OR-Bürgi, Art. 744 N 31.

³⁸ Urteil des Bundesgerichts BGer 4A_367/2008 vom 14. November 2008, E. 4.

³⁹ Dike Komm. ZPO-Zürcher, Art. 261 N 17 f.

gen.⁴⁰ Dies bedeutet, dass die sich für die Gesellschaft ergebenden Nachteile gegen die Vorteile des Gläubigers abzuwägen sind. Sind diese Voraussetzungen gegeben, sollte u.E. der Anspruch auf Sicherstellung sowohl im Verfahren der Kapitalherabsetzung als auch im Liquidationsverfahren bejaht werden.

V. Gefährdung der Forderung

Gewisse Autoren befürworten für die Kapitalherabsetzung die Gefährdung der Forderung als Anspruchsvoraussetzung.⁴¹ Andere Autoren verneinen dies für die Kapitalherabsetzung mit der Begründung, dass eine derart extensive Auslegung nicht mit dem Wortlaut des Gesetzestextes vereinbar sei.⁴²

Der Einwand, wonach die Gefährdung der Forderung in Art. 733 OR nicht explizit gesetzlich verankert ist und damit auch keine Anspruchsvoraussetzung darstellen kann, ist nicht von der Hand zu weisen, v.a. wenn man Art. 733 OR ähnlichen Gesetzesbestimmungen in anderen Rechtsgebieten, wie z.B. den einschlägigen Bestimmungen des Fusionsgesetzes, gegenüberstellt. So gewähren Art. 25 und Art. 46 FusG bei der Fusion resp. bei der Spaltung jeweils nur dann einen Anspruch auf Sicherstellung, wenn die Forderung gefährdet ist. Eine derartige, rein am Wortlaut von Art. 733 OR orientierte Argumentation greift jedoch zu kurz, zumal zu beachten ist, dass die Gläubigerschutzbestimmungen des Kapitalherabsetzungsverfahrens aus dem Jahr 1936⁴³ stammen und dementsprechend älter als diejenigen des FusG sind. Richtigerweise und auch im Sinne einer objektiv-zeitgemässen Auslegung ist das FusG als Auslegungshilfe zur Ermittlung des zeitgemässen Sinns und Zwecks von Art. 733 OR herbeizuziehen.⁴⁴ Es lässt sich des-

halb durchaus vertreten, dass es diese Bestimmung zulässt, dass nur bei Gefährdung der Forderung ein Anspruch auf Sicherstellung besteht.⁴⁵

*Böckli*⁴⁶ führt bezüglich Kapitalherabsetzung aus, dass wenn der Prüfungsbericht ausgestellt wurde und keine Gefährdung der betriebsnotwendigen Liquidität besteht, keine Gefährdung vorliege und damit der Anspruch auf Sicherstellung entfalle.

Auch ein Blick auf andere Rechtsgebiete zeigt, dass die *Liquidität* ein entscheidendes Kriterium bezüglich der Frage nach der Sicherstellung einer Forderung ist. Gemäss dem bereits erwähnten FusG liegt eine Gefährdung nicht erst dann vor, wenn eine Überschuldung vorliegt, sondern auch bereits dann, wenn die *Liquidität* der übernehmenden Gesellschaft gefährdet ist, z.B. deshalb, weil kurzfristigen Verbindlichkeiten nur langfristig gebundene Aktiven gegenüberstehen.⁴⁷

Auch das allgemeine OR, mithin Art. 83 Abs. 1 OR, welches bei zweiseitigen Verträgen einen Anspruch auf Sicherstellung gewährt, knüpft die Gefährdung an die Zahlungsunfähigkeit und damit letztlich an die mangelnde Liquidität. Dabei wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Zahlungsunfähigkeit, die sich exemplarisch in Form der fruchtlosen Pfändung oder des Konkurses manifestiert, als der tatsächliche Zustand definiert, in dem es der Gegenpartei an genügend Geldmitteln zur Befriedigung der fälligen Verbindlichkeiten fehlt.⁴⁸

In analoger Anwendung der vorstehenden Erwägungen ergibt sich somit für die Kapitalherabsetzung, dass kein Anspruch auf Sicherstellung besteht, wenn die Gesellschaft genügend liquid ist. Da im Rahmen der Erstellung des Prüfungsberichts in aller

⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts BGer 2C_158/2017 vom 27. März 2017, E. 3.2.

