

PABLO DUC



# Rangrücktritt und kapitaleretzendes Darlehen im Konkurs- und Nachlassverfahren

## I. Der Rangrücktritt gemäss Art. 725 OR

### 1. Rechtliche Einordnung und Ausprägungen

Die Erklärung des Gläubigers lautet ganz allgemein dahingehend, dass er im Falle der Insolvenz der Gesellschaft erst befriedigt werden will, wenn die Schulden gegenüber allen anderen Gesellschaftsgläubigern voll getilgt sind.

Dieser *reine Rangrücktritt* wirkt indessen erst in der Insolvenz der Gesellschaft, da der Rangrücktrittsgläubiger seine fällige Forderung gegenüber der bereits überschuldeten Gesellschaft nach wie vor geltend machen kann<sup>1</sup>.

Für den *qualifizierten Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR* (vgl. im Einzelnen Ziffer 3 nachfolgend) ist deshalb zusätzlich eine Stundungserklärung erforderlich.

PETER BÖCKLI<sup>2</sup> – wie auch der Bundesrat<sup>3</sup> – gehen davon aus, dass es sich bei diesem Rangrücktritt um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handelt, indem der Erklärende eine Unterlassungspflicht zugunsten eines bestimmaren Kreises Dritter – den weiteren Gesellschaftsgläubigern – eingeht und diesen daraus ein einklagbarer Anspruch erwächst. Die Einordnung ist allerdings umstritten, so wird der Rangrücktritt auch als suspensiv bedingter Erlassvertrag, als Verzicht auf Haftungssubstrat der insolventen Gesellschaft, als Verzicht auf Gleichbehandlung im Konkurs oder aber als rechtsgeschäftliche Schaffung einer weiteren Konkursklasse

dargestellt<sup>4</sup>. Die Kontroverse mag dogmatisch spannend und ausserhalb von Insolvenzverfahren von Relevanz sein, für den Alltag des SchKG-Praktikers ist sie jedoch von marginaler Bedeutung, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

Vom Rangrücktritt gegenüber sämtlichen übrigen Gesellschaftsgläubigern zu unterscheiden ist der *relative Rangrücktritt*, welcher lediglich gegenüber einem oder mehreren bestimmten Gläubigern erklärt wird.

### 2. Artikel 725 OR

In dieser Norm verpflichtet der Gesetzgeber den Verwaltungsrat (in gewissen Fällen auch die Revisionsstelle) der Gesellschaft, den Konkurs selber zu beantragen, wenn gewisse Kriterien erfüllt sind. Wie aus dem Wortlaut von Art. 725 OR hervorgeht, gilt das Eigenkapital als massgebliches Kriterium für die Handlungen des Verwaltungsrates. Macht die Gesellschaft Verluste, die das ausgewiesene Eigenkapital überschreiten – und damit die Aktiven nicht mehr ausreichen, alle Schulden zu begleichen –, muss grundsätzlich die Bilanz deponiert werden.

Dieser Gang zum Richter kann nun aber gemäss Art. 725 Abs. 2 OR dann vermieden werden, wenn einer oder mehrere Gläubiger «im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten», und zwar im Ausmass der ermittelten Unterdeckung. Mit diesem Rangrücktritt verzichten also die Gläubiger auf ihren Anteil an einem allfälligen Liquidationserlös, bis alle übrigen Gläubiger gedeckt sind. Diese nachrangigen Forderungen werden also quasi zu Haftungskapital. Rechtlich bleiben aber die Darlehensgeber Gläubiger und das Darlehen selbst bleibt weiterhin Fremdkapital. Bei einer Liquidation, die alle übrigen Gläubiger voll befriedigt

PABLO DUC, Rechtsanwalt, Partner Transliq AG, Bern.

<sup>1</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Schulthess 2009, § 13, N 793.

<sup>2</sup> BÖCKLI (FN 1), § 13, N 798, m.w.H.

<sup>3</sup> Botschaft zur Änderung der Aktienrechtsrevision vom 21. Dezember 2007, BBl 2007, 1691.

<sup>4</sup> Vgl. die Übersicht bei FRANCO LORANDI, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, SchKG, Basel 2010, N 327 ff. zu Art. 219.

könnte, kämen also diese Nachgangsgläubiger an die Reihe, noch vor den Eigenkapitalgebern.

Der Zweck des Rangrücktrittes ist es also, der überschuldeten Gesellschaft das Weiterwirtschaften zu ermöglichen, um schliesslich die Überschuldung zu beseitigen, gleichzeitig aber zu verhindern, dass die bestehenden oder neue Gläubiger beim Scheitern der Sanierung zu Schaden kommen.

### 3. Die notwendigen Voraussetzungen für den qualifizierten Rangrücktritt

Die Bestimmung zum Rangrücktritt ist in Art. 725 OR sehr knapp gehalten. Die Rechtsprechung und die Praxis haben deshalb verschiedene Kriterien geschaffen, die erfüllt sein müssen, um bei einer überschuldeten Gesellschaft den Gang zum Richter wirklich unterlassen zu können. Der Verwaltungsrat tut deshalb gut daran, diese Kriterien einzuhalten, um in einem möglichen späteren Konkurs bzw. einer Nachlassliquidation nicht wegen Pflichtverletzungen zur Rechenschaft gezogen zu werden.

Der Bundesrat hat diese Kriterien im Rahmen der Botschaft zur Aktienrechtsreform<sup>5</sup> wie folgt festgehalten: «Auf die Benachrichtigung des Gerichts darf weiterhin verzichtet werden, wenn Gläubigerinnen und Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung der Verbindlichkeiten im Rang hinter alle anderen Personen, die Forderungen gegenüber der Gesellschaft haben, zurücktreten. Neu wird aber klargestellt, dass mit dem Rangrücktritt *eine Stundung* der Forderungen verbunden sein muss. Die Stundung hat sowohl die Grundforderung als auch die Zinsforderungen zu umfassen, und zwar während der gesamten Dauer der Überschuldung. Die Stundung führt für das Unternehmen zu einem entsprechenden Zinszahlungs- und Tilgungsverbot. Nur unter diesen Voraussetzungen kann ein Rangrücktritt die Stellung der anderen Gläubigerinnen und Gläubiger verbessern und die finanzielle Situation der Gesellschaft stärken. Die Forderung ist während dieser Zeit nicht nur nicht fällig, sondern sie ist auch nicht erfüllbar, da es sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handelt. Massgeblich für das Ausmass der Unterdeckung ist die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten.»

Dem ist nicht viel beizufügen, ausser vielleicht, dass das Tilgungsverbot implizit auch ein Verrechnungsverbot<sup>6</sup> beinhaltet, nachdem die Verrechnung eine Tilgungsform darstellt (vgl. Art. 124 Abs. 2 OR).

Dementsprechend ist der im Rahmen der Aktienrechtsreform neu vorgesehene Art. 725c Abs. 5 OR<sup>7</sup> wie folgt formuliert: «Er muss das Gericht nicht benachrichtigen, sofern Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Rang hinter

alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden. Die Stundung muss sowohl den geschuldeten Betrag als auch die Zinsforderungen während der Dauer der Überschuldung umfassen.»

