

REPRAX

Herausgeber/Editeurs:

Michael Gwelessiani, Hanspeter Kläy, Peter Ruf, Gregor Thomi

Inhaltsübersicht

Ines Pöschel / Rolf Watter Die Zulässigkeit einer deklarativen Kapitalherabsetzung bei durch Rangrücktritt gemilderter Überschuldung, Umgang mit Pro forma Bilanzen	1
Olivier Chapuis Loi sur la fusion – Questions choisies	18
Zusammenfassung «Loi sur la fusion» Fusionsgesetz – Ausgewählte Fragestellungen	29
Gregor Thomi Stellungnahmen der Oltner Arbeitstagung 2003–2005	39
Christian Champeaux Bericht über die Tätigkeit der Eidg. Fachkommission für das Handelsregister im Jahre 2004	49
Änderungen zur Anleitung und Weisung an die kantonalen Handelsregisterbehörden betreffend die Prüfung von Firmen und Namen	
deutsch	60
französisch	65
italienisch	70

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister / Office fédéral du registre du commerce
Handelsregisteramt des Kantons Zürich / Registre du commerce du canton de Zurich
Handelsregisteramt des Kantons Basel-Stadt / Registre du commerce du canton de Bâle-Ville

Um die hierin besprochenen Fragen und das Verfahren sowie den inzwischen rechtskräftigen Entscheid des Verwaltungsgerichts in dieser causa darlegen zu können, ist es unumgänglich, die Situation der betroffenen Gesellschaft in den relevanten Punkten kurz darzulegen.

II. Ausgangslage

1. Situation der S

Aufgrund einer weltweit negativen Entwicklung in ihrer Industrie wurde für die S, einer AG mit Sitz in Zürich, im Herbst 2003 klar, dass nur die Veräusserung ihrer industriellen Aktivitäten diese und die in diesem Bereich existierenden rund 700 Arbeitsplätze retten konnte. Nach langen Verhandlungen wurde eine Käuferin gefunden; in den Verhandlungen mit dieser wurde aber klar, dass wegen der durch den Verkauf eintretenden (weiteren) Buchverluste und den Liquiditätsproblemen eine Sanierung notwendig werden würde, um einen Konkurs der Restaktivitäten zu verhindern, was (wie ebenfalls üblich in solchen Konstellationen) auch die Käuferin der industriellen Aktivitäten wegen der Pauliana-Risiken verlangte.

Parallel zu den Verkaufsverhandlungen konnte mit den Hauptgläubigerbanken (unter der Bedingung des erfolgreichen Verkaufs) ein teilweiser Forderungsverzicht und (zusätzliche) Rangrücktritte ausgehandelt werden.

Auch die Sicht der Aktionäre war in die Verhandlungen mit einzubeziehen, denn der Verkauf des Kerngeschäftes verlangte die Zustimmung einer ausserordentlichen Generalversammlung, da nach dem Verkauf als einziges Aktivum eine grössere Immobilie im Eigentum der S AG blieb, die der Käufer weder übernehmen wollte noch konnte⁴.

Hauptgläubigern und Aktionären konnte dieses Sanierungskonzept unter anderem damit schmackhaft gemacht werden, dass sie so am zu erwartenden Mehrwert an der Immobilie über die kommenden Jahre partizipieren konnten. Die S AG musste dafür aber zweckmässig kapitalisiert und mit möglichst niedrigen Kosten verwaltet werden können.

Eigenkapitalmässig sah die Situation folgendermassen aus: Dem Aktienkapital von rund CHF 60 Mio. standen vor Veräusserung des Kerngeschäftes Verluste in der Höhe von rund CHF 58 Mio. gegenüber, nach dessen Veräusserung zum vereinbarten, wie gesagt unter dem Buchwert liegenden Preis, CHF 73.5 Mio. Als Teil des Sanierungskonzeptes musste damit das Aktienkapital auf rund CHF 7 Mio. vermindert werden, u.a. um die auf dem Nominalbetrag des – notabene nicht vorhandenen – Aktienkapitals anfallenden Kapitalsteuern⁵ um rund CHF 185'000 pro Jahr auf ein vernünftiges Mass reduzieren zu können.

⁴ Aus hier nichtinteressierenden Gründen konnte sich die Gesellschaft nicht auf BGE 116 II 320 ff. stützen.

⁵ Gestützt auf § 79 StG ZH.

2. Task Force Vorprüfung durch das Handelsregisteramt

Die am Tag vor Publikationsaufgabe der Einladung zur notwendigen ausserordentlichen Generalversammlung beim Handelsregisteramt des Kantons Zürich im Task Force Verfahren sehr prompt durchgeführte Vorprüfung verlief viel negativ aus, da eine deklarative Kapitalherabsetzung aufgrund der bisherigen (allerdings im Wesentlichen nicht veröffentlichten) Praxis⁶ und der Literatur als nicht zulässig erachtet wurde, da die Gesellschaft sowohl vor als auch nach deklarativer Kapitalherabsetzung überschuldet wäre, wenn die Rangrücktritte nicht berücksichtigt wurden.

Der Verwaltungsrat der S beschloss aber, die Kapitalherabsetzung als (notwendigen) Teil des gesamten Sanierungsplans dennoch zu traktandieren.

Dies wurde nach Bekanntwerden vom Handelsregisteramt umgehend moniert, mit dem Hinweis, dass das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) anzugehen sei. Nach Kontakten mit dem EHRA⁷ wurde von einer Vorprüfung abgesehen, da sie nicht praktikabel und sinnvoll erschien.

3. Beschlüsse der ausserordentlichen Generalversammlung und Verfügung des Handelsregisteramtes

Das gesamte Sanierungspaket wurde mit sehr grosser Mehrheit von der Generalversammlung, an welcher immerhin 76.02% des stimmberechtigten Aktienkapitals anwesend oder vertreten waren, angenommen. Die Kapitalherabsetzung erhielt 85.39% Ja-Stimmen.

Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich wies das Eintragungsgesuch mit Verfügung vom 19. Dezember 2003 mit einer Beschwerdefrist von 14 Tagen ab Zustellung⁸ erwartungsgemäss ab, dies mit der folgenden Begründung:

⁶ Sowohl der kantonalen Handelsregisterämter als auch des EHRA, wobei diese Praxis, sofern sie nicht im vorliegenden Medium (wie z.B. in REPRAX 3/03 S. 32 f., Bericht der Eidg. Fachkommission für das Handelsregister) oder mit erheblicher Verzögerung im Jahrbuch des Handelsregisters publiziert wird, für das Publikum nicht zugänglich und damit unbekannt ist. Im nachfolgend beschriebenen Verfahren wurde erst in der Stellungnahme zum Rekurs eine «Praxis» manifest, indem zwei je einseitige, anonymisierte negative Vorprüfungsbescheide aus den Jahren 1993 und 1996 sowie ein negativer Vorprüfungsbescheid an KPMG Legal aus dem Jahre 2002 des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich eingereicht wurden. Es stellt sich die Frage, ob derartige, nicht in eigentlicher Verfügungsform ergehende und nicht anfechtbare Vorprüfungsbescheide überhaupt eine rechtserhebliche Praxis zu begründen vermögen, und ferner, ob eine nicht publizierte Praxis dem Rechtsanwender entgegengehalten werden kann.

