Nachr. Forderungen

Nachrangige Forderungen

Druckversion**Inhaltsübersicht**

- Rangrücktritt gemäss Art. 725 Abs. 4 Ziff. 1 OR (Art. 725a aOR)
  - Terminologie
  - Rangrücktritt ohne (bedingten) Forderungsverzicht
  - Rangrücktritt mit (bedingtem) Forderungsverzicht
- Konkludenter Rangrücktritt/konkludente Nachrangigkeit/eigenkapitalersetzendes Darlehen
  - Anwendbares Recht
  - Voraussetzungen
    - Sachliche Voraussetzungen
    - Person des Gläubigers
  - Wirkungen einer Umqualifikation
    - Behandlung bei der Kollokation
    - Sonstige Wirkungen
- Relativer Rangrücktritt

Rangrücktritt gemäss Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR (Art. 725a aOR)

Terminologie

„Klassenrücktritt“: Das Gesetz spricht davon, dass ein Gläubiger (im Ausmass der Unterdeckung) „im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger“ zurücktritt (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR; Art. 725 Abs. 2 Satz 2 aOR).

Kommentar 1: Gemeint ist eine *Nachgangserklärung in Bezug die Konkursklassen gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG*. Insofern müsste man technisch eigentlich von ein *„Klassenrücktritt“* sprechen. ***Verweis***: vgl. zu Allgemeines Der (falschen) gesetzlichen Terminologie folgend hat sich jedoch seit Jahrzehnten der

Terminus „Rangrücktritt“ eingebürgert.
Revision des Aktienrechts per 1. Januar 2023: Der Begriff des Rangrücktritts hat in der Aktienrechtsrevision, welche per 1. Januar 2023 in Kraft getreten ist, keine Änderung erfahren (vgl. BBl 2017 579).

Rangrücktritt ohne (bedingten) Forderungsverzicht

Wesen: Der Rangrücktritt ist ein Vertrag zwischen einem Gläubiger und seinem Schuldner. BGer 6B_1279/2018 E. 2.2.1. Er ist ein *echter Vertrag zugunsten Dritter* (nämlich der anderen Gläubiger des Schuldners – Hinweis des Verfassers). HGer ZH LB120046 E. III.4.

Zweck: Der Rangrücktritt hat den Zweck, die Benachrichtigung des Richters wegen Überschuldung der Gesellschaft (Art. 725 Abs. 2 aOR) zu vermeiden. BGE 129 III 129 E. 7.1. BGer 5A_175/2010 E. 3.3.3. BGer 4C.47/2003 E. 2.2. Ein Rangrücktritt bezweckt, Gläubigerausfälle zu verhindern, indem der Rangrücktrittsgeber die Rolle eines einzigen Verlustgläubigers übernimmt. AppGer BS ZB.2017.34 E. 2.2.

Wirkung: Der Gläubiger, der einen Rangrücktritt abgibt, ohne auf seine Forderung zu verzichten, erklärt, dass er im Falle des Konkurses oder der Liquidation für bestimmte finanzielle Ansprüche erst befriedigt werden will, wenn die Schulden gegenüber allen anderen Gläubigern BGE 132 III 758 E. 3.5.3. BGer 6B_1279/2018 E. 2.2.1. BGer 4A_277/2010 E. 2.3. BGer 4A_555/2009 E. 2.5. BGer 4C.47/2003 E. 2.2. vgl. auch BBl 2017 600, aber noch vor den Aktionären vollständig erfüllt sind. BGer 2C_77/2012 E. 3.4. Der Rangrücktrittsgläubiger verzichtet einzig darauf, die Durchsetzung seiner Forderung zu verlangen, um die Konsequenzen, welche mit der Überschuldung einhergehen, zu vermeiden. BGer 4A_719/2011 E. 6