Festzuhalten bleibt allerdings, dass die bereits vor bald zehn Jahren begonnene Reform des Aktienrechts seit längerem durch die «Abzocker-Initiative» von Thomas Minder blockiert ist und zudem zu befürchten ist, dass das Inkrafttreten durch die dadurch entstandenen parlamentarischen Irrungen und Wirrungen sich noch jahrelang hinziehen wird<sup>8</sup>.

Nun soll kurz auf diese Kriterien eingegangen werden<sup>9</sup>. Damit ein Rangrücktritt wirksam und gültig ist, braucht es:

- Schriftlichkeit und Mitunterzeichnung durch die Gesellschaft. Damit der an sich formfrei gültige Rangrücktritt überhaupt von der Revisionsstelle geprüft bzw. berücksichtigt werden kann, ist er schriftlich abzufassen. Da es sich um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft handelt, ist der Rangrücktritt auch vom Verwaltungsrat der schuldnerischen Gesellschaft genehmigen und unterzeichnen zu lassen.
- Ausschluss von Rückzahlung und Verrechnung der nachrangigen Forderung. Mit der Rangrücktrittsvereinbarung stundet der Gläubiger seine Forderung, solange Drittforderungen gegenüber der Gesellschaft durch Aktiven nicht vollständig gedeckt sind. Er verzichtet bis zu diesem Zeitpunkt auf die Rückzahlung oder eine Verrechnung.
- Regelung des Zinsenlaufs. Der Zinsenlauf wird durch den Rangrücktritt weder gehemmt noch unterliegen die Zinsen automatisch ebenfalls dem Rangrücktritt. Soll dies der Fall sein, muss es ausdrücklich vereinbart werden.
- Festlegung des Umfanges des Rangrücktritts. Gemäss Gesetz hat der Rangrücktritt mindestens im Ausmass der Unterdeckung zu erfolgen. Ob damit die Unterdeckung zu Fortführungs- oder Liquidationswerten gemeint ist, bleibt offen. Abzustellen ist auf den Unternehmens- bzw. Liquiditätsplan. Bestehen realistische Erwartungen, dass der Betrieb fortgeführt werden kann, darf wohl auf Fortführungswerte abgestellt werden. Wichtig ist aber, dass der Rangrücktritt absehbare weitere Verluste mit umfasst und eine angemessene Sicherheitsmarge aufweist.
- Keine zeitliche Befristung. Der Rangrücktritt muss zeitlich unbefristet abgeschlossen und mit der Bedingung verknüpft sein, dass er erst dann wieder aufgehoben werden kann, wenn sich aus einer von der Revisionsstelle geprüften Bilanz ergibt, dass auch unter Berücksichtigung der vom Rangrücktritt erfassten Forderung keine Überschuldung mehr

<sup>5</sup> Botschaft (FN 3), 1691 f.

<sup>6</sup> Vgl. dazu BÖCKLI (FN 1), § 13, N 794, m.w.H.

<sup>7</sup> Entwurf Änderung OR im Rahmen der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts vom 21. Dezember 2007.

<sup>8</sup> Vgl. dazu eingehend PETER FORSTMOSER, «Say-on-pay»: Die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und der Gegenorschlag des Parlaments in SJZ 108 (2012), 337 ff.

<sup>9</sup> Vgl. «Rangrücktritt» HWP, Ausgabe 2009, Änderung 4, Bd. 1, 524 ff. (Teil VI, Kap. 7.4.3) vom 14. November 2011.

vorliegt und die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Bericht der Revisionsstelle ohne Hinweise auf Art. 725 Abs. 2 OR gegeben sind.

- Unwiderruflichkeit. Der Rangrücktritt muss unwiderruflich ausgestaltet sein. Andernfalls laufen die Gläubiger Gefahr, dass die Vereinbarung durch gegenseitige Übereinkunft wieder aufgehoben wird.
- Der Rangrücktritt darf keine Bedingung enthalten. Der Rangrücktritt darf auch an keine Bedingung geknüpft sein, die einer zeitlichen Beschränkung oder einer Kündigung vor Beseitigung der Überschuldung gleichzusetzen sind.
- Bonität des Gläubigers. Die Bonität des Gläubigers muss so sein, dass er den Verlust der gesamten Forderung ohne Risiko der eigenen Überschuldung tragen könnte. Es ist damit zu rechnen, dass im Konkursfall der Gläubigergesellschaft deren Gläubiger den Rangrücktritt nicht ohne weiteres hinnehmen, sondern versuchen würden, ihn anzufechten (Pauliana).

#### 4. Die Wirkung des Rangrücktritts

Werden diese Kriterien bei der Erklärung des Rangrücktritts eingehalten, so kann auf den Gang zum Richter verzichtet und die Sanierung umgehend in Angriff genommen werden. Trotzdem ist der Rangrücktritt kein Wundermittel. So ist zu beachten, dass trotz Rangrücktritt verschiedene Probleme bleiben:

- Die Überschuldung wird auch mit einem Rangrücktritt *nicht* beseitigt, da die Forderung ja grundsätzlich bestehen bleibt (im Gegensatz z.B. zu einem Forderungsverzicht).
- Der Rangrücktritt bewirkt auch keine Sanierung der Gesellschaft. Der Rangrücktritt wirkt ja nur gegenüber den Gläubigern. Er hat insbesondere weder Einfluss auf die Ertragskraft der Gesellschaft noch schafft er zusätzliche Liquidität. Mit dem Rangrücktritt wird höchstens Zeit gekauft, um die Sanierung überhaupt umsetzen zu können.
- Der Rangrücktritt beseitigt auch nicht die übrigen Aufgaben des Verwaltungsrates im Zusammenhang mit OR 725, insbesondere nicht die Pflicht, die Generalversammlung einzuberufen, und die Pflicht, Sanierungsmassnahmen zu beantragen.

#### 5. Exkurs: Bedeutung von Rangrücktrittserklärungen im Verantwortlichkeitsfall

Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung eine neue Praxis entwickelt<sup>10</sup>, wonach Rangrücktrittserklärungen im Konkurs nicht zur

Schadensreduktion beitragen, sondern rangrücktrittsbelastete Forderungen im Verantwortlichkeitsfall in die Schadenssumme miteinbezogen werden. Das Bundesgericht begründet dies im Wesentlichen damit, dass rangrücktrittsbelastete Forderungen im Konkurs der Gesellschaft weiter existieren und eine Schuld der Gesellschaft darstellen. Der Rangrücktritt beinhaltet auch keinen Forderungsverzicht, weshalb die Passiven der Gesellschaft unverändert blieben. Dies trifft zwar zu, der Entscheid steht aber im Widerspruch zu Art. 725 Abs. 2 OR, wonach auf die Benachrichtigung des Richters trotz festgestellter Überschuldung verzichtet werden kann, sofern Gesellschaftsgläubiger im Ausmasse der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten. Damit sorgen diese Rangrücktrittsgläubiger ja gerade dafür, dass den übrigen Gläubigern kein Schaden durch die Weiterführung des Betriebs entsteht und eine Sanierung versucht werden kann. Versucht nun ein Verwaltungsrat, sein Unternehmen zu sanieren und die dafür erforderliche Zeit mittels Rangrückritten zu beschaffen, werden ihm beim Scheitern der Sanierung diese Rangrückritte als zusätzlicher Schaden angelastet. Dies steht im Widerspruch zu Sinn und Zweck der Norm, schafft Rechtsunsicherheit und erschwert Sanierungen, weshalb diese Rechtsprechung in der Literatur m.E. zu Recht kritisiert wird<sup>11</sup>.