⁴¹ *Böckli* (Fn. 4), § 2 N 351a; vgl. auch CHK OR-*Amstutz/Büchi*, Art. 733 N 5; HGer ZH (Fn. 1), E. 4.7 f.: Indem das Handelsgericht Zürich auf Art. 25 FusG und Art. 46 FusG verweist, kann angenommen werden, dass auch dieses den Gefährdungstatbestand zur Voraussetzung für den Anspruch auf Sicherstellung erhebt.

⁴² So z.B. *Heinzmann* (Fn. 22), N 334: Der Autor befürwortet allerdings eine entsprechende Gesetzesrevision, in deren Rahmen der Gefährdungstatbestand gesetzlich verankert werden würde.

⁴³ BBl 1936 III 605.

⁴⁴ Vgl. dazu *Ernst Kramer*, Die juristische Methodenlehre, 5. Aufl., Bern 2016, 143 ff.

⁴⁵ Es ist deshalb auch das erklärte Ziel der geplanten Aktienrechtsrevision, die Voraussetzungen der Sicherstellung im Rahmen der Kapitalherabsetzung an das FusG anzugleichen und dementsprechend gesetzlich explizit zu statuieren. Vgl. Art. 653k E-OR, wonach die Pflicht zur Sicherstellung entfällt, wenn die Gesellschaft nachweist, dass die Erfüllung der Forderung durch die Herabsetzung des Aktienkapitals nicht gefährdet wird; vgl. dazu auch BBl 2017 (Fn. 3), 507.

⁴⁶ *Böckli* (Fn. 4), § 2 N 351a.

⁴⁷ ZK FusG-*Albrecht*, Art. 25 N 16; für den Fall der Spaltung sieht Art. 46 FusG eine ähnliche Bestimmung vor. Die nachfolgenden Ausführungen gelten auch in Bezug auf diese Bestimmung, da auch im Rahmen der Spaltung die Pflicht zur Sicherstellung entfällt, wenn die Erfüllung der Forderung durch die Spaltung nicht gefährdet ist.

⁴⁸ BGE 105 II 28, E. 1.

Regel auch die Liquidität der Gesellschaft berücksichtigt wird,⁴⁹ ist davon auszugehen, dass bei Vorliegen eines positiven Prüfungsberichts auf eine Sicherstellung verzichtet werden kann.⁵⁰ Das alleinige Abstellen auf den Prüfungsbericht kann in gewissen Situationen jedoch ungenügend sein. Dies liegt daran, dass der Prüfungsbericht in der Praxis vor den Schuldenrufen ausgestellt wird.⁵¹ Werden infolge der später durchzuführenden Schuldenrufe Forderungen angemeldet, werden diese somit nicht vom Prüfungsbericht erfasst, weswegen trotz Prüfungsbericht eine Gefährdung der Forderung möglich ist. Ebenfalls ungenügend ist das Abstellen auf den Prüfungsbericht dann, wenn der Prüfungsbericht zwar erstellt wurde, die Gesellschaft jedoch eine *Unterbilanz* ausweist oder sich gar in der Situation eines *Kapitalverlustes* befindet. In solchen Situationen ist zwar das Fremdkapital noch vollständig gedeckt, und es liegt auch nicht zwingend Illiquidität vor. Die finanzielle Lage des Unternehmens ist aber bereits prekär. Da eine Kapitalherabsetzung die finanzielle Situation nur noch zusätzlich verschärfen würde, ist in solchen Fällen von einer Gefährdung der Forderung auszugehen.

Aufgrund der festgestellten Parallelität von Kapitalherabsetzung und Liquidation gelten diese Grundsätze auch bei der Liquidation.

Die Gefährdung der Forderung als Anspruchsvoraussetzung bewirkt auch, dass bei bereits genügend gesicherten Forderungen sowohl bei der Kapitalherabsetzung als auch bei der Liquidation kein Anspruch auf Sicherstellung besteht.⁵²

VI. Umfang der Sicherstellung

In der Lehre wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die gesamte Forderung sicherzustellen sei, da sich die Gläubiger nicht mit einem geringeren Betrag als demjenigen, den sie bei Zahlung erhalten würden, zufrieden geben müssen.⁵³ Der Grossteil der Lehre ist jedoch der Auffassung, dass die Sicherstellung nur proportional zu erfolgen hat.⁵⁴

Eine vollumfängliche Sicherstellung ist schon deshalb abzulehnen, weil sie eine Besserstellung des Gläubigers im Vergleich zur Situation ohne Kapitalherabsetzung bedeuten würde.⁵⁵ Wie Müller⁵⁶ treffenderweise ausführt, würde eine vollumfängliche Sicherstellung konsequenterweise eine Anpassung des zugrundeliegenden Forderungsverhältnisses nach sich ziehen, um die aus der Sicherstellung resultierende Verbesserung des Risikoprofils aufzufangen. Dies entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Kapitalherabsetzung.