⁷ Das EHRA bot an, eine Überprüfung der «Praxis» unter Einbezug der Vertreter der kantonalen Handelsregisterämter anzugehen, wobei (a) mit einer Antwort nicht vor März 2004 zu rechnen sei und (b) ein Stundenansatz von CHF 250 für die notwendigen, leider nicht schätzbaren Aufwendungen verrechnet würden. Auf die entsprechende Frage nach der Wirkung dieser Antwort wurde festgestellt, dass das EHRA *keine verbindliche* Weisungskompetenz im Einzelfall gegenüber den kantonalen Handelsregisterämtern habe, ergo würde es diesen immer noch freistehen, ob sie dem Standpunkt des EHRA folgen würden. Klargestellt wurde lediglich, dass das EHRA einer Eintragung der Kapitalherabsetzung die nach Art. 115 HRV notwendige Genehmigung wohl *nicht* erteilen würde.

⁸ Damit stellte sich, nebenbei erwähnt, ein interessantes Fristproblem, da das zürcherische Verwaltungsverfahren keine Gerichtsferien kennt (A. KÖLZ/J. BOSSHART/M. RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des

- Der Revisionsbericht stütze sich auf eine «Pro forma Bilanz vor und nach der Kapitalherabsetzung, also nicht auf eine ordnungsgemässe Bilanz».⁹
- Der Revisionsbericht enthalte nicht die «Feststellung, dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind»; die im Revisionsbericht erwähnten Rangrücktritte führten «nicht zu einer eigentlichen Sanierung, welche dazu führen würde, dass die Forderungen der Gläubiger trotzdem gedeckt wären».¹⁰

4. Entscheide der Justizdirektion und des Verwaltungsgerichts

Mit Verfügung vom 31. März 2004 stützte die zürcherische Direktion der Justiz und des Innern die Verfügung des Handelsregisteramts. Es gestand der Beschwerdeführerin zwar zu, dass allein aufgrund der Verwendung von Pro forma Bilanzen die Eintragung nicht hätte verweigert werden dürfen, sah aber die Aussage im Revisionsbericht wie das Handelsregisteramt als ungenügend an. Die dagegen gerichtete Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 22. März 2005 gut und wies das Handelsregisteramt an, die Kapitalherabsetzung einzutragen. Auf die Urteilsbegründung wird im Folgenden eingegangen.

III. Frage der Verwendung von Pro forma Bilanzen

1. Anforderungen an die Bilanz bei der deklarativen Kapitalherabsetzung

Die Handelsregisterämter verlangen regelmässig eine Bilanz, die das Bild vor und nach Kapitalherabsetzung darstellt. Der Stichtag dieser geprüften Bilanz darf nicht weiter als 6 Monate zurückliegen^{11,12}, damit die zugrundeliegenden Bilanzzahlen einigermassen aktuell sind.

Kantons Zürich, 2. A., 1999, § 11 N 13) und Art. 22a VwVG – jedenfalls nicht ohne weiteres – Anwendung findet; nachdem die kantonale Verwaltung ab 22. Dezember 2003 bis 4. Januar 2004 geschlossen hatte, also während der gesamten Rekursfrist von 14 Tagen, verlängerte die Direktion die Frist am 5. Januar bis zum 15. Januar 2004. Das Verwaltungsgericht (E. 4.2, S. 6) schützte in der Folge das Vertrauen der Beschwerdeführerin in die gewährte Erstreckung, ohne die Frage der Erstreckbarkeit der Frist respektive eines Friststillstandes aufgrund von Gerichtsferien beantwortet zu haben, da es sich nicht um eine von Amtes wegen zu berücksichtigende Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift durch die Vorinstanz ginge.

⁹ Dieser Punkt wurde im Rückstellungsschreiben vom 27. November 2003 noch nicht moniert.

¹⁰ Der entsprechende Satz im besonderen Revisionsbericht lautete: «Mit der heutigen Zustimmung der Generalversammlung zum Verkauf des Kerngeschäftes und der heutigen Rangrücktrittserklärung der Hauptgläubigerbanken [...] ist die S[...] wirtschaftlich nicht mehr überschuldet und erfüllt die Voraussetzungen für ein betriebs- und lebensfähiges Unternehmen im Sinne der Erfordernisse des Art. 725 Abs. 2 OR. Somit sind gemäss unserer Beurteilung die nicht mit einem Rangrücktritt belasteten Forderungen der Gläubiger auch nach durchgeführter Herabsetzung voll gedeckt.»

¹¹ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, [FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL], S. 813 in Verbindung mit S. 789; Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer, Steuer- und Treuhandexperten [Hrsg.], Schweizer

Bei der Bilanz *nach* Kapitalherabsetzung handelt es sich unseres Erachtens immer um eine sog. Pro forma Bilanz. Eine Bilanz im Rechtssinn – als Bestandteil der Jahresrechnung im Sinne von Art. 662 Abs. 2 OR – bezieht sich stets nur auf Vergangenes¹³, kann sich also nicht auf einen künftigen Stichtag beziehen^{14, 15}. Jede vorausschauende Bilanz, die automatisch gewisse Annahmen (oder offengelegte Schätzungen) enthält¹⁶, und auch jede andere nicht der tatsächlichen Bilanz entsprechende Darstellung der Bilanz wird als «Pro forma» bezeichnet, um sie von der ordnungsgemässen Bilanz zu unterscheiden¹⁷.

2. In concreto

Der Handelsregisteranmeldung lag mit dem besonderen Revisionsbericht eine geprüfte Zwischenbilanz per 30. September 2003 (vor Einigung über den Verkauf) sowie je eine Pro forma Bilanz per 30. November 2003 vor und nach Kapitalherabsetzung bei. Per 30. September 2003 bestand eine Unterbilanz und *keine* Überschuldung. Aufgrund des im Oktober 2003 vertraglich vereinbarten Kaufpreises und in der Annahme, dass die ausserordentliche Generalversammlung vom 24. November 2003 dem gesamten Sanierungspaket einschliesslich Kapitalherabsetzung und Verkauf des Kerngeschäftes zustimmen würde, war aber vorhersehbar, dass per 30. November 2003 eine Überschuldung bestehen würde. Es war aber ebenfalls klar, dass aufgrund der ebenfalls bereits vertraglich vereinbarten Rangrücktrittserklärungen keine Überschuldungsanzeige im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR notwendig würde.

Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998, Zürich, [HWP], Bd. 4 [HWP 4], S. 67 f.; KARL REBSAMEN, Das Handelsregister, 2. A., Zürich 1999, Rz. 585; DIETER DUBS in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002, Art. 735 N 5 in Verbindung mit Art. 732 N 12; MANFRED KÜNG, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530-1186 OR), 2. Aufl., Basel 2002, [BSK OR II-KÜNG], Art. 732 N 6; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3., vollständig neu bearbeitet und erweiterte Auflage, Zürich 2004, [BÖCKLI], § 1 N 397 in Verbindung mit § 1 N 356. Seit 1. Juli 2004 vgl. auch das FusG, so z.B. in Art. 11 FusG.