Die Treuhand-Kammer hat darauf reagiert und u.a. das Muster für eine Rangrücktrittsvereinbarung wie folgt ergänzt (kursiv)<sup>12</sup>: «Forderungen des Gläubigers im Gesamtbetrag von CHF ... werden gegenüber allen bereits bestehenden und zukünftig entstehenden Forderungen gegen die Gesellschaft im Rang zurückgestellt: *Für den Fall der Konkurseröffnung (Art. 175, Art. 192 SchKG) und für den Fall der Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (Art. 317 SchKG) verzichtet der Gläubiger auf die genannten Forderungen in dem Umfang, in dem das Verwertungsergebnis zur vollen Befriedigung der übrigen Gesellschaftsgläubiger und zur Deckung allfälliger Liquidations-, Stundungs- oder Konkurskosten benötigt wird. Ohne gegenteilige Vereinbarung sind alle im Rang zurückgestellten Forderungen gleichgestellt.*»

Damit ist nun neu vorgesehen, dass der Rangrücktrittsgläubiger im Insolvenzfall auf seine Forderung im Umfang der Unterdeckung verzichtet. Dies löst zwar die haftungsrechtlichen Probleme der Organe der Gesellschaft, es dürfte aber inskünftig schwerer werden, Gläubiger zu Rangrückritten zu bewegen.

<sup>10</sup> BGer 4A\_277/2010 vom 2. September 2010, E. 2.3, BGer 4A\_391/2009 vom 12. Februar 2010 i.V.m. BGer 4A\_188/2008 vom 9. September 2008, BGer 4A\_478/2008 vom 16. Dezember 2008, BGer 4C.58/2007 vom 25. Mai 2007, E. 4.3.

<sup>11</sup> RICO A. CAMPONOVO/ANDREAS C. BAUMGARTNER, Wird der Rangrücktritt unbrauchbar?, Schweizer Treuhänder 2011/12, 1036 ff.

<sup>12</sup> Vgl. dazu mit weiterführenden Hinweisen RICO A. CAMPONOVO/RETO ZEMP, Neufassung des Kapitels Rangrücktritt im HWP, Der Schweizer Treuhänder, 2011/12, 982 ff.

## II. Das kapitalersetzende Darlehen

Zum Kapitalersatzrecht ist bereits viel publiziert worden. Eine tabellarische Übersicht über die verschiedenen neueren Lehrmeinungen zu den Voraussetzungen und den Wirkungen des kapitalersetzenden Darlehens liefert JÜRGEN ROTH<sup>13</sup>. Die nachfolgenden Ausführungen stellen im Wesentlichen die Überlegungen dar, welche die Transliq AG im Rahmen ihrer praktischen Tätigkeit als aa. Konkursverwalterin bzw. Sachwalterin/Liquidatorin bei der Handhabung von derartigen Darlehen zugrunde legt<sup>14</sup>, wobei selbstverständlich auch auf die weiteren Lehrmeinungen und die Judikatur Bezug genommen wird.

### 1. Was ist ein kapitalersetzendes Darlehen?

Die Aktionäre einer Aktiengesellschaft müssen nach Leistung ihrer Kapitaleinlagen keine weitere Haftung mehr übernehmen. Im Interesse der Gläubiger muss deshalb die Erhaltung dieses Kapitals durch besondere gesetzliche Vorschriften gesichert werden. Diese Kapitalschutzbestimmungen sind als Kernbestimmungen des Aktienrechts zu betrachten<sup>15</sup>.

Über die Höhe des notwendigen Eigenkapitals äussert sich das schweizerische Handelsrecht – abgesehen vom Mindestgrundkapital – dagegen nicht. Nirgends wird verlangt, dass die Gesellschaft über das zur Erreichung des Geschäftszweckes notwendige Eigenkapital verfügen muss. Es wird auch kein Verhältnis zwischen Eigenkapital und Fremdkapital gefordert.

Es ist somit den Gesellschaftseigentümern überlassen, in welchem Umfang sie ihre Geschäftstätigkeit mit Eigenmitteln finanzieren wollen. Im Bestreben, die Rentabilität des Gesellschaftskapitals zu erhöhen und auch aus steuerlichen Überlegungen (auf die hier nicht näher eingegangen werden soll), wird der Finanzierung mit Fremdkapital, u.a. auch in Form von Gesellschafterdarlehen, oft der Vorzug gegeben.

Aktionärsdarlehen sind in der Schweizer Wirtschaft eine relativ häufige Erscheinung. Dagegen ist im Normalfall auch nichts einzuwenden. Werden solche Aktionärsdarlehen oder Darlehen von nahe stehenden Personen hingegen in Krisensituationen gewährt (oder fällige Darlehen bewusst stehen gelassen), um den Konkurs der Gesellschaft zu verhindern, erhöht sich das Verlustrisiko für die aussenstehenden Drittgläubiger. Denn solche Sanierungsdarlehen gewährleisten einzig die Zahlungsfähigkeit. Sie lösen die Probleme der Unternehmung in der Regel nicht, sondern überdecken nur die echten Sanierungsbedürfnisse.

Hier setzt der Tatbestand des kapitalersetzenden Darlehens an. Zu fragen ist nämlich, ob solche formell als Fremdkapital gewährte Sanierungsdarlehen nicht den Charakter von verdecktem Eigenkapital besitzen und im Konkurs wie Risikokapital zu behandeln sind. Erkennt der Gesellschafter nämlich, dass die Gesellschaft ohne seine Hilfe nicht mehr lebensfähig ist, hat er ihr entweder die weitere Unterstützung zu versagen und die Liquidation herbeizuführen oder aber er hat der Gesellschaft auf eigene unternehmerische Gefahr neues Risikokapital als Grundlage für die Weiterführung der Geschäftstätigkeit zur Verfügung zu stellen.

Im Gegensatz zum deutschen GmbH-Recht ist das kapitalersetzende Darlehen in der Schweiz gesetzlich nicht geregelt. Der Bundesrat hat in seinem definitiven Entwurf vom 19. Dezember 2001 ausdrücklich darauf verzichtet, das kapitalersetzende Darlehen im Rahmen der GmbH-Revision gesetzlich zu regeln, u.a. mit der «fadenscheinigen»<sup>16</sup> Begründung, dass eine solche Regelung die Sanierung von Gesellschaften erschweren könnte. Aus diesem Verzicht auf eine gesetzliche Regelung kann nun allerdings nicht geschlossen werden, dass es das «Instrument» des kapitalersetzenden Darlehens in der Schweiz nicht gebe.