Die neuere Lehre, angeführt von Heinzmann,⁵⁷ geht bezüglich Umsetzung des erwähnten Proportionalitätsprinzips davon aus, dass der Nennwert, um den das Aktienkapital herabgesetzt wird, dem maximalen Umfang der Sicherstellung sämtlicher Gläubigerforderungen entspricht. Um den Sicherstellungsanspruch pro Gläubiger zu ermitteln, setzt Heinzmann die Gläubigerforderung ins Verhältnis zur Gesamtsumme der Gläubigerforderungen. Den daraus resultierenden Bruchteil multipliziert er mit dem Nennwert der Kapitalherabsetzung. Diese Art der Berechnung der Proportionalität ist wenig einleuchtend, da sie lediglich die Gleichbehandlung der Gläubigerforderungen sicherstellt. Es ist deshalb der Auffassung

⁴⁹ Vgl. Treuhandkammer, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 3, Zürich 2009, 67.

⁵⁰ Vgl. denn auch die vom Nationalrat überarbeitete Fassung von Art. 653k E-OR, wonach bei Vorliegen eines Prüfungsberichts die mangelnde Gefährdung vermutet wird.

⁵¹ Zur Kritik dieser Praxis s. OFK-Bodmer/Blumenfeld, Art. 733 OR N 4.

⁵² S. VIII und die dort untersuchte Frage, wann eine Sicherheit «genügend» ist; Paul Lanz, Die Sicherstellung bei der Herabsetzung des Aktienkapitals, SAG 1935, 112 ff., 112; KUKO-Seiler/Sethe, Art. 733 OR N 6; ZK OR-Bürgi, Art. 733 N 15; a. A. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 12), § 53 N 163, da die zusätzliche Personal- oder Realsicherheit das Gesellschaftsvermögen als Haftungssubstrat nicht ersetze.

⁵³ Von Steiger (Fn. 22), 313; Wieland (Fn. 17), 8 ff.; wohl Emil Schucany, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1940, Art. 734 OR N 2; im Zusammenhang mit der GmbH vgl. auch ZK OR-Steiger, Art. 788 N 8.

⁵⁴ CHK OR-Amstutz/Büchi, Art. 733 N 5; Fritz Funk, Kommentar des Obligationenrechtes, Band 2, Aarau 1931, 402; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 12), § 53 N 164; Müller (Fn. 14), 533; KUKO-Seiler/Sethe, Art. 733 OR N 5; Zingg (Fn. 16), 104; Staehelin (Fn. 23), 270; im aktuellen Revisionsstadium von Art. 653k E-OR soll der Anspruch auf proportionale Sicherstellung explizit verankert werden.

⁵⁵ Vgl. auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 12), § 53 N 164.

⁵⁶ Müller (Fn. 14), 533.

⁵⁷ Heinzmann (Fn. 22), N 332; vgl. auch CHK OR-Amstutz/Büchi, Art. 733 N 5.

von Zingg⁵⁸ zu folgen, der die sicherzustellende Quote der Gläubigerforderung dadurch errechnet, indem er das Verhältnis zwischen der Kapitalherabsetzung und dem bisherigen Eigenkapital, das heisst des Aktienkapitals zuzüglich der gebundenen Reserven, ermittelt. Der entsprechende Bruchteil wird alsdann mit der Forderung des jeweiligen Gläubigers multipliziert. Das daraus resultierende Produkt entspricht der sicherzustellenden Quote der Forderung.

Die Höhe der sicherzustellenden Quote richtet sich damit nach dem Umfang der Kapitalherabsetzung im Verhältnis zum bisherigen Eigenkapital. Dies ist gerechtfertigt, geht doch den Gläubigern nur in diesem Umfang Haftungssubstrat verloren.