¹² Vgl. auch die Ausführungen in VB.2004.00227 (FN 2), E. 5.4, S. 10.

¹³ HWP 1 (FN 11), S. 50; MARKUS NEUHAUS/PETER ILG, in: BSK OR II, Art. 662 OR N 6b.

¹⁴ Die Kapitalherabsetzung, die «Pro forma» abgebildet wird, wird tatsächlich erst bei Eintragung im Handelsregister verbucht. Die verlangte Darstellung *nach* Kapitalherabsetzung per zurückliegendem Stichtag kann unmög-

lich Realität werden. Es handelt sich deshalb u.E. um eine rein rechnerische Darstellung.

¹⁵ Eine «ordnungsgemässe Bilanz nach Kapitalherabsetzung», wie vom Handelsregisteramt verlangt, kann es demnach nicht geben.

¹⁶ Vgl. auch VB.2004.00227 (FN 2), E. 5.5, S. 11.

¹⁷ Vgl. dazu auch die Definition der «Konsolidierten Pro forma Bilanz» in Rz 9 der Richtlinie betreffend die Veröffentlichung von zusätzlichen Finanzzahlen im Kotierungsprospekt der SWX Swiss Exchange vom 11.11.2002: «Unter einer konsolidierten Pro forma Rechnung im Sinne dieser Richtlinie wird eine Jahresrechnung, ein Zwischenabschluss oder ein einzelner Bestandteil davon (Bilanz, Erfolgsrechnung, etc.) verstanden, welcher durch Annahmen so angepasst wurde, dass ein Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des betroffenen Unternehmens vermittelt wird, als ob die vorliegende Transaktion bereits vor der entsprechenden Periode erfolgt wäre.» Zum Thema vgl. weiter EVELYN TEITLER-FEINBERG, Pro Forma Statements, Notwendigkeit oder Beschönigung, in: ST 2002, S. 191–192, mit weiteren Verweisen.

Vereinfacht dargestellt (jeweils in Mio. CHF):

	Bilanz 30.09.03 vor Kapitalherabsetzung	Pro forma Bilanz 30.11.03 vor Kapitalherabsetzung (nach Verkauf)	Pro forma Bilanz 30.11.03 nach Kapitalherabsetzung (nach Verkauf)
Total Aktiven	104	31	31
Total Schulden	102	44 (teilweise mit Rangrücktritten)	44 (teilweise mit Rangrücktritten)
Aktienkapital	60	60	7
Bilanzverlust	58	-73	-20

Gemäss Handelsregisterpraxis muss der Handelsregisterführer prüfen, ob eine rechtskonforme Bilanz vorliegt¹⁸. Dabei kann die Bilanz wohl nur summarisch geprüft werden, um festzustellen, ob der Revisionsbericht offensichtlich unrichtig ist¹⁹; diesfalls wäre die Eintragung im öffentlichen Interesse des Gläubigerschutzes zu verweigern²⁰.

In concreto wurde bemängelt, dass gar keine Bilanz im Rechtssinne vorgelegen habe, und es habe keine Darstellung «nach Kapitalherabsetzung» per 30. September 2003 vorgelegen.

Es hätte nach die Ansicht des Handelsregisters damit wohl eine zusätzliche Spalte in die Bilanzen aufgenommen werden sollen (dass es sich dabei – ob als solche bezeichnet oder nicht – nur um eine Pro forma Bilanz handeln kann, wurde bereits erläutert):

	Bilanz 30.09.03 vor Kapitalherabsetzung	Pro forma Bilanz 30.9.03 nach Kapitalherabsetzung	Pro forma Bilanz 30.11.03 vor Kapitalherabsetzung (nach Verkauf)	Pro forma Bilanz 30.11.03 nach Kapitalherabsetzung (nach Verkauf)
Total Aktiven	104	104	31	31
Total Schulden	102	102	44 (teilweise mit Rangrücktritten)	44 (teilweise mit Rangrücktritten)
Aktienkapital	60	7	60	7
Bilanzverlust	58	-5	-73	-20

¹⁸ Die Praxis des Eidg. Amts für das Handelsregister, in: REPRAX 2/2002, S. 46 ff., 52; HWP 4 (FN 11), S. 72–79.

¹⁹ Vgl. dazu z.B. für den Fall der deklarativen Kapitalherabsetzung bereits F. von Steiger, Wann kann das vereinfachte Kapitalherabset-

zungsverfahren des Art. 735 OR angewendet werden?, in: SAG 1940/41, 10 ff.: «Nun ist es allerdings nicht Sache der Handelsregisterführer, an Bilanzen Kritik zu üben; vielmehr hat das Gesetz den besonderen Revisionsbericht vorgesehen und damit die Verantwortung für

Das Verwaltungsgericht befand mit der Beschwerdeführerin, dass es sich bei diesem Erfordernis um «verzichtbaren Formalismus» handle und die Beschwerde jedenfalls nicht an der Bilanzfrage scheitere.²¹

Es führte unter anderem aus, dass es wohl untunlich gewesen wäre, im vorliegenden Fall auf eine, der aktuellen Situation im Zeitpunkt der ausserordentlichen Generalversammlung gerechter werdenden Darstellung der finanziellen Situation zu verzichten.²²

Da der Revisionsbericht im Zeitpunkt des Generalversammlungsbeschlusses vorliegen muss und der Stichtag der letzten geprüften Bilanz notwendigerweise in der Vergangenheit liegt, kann ohnehin bei keiner Kapitalherabsetzung sichergestellt werden, dass im Eintragungszeitpunkt, der bei konstitutiven Kapitalherabsetzungen aufgrund der 2-Monatsfrist gemäss Art. 733 OR ohne weiteres 3 Monate nach dem Generalversammlungsbeschluss liegen kann, die im Beschlusszeitpunkt geforderten Voraussetzungen nach wie vor erfüllt sind.²³

Gerade vorhersehbare negative Entwicklungen – wie im vorliegenden Fall die notwendige Abschreibung und die negative Liquiditätsentwicklung seit dem Stichtag – müssen deshalb unseres Erachtens berücksichtigt und beim Generalversammlungsbeschluss offen gelegt werden.²⁴

IV. Frage der Zulässigkeit der deklarativen Kapitalherabsetzung bei Überschuldung

1. Einleitung

Nach Ansicht (und Praxis) des Handelsregisteramtes ist das vereinfachte Kapitalherabsetzungsverfahren nur zulässig, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist. Nur ausnahmsweise ist dies auch bei Überschuldung möglich, wenn nämlich die Beibringung der für die Durchführung der Sanierung erforderlichen Mittel bereits sichergestellt ist, d.h. wenn zumindest nach erfolgter Sanierung die Forderungen der verbleibenden Gläubiger gedeckt sind²⁵.