Obwohl sich einzelne Gerichtsentscheide mit dieser Problematik auseinandergesetzt haben<sup>17</sup>, kann daraus noch keine konstante und klare Praxis abgeleitet werden. Auch in der schweizerischen Literatur wird das kapitalersetzende Darlehen seit vielen Jahren zum Teil kontrovers behandelt.

Insbesondere CHRISTOPH VON GREYERZ<sup>18</sup> vertritt die Ansicht, dass Sanierungsdarlehen unter bestimmten Voraussetzungen als Kapitaleinlagen (also als Eigenkapital) zu qualifizieren seien. Zur Unterscheidung von «normalen» Darlehen und kapitalersetzenden Darlehen wurde der sog. Sanierungs- und der Drittmannstest empfohlen. Beim Sanierungstest wird untersucht, ob im Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht vielmehr nur noch eine Kapitaleinlage sanierende Wirkung gezeitigt hätte und somit als richtig angezeigt gewesen wäre. Gemäss dem Drittmannstest sind Aktionärsdarlehen schon dann wie Kapitaleinlagen zu behandeln, wenn sie nach Umfang, Ausgestaltung oder Zeitpunkt der Gewährung von einem unabhängigen Dritten in dieser Form nicht erhältlich gewesen wären. Solche Darlehen wurden wie erwähnt als Eigenkapital (in Form von Reserven) behandelt, mit der Folge, dass der Darlehensgeber von der Kollokation im Konkurs ausgeschlossen wurde.

Diese Umdeutung von Fremd- in Eigenkapital ist von verschiedenen Autoren heftig kritisiert worden, insbesondere weil das mit der Umqualifikation in Reserven verfolgte Ziel, nämlich die Vermeidung einer Schädigung

<sup>13</sup> JÜRGEN ROTH, Sanierungsdarlehen, Basel 2009, 278 f.

<sup>14</sup> Sie basieren dementsprechend schergewichtig auf dem Aufsatz von URS STÖCKLI, Das kapitalersetzende Darlehen im Konkurs einer Aktiengesellschaft, publiziert in Der Schweizer Treuhänder, 2007/9, 662 ff.

<sup>15</sup> MAX BOEMLE/CARSTEN STOLZ, Unternehmungsfinanzierung, 2002, 247.

<sup>16</sup> BÖCKLI (FN 1), § 13, N 783.

<sup>17</sup> Vgl. eine Übersicht der jüngeren Rechtsprechung bei ROTH (FN 13), 280 f.

<sup>18</sup> CHRISTOPH VON GREYERZ, Kapitalersetzende Darlehen, in: Festschrift für Frank Vischer, Zürich 1983, 547 ff.

gung der Drittgläubiger, auch auf anderem Wege, ohne unangemessene Konsequenzen, erreichbar sei.

VOGEL<sup>19</sup> schlägt als Alternative, in Anlehnung an den in Art. 725 Abs. 2 OR geregelten Rangrücktritt, die Rechtsfigur des stillschweigenden bzw. konkludenten Rangrücktritts vor. «Ein derartiger Rangrücktritt ergibt sich aus Treu und Glauben, wenn ein Hauptaktionär der liquiditätsbedürftigen und erkennbar überschuldeten Gesellschaft ein (Sanierungs-)Darlehen zuführt.» BÖCKLI<sup>20</sup> ist ebenfalls der Ansicht, dass dem Lösungsansatz des konkludenten Rangrücktritts nichts entgegensteht, da Art. 725 Abs. 2 OR die Rechtsfigur des Rangrücktritts unter dem Gesichtspunkt von Kapitalverlust und Überschuldung auch anerkennt. Dieser Meinung ist der Vorzug zu geben, denn es sind in der Tat keine zwingenden Gründe ersichtlich, welche für eine Umqualifizierung in Eigenkapital sprechen, währenddem sich die Annäherung bzw. Gleichstellung des kapitalersetzenden Darlehens mit einem rangrücktrittsbehafteten Darlehen zwanglos begründen lässt. Insbesondere ist auch darauf hinzuweisen, dass die Umqualifikation des kapitalersetzenden Darlehens in Eigenkapital in Insolvenzverfahren zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde, wie nachstehend aufzuzeigen ist<sup>21</sup>. Auch das Bundesgericht hat sich wiederholt dagegen ausgesprochen<sup>22</sup>. Dagegen liess es ausdrücklich offen, ob gegebenenfalls die Annahme eines konkludenten Rangrücktritts mit dem geltenden Aktien- und Konkursrecht vereinbar sei<sup>23</sup>.

## 2. Die Voraussetzungen für die Umqualifizierung als kapitalersetzendes Darlehen

Nun ist es natürlich nicht so, dass ein Aktionärsdarlehen in einem späteren Konkurs in jedem Fall als kapitalersetzend im Sinne eines konkludenten Rangrücktritts umqualifiziert werden darf. Es müssen vielmehr gewisse Kriterien erfüllt sein, damit die Konkursverwaltung diesen für den Darlehensgeber schwerwiegenden Schritt vornehmen darf.

Mögliche Kriterien für die Umqualifizierung sind der bereits erwähnte Drittmanns- und Sanierungstest. In der neueren Literatur wird dagegen die Ansicht vertreten, dass das einer Aktiengesellschaft gewährte Darlehen nur dann kapitalersetzenden Charakter gewinnen kann, wenn die Gewährung des Darlehens mit den Grundsätzen der Sanierungsverantwortung unvereinbar ist<sup>24</sup>. Ein

Verstoss gegen diese liegt vor, wenn das Darlehen dazu beiträgt, dass die Gesellschaftsgläubiger einem Verlustrisiko ausgesetzt werden, welches über das vom Gesetzgeber erlaubte Mass hinausgeht. Dies ist dann der Fall, wenn das Darlehen einer Gesellschaft gewährt wird, die im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR überschuldet ist. Hier ist also der Zeitpunkt der Überschuldung entscheidend für die Qualifizierung als kapitalersetzend. Es gibt aber auch Autoren, die den entscheidenden Zeitpunkt noch weiter nach vorne legen, nämlich auf den Zeitpunkt des hälftigen Kapitalverlustes<sup>25</sup>.

In ihrer praktischen Tätigkeit vertritt die Transliq AG die Ansicht, dass derjenige Zeitpunkt massgeblich ist, an welchem die Überschuldungssituation festgestellt wurde, denn zu diesem Zeitpunkt hätte der Verwaltungsrat den Richter verständigen oder einen Rangrücktritt «beschaffen» müssen. Der konkludente Rangrücktritt bei einem nach diesem Zeitpunkt gewährten Darlehen lässt sich besser begründen als im Zeitpunkt des hälftigen Kapitalverlustes. Allerdings gibt es bisher – wie erwähnt – keine bundesgerichtlichen Entscheide, die diese Praxis vorbehaltlos stützen würden.