Aufgrund der festgestellten Parallelität von Kapitalherabsetzung und Liquidation ist die geschilderte Berechnungsweise auch auf die Liquidation anwendbar. Da die Liquidation materiell eine Kapitalherabsetzung auf Null ist, ist die sicherzustellende Quote 100% der Gläubigerforderung.

VII. Anspruchsberechtigte Personen

1. Kapitalherabsetzung

Gemäss Art. 733 OR und Art. 734 OR haben nur Gesellschaftsgläubiger einen Sicherstellungsanspruch. Aktionäre, Partizipanten sowie Genussscheininhaber sind demgegenüber nicht berechtigt.⁵⁹

In der Lehre wurde immer wieder diskutiert, wann die Forderung entstanden sein muss, damit ein Gläubiger zum Kreis der anspruchsberechtigten Personen zählt. Einigkeit scheint zunächst darüber zu bestehen, dass nur Gläubiger, deren Anspruch vor der Publikation im SHAB entstanden ist, in den Genuss der Sicherstellung ihrer Forderung gelangen sollen.⁶⁰ Dies wird u.a. damit begründet, dass ob schon die Kapitalherabsetzung frühestens zwei Monate nach der Publikation der Kapitalherabsetzung im SHAB durchgeführt werden kann, das Vertrauen in die Erhaltung des Aktienkapitals der Gesellschaft bereits ab dem Zeitpunkt der Publikation zerstört

wurde.⁶¹ Umstritten scheint allerdings, ob der Anspruch vor der ersten Publikation im SHAB entstanden sein muss oder ob die dritte Publikation im SHAB der massgebende Zeitpunkt ist.⁶²

Diese Frage ist u.E. unerheblich. So ist es Sinn und Zweck der Schuldenrufe, die Gläubiger über die Kapitalherabsetzung zu informieren und dadurch zu schützen.⁶³ Die Schuldenrufe zum zeitlichen Abgrenzungskriterium darüber zu machen, ob für die Forderung ein Anspruch auf Sicherstellung bestehen soll oder nicht, erweist sich als untauglich. So wäre aufgrund dieses Abgrenzungskriteriums z.B. nicht klar, was mit Forderungen von Gläubigern geschieht, die bereits vor dem ersten Schuldenruf Kenntnis von der geplanten Kapitalherabsetzung genommen haben und in diesem Wissen noch vor der ersten Publikation der Schuldenrufe im SHAB eine Forderung gegenüber der Gesellschaft begründen. Solche Gläubiger sollen nicht anspruchsberechtigt sein.

Vielmehr muss auf die Publikation des Herabsetzungsbeschlusses im SHAB abgestellt werden, zumal die Eintragung der Kapitalherabsetzung im Handelsregister und nicht bereits der Beschluss selbst konstitutiv ist.⁶⁴ Dies bedeutet, dass die Forderung vorher entstanden sein muss, damit Sicherstellung verlangt werden kann.⁶⁵ Nur damit ist die Gleichbehandlung der Gläubiger sichergestellt. Beim Abstellen auf die Schuldenrufe hingegen wäre diese gefährdet, da die Schuldenrufe in der Praxis oftmals zu unterschiedlichen Zeitpunkten durchgeführt werden.⁶⁶ Zudem

⁶¹ Zingg (Fn. 16), 99.

⁶² Die folgenden Autoren sprechen sich für die dritte Publikation im SHAB als massgebenden Zeitpunkt aus: *Heinzmann* (Fn. 22), N 323; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 12), § 53 N 162; *KUKO-Seiler/Sethe*, Art. 733 OR N 6. Die folgenden Autoren erachten die erste Publikation als massgebenden Zeitpunkt: *Zingg* (Fn. 16), 99; *Müller* (Fn. 14), 532; wohl *ZK OR-Bürgi*, Art. 733 N 14.

⁶³ *ZK OR-Bürgi*, Art. 733 N 14.

⁶⁴ BGE 133 III 368, E. 1.3.3.

⁶⁵ Für die Ermittlung des genauen Zeitpunktes ist damit Art. 932 Abs. 2 OR massgebend. Da die Drittwirkung erst am Tag nach der Publikation im SHAB eintritt, ist eine Forderung, die noch am Tag der Veröffentlichung des Entscheides im SHAB begründet wurde, ebenfalls anspruchsberechtigt; vgl. auch *Funk* (Fn. 54), 402, der ebenfalls auf den Herabsetzungsbeschluss der Generalversammlung abstellt.