Kein Forderungsverzicht: Der Rangrücktritt ist kein *Forderungsverzicht* BGer 4A_188/2008 E. 4.5 und er eliminiert die Überschuldung nicht. BGer 6B_1279/2018 E. 2.2.1. BGer 4A_91/2011 E. 3.4. BGer 4A_555/2009 E. 2.5. BGer 4C.58/2007 E. 4.3. HGer ZH HG110062 E. 4.3.5. Die rangrücktrittbelastete

Verbindlichkeit bleibt weiterhin unter den Passiven der Gesellschaft bestehen BGer 6B_1279/2018 E. 2.2.1. und der Gläubiger erhält im Konkurs der Gesellschaft einen *Verlustschein*. BGer 4A_277/2010 E. 2.3. BGer 4A_555/2009 E. 2.5. BGer 4C.58/2007 E. 4.3. Der Rangrücktritt bleibt ohne Einfluss auf das Gesellschaftsvermögen. BGer 4A_277/2010 E. 2.3. BGer 4C.58/2007 E. 4.3. ***missverständlich***: En cas de postposition de créances, la créance postposée disparaît du bilan déterminant de l'art. 725 al. 2 CO, mais continue à exister et doit toujours figurer au bilan normal. BlSchK 2005 Nr. 16, 154 ***Verweis***: vgl. auch Kommentar 3

Umfang des Rangrücktritts: Der Rangrücktritt muss nicht nur den Kapitalbetrag, sondern (seit 1. Januar 2023) auch die entsprechende Zinsforderung umfassen (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR).

Behandlung bei der Kollokation: Die Kollokation erfolgt in der dritten Klasse, den anderen Drittklassforderungen *im Rang nachgehend* BGer 5A_171/2017 E. 1 (Konkursamt bei der Kollokation) vgl. auch Vorinstanz in OGer ZH NP130032 S. 2 – Eine Forderung mit Rangrücktritt erhält einen *tieferen Rang* als alle anderen Verbindlichkeiten des Schuldners. AB GE DCSO/314/2006 E. 8.b. – Der Liquidator (bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) hatte Gläubiger mit Randrücktrittsforderungen in einer *vierten Klasse* kolloziert. Das Bundesgericht beschied dem Liquidator, damit korrekt gehandelt zu haben. BGer 1B.6/2006 E. 2.2. – Es spielt keine Rolle, ob Rangrücktrittsforderungen in der dritten Klasse in einer Unterklasse oder als fiktive vierte Klasse kolloziert werden. KGer GR KSK 17 7 vgl. auch SteuerrekursGer ZH 1 DB.2025. 114 E. 2d/bb

Kommentar 2: Ob man nachrangig Forderungen hinter den Drittklassforderungen, in eine Klasse 3b oder in eine (fiktive) Vierte Klasse verweist, macht in der Sache keinen Unterschied. Solange die Formulierung bei der Kollokation die Nachrangigkeit hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, sind

m.E. alle Kollokationsvarianten zulässig. Keine davon verstösst gegen das SchKG, auch wenn diese nur drei Klassen vorsieht. Die Vertragsfreiheit erlaubt es ohne Weiteres, dass ein Gläubiger (im Sinne eines echten Vertrages zugunsten Dritter – nämlich aller übrigen Gläubiger) auf Deckung seiner Forderungen verzichtet, solange nicht alle anderen Gläubiger vollständig gedeckt sind.
Kommentar 17: Die Ausführungen zur Kollokation im Konkurs gelten mutatis mutandis auch beim *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung*. Dazu, wie nachrangige Forderungen im Nachlassverfahren, namentlich beim *Entscheid über die Zustimmung zum Nachlassvertrag* (Art. 305 SchKG) sowie im Rahmen der *Abwicklung eines ordentlichen Nachlassvertrages* (Art. 314 SchKG) zu behandeln sind, liegen (soweit ersichtlich) keine Entscheide vor. Aus dem Wesen des Rangrücktritts ist zu schliessen, dass (zumindest im Fall, dass eine Überschuldung des Schuldners vorliegt) der rangrücktrittsbelastete Gläubiger keine Dividende erhält (bzw. erst dann eine solche erhält, wenn alle Drittklassforderungen vollumfänglich befriedigt worden sind), weshalb ihm entsprechend auch kein Stimmrecht zukommt.

Relevanz bei der Schadensberechnung für Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit: Es ist nur logisch, dass auch rangrücktrittsbelastete Forderungen bei der Berechnung des Schadens berücksichtigt werden, indem der Schaden der Zunahme der Überschuldung zwischen dem Zeitpunkt, wo der Konkurs hätte eröffnet werden müssen, und jenem, da er tatsächlich eröffnet worden ist, entspricht. BGer 4C.58/2007 E. 4.3. Da mit dem Rangrücktritt die betreffenden Schulden der Gesellschaft nicht wegfallen, bleiben dieser ohne Einfluss auf das Gesellschaftsvermögen. Ein Rangrücktritt ist bei der Berechnung des (mittelbaren) Schadens daher unberücksichtigt zu lassen. BGer 4A_214/2015 E. 3.2.1. BGer 4A_277/2010 E. 2.3. BGer 4A_391/2009 E. 1.4.1. BGer 4A_478/2008 E. 4.2, 4.4.2. BGer 4A_188/2008 E. E. 4.5. BGer 4C.58/2007 E. 4.3.
missverständlich: Dass Schulden mit Rangrücktritt im Rahmen der Überschuldungsberechnung gemäss Art. 725 Abs. 2 Satz 2

a.E. OR unbeachtlich sind, macht sie für die schuldnerische Gesellschaft offensichtlich nicht zu Aktiven. BGer 5P.431/2000 E. 4.b.

Kommentar 3: Den Ausführungen des Bundesgerichts in BGer 5P.431/2000 E. 4.b. liegt wohl ein *Missverständnis* zugrunde. M.E. sind zwei Dinge zu unterscheiden: In der *Zwischenbilanz*, welche gemäss Art. 725b Abs. 1 OR bzw. Art. 725 Abs. 2 aOR bei begründeter Besorgnis der Überschuldung) zu Fortführungs- und zu Liquidationswerten zu erstellen ist, sind auch *Rangrücktrittsforderungen zu passivieren*, da es sich um Verbindlichkeiten handelt (vgl. Art. 959 Abs. 4 bis 6, Art. 959a Abs. 2 OR). – Davon zu unterscheiden ist die *Ausnahmeregel* von Art. 725b Abs. 4 OR (vormals Art. 725 Abs. 2 aOR): Obschon sich aus der Zwischenbilanz (einschliesslich der Rangrücktrittsforderungen) eine Überschuldung ergibt, muss der Konkursrichter nicht angerufen werden, sofern die Überschuldung vollständig durch die Rangrücktrittsforderungen absorbiert wird (weil Letztere die Überschuldung übersteigen). *Relevanz bei der Schadensberechnung für Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ab 1. Januar 2023*: Mit Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts per 1. Januar 2023 sind Forderungen mit Rangrücktritt bei der Schadensberechnung im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht mehr mit einzuziehen (Art. 757 Abs. 4 OR). Damit wurde die oben erwähnte verfehlte Praxis des Bundesgerichts bewusst korrigiert.

Relevanz für paulianische Anfechtungsansprüche (Art. 285 ff. SchKG) bei Sanierungsbestrebungen: Unter Berücksichtigung des Zwecks der Anfechtungsklage können *Verluste von Rangrücktrittsgebern* keine *Gläubigerschädigung* begründen. AppGer BS ZB.2017.34 E. 2.2. – Für eine *anfechtungsrechtlich relevante Sanierung* ist nicht erforderlich, dass auch von Rangrücktritten erfasste Forderungen vollständig befriedigt werden. Solche Forderungen sind bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der Sanierung nicht zu berücksichtigen, weil sie diese nicht gefährden können. AppGer BS ZB.2017.34 E. 4.2.2.

Kommentar 4: Der zweiten Aussage ist zuzustimmen, während der ersten (in dieser Allgemeinheit) zu widersprechen ist. Wenn ein Gläubiger einen Rangrücktritt erklärt, so begründet dies im Umfang der subordinierten Summe keinen „Freibetrag" für eine paulianische Anfechtung. Oder anders ausgedrückt: Auch der Gläubiger mit Rangrücktritt wird durch Art. 285 ff. SchKG geschützt.

Rangrücktritt mit (bedingtem) Forderungsverzicht

Entwicklung der Praxis: Aufgrund der bundesgerichtlichen Praxis, bei der Beurteilung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Rahmen der Schadensberechnung auch Forderungen mit Rangrücktritt zu berücksichtigen, was sich für die haftpflichtigen Organe schadenserhöhend bzw. nicht schadensmindernd auswirkte (vgl. oben), ist die Praxis (getrieben von den Revisionsgesellschaften, welche als potentielle „deep pockets" vermehrt mit Verantwortlichkeitsklage konfrontiert wurden) dazu übergegangen, in den Rangrücktrittsvereinbarungen für den Fall der Insolvenz einen *(bedingten) Forderungsverzicht* vorzusehen (die EXPERTsuisse AG stellt die entsprechende Mustervereinbarung leider nicht im Internet frei zugänglich zur Verfügung).

Forderungsverzicht auslösende Insolvenzereignisse [soweit ersichtlich ergingen sei 2000 dazu keine Entscheide]

Kommentar 5: Der zunächst bedingte Forderungsverzicht realisiert sich erst bei Eintritt eines relevanten Insolvenzereignisses. Welche *Insolvenzereignisse erfasst* sind, richtet sich nach der Formulierung der Rangrücktrittserklärung. Der verfahrensmässige Geltungsbereich ist (nach den allgemeinen Grundsätzen) im Zweifelsfall durch *Auslegung* zu ermitteln. Der Mustertext der EXPERTsuisse AG lautet wie folgt:

„Der Gläubiger verzichtet für den Fall der Konkurseröffnung (Art. 175, Art. 192 SchKG) und für den Fall der Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (Art. 317

SchKG) 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.“

Damit sind die *Konkurseröffnung* und die *Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung* erfasst; letztes gilt auch dann, wenn es sich einen solchen mit nur teilweiser Forderungsabtretung handelt.

Wie es sich im *Stadium einer Nachlassstundung* sowie bei *Bestätigung einem ordentlichen Nachlassvertrag* verhält, ist m.E. durch Auslegung zu ermitteln. Bei Verwendung des obenstehenden Mustertextes ist m.E. davon auszugehen, dass das Vorliegen einer Überschuldung das massgebliche Kriterium ist. Wenn eine Überschuldung im Nachlassverfahren evident ist, ist deshalb davon auszugehen, dass die Bedingung eingetreten ist.

Wird eine Gesellschaft zufolge eines *Organisationsmangels* (Art. 731b, Art. 819, Art. 908 OR) als ultima ratio in Liquidation versetzt, so geschieht dies durch den Zivilrichter und gestützt auf das Privatrecht (Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR), so dass keine Konkurseröffnung im technischen Sinn vorliegt. Da die Liquidation jedoch nach den Vorschriften über den Konkurs stattfindet (Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR), liegt *funktional eine Konkurseröffnung* vor, weshalb der bedingte Forderungsverzicht auch in diesem Fall seine Wirkungen entfaltet. Massgebend für den Fristenlauf ist deshalb die Vollstreckbarkeit des Auflösungsentscheids.

Besteht keine Aussicht auf Sanierung oder ist diese gescheitert, so entzieht die *FINMA* einer Bank die Bewilligung und *ordnet die Konkursliquidation an* (Art. 33 Abs. 1 BankG). Diese Sonderregelung gilt auch für *Unternehmen, die