Neben dem Erfordernis der Überschuldung sind folgende weiteren Voraussetzungen zu erwähnen, die eine Umqualifizierung eines Aktionärsdarlehens rechtfertigen<sup>26</sup>:

- Der Darlehensgläubiger hat von der bestehenden Überschuldung Kenntnis oder müsste aufgrund seiner Stellung Kenntnis haben. Diese Voraussetzung soll verhindern, dass jedes Darlehen, insbesondere auch normale Lieferantenkredite, im Konkurs umqualifiziert werden. In der Praxis werden vor allem Darlehen von Hauptaktionären, Konzerngesellschaften, Verwaltungsräten und allenfalls Banken von dieser Voraussetzung betroffen sein.
- Den Alt- und/oder Neugläubigern der Gesellschaft droht infolge der Konkursverschleppung ein Vermögensschaden. Dient das Darlehen der Fortführung der Betriebstätigkeit und vergrössert sich die Überschuldung nicht, ist eine Umqualifizierung im nachfolgenden Konkurs nicht gerechtfertigt, da die Überschuldung in diesem Fall ja abgenommen und die Deckungsquote für die Gläubiger entsprechend zugenommen hat. Diese Feststellung trifft allerdings nicht für Neugläubiger zu, die in einer solchen Situation immer geschädigt sind.
- Zwischen der Darlehensgewährung einerseits und der Fortsetzung der Geschäftstätigkeit sowie der daraus entstehenden Gläubigerschädigung andererseits muss ein Zusammenhang in dem Sinne bestehen, dass die Darlehensgewährung zur Fortsetzung der Geschäftstätigkeit zumindest beigetragen hat.

Aus diesen Voraussetzungen kann umgekehrt geschlossen werden, dass es für die Umqualifizierung *nicht* notwendig ist, dass der Darlehensgeber an der Gesell-

<sup>19</sup> ALEXANDER VOGEL, Kapitalersetzende «Sanierungs»-Darlehen im Konzern, in SZW 1993, 301.

<sup>20</sup> BÖCKLI (FN 1), § 13, N 780.

<sup>21</sup> Vgl. für die unhaltbaren Folgen bei erfolgreicher Sanierung BÖCKLI (FN 1), § 13, N 779.

<sup>22</sup> BGer 4A\_496/2010 vom 14. Februar 2011, E. 2.4 mit Verweis auf BGer 6B\_492/2009 vom 18. Januar 2010, E. 2.3.2, und BGer 5C.230/2005 vom 2. März 2006, E. 3.

<sup>23</sup> BGer 5C.230/2005 vom 2. März 2006, E. 4.

<sup>24</sup> MICHAEL HOLD, Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, Bern 2000, 109.

<sup>25</sup> ROTH (FN 13), 317.

<sup>26</sup> HOLD (FN 24), 120 f.

schaft eine massgebende Beteiligung aufweist bzw. dass er überhaupt Aktionär der Gesellschaft ist.

### 3. Das stehengelassene Darlehen

Konsequenterweise muss auch ein Darlehen als kapitalersetzend im vorstehenden Sinn qualifiziert werden, wenn es zwar *vor* der Überschuldung der Gesellschaft gewährt wurde, die vorstehend genannten Kriterien erfüllt sind und der Darlehensgeber rechtlich die Möglichkeit gehabt hätte, die Rückzahlung des Darlehens zu erzwingen, auf diese Rückforderung aber bewusst verzichtet. «Mit dem bewussten Stehenlassen des Darlehens in Kenntnis der Überschuldung trägt der Darlehensgeber dazu bei, dass die übrigen Gläubiger einem Verlustrisiko ausgesetzt werden, mit welchem sie bei Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht rechnen müssten. Dies rechtfertigt es, die Darlehensforderung gegenüber den Forderungen der Drittgläubiger als nachrangiges Risikokapital zu behandeln.»<sup>27</sup>

Um zu verhindern, dass sein Darlehen im Konkursfall als «kapitalersetzend» qualifiziert wird, muss der Gläubiger im Zeitpunkt, in welchem er Kenntnis von der Überschuldung erhält, alle ihm zustehenden rechtlichen Möglichkeiten zur Rückführung seiner Darlehensforderung ergreifen (d.h., er muss die schuldnerische Unternehmung allenfalls auch betreiben).

### III. Behandlung im Konkursverfahren

Wie vorstehend in Ziffer II. 1. ausgeführt, ist das kapitalersetzende Darlehen nach richtiger Betrachtung als konkludenter Rangrücktritt einzuordnen. Dies wird den nachstehenden Ausführungen zur Behandlung sowohl im Konkurs- wie auch im Nachlassverfahren zugrunde gelegt, d.h., die nachstehenden Ausführungen haben sowohl für Forderungen mit expliziten wie auch für solche mit konkludenten Rangrücktritten Geltung. Der Einfachheit halber wird nachstehend für beide Konstellationen auch von nachrangigen Forderungen bzw. Nachranggläubigern gesprochen.

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Behandlung von im Zeitpunkt der Konkursöffnung bzw. Beschreitung des Nachlassverfahrens noch vorhandenen nachrangigen Forderungen. Es liegt indessen auf der Hand, dass auch *vor* Beschreitung des Insolvenzverfahrens erfolgte Rückzahlungen von nachrangigen Forderungen zu insolvenzspezifischen Fragestellungen führen können. Insbesondere können sich hier paulianische (Rückerstattungs-)Ansprüche im Sinne der Art. 285 ff. SchKG ergeben. Weiter kann die Rückzahlung von nachrangigen Forderungen aus Sicht der handelnden Organe der Darlehensnehmerin auch zu einer Haftung aus Verantwortlichkeit im Sinne der Art. 752 ff. OR führen. Es würde indessen den Rahmen

der vorliegenden Abhandlung sprengen, auch diese Fragen miteinzubeziehen.

### 1. Kollokation

Der Zweck, der mit dem Rangrücktritt bzw. mit der Umqualifizierung eines Darlehens als «kapitalersetzend» verfolgt wird, ist die Schlechterstellung des Darlehensgebers gegenüber den übrigen Drittklass-Gläubigern im Insolvenzverfahren. Damit ergibt sich aber ein grundsätzliches Problem. Das SchKG schreibt die Einteilung der ungesicherten Gläubiger in drei Kollokationsklassen abschliessend vor. Gläubiger innerhalb der gleichen Konkursklasse sind grundsätzlich in gleichem Masse dividendenberechtigt (Art. 220 Abs. 1 SchKG), was dem Ziel der Umqualifizierung widerspricht. Mit der nachrangigen Forderung wird eine neue – im Gesetz nicht genannte – Gläubigerklasse geschaffen.

Die Konkursverwaltung hat somit nur zwei Möglichkeiten<sup>28</sup>:

- die nachrangige Forderung – im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Drittklass-Gläubiger – abzuweisen, d.h. von der Kollokation auszuschliessen, oder
- die nachrangige Forderung – mangels einer vierten Klasse – in der dritten zu kollozieren. In diesem Fall ist die Kollokationsverfügung allerdings in besonderer Art zu formulieren, damit dem Nachrang Genüge getan wird.

Beide Varianten haben ihre Vor- und Nachteile. Der Vorteil der gänzlichen Abweisung der nachrangigen Forderung wäre darin zu sehen, dass Art. 220 Abs. 1 SchKG respektiert wird, keine unterschiedliche Behandlung von Gläubigern innerhalb der gleichen Klasse erfolgt und damit nicht faktisch eine «4. Klasse»<sup>29</sup> gebildet wird.