⁶⁶ So ergehen die Schuldenrufe gemäss der Praxis von verschiedenen Handelsregisterämtern teilweise vor dem Herabsetzungsbeschluss.

⁵⁸ *Zingg* (Fn. 16), 104.

⁵⁹ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 12), § 53 N 161; *Heinzmann* (Fn. 22), N 322; *Stahelin* (Fn. 23), 251; *von Steiger* (Fn. 22), 313.

⁶⁰ So z.B. *Zingg* (Fn. 16), 99; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 12), § 53 N 162; *Müller* (Fn. 14), 532.

könnte die Gesellschaft mit der Wahl des Zeitpunktes der Schuldenrufe gewisse Forderungen bereits im Voraus vom Sicherstellungsanspruch ausschliessen.⁶⁷

Obschon aufgrund des Gesetzestextes die Vermutung nahe liegt, dass ein Gläubiger wählen darf, ob er für seine Forderung direkte Befriedigung oder Sicherheit verlangen kann, ist dem nicht so: Gläubiger von nicht fälligen oder bestrittenen Forderungen dürfen keine Befriedigung⁶⁸ und Gläubiger von fälligen Forderungen dürfen umgekehrt keine Sicherstellung verlangen.⁶⁹ Der Gläubiger einer nicht fälligen Forderung kann die Fälligkeit auch nicht herbeizwingen, indem er Erfüllung verlangt.⁷⁰ Ebenso wenig bewirkt der Herabsetzungsbeschluss die Fälligkeit.⁷¹ Ob hingegen der Gesellschaft ein Wahlrecht zusteht, ist in der Lehre umstritten. So wird teilweise argumentiert, dass die Gesellschaft selbst entscheiden können soll, wie sie fällige und nicht fällige Forderungen behandeln will.⁷² Die Mehrheit der Lehre scheint jedoch der Auffassung zu sein, dass auch der Gesellschaft in dieser Hinsicht kein oder nur ein beschränktes Wahlrecht zukommen soll.⁷³ Nach Auffassung der Autoren ist ein vollständiges Wahlrecht abzulehnen: Müsste sich ein Gläubiger einer fälligen Forderung mit einer Sicherstellung begnügen, würde dies die Konditionen des zugrundeliegenden Vertragsverhältnisses abändern bzw. verschlechtern, was der Gläubiger

nicht soll hinnehmen müssen.⁷⁴ Sofern jedoch die Gesellschaft als Schuldnerin einer nicht fälligen Forderung eine Befriedigung gegenüber der Sicherstellung vorzieht, liegt dies in aller Regel im Interesse des betreffenden Gläubigers und sollte dementsprechend zulässig sein.

2. Liquidation

Auch im Rahmen des Liquidationsverfahrens spricht das Gesetz explizit von Gläubigerforderungen. Damit ist auch gesagt, dass Aktionäre, Partizipanten sowie Genussscheininhaber keinen Anspruch auf Sicherstellung haben.

Aufgrund der bereits mehrfach erwähnten Parallelität ist auch im Liquidationsverfahren der Liquidationsbeschluss massgeblich. Mit anderen Worten besteht nur für bis zum Zeitpunkt der Publikation des Liquidationsbeschlusses im SHAB entstandene Forderungen ein Sicherstellungsanspruch.⁷⁵ Dies ist vor dem Hintergrund, dass der Eintragung der Liquidation im Handelsregister konstitutive Wirkung zukommt (und nicht nur deklaratorische, wie von der herrschenden Lehre vertreten wird),⁷⁶ nur konsequent.⁷⁷

Damit besteht eine gewisse Ähnlichkeit zum Konkursrecht, bei dem zur Abgrenzung darüber, welche Forderungen Konkursforderungen begründen und welche nicht, auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung⁷⁸ und nicht auf den Schuldenruf abgestellt wird.

⁶⁷ Im Rahmen der geplanten Aktienrechtsrevision soll die Diskussion, auf welchen Schuldenruf abzustellen ist, ohnehin obsolet werden: Gemäss Art. 653k E-OR soll der Schuldenruf künftig nur noch einmal ergehen. Dies wird damit begründet, dass sämtliche SHAB-Publikationen der letzten drei Jahre ohnehin online verfügbar seien, BBl 2017 (Fn. 3), 506 f.