Art. 735 OR besagt, dass die deklarative Kapitalherabsetzung zum Zweck der Beseitigung einer durch Verluste entstandenen Unterbilanz in einem diese letztere nicht übersteigenden Betrag erfolgen kann.

die Berechtigung der Kapitalherabsetzung in weitem Masse auf die Revisionsstelle gelegt. Dann aber kann verlangt werden, dass die Bilanz formell die Sachlage so darstellt, wie sie wirklich ist [...].»

²⁰ REPRAX 2/2002, S. 52.

²¹ Es sei insbesondere «unerfindlich, welches durch Bilanzen zu befriedigende Informationsbedürfnis sich nicht wenigstens mit leichten sowie zumutbaren Ergänzungsberechnungen stillen lasse...»: VB.2004.00227 (FN 2), E. 5.3, S. 9.

²² VB.2004.00227 (FN 2), E. 5.5, S. 11.

²³ Denkbar wäre auch, dass sich der Bilanzverlust in der Zwischenzeit reduziert und damit der Herabsetzungsbetrag den Bilanzverlust übersteigt.

²⁴ Oder wäre es – des Handelsregisteramtes – richtig gewesen, gestützt ausschliesslich auf die Zwischenbilanz per 30.09.03 zu beschliessen und damit die inzwischen eingetretene Überschuldungssituation, obwohl bekannt, ausser Acht zu lassen?

²⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 Rz 292–294.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und heutiger Lehre entbindet eine deklarative Kapitalherabsetzung nicht davon, einen besonderen Revisionsbericht i.S.v. Art. 732 Abs. 2 OR zu erstellen. Im Lauf des Verfahrens kristallisierte sich heraus, dass sich die eingangs erwähnte Ansicht vor allem auf den Wortlaut des Art. 732 Abs. 2 OR stützte, wonach im Revisionsbericht festzustellen ist, «dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind». Vorliegend hatte der Revisionsbericht lediglich festgestellt, dass die nicht mit einem Rangrücktritt belasteten Forderungen der Gläubiger gedeckt sind, nicht aber «die» Forderungen schlechthin.

Es stellen sich mithin im Wesentlichen die folgenden Fragen:

- (a) Schliesst der Begriff «Unterbilanz» in Art. 735 den Fall der Überschuldung mit ein oder aus?
- (b) Was ist unter dem Erfordernis der «Sanierung» zu verstehen? Inwieweit können Rangrücktritte berücksichtigt werden?
- (c) Welche Anforderungen sind an den besonderen Revisionsbericht im Sinne von Art. 732 Abs. 2 OR in diesem Fall zu stellen?
- (d) Wie weit geht die Kognition des Handelsregisteramtes in dieser Frage, und insbesondere wer wird vor wem geschützt?

2. Überschuldung als Unterfall der Unterbilanz?

a) Gesetz

Der Begriff der Unterbilanz wird in Art. 735 OR technisch verwendet²⁶. Folglich ist er nicht derselbe wie derjenige, den man teilweise im Zusammenhang mit Art. 725 OR zur Vereinfachung verwendet²⁷. Unterbilanz heisst Unterdeckung des Nennwertkapitals²⁸ und besteht folglich dann, wenn Gewinne und Reserven verbraucht sind²⁹. Bei einer Überschuldung ist das Nennkapital klarerweise ebenfalls ungedeckt; sie stellt folglich – jedenfalls sprachlogisch – einen *qualifizierten* Fall der Unterbilanz dar³⁰. Verdeutlicht wird dies durch die (präziseren) Gesetzestexte in den romanischen Sprachen, welche von «excédent passif constaté au bilan» bzw. «eccedenza passiva accertata nel bilancio» sprechen. Rein *grammatikalisch* fällt eine Überschuldung deshalb unter den Begriff der Unterbilanz.

²⁶ BÖCKLI (FN 11), § 2 N 393 f.

²⁷ Vgl. THEO GUHL/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., bearbeitet von ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Zürich 2000, [GUHL/DRUEY], § 66 N 104.

²⁸ BÖCKLI (FN 11), § 3 N 745; WOLFHART T. BÜRGI, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Aktiengesellschaft Art. 730–738, Zürich 1969, [ZKBÜRGI], Art. 735 OR N 7, mit weiteren Hinweisen.

²⁹ GUHL/DRUEY (FN 26), § 66 N 104.

³⁰ Hingegen zieht BÖCKLI (FN 11), § 2 N 393 f. diese Konsequenz nicht; dagegen musste E. STEINER, in: SAG 1941/42, S. 198, noch dem «gewöhnlichen Sprachgebrauch» entgegenhalten, dass bei einer «Unterbilanz» im Sinne des Gesetzes die «Forderungen der Gläubiger [...] durch die Aktiven sehr wohl noch gedeckt sein [können]. »

b) Rechtsprechung

In BGE 76 I 162, 166 E. 3 erwog das Bundesgericht vorerst zur Kapitalherabsetzung: «Art. 735 OR setzt grundsätzlich voraus, dass die Gesellschaft schon vor der Kapitalherabsetzung nicht überschuldet ist; denn sofern dies der Fall ist, muss sie nach Art. 725 Abs. 3 OR den Konkurs anmelden. Das Verfahren nach Art. 735 OR kann also streng genommen überhaupt nur eingeschlagen werden von einer Gesellschaft, bei der zwar eine Unterbilanz besteht, jedoch nicht in dem Umfange, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr gedeckt sind.» Das Bundesgericht scheint also grundsätzlich davon auszugehen, dass der grundsätzlich anwendbare (d.h. es besteht eine Unterbilanz) Art. 735 OR durch Art. 725 Abs. 3 altOR eingeschränkt wird, m.a.W., dass letztere Bestimmung im Falle der Überschuldung, einem Spezialfall der Unterbilanz, als *lex specialis* vorgeht.

Das Bundesgericht fährt jedoch fort: «Es mag daher aus Zweckmässigkeitsgründen angehen, von der Anrufung des Konkursrichters abzusehen und direkt das Verfahren der Sanierungsherabsetzung zu ergreifen, wenn die Beibringung der für die Durchführung der Sanierung erforderlichen Mittel bereits sichergestellt ist [...]. Der besondere Revisionsbericht wird sich daher neben der Prüfung de[s] Vorliegens einer auf Verlusten beruhenden Unterbilanz zwar nicht darüber auszusprechen haben, ob nach gänzlicher Abschreibung des Aktienkapitals die Gläubiger noch gedeckt sind – denn das ist selbstverständlich bei einer überschuldeten Gesellschaft nicht der Fall – sondern vielmehr, ob [...] die A.-G. somit die Voraussetzungen für ein betriebs- und lebensfähiges Unternehmen im Sinne der Erfordernisse des Art. 725 OR wieder erfülle»³¹. Selbst wenn also Art. 725 eigentlich zur Anwendung kommt, gibt es nach dieser Entscheidung Ausnahmen, wenn sich nach der Sanierung ein Gang zum Konkursgericht erübrigt.

c) Literatur

Die meisten Autoren gehen von der genannten Rechtsprechung aus, wonach grundsätzlich bei einer Überschuldung der Richter nach Art. 725 Abs. 2 OR (Art. 725 Abs. 3 altOR) zu benachrichtigen ist, eine Ausnahme und damit eine Kapitalherabsetzung jedoch aus Zweckmässigkeitsüberlegungen zulässig ist³². Der Ansicht von FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL nach müssen jedoch in letzterem Fall nach der Sanierung zusätzlich die Gläubigerforderungen gedeckt sein³³. Die Intention der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bringen u.E. BÜRGI und VON GREYERZ besser zum Ausdruck, die verlangen, dass eine «erfolgreiche Sanierung sichergestellt ist»³⁴ bzw. «eine Sanierung als gesichert erscheint»³⁵; während etwa VON STEIGER bloss eine Nicht-Verschlechterung der Gläubigerposition verlangt, jedenfalls wenn die Gläubiger zustimmen³⁶.