Bei der nachrangigen Forderung handelt es sich immer noch um Fremdkapital. Unter diesem Aspekt erscheint eine gänzliche Abweisung der nachrangigen Forderung nicht als sachgerecht<sup>30</sup>. Vielmehr hat die Konkursverwaltung die Forderung in der 3. Klasse zu kollozieren und den Vermerk anzubringen, dass es sich um eine nachrangige Forderung handelt, welche am Verwertungserlös erst teilnimmt, wenn die übrige

<sup>27</sup> HOLD (FN 24), 123.

<sup>28</sup> Wenig überzeugend KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 42 N 83, gemäss welchen der Rangrücktritt erst bei der Verteilung zu berücksichtigen und ein allfälliger Streit über den Bestand des Rangrücktritts nicht im Rahmen der Kollokation zu beurteilen sein soll; ohne dies näher zu begründen.

<sup>29</sup> Vgl. dazu KURT STÖCKLI/PHILIPP POSSA, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar zum SchKG, Basel 2008, Art. 219 N 38 f.

<sup>30</sup> Obwohl dies von einem Teil der Lehre für das kapitalersetzende Darlehen gefordert wird; vgl. die Übersicht in ROTH (FN 13), 278 f.

gen Forderungen vollständig befriedigt worden sind<sup>31</sup>. Davon scheint auch das Bundesgericht auszugehen, hält es doch fest, dass auch einem Gläubiger mit einer rangrücktrittsbehafteten Forderung ein Verlustschein auszustellen ist<sup>32</sup>, was bei einer vollständigen Abweisung der Forderung selbstredend nicht möglich wäre. Dementsprechend wird im Muster-Kollokationsplan<sup>33</sup> folgende Kollokationsverfügung vorgeschlagen:

«Diese Forderung wird in der 3. Klasse kolloziert. Ein Treffnis darauf wird jedoch erst ausgerichtet, sofern und soweit alle Forderungen der übrigen Konkursgläubiger voll gedeckt sind. (...)»

Diese Lösung erscheint auch unter dem Aspekt der weiteren Gläubigerrechte (nebst der Dividendenberechtigung) als sachgerecht, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

## 2. Gläubigerstatus

Wie aufgezeigt wurde, bleibt ein Darlehen auch nach Einräumung eines Rangrücktritts Fremdkapital; dasselbe gilt für ein Darlehen, welches kapitalersetzenden Charakter hat. In beiden Fällen bleibt der Darlehensgeber rechtlich Gläubiger der konkursiten Gesellschaft.

Dementsprechend stehen Gläubigern mit nachrangigen Forderungen dieselben Verfahrensrechte (vgl. zum Stimm- und Wahlrecht Ziffer 3 nachstehend) wie allen übrigen Gläubigern zu und es bieten sich keine besonderen Schwierigkeiten. Hervorzuheben ist, dass Nachranggläubiger sich auch Rechtsansprüche der Masse im Sinne von Art. 260 Abs. 1 SchKG abtreten lassen können, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet. Zu beachten ist zwar, dass ein allfälliges Ergebnis aus der Geltendmachung von abgetretenen Ansprüchen unter mehreren Abtretungsgläubigern ebenfalls gemäss ihrem Rang (Art. 260 Abs. 2 SchKG) verteilt wird<sup>34</sup> und die Nachranggläubiger auch hier an letzter Stelle zum Zug kommen. Dennoch bieten sich hier für diese Gläubiger in gewissen Konstellationen<sup>35</sup> Möglichkeiten, zumindest einen Teil ihres Verlustes wieder wettmachen zu können; was sonst kaum realistisch ist, da im Rahmen von Konkursverfahren praktisch nie eine vollständige Deckung der 3.-Klass-Gläubiger resultiert.

<sup>31</sup> Ebenso LORANDI (FN 4), N 328 und N 332 zu Art. 219 sowie DIETER HIERHOLZER, in: Basler Kommentar zum SchKG (FN 4), Art. 247 N 30 und N 31a.

<sup>32</sup> BGer 4A\_478/2008 vom 16. Dezember 2008 sowie BGer 4C.58/2007 vom 25. Mai 2007, E. 4.3; vgl. auch Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.) Basler Kommentar, OR II-HANSPETER WÜSTINER, 4. Aufl., Basel 2011 N 47 zu Art. 725.

<sup>33</sup> Muster-Kollokationsplan 2007, GNS Zürich, 3. Aufl., Ziff. 8.13.3, S. 211.

<sup>34</sup> Die diesbezügliche Verteilung erfolgt gemäss Art. 86 KOV durch die Konkursverwaltung im Rahmen der Verteilungsliste.

<sup>35</sup> Keine weiteren Abtretungsgläubiger oder nur solche mit geringen Forderungsbeträgen vorhanden.

Damit ist dem Nachranggläubiger zu empfehlen, seine Forderung trotz mangelnder Aussicht auf Dividende in der dritten Klasse dennoch zur Anmeldung zu bringen.

## 3. Stimm- und Wahlrecht

Das Stimm- und Wahlrecht kommt in Konkursverfahren – abgesehen von Zirkularbeschlüssen im Sinne von Art. 255a SchKG – vor allem an der ersten und zweiten (und allfälligen weiteren) Gläubigerversammlung zum Tragen und ist demnach vor allem in den ordentlichen Konkursverfahren von Bedeutung<sup>36</sup>.

An der ersten Gläubigerversammlung nehmen einerseits diejenigen Personen teil, welche eine Spezialanzeige gemäss Art. 233 SchKG erhalten haben und dementsprechend unbeschränkt zur Teilnahme berechtigt sind<sup>37</sup>. Es kann davon ausgegangen werden, dass Nachranggläubiger in aller Regel in den Büchern des Schuldners verzeichnet sein sollten und ihnen deshalb eine Spezialanzeige durch das Konkursamt zugestellt wird. Andernfalls steht ihnen die Möglichkeit zu, auch ohne eine solche Einladung an der ersten Gläubigerversammlung teilzunehmen, wobei diesfalls gestützt auf Art. 235 Abs. 2 SchKG das sog. Büro (der die Gläubigerversammlung leitende Konkursbeamte mit zwei von ihm bestimmten Gläubigern) über die Zulassung entscheidet. Dabei kann aber aufgrund des provisorischen Charakters der ersten Gläubigerversammlung nur eine summarische Prüfung erfolgen und Glaubhaftmachung der Forderung genügt<sup>38</sup>. Damit dürften Nachranggläubiger bereits aus praktischen Gründen regelmässig zur 1. Gläubigerversammlung zugelassen werden. Die Zulassung ergibt sich aber letztlich selbstverständlich aus der rechtlich fraglosen Gläubigerstellung.

Anlässlich der zweiten (und allfälliger weiterer) Gläubigerversammlung werden lediglich noch kollozierte Gläubiger zugelassen, wie sich aus Art. 252 Abs. 1 SchKG ergibt. Da Nachranggläubiger nach richtiger Auffassung in der 3. Klasse zu kollozieren sind, ergeben sich hier keine Schwierigkeiten.