⁶⁸ Müller (Fn. 14), 533; Staehelin (Fn. 23), 251 f.; ZK OR-Bürgi, Art. 733 N 15; Heinzmann (Fn. 22), N 317; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 12), § 53 N 159; Zingg (Fn. 16), 102; Lanz (Fn. 52), 112; Schucany (Fn. 53), Art. 734 OR N 2.

⁶⁹ Heinzmann (Fn. 22), N 317; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 12), § 53 N 159.

⁷⁰ Zingg (Fn. 16), 102.

⁷¹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 12), § 53 N 159.

⁷² So z.B. Müller (Fn. 14), 533, der davon ausgeht, dass die Gesellschaft diesen Entscheid von Kostengesichtspunkten abhängig macht.

⁷³ Heinzmann (Fn. 22), N 319; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 12), § 53 N 159; Zingg (Fn. 16), 102: Der Autor argumentiert, dass die Gesellschaft nur dann berechtigt ist, die nicht fällige Gläubigerforderung zu tilgen, wenn sich die vorzeitige Erfüllbarkeit aus der Forderung selbst ergibt (Art. 81 Abs. 1 OR).

⁷⁴ So auch Heinzmann (Fn. 22), N 319.

⁷⁵ Vgl. auch Funk (Fn. 54), 422; s. auch BGE 123 III 473, E. 5: Auch in diesem Entscheid differenziert das Bundesgericht zwischen Gläubigerforderungen, die vor und solche die nach dem Liquidationsbeschluss entstanden sind und hält fest, dass bei letzteren kein Anspruch auf Sicherstellung besteht; s. auch Peter Staehelin, Die Rückgründung aufgelöster Gesellschaften oder Genossenschaften, BJM 1973, 217 ff., 222.

⁷⁶ So z.B. KUKO-Trezzini, Art. 737 OR N 4.

⁷⁷ Vgl. dazu Markus Vischer, Die Kontinuität auf Gesellschafterstufe bei Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz, AJP 2019, 294 ff.; ders., Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015, 257 ff., 259.

⁷⁸ Jolanta Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 2012, N 1195.

VIII. Art der Sicherstellung

1. Liquidation

Im Zusammenhang mit der Liquidation spricht Art. 744 OR von *gleichwertiger* Sicherheit. Um die Frage nach der Gleichwertigkeit einer Sicherheit beurteilen zu können, ist zunächst der Wert der Forderung selbst zu ermitteln. Dieser ist der zu Veräusserungswerten erstellten Liquidationseröffnungsbilanz zu entnehmen.⁷⁹ In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, wann die Sicherheit als gleichwertig gilt, wobei für die Bewertung der Sicherheit ebenfalls der Veräusserungswert massgebend ist.⁸⁰ Als Orientierungshilfe zur Auslegung des Begriffs der Gleichwertigkeit verweist das *Handelsgericht Zürich* auf das Bauhandwerkerpfandrecht und den dort verwendeten Begriff der *hinreichenden* Sicherheit.⁸¹ Nach Auffassung des Bundesgerichts ist eine Sicherheit dann hinreichend, wenn qualitativ und quantitativ die gleiche Deckung der Forderung geboten werde, wie wenn ein gesetzliches Pfandrecht bestünde.⁸² Auf diese Definition ist auch im Liquidationsverfahren abzustellen, da an eine *gleichwertige* Sicherheit gleich strenge Anforderungen wie an eine *hinreichende* Sicherheit zu stellen sind.

Das bedeutet, dass nicht nur die Forderung selbst, sondern auch allfällige Zinsen und Zinseszinsen sowie Verzugszinsen einzukalkulieren sind.⁸³ Für die im Rahmen der Liquidation sicherzustellenden Forderungen können damit folgende Schlüsse gezogen werden: Für nicht fällige Forderungen, auf denen Zinsen geschuldet sind, wie z.B. solche aus einem verzinslichen Darlehen, ist der Zeitpunkt des Eintritts der Fälligkeit massgebend. Handelt es sich um streitige Forderungen, ist die mutmassliche Dauer des Verfahrens zu berücksichtigen und der Betrag (inkl. Zinseszins) entsprechend zu kapitalisieren.⁸⁴