³¹ BGE 76 I 162, 167 f. E. 3.

³² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 292 f.; ZK-BÜRGI (FN 27), Art. 735 OR N 10; CHRISTOPH VON GREYERZ, Die Aktiengesellschaft, in: Schweiz. Privatrecht, Bd. VIII/2, Basel 1982, [SPRVIII/2-VON GREYERZ] S. 276 f.; für weitergehende Zulässigkeit von Kapitalherabsetzungen wohl F. VON STEIGER, Das

Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. A., Zürich 1970, [VON STEIGER], S. 306 f.

³³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 294.

³⁴ ZK-BÜRGI (FN 27), Art. 735 OR N 10, mit Hinweisen.

³⁵ SPR-VIII/2-VON GREYERZ (FN 31), S. 276.

³⁶ VON STEIGER (FN 31), S. 306 f.

KÜNG hält im Falle einer Überschuldung eine Kapitalherabsetzung für unzulässig³⁷. Er beruft sich einzig auf die oben wiedergegebene S. 166 des BGE 76 I 162³⁸. Hierbei übersieht er jedoch S. 167 f. dieses Entscheides, wo sich u.E. die eigentliche ratio decidendi findet. BÖCKLI, der sich auf KÜNG beruft, teilt dessen Ansicht und hält im Falle der Überschuldung Verwaltungsratsmassnahmen nach Art. 725 OR für «angebracht»³⁹.

d) Aktienrechtsreform 1991

In der Revision 1991 wurde Art. 735 OR nicht geändert. Hingegen ist zu beachten, dass Art. 725 OR revidiert wurde (eingebracht 1985 durch den Nationalrat⁴⁰). Nach Art. 725 Abs. 2 OR ist nun klarerweise der Richter gar nicht zu benachrichtigen, wenn Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang zurücktreten.

e) Schlussfolgerung

Eine deklarative Kapitalherabsetzung ist im Überschuldungsfall nicht per se ausgeschlossen. Der Begriff der Unterbilanz umfasst auch den Unterfall der Überschuldung.

3. Was ist unter dem Erfordernis der «Sanierung» zu verstehen? – Inwieweit können Rangrücktritte berücksichtigt werden?

Im vorliegenden Fall war (und ist) – unabhängig von der Kapitalherabsetzung – kein Gang zum Konkursgericht geboten, weil *Rangrücktritte nach Art. 725 Abs. 2 OR* in genügendem Umfang vorliegen.

Das Handelsregisteramt stellte zu Recht fest, dass (streng genommen) ein Rangrücktritt keine Überschuldung beseitigt. Abzulehnen ist jedoch der daraus gezogene Schluss, das vereinfachte Kapitalherabsetzungsverfahren sei deshalb nicht anwendbar.

Die Kapitalherabsetzung ist in den Worten des Bundesgerichts zulässig, weil die AG «die Voraussetzungen für ein betriebs- und lebensfähiges Unternehmen im Sinne der Erfordernisse des Art. 725 OR wieder erfüll[t]»⁴¹. Aus *wirtschaftlicher* Sicht, worauf das Bundesgericht mit den Worten «betriebs- und lebensfähig» abstellt, kommen Rangrücktritte durchaus Forderungsverzichten gleich; verwendet man statt dem herkömmlichen bilanztechnischen Überschuldungsbegriff einen wirtschaftlichen, ist es richtig zu sagen, die Gesellschaft sei gar nicht überschuldet.

a) Systematische Argumente

Obwohl der Gesetzgeber bei der Änderung von Art. 725 OR die Vorschriften zur Kapitalherabsetzung nicht angepasst hat, ist im Zusammenspiel der beiden Institute eine widerspruchsfreie Regelung anzustreben. Dazu sind die folgenden fünf Stufen zu betrachten:

³⁷ BSK OR II-KÜNG (FN 11), Art. 735 N 2.

³⁸ Sowie dessen Wiedergabe in SAG 1950/51, 44. ff.

³⁹ BÖCKLI (FN 11), § 2 N 401.

⁴⁰ BÖCKLI (FN 11), § 13 N 791.

⁴¹ BGE 76 I 162, 168 E. 3.

- (i) Bei einer *Gesellschaft ohne Unterbilanz* besteht kein Bedürfnis nach einer deklarativen Kapitalherabsetzung, weil kein verrechenbarer Verlustvortrag besteht oder dieser mit den Reserven verrechnet werden kann;
- (ii) Bei einer *Gesellschaft mit Unterbilanz, aber ohne Überschuldung* ist die deklarative Kapitalherabsetzung unbestrittenermassen zulässig;
- (iii) Bei einer *überschuldeten Gesellschaft, welche aufgrund von ausreichenden Rangrücktritten das Gericht nicht nach Art. 725 Abs. 2 OR benachrichtigen muss*, ist die Frage vorliegend zu klären;
- (iv) Bei einer *überschuldeten Gesellschaft, bei welcher eigentlich das Gericht nach Art. 725 OR zu benachrichtigen ist, infolge der Kapitalherabsetzung (einschliesslich der ihr folgenden Transaktionen, in jenem Fall eine Wiederauffüllung des Aktienkapitals) aber «ein betriebs- und lebensfähiges Unternehmen im Sinne der Erfordernisse des Art. 725 OR wieder» hergestellt werden kann*, ist die Kapitalherabsetzung im Sinne einer Ausnahme zulässig⁴².
- (v) Bei einer *überschuldeten Gesellschaft, bei welcher das Gericht nach Art. 725 OR zu benachrichtigen ist und keine Ausnahme im Sinne von iv) besteht* (d.h. auch nach einer Kapitalherabsetzung nicht mehr betriebs- und lebensfähig i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR ist); ist die Kapitalherabsetzung nicht zulässig, vielmehr ist in diesem Fall zwingend das Gericht nach Art. 725 Abs. 2 zu benachrichtigen, welches gemäss Art. 725a Abs. 1 OR den Konkurs eröffnet.