Hervorzuheben ist, dass bei Gläubigerversammlungen in Konkursverfahren jedem Gläubiger dasselbe Stimm- und Wahlrecht zukommt. Dies gilt unabhängig von der Höhe und der allfälligen Privilegierung seiner Forderung<sup>39</sup>, womit sich auch für den Nachranggläubiger ohne weiteres dasselbe Stimmrecht wie für alle übrigen Gläubiger ergibt.

<sup>36</sup> Vgl. zur Einschränkung der Mitwirkungsrechte in summarischen Konkursverfahren Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG.

<sup>37</sup> MARC RUSSENBERGER, in: Basler Kommentar zum SchKG (FN 4), Art. 235 N 10.

<sup>38</sup> MARC RUSSENBERGER, in: Basler Kommentar zum SchKG (FN 4), Art. 235 N 10.

<sup>39</sup> MARC RUSSENBERGER, in: Basler Kommentar zum SchKG (FN 4), Art. 235 N 26.

## IV. Behandlung im Nachlassverfahren

### 1. Kollokation beim Liquidationsvergleich

Im Rahmen der Nachlassliquidation (Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG) haben die Liquidatoren einen Kollokationsplan zu erstellen, welcher nach dem gleichen Verfahren (Art. 321 SchKG) zu erstellen ist und auch die gleiche Rangordnung der Gläubiger wie im Konkursverfahren vorsieht<sup>40</sup>. Dementsprechend kann für die Kollokation von nachrangigen Forderungen vollumfänglich auf die Ausführungen zur Kollokation im Konkursverfahren verwiesen werden (zum selben Resultat gelangt HARDMEIER<sup>41</sup> für rangrücktrittsbehaftete Forderungen gemäss Art. 725 Abs 2 OR).

### 2. Dividendenberechtigung beim Prozentvergleich

Beim Prozentvergleich stellt sich – losgelöst vom vorliegenden Thema – folgendes Grundsatzproblem: Dieser kennzeichnet sich ja dadurch, dass die Gläubiger der dritten Klasse – also solche, welche weder über eine Pfanddeckung noch ein Konkursprivileg verfügen – mit Abschluss des Nachlassvertrags einen bestimmten Prozentsatz ihrer Forderung erhalten und auf die Restforderung verzichten. Dieser Nachlassvertrag hat also fraglos Sanierungscharakter, da das schuldnerische Unternehmen nicht liquidiert wird, sondern seine Geschäftstätigkeit nach der (teilweisen oder gänzlichen) Entledigung des Fremdkapitals fortsetzt. Sofern die bilanzielle Sanierung mit den weiteren erforderlichen Sanierungsmassnahmen – z.B. auf organisatorischer Ebene – einhergeht, verfügen die Anteilshaber wieder über werthaltige Anteile und erhalten unter Umständen schon bald wieder eine Dividende. Gemäss aktueller Gesetzgebung kann damit durchaus die Situation eintreten, dass die Aktionäre durch den Forderungsverzicht der Gläubiger enorm profitieren, ohne ihrerseits einen Sanierungsbeitrag geleistet zu haben. Es ist natürlich Sache der Gläubiger, hier im Rahmen der Nachlassstundung entgegenzuwirken, indem sie solche Beiträge verlangen und ansonsten ihre Zustimmung zum Nachlassvertrag verweigern. Dennoch ist dem Vorschlag der Expertenkommission im Rahmen der laufenden SchKG-Revision<sup>42</sup> bzw. des Sanierungsrechts zuzustimmen, welche zwingend einen «angemessenen Sanierungsbeitrag» der Anteilshaber der schuldnerischen Gesellschaft verlangt. Das ist aber aufgrund der äusserst harzigen Behandlung der Revision im Parlament bestenfalls Zukunftsmusik.

Führt man sich nun noch die Situation der Gläubiger mit freiwilligen oder konkludenten Rangrücktritten vor Augen, wird das Resultat noch stossender: Während die Gläubiger zumindest noch einen Teil ihres Geldes zurückerhalten und die «echten» Risikokapitalgeber wieder über eine werthaltige Beteiligung verfügen (je nachdem sogar ohne einen Beitrag zu leisten), fallen die Nachranggläubiger zwischen Stuhl und Bank und gehen leer aus.

Diese Ungerechtigkeit im Verhältnis zwischen Aktionären und Nachranggläubigern stellt eine Schwäche des aktuellen Systems dar, welche aber hinzunehmen ist: Die Interessen der Drittgläubiger, keine tiefere Dividende mittels der Einräumung einer allfälligen Dividendenberechtigung für rangrücktrittsbehaftete Forderungen hinnehmen zu müssen, sind in diesem Kontext im wahrsten Sinne des Wortes als vorrangig zu bezeichnen. Dies, nachdem die Gläubiger durch Einräumung von freiwilligen Rangrücktritten klar zu verstehen geben, dass sie damit die Werthaltigkeit der Forderungen der übrigen Gläubiger gewährleisten wollen (ebenso im Ergebnis HARDMEIER<sup>43</sup>). Gleiches gilt für Gläubiger, welche Darlehen mit kapitalersetzendem Charakter gewähren bzw. stehen lassen; sie zahlen hier den Preis dafür, dass sie nicht echtes Risikokapital gewährt haben.

### 3. Gläubigerstatus

Wie in Ziffer III.2. vorstehend aufgezeigt wurde, sind nachrangige Forderungen rechtlich nach wie vor als Fremdkapital zu betrachten. Dementsprechend ergibt sich fraglos, dass Inhaber von derartigen Forderungen verfahrensmässig als Gläubiger mit entsprechenden Rechten (z.B. Teilnahmerecht an Gläubigerversammlung, Akteneinsichtsrecht etc.) zu betrachten sind. Dennoch ergibt sich im Unterschied zum Konkursverfahren nach meines Erachtens richtiger Ansicht eine Beschneidung dieser Verfahrensrechte, wie nachfolgend in Ziffer 4 aufgezeigt wird.

### 4. Stimm- und Wahlrecht

Vorweg ist festzuhalten, dass das Stimm- und Wahlrecht des Gläubigers in gerichtlichen Nachlassverfahren grundsätzlich nur während der Nachlassstundung eine Rolle spielt: Beim Prozentvergleich gemäss Art. 314 SchKG findet das Verfahren seinen Abschluss mit der Bestätigung des Nachlassvertrags bzw. mit der darauf folgenden Auszahlung der Nachlassdividende. Bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG folgt dem Bestätigungsentscheid eine Liquidationsphase, welche in weiten Teilen dem Konkursverfahren angeglichen ist. Allerdings ist der Gläubigerausschuss – anders als im Konkursverfahren – beim

<sup>40</sup> THOMAS BAUER/OLIVIER HARI/VINCENT JEANNERET/KARL WÜTHRICH, in: Basler Kommentar zum SchKG (FN 4), Art. 321 N 3 und 4.

<sup>41</sup> HANS-ULRICH HARDMEIER, in: Basler Kommentar zum SchKG (FN 4), Art. 306 N 12.