Es gibt nun unterschiedliche Möglichkeiten, wie diese gleichwertige Sicherstellung geleistet werden kann. In Frage kommen sowohl Personalsicherheiten (z.B. Garantien, Bürgschaften, Schuldbeitritte,⁸⁵

Schuldübernahmen und Sicherungsübereignung) als auch Realsicherheiten (z.B. Sicherheitshinterlegung).⁸⁶ Dabei kann die Sicherheit entweder durch die Gesellschaft selbst oder durch Dritte bestellt werden. Wird die Sicherheit von Dritten geleistet, ist die Bonität derjenigen Person, welche die Sicherheit stellt, von Bedeutung. Als besonders geeignet gelten Garantien, insbesondere die Bankgarantie.⁸⁷ So kommen bei Bankgarantien nur solche in Frage, die durch eine erstklassige Bank oder Versicherungsgesellschaft mit Sitz in der Schweiz geleistet werden. Da sich die Bonität von Banken und Versicherungsgesellschaften relativ einfach überprüfen lässt, sind Bank- und Versicherungsgarantien i.d.R. die geeignetste Form der Garantie.⁸⁸ Bei Bürgschaften hingegen genügen i.d.R. nur Bürgschaften von Banken und Versicherungsgesellschaften.⁸⁹ Erfolgt die Sicherstellung durch die Gesellschaft selbst, stehen Realsicherheiten im Vordergrund. Denkbar wären z.B. die Verpfändung von Grundstücken oder die Sicherheitshinterlegung, wobei im Zusammenhang mit letzterer die Übergabe einer Geldsumme am häufigsten ist. Weniger geeignet ist hingegen die Übergabe von beweglichen Sachen und Wertpapieren, da bei letzteren das Risiko von Kursschwankungen gross ist.⁹⁰ Ebenso unattraktiv sind Fahrnispfänder, sofern deren Wertbestimmung schwierig und die Aufbewahrung mit viel Aufwand verbunden ist.⁹¹

Entscheiden sich die Liquidatoren zur Hinterlegung, stellt sich die Frage, wie hoch der hinterlegte Betrag angesichts von *Negativzinsen* sein soll. Um wirklich Gleichwertigkeit erreichen zu können, sind diese nach Auffassung der Autoren mit einzukalkulieren. Daraus folgt, dass der zu hinterlegende Betrag unter Umständen höher als die Höhe der Forderung des Gläubigers selbst sein könnte.

Ungenügend ist eine *Rückstellung*, da mit ihr nur ein buchhalterischer Betrag für den Gläubiger «reserviert» wird. Ebenso wenig genügen i.d.R. Garantierklärungen und Schuldübernahmen durch *ausländi-*

⁷⁹ CHK OR-Benedick, Art. 742 N 1; Riek (Fn. 27), 158.

⁸⁰ Riek (Fn. 27), 158 f.

⁸¹ HGer ZH (Fn. 1), E. 4.5.

⁸² BGE 142 III 738, E. 4.4.3.

⁸³ Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1254.

⁸⁴ Vgl. auch HGer ZH (Fn. 1), E. 4.8.

⁸⁵ Vgl. Schumacher (Fn. 83) N 1269.

⁸⁶ Riek (Fn. 27), 158.

⁸⁷ Schumacher (Fn. 83), N 1273 f.; Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, N 1747.

⁸⁸ Schumacher (Fn. 83), N 1269; trotzdem kann auch eine natürliche Person Garantin sein, vgl. dazu Schumacher (Fn. 83), N 1274; BGE 131 III 511, E. 4.1.

⁸⁹ Schumacher (Fn. 83), N 1288.

⁹⁰ Schumacher (Fn. 83), N 1292.

⁹¹ Schumacher (Fn. 83), N 1270.

sche Gesellschaften, da die Vollstreckung problematisch sein kann.⁹² Das gilt auch, wenn die betreffende ausländische Gesellschaft eine Zweigniederlassung hat. Die Tatsache, dass Zweigniederlassungen u.U. einen Gerichtsstand begründen,⁹³ genügt nicht. Wird die Sicherheit einer solchen Zweigniederlassung dagegen durch die Zweigniederlassung gestellt, so mag die Sicherheit genügend sein, sofern die Parteien im Vorfeld den Ort der Zweigniederlassung als exklusiven Gerichtsstand vereinbart haben.⁹⁴