Diese Stufenbetrachtung zeigt, dass die deklarative Kapitalherabsetzung nach Art. 735 OR eine Sanierungsmassnahme sein kann⁴³, jedenfalls in einem formellen, bilanztechnischen Sinn, welche aber durchaus – wie in casu – auch liquiditätswirksam sein kann⁴⁴. Während bei Stadium i) eine deklarative Kapitalherabsetzung als Sanierungsmassnahme gar nicht nötig ist und deshalb nicht zugelassen wird (wohl aber die konstitutive Kapitalherabsetzung), kommt im Fall v) eine Sanierung spät. In diesem Fall ist eine Kapitalherabsetzung als Sanierungsmassnahme nicht etwa unzulässig, weil eine Sanierung nicht nötig ist, sondern allein deshalb, weil Art. 725 Abs. 2 OR in dieser schweren Schiefelage der Gesellschaft stärkere, zwingende Schutzvorkehrungen vorsieht. In den Fällen ii) und iv) ist einerseits eine Sanierungsmassnahme geboten, da die Gesellschaft angeschlagen ist, andererseits greift (nach Bundesgericht sogar in Fall iv)!) der Schutz des Art. 725 Abs. 2 OR noch nicht ein, da es noch nicht dermassen schlecht um die Gesellschaft steht. Die gesetzliche, durch das Bundesgericht konkretisierte Ordnung lässt sich deshalb von dem *Sanierungsbedürfnis* einerseits und der *Sanierungsmöglichkeit* (d.h. die konkrete Aussicht auf eine Sanierung) andererseits leiten.

Der hier zu beurteilenden Fall iii) liegt zwischen den Fällen ii) und iv), wo eine Kapitalherabsetzung zulässig ist. Da sich die Interessenlage nicht grundsätzlich von den beiden anderen Fällen unterscheiden, ist er auch *gleich zu werten*. Gegenüber Fall ii) besteht *erst recht* ein *Sanierungsbedürfnis*, da es der Gesellschaft schlechter geht; gegenüber Fall iv) liegt *erst recht* eine *Sanierungsmöglich-*

⁴² BGE 76 I 162, 168 E. 3.

⁴³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 262

⁴⁴ Durch die Einsparung von Kapitalsteuern.

⁴⁵ Statt aller BGE 121 III 420, 426 E. 3b.

keit vor, da Rangrücktritte vorliegen und auch ohne Kapitalherabsetzung keine Benachrichtigung verlangt ist. Nicht Fall iii), sondern Fall ii) und iv) sind die eigentlichen (durch Judikatur und Literatur allerdings geklärten) «Grenzfälle».

b) Teleologische Argumente

Zweck der Vorschriften der Kapitalherabsetzung und namentlich des besonderen Revisionsberichts nach Art. 732 Abs. 2 OR ist unstrittig der *Gläubigerschutz*⁴⁵. Die hier diskutierte deklarative, also nicht mit einer Ausschüttung verbundene Kapitalherabsetzung dient nicht notwendigerweise den Aktionären, sondern vor allem den (existierenden und neuen) Gläubigern. Abgesehen von der ausdrücklichen Zustimmung der Hauptgläubiger profitieren sämtliche Gläubiger davon, dass die Gesellschaft weniger Kapitalsteuern bezahlen muss und somit mehr Haftungssubstrat erhalten bleibt.

Schliesslich ist auch der Schutzgedanke des *öffentlichen Glaubens* des Handelsregisters zu berücksichtigen, der die Herabsetzung eines offensichtlich zu hohen Aktienkapitals nahe legt, dies namentlich zum Schutz der Neugläubiger, die sonst durch ein viel zu hohes Aktienkapital zur Annahme verleitet werden, die Gesellschaft verfüge über Substanz, die sie längst verloren hat. Dementsprechend sollte eine Kapitalherabsetzung nicht verweigert werden, die dem Publikum den «korrekteren» Zustand aufzeigen will⁴⁶.

c) Verfassungsrechtliche Argumente

Verfassungskonforme Auslegung gebietet Zulässigkeit der Kapitalherabsetzung: Die Handelsregisterbehörden sind an die Grundrechte gebunden⁴⁷. Die Verhinderung einer Kapitalherabsetzung durch die Handelsregisterbehörden ist ein *Eingriff* in die Privatautonomie bzw. Organisationsfreiheit der Aktiengesellschaft und tangiert deren freie Entfaltung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit, welche durch die *Wirtschaftsfreiheit* gemäss Art. 27 BV geschützt ist⁴⁸. Eine Einschränkung von Art. 27 BV muss nicht nur auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen,

⁴⁶ Art. 38 Abs. 1 HRegV schreibt nun aber nicht nur vor, dass die Eintragungen im Handelsregister wahr sein müssen (was im vorliegenden Fall mit dem Aktienkapital von CHF 60 Mio. noch zutrifft, da das Aktienkapital eine fiktive Grösse ist), sondern auch, dass sie zu *keinen Täuschungen Anlass* geben dürfen. Mit der hier vorliegenden Eintragung ist es wahrscheinlich, dass durchschnittliche, des Aktienrechts nicht besonders kundige Dritte getäuscht werden oder wenigstens Anlass dazu erhalten. Sie werden nämlich erwarten, dass dem Aktienkapital entsprechende Aktiven gegenüberstehen und nicht, dass wertlose Verlustposten auf der Aktivseite die Bilanz künstlich aufblähen, und dementsprechend falsche Schlüsse hinsichtlich der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft ziehen. Die Ratio, welche hinter Art. 38 Abs. 1 HRegV, aber auch

hinter der Einrichtung des Handelsregisters als Ganzem steht, ist *mindestens bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Herabsetzung zu berücksichtigen*: Der Gedanke des öffentlichen Glaubens des Handelsregisters verlangt, künftige wie bestehende Gläubiger vor einem Irrtum über die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft zu bewahren und einer Anpassung des Kapitals gegen unten *zuzulassen*, entsprechend der tatsächlichen Situation des Unternehmens.

⁴⁷ Art. 35 Abs. 2 BV.

⁴⁸ BGE 124 I 107, 114; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. A. Bern 1999 [MÜLLER], S. 644 f.; KLAUS A. VALLENDER, St.Galler Kommentar zu Art. 27 BV, N 7 ff.

sondern auch durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein (vgl. Art. 36). *Fraglich* ist in der vorliegenden Fallkonstellation, *welche Interessen* mit einer Verweigerung der Eintragung geschützt werden sollen. Rein fiskalische Interessen wie vorliegend sind unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftsfreiheit *unzulässig*⁴⁹. Eine Verweigerung ist deshalb nicht gerechtfertigt und verfassungswidrig. Folglich ist Art. 735 OR verfassungs- und grundrechtskonform auszulegen.

4. Welche Anforderungen sind an den besonderen Revisionsbericht im Sinne von Art. 732 Abs. 2 OR in diesem Fall zu stellen?

Wie erwähnt⁵⁰, spielte der Wortlaut des Art. 732 Abs. 2 OR im Verfahren eine wichtige Rolle; dieser Bestimmung zufolge ist für eine Kapitalherabsetzung ein besonderer Revisionsbericht erforderlich, welcher festzustellen hat, «dass die Forderungen trotz Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind».

Das Bundesgericht hat in BGE 76 I 162, 167 f. E. 3 entschieden, dass auch bei einer Kapitalherabsetzung nach Art. 735 ein Revisionsbericht gemäss Art. 732 Abs. 2 OR verlangt ist. Nach dieser gleichen Entscheid wurde der Inhalt des Revisionsberichts unter dem Gesichtspunkt interpretiert, ob die AG «die Voraussetzungen für ein betriebs- und lebensfähiges Unternehmen im Sinne der Erfordernisse des Art. 725 OR wieder erfülle»⁵¹.

U.E. kann aus dem Begriff «die Forderungen der Gläubiger» allein noch nicht abgeleitet werden, ob dieser auch rangrücktrittsbelastete Forderungen umfasst oder nicht; der Wortlaut regelt diesen Fall nicht explizit, ja spricht nicht einmal von «sämtlichen» oder «ausnahmslos allen» Forderungen. Abgesehen davon, dass auch ein (scheinbar) «klarer» Wortlaut nicht von Normauslegung entbindet, muss vorliegend die Frage aufgrund systematischer und teleologischer Erwägungen entschieden werden. Wie oben⁵² gezeigt worden ist, sprechen all diese Argumente dafür, die Kapitalherabsetzung zuzulassen und entsprechend die eigenkapitalähnlichen⁵³, rangrücktrittsbelasteten Forderungen nicht in «die Forderungen der Gläubiger» einzubeziehen. Darauf deutet auch der zitierte Bundesgerichtsentscheid. Unter formellen Gesichtspunkten kann der Revisionsbericht nicht weiter als dasjenige gehen, was in materieller Hinsicht verlangt ist. Die Übereinstimmung des formellen Rechts mit dem materiellen ergibt sich daraus, dass der Revisionsbericht gerade die Aufgabe hat, die materielle Beurteilung vorzunehmen⁵⁴. Es genügt u.E. folglich die *Bestätigung, dass die Forderungen der nicht im Rang zurückgetretenen Gläubiger gedeckt sind*.

⁴⁹ BGE 119 Ia 41, 42 ff., MÜLLER (FN 47), S. 665.

⁵⁰ Oben Kap. IV.1.

⁵¹ BGE 76 I 162, 168 E. 4; oben Kap. IV.2.b).

⁵² Kap. IV.3.

⁵³ Die Nähe zum Eigenkapital zeigt sich namentlich bei Folgendem: Nichtberücksichtigung bei der Beurteilung einer Überschuldung

nach Art. 725 OR; während der Überschuldung kein klagbares Forderungsrecht (aufgrund Stundung); im Konkurs de facto meist Totalverlust; u.U. Anrechenbarkeit als Eigenkapital nach Art. 11b Abs. 1 und Abs. 2 Bst. A BankV für Banken.

⁵⁴ ZK-BÜRGI (FN 27), Art. 735 OR N 6.

Im übrigen ist zu bemerken, dass es prima vista überhaupt *nicht* einsichtig ist, Art. 732 Abs. 2 OR überhaupt auf deklarative Kapitalherabsetzungen anzuwenden, welche doch – im Gegensatz zu den konstitutiven – die Gläubigerinteressen gar nicht tangiert. Wenn BGE 76 I 162 dies *dennoch* tut, ist es nichts als konsequent, die Bestimmung von Art. 732 Abs. 2 OR nicht extensiv auszulegen. Schlussendlich weckt auch der Wortlaut am Sinn des Revisionsberichts Zweifel. So lautet die italienische Version: «i debiti della società rimarranno interamente coperti nonostante la riduzione del capitale azionario». Gemeint ist also nicht «voll gedeckt sein», sondern «voll gedeckt *bleiben*» – eine deklarative Kapitalherabsetzung ändert aber an der Deckung nichts.

5. Wie weit geht die Kognition des Handelsregisteramtes in dieser Frage?

Bei der Frage, ob für eine Zulässigkeit der deklarativen Kapitalherabsetzung erforderlich ist, dass die Forderung sämtlicher Gläubiger, einschliesslich derjenigen, die im Rang zurückgetreten sind, gedeckt sind, oder ob es (richtigerweise) genügt, dass die *Forderungen der nicht im Rang zurückgetretenen Gläubiger gedeckt* sind, wie es Art. 725 Abs. 2 OR vorsieht, handelt es sich um eine materielle Frage. Wenngleich das Vorliegen eines besonderen Revisionsberichtes gemäss Art. 732 Abs. 2 OR eine formelle Frage ist, ist seine Aussage, welche Forderungen gedeckt sind, eine *materiellrechtliche Vorfrage*, über welche die Handelsregisterämter bloss beschränkte Kognition verfügen. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, was MEISTERHANS bemerkt hat, auch wenn vorliegend aufgrund der Rangrücktritte ja überhaupt keine Benachrichtigung des Gerichts geboten ist: «Es kann zudem nicht Sache der Handelsregisterbehörden sein, die an einer Anmeldung beteiligten Personen mit der Verweigerung der Eintragung zur Benachrichtigung des Richters zu zwingen. Dies widerspricht den klaren Vorschriften von Art. 19 HRegV»⁵⁵.

Wenn auch die Handelsregisterämter die Eintragungsvoraussetzungen zu prüfen haben⁵⁶, sollen sich nicht mit Fragen befassen, welche nicht offensichtlich oder unzweideutig sind⁵⁷, was namentlich dann zutrifft, wenn Lehrmeinungen einander entgegenstehen⁵⁸.

Das Verwaltungsgericht führt dazu aus, dass nach (kontroverser) bundesgerichtlicher Praxis der Registerführer eine Anmeldung zur Eintragung nur dann wegen inhaltlichen Verstosses gegen das Gesetz ablehnen darf, wenn drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind⁵⁹:

- (a) Es geht um eindeutig zwingendes Recht.
- (b) Dieses erscheint als offensichtlich und unzweideutig verletzt (die Eintragung lässt sich also nicht verweigern, wenn sie auf einer ebenfalls denkbaren Ge-

⁵⁵ CLEMENS MEISTERHANS, Zur Absorptionsfusion mit Passivenüberschuss, Jahrbuch des Handelsregisters 1995 117 ff., 125.

⁵⁶ Art. 940 Abs. 1 OR; Art. 21 Abs. 1 HRegV.

⁵⁷ BGE 125 III 18, 21 E. 3b; 121 III 368, 371 E. 2a.

⁵⁸ BGE 117 II 186, 189 ff. E. 2 und 3.

⁵⁹ BÖCKLI (FN 11), § 1 N 352 ff., mit Hinweisen auch zum Stand der Diskussion.

setzesauslegung beruht, deren Beurteilung den (Zivil-)Gerichten anheim gestellt bleiben muss. Im Zweifelsfällen muss daher eingetragen werden.

- (c) Die fragliche Vorschrift dient der Wahrung öffentlicher Interessen oder solcher von Dritten, nicht bloss von direkt Beteiligten.⁶⁰

Nachdem (a) und (c) als erfüllt angesehen wurden⁶¹, wirft (b) in concreto Fragen auf. Das Verwaltungsgericht des Kt. Zürich führt dazu aus, dass die Wendung von der «denkbaren Gesetzesauslegung» kaum wörtlich zu nehmen sei. Denkbar scheine ja fast auch schon das Udenkbare bzw. so mancherlei, dass allein die Äusserung einer Auffassung in der Literatur nicht reichen könne⁶². «Umgekehrt und offenbar wider den Beschwerdegegner braucht es indes ebenso wenig eine – anerkannte (so noch dazu freilich KÜNG, Art. 940 N. 42) – Lehrmeinung, um Denkbarkeit zu bewirken. Vielmehr muss es doch auf eine gewisse Überzeugungskraft der möglichen Interpretation ankommen.»⁶³

Es stellt dabei erstens fest, dass die namentlich bei Statutenprüfungen greifende Kognitionsbeschränkung auch für die Beurteilung, ob einzutragende Generalversammlungsbeschlüsse als nichtig erscheinen, anzuwenden sei. Dabei käme bei aller Unsicherheit des Anwendungsbereichs Art. 732 ff. als Kapitalschutznorm zumindest in Betracht.⁶⁴ Zweitens stellt das Verwaltungsgericht nach eingehender Auseinandersetzung mit BGE 125 III 18⁶⁵ und der darüber geführten Diskussionen ein «Desiderat» an das Bundesgericht, es möge für Klärung der Kognitionsfrage sorgen. Es stellt fest, dass die Eintragung in concreto nur verweigert werden dürfe, wenn sich die strittige Kapitalherabsetzung als *offensichtlich unstatthaft* erweise.⁶⁶

In der Folge setzt sich das Verwaltungsgericht mit den hiervor dargelegten materiellen Fragen auseinander und kommt unter anderem zum Schluss, dass sich BGE 76 I 162 zur Aussage verdichten liesse, die Kapitalherabsetzung dürfe – im weiteren Aktionsrahmen, der sie umgebe – Art. 725 OR nicht verletzen und der Revisionsbericht habe dies zu bestätigen. Letzteres sei hier durchaus geschehen. Mit der Beschwerde lasse sich sagen, die Lehre habe bislang das Problem verkannt, wie bei Anwendung von Art. 735 OR mit Rangrücktrittsforderungen umzugehen sei. Es ergebe sich jedenfalls kein Schluss auf Unbeachtlichkeit von Rangrücktritten im Zusammenhang mit der Kapitalherabsetzung bei Überschuldung, sondern eher auf das Gegenteil.⁶⁷

Zusammenfassend lasse sich somit nicht sagen, die umstrittene Kapitalherabsetzung sei offensichtlich gesetzeswidrig. Wohl bestünden gewisse Zweifel an deren Rechtmässigkeit; dies genüge zur Verweigerung des Eintrags jedoch wie gesehen nicht.⁶⁸

⁶⁰ VB.2004.00227 (FN 2), E. 6.1, S. 12.

⁶¹ VB.2004.00227 (FN 2), E. 6.1.1, S. 13.

⁶² BK-KÜNG (FN 11), Art. 940 OR N. 38 ff., insbesondere 40 + 42 ff. + 48 ff.; BÖCKLI (FN 1), § 1 N 355 ff., mit Hinweisen und Stellungnahme).

⁶³ VB.2004.00227 (FN 2), E. 6.1.1, S. 13/14.

⁶⁴ VB.2004.00227 (FN 2), E.6.1.2, S. 14.

⁶⁵ Pra 88/1999 Nr. 55, E. 5 3b+c).

⁶⁶ VB.2004.00227 (FN 2), E. 6.1.2, S. 14 f.

⁶⁷ VB.2004.00227 (FN 2), E. 6.2, S. 15 ff.

⁶⁸ VB.2004.00227 (FN 2), E. 7., S. 20.

V. Schlussfolgerungen

Die von einer sehr grossen Mehrheit der Aktionäre beschlossene deklarative Kapitalherabsetzung wurde inzwischen im Handelsregister eingetragen. Offen ist, ob ein (Zivil-)Gericht der vorliegenden Argumentation folgen würde, was u.E. sehr zu begrüssen wäre. Klar ist aber aufgrund des hier besprochenen Entscheides, dass eine solche Überprüfung von den Aktionären und nicht durch die Handelsregisterbehörden zu initiieren ist; wird diese nicht verlangt (und ein Grund dafür ist in Konstellationen wie der vorliegenden eigentlich kaum denkbar), ist der Beschluss verbindlich. Nur der Gläubigerschutz vermag einen Eingriff der Handelsregisterbehörden allenfalls zu rechtfertigen. Dies war in concreto nicht relevant, da die existierenden Gläubiger durch die Kapitalherabsetzung und der resultierende Reduktion der Steuerlast besser gestellt und die künftigen Gläubiger durch ein realistischer dargestelltes Kapital besser geschützt werden.

Eine andere Frage wäre diejenige nach der Sinnhaftigkeit der reinen Nominalwertbetrachtung gemäss § 79 StG ZH bei der Festlegung der Kapitalsteuern – es erscheint unstatthaft, nachgewiesenermassen nicht vorhandenes Kapital zu besteuern.

Schliesslich hat sich das Verwaltungsgericht in den Reigen der Kritiker des BGE 125 III 18⁶⁹ eingereiht und das «Desiderat» formuliert, das Bundesgericht möge Klärung in die Frage der Kognition bringen.

Endlich dürfte unbestritten sein, dass es sich bei einer Bilanzbetrachtung *nach* Kapitalherabsetzung, wie sie vom Handelsregisteramt regelmässig verlangt wird, notwendigerweise immer um eine Pro forma Bilanz handelt. Auch dürfte überzeugen, dass sich bei einer vorhersehbaren, insbesondere negativen Entwicklung seit dem letzten Stichtag eine aktuellere Pro forma Betrachtung der Bilanz geradezu aufdrängt, um den Aktionären eine der tatsächlichen finanziellen Situation möglichst nahe kommende Entscheidungsgrundlage zu bieten.

Rückt man den Entscheid in einen etwas weiteren Zusammenhang, ist er ein weiterer, sinnvoller Baustein in der Bemühung, wo immer möglich (privat ausgehandelte) Sanierungen zu erlauben und zu fördern und unnötige Konkurse zu verhindern⁷⁰ – hätte man den involvierten Parteien im vorliegenden Fall von Anfang an sagen müssen, das Aktienkapital könne unmöglich reduziert werden, hätten die involvierten Parteien dem Konzept kaum zugestimmt – Konkurs und Verlust von Arbeitsplätzen wäre das Resultat gewesen⁷¹.

⁶⁹ Pra 88/1999 Nr. 55, E. 3b+c.

⁷⁰ Vgl. mit ähnlicher Stossrichtung PETER FORSTMOSER, *Der Richter als Krisenmanager? Überlegungen zu Art. 725 f. OR*, in: FS Walter, Bern 2005, 263 ff.

⁷¹ Die theoretisch auch noch bestehende Möglichkeit, dass die Hauptgläubigerbanken ganz auf ihre Forderungen verzichtet, dafür aber Besserungsscheine erhalten hätten, war aus hier nicht interessierenden Gründen nicht gangbar.