<sup>42</sup> Entwurf Änderung SchKG (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG ([www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)).

<sup>43</sup> HANS-ULRICH HARDMEIER, in: Basler Kommentar zum SchKG (FN 4), Art. 306 N 11.



Liquidationsvergleich ein zwingend notwendiges Organ (Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) und die Rechte der Gläubiger werden durch ihn wahrgenommen. Deshalb finden im Rahmen der Nachlassliquidation in aller Regel auch keine Gläubigerversammlungen statt<sup>44</sup>.

Zuerst ist auf das *Stimmrecht* des Gläubigers betreffend die Annahme oder Ablehnung des Nachlassvertrags einzugehen. In der Lehre<sup>45</sup> wird z.T. die Ansicht vertreten, Rangrücktrittsgläubiger seien bei der Abstimmung über den Nachlassvertrag ebenfalls stimmberechtigt. Dies einerseits aufgrund ihres Status als Gläubiger und andererseits aus Praktikabilitätsgründen (Vermeidung von heiklen Vorfragen bei der Ermittlung des Quorums). Das Bundesgericht hat die Frage in einem jüngeren Entscheid offengelassen<sup>46</sup>. Meines Erachtens ergibt sich hier klar, dass Nachranggläubigern bei der Abstimmung über den Nachlassvertrag kein Stimmrecht zukommt:

Wie HUNKELER<sup>47</sup> richtig festhält, ergibt sich aus dem Wesen und aus den Rechtswirkungen des Rangrücktritts im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR, dass der Rangrücktrittsgläubiger erst dann befriedigt werden will, wenn die übrigen Gläubiger befriedigt sind. Es kann deshalb nicht angehen, dass der Rangrücktrittsgläubiger Einfluss auf das Zustandekommen des Nachlassvertrages nimmt und den Gläubigern – zu deren Gunsten er zurückgetreten ist – einen Nachlassvertrag aufzwingt, den sie vielleicht gar nicht wollen oder umgekehrt einen Nachlassvertrag vereitelt, den die übrigen Gläubiger annehmen wollen.

Allerdings ist HUNKELER nicht zuzustimmen, wenn er festhält, dass sich die Frage der Stimmberechtigung eines Gläubigers mit einer rangrücktrittsbehafteten Forderung nicht aus dem SchKG (sondern nur aus dem OR) heraus beantworten lasse<sup>48</sup>. Es ist zwar richtig, dass der Rangrücktritt in den Bestimmungen zum Nachlassverfahren nirgends seinen Niederschlag gefunden hat. Allerdings hält Art. 305 SchKG – welcher das Annahmeverfahren durch die Gläubiger regelt – in Absatz 2 unter anderem fest, dass die privilegierten Gläubiger und Pfandgläubiger, soweit ihr Pfand gedeckt ist, nicht stimmberechtigt sind, obwohl ihnen fraglos Gläubigerstellung zukommt. Beiden Kategorien ist gleich, dass sie volle Deckung erhalten und deshalb vom (teilweisen) Verzicht auf die Forderung, welcher mit jedem Nachlassverfahren einhergeht, nicht betroffen sind. Weil sie nicht betroffen sind, dürfen sie keinen Einfluss auf die Annahme bzw. Ablehnung des Nachlassvertrags nehmen. Beim Nachranggläubiger verhält es sich spiegelbildlich

genau gleich<sup>49</sup>: Er erhält nach richtiger Betrachtung ohnehin keine Dividende (ausser beim Liquidationsvergleich, sofern sämtliche anderen Gläubiger voll gedeckt sind, was aber kaum je der Fall ist; sowie beim reinen Stundungsvergleich, der aber in der Praxis kaum je angetroffen wird<sup>50</sup>), weshalb er auch nicht mitabstimmen soll. Die Antwort auf die Frage der Stimmberechtigung des Nachranggläubigers ergibt sich deshalb meines Erachtens auch aus dem Normzweck von Art. 305 Abs. 2 SchKG und lässt sich deshalb auch zwanglos auf Gläubiger von Darlehen mit kapitaleretzendem Charakter anwenden<sup>51</sup>.

Anders verhält es sich mit dem *Wahlrecht*, welches den Gläubigern zusteht, wenn ein Liquidationsvergleich abgeschlossen werden soll. Die Liquidatoren und der Gläubigerausschuss sind diesfalls gemäss Art. 317 Abs. 2 SchKG anlässlich der Gläubigerversammlung gemäss Art. 302 SchKG zu wählen, welche während der Nachlassstundung stattfindet. Das Bundesgericht setzt diese Gläubigerversammlung grundsätzlich der ersten Gläubigerversammlung im Konkursverfahren gleich<sup>52</sup>. Entsprechend den Ausführungen in Ziffer III. 3. vorstehend, wonach bei ersten Gläubigerversammlungen grundsätzlich jedem Gläubiger ein Stimmrecht zukommen soll, rechtfertigt es sich für das Wahlrecht deshalb, auch den Nachranggläubiger als wahlberechtigt zu qualifizieren. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass der Nachranggläubiger nach wie vor als Gläubiger zu qualifizieren ist und deshalb mit Blick auf die ihm zustehenden Verfahrensrechte ein Interesse daran hat, dass fähige und geeignete Personen als Liquidatoren und in den Gläubigerausschuss gewählt werden, welche einen geordneten Verfahrensgang gewährleisten. Zum selben Schluss scheint im Ergebnis HARDMEIER<sup>53</sup> zu kommen, welcher ebenfalls sämtlichen Gläubigern, unabhängig davon, ob ihre Forderung pfandgesichert, privilegiert oder verspätet angemeldet ist, ein Wahlrecht einräumt, obwohl sie nicht stimmberechtigt sind. Auch diese haben – wie der Nachranggläubiger – ein Interesse am geordneten Gang der Liquidation.

<sup>44</sup> Vgl. FRANCO LORANDI, Verwertung durch Privatpersonen, AJP/PJA 2000, 853.

<sup>45</sup> THOMAS BAUER, in: Basler Kommentar zum SchKG (FN 4), Ergänzungsband, N 28 zu Art. 305.

<sup>46</sup> BGer 5P.164/2003 vom 29. Oktober 2003, E.4.2.

<sup>47</sup> DANIEL HUNKELER, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Freiburg 1999, N 976 ff.

<sup>48</sup> HUNKELER (FN 47), N 972.

<sup>49</sup> Ähnlich allerdings DANIEL HUNKELER, in: Daniel Hunkeler, Kurzkomentar (FN 2), Art. 305 N 20.

<sup>50</sup> Vgl. die zutreffende Begründung in JÜRIG GUGGISBERG/HANS-ULRICH HARDMEIER, in: Basler Kommentar zum SchKG (FN 4), Art. 314 N 18.

<sup>51</sup> Auch HANS-ULRICH HARDMEIER, in: Basler Kommentar zum SchKG (FN 4), Art. 305 N 22a, schliesst Nachranggläubiger vom Stimmrecht aus.

<sup>52</sup> BGE 81 III 28.

<sup>53</sup> HANS-ULRICH HARDMEIER, in: Hunkeler, Kurzkomentar (FN 29), Art. 302 N 12.