2. Kapitalherabsetzung

Im Vergleich zur Liquidation schweigt das Gesetz über die Qualität der Sicherheit. Da bei der Kapitalherabsetzung aufgrund der bereits mehrfach erwähnten Parallelität jedoch die gleichen Anforderungen wie bei der Liquidation gelten, kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.⁹⁵ Somit gilt, dass der quotenmässig errechnete Betrag zuzüglich von Zinsen und allfälligen Verzugszinsen, und zwar bis Eintritt der Fälligkeit oder bis Erledigung des Verfahrens, entsprechend zu kapitalisieren ist. Zudem kommen auch hier sowohl Real- als auch Personalsicherheiten in Frage.⁹⁶ Diese können auch hier entweder von der Gesellschaft selbst gestellt werden, oder aber von dritter Seite her erfolgen.⁹⁷ Dabei gilt, dass bei der Bewertung der jeweiligen Sicherheit auf den Veräusserungswert abzustellen ist.⁹⁸ Im Übrigen ist es in Analogie zur Liquidation denkbar, dass die

Gesellschaft den Betrag hinterlegen würde. Auch hier gilt, dass allfällige *Negativzinsen* zu berücksichtigen sind.

IX. Zusammenfassung

Die Voraussetzungen des Anspruchs auf Sicherstellung von Gläubigerforderungen sowohl im Kapitalherabsetzungs- als auch im Liquidationsverfahren werden in der Lehre immer wieder diskutiert. Aufgrund der Parallelität der beiden Verfahren ist eine Gleichbehandlung angezeigt. Es können die folgenden Schlüsse gezogen werden:

- Nicht nur von der Gesellschaft anerkannte, sondern auch bestrittene Forderungen sind sicherzustellen. Eine bestrittene Forderung ist dabei insofern zuzulassen, als sie in analoger Anwendung von Art. 261 ZPO (*vorsorgliche Massnahmen*) glaubhaft gemacht wurde.
- Ein Anspruch auf Sicherstellung besteht nur, sofern die Gläubigerforderung gefährdet ist. Eine Gefährdung ist i.d.R. dann nicht gegeben, wenn ein positiver Prüfungsbericht vorliegt, der auch die Liquidität der Gesellschaft berücksichtigt.
- Die Sicherstellung hat proportional zu erfolgen. Zur Ermittlung der sicherzustellenden Quote wird der Umfang der Kapitalherabsetzung bzw. der Liquidation ins Verhältnis zum bisherigen Eigenkapital gesetzt.
- Anspruchsberechtigt sind nur Gläubiger, deren Forderungen vor der Publikation des Herabsetzungs- bzw. des Liquidationsbeschlusses im SHAB entstanden sind (vgl. Art. 932 OR).
- Die Sicherstellung hat jeweils *gleichwertig* wie die Forderung/der zu hinterlegende Betrag selbst zu sein. Dabei kann hilfsweise auf die *hinreichende* Sicherheit beim Bauhandwerkerpfandrecht verwiesen werden.

⁹² HGer ZH (Fn. 1), E. 4.5.

⁹³ Art. 12 ZPO.

⁹⁴ Vgl. BGE 121 III 445, E. 5 b: Im Zusammenhang mit dem Bauhandwerkerpfandrecht führt das Bundesgericht aus, dass eine Ersatzsicherheit, welche einen vom Ort der gelegenen Sache abweichenden Gerichtsstand begründet, wohl Art. 839 Abs. 3 ZGB widersprechen würde.

⁹⁵ S. VIII.1.

⁹⁶ Zingg (Fn. 16), 106; Staehelin (Fn. 23), 259, der jedoch zu bedenken gibt, dass Bankgarantien sehr kostspielig und deshalb wohl eher als subsidiäre Massnahme in Betracht zu ziehen seien.

⁹⁷ Vgl. dazu ausführlich Staehelin (Fn. 23), 257 ff.

⁹⁸ Zingg (Fn. 16), 107; a. A. Staehelin (Fn. 23), 261 ff., der die Bewertung gemäss Art. 960 OR vornimmt, d.h. den Wert der Aktiven als Teil eines «going concern» versteht. Der Fortführungswert entspricht dabei dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis minus den Abschreibungen. Nach Ansicht des Autors müssten hingegen Liquidations- oder Verkaufswert ausser Betracht fallen, da die verbleibenden Werte nicht liquidiert würden, sondern der Betrieb weitergeführt werden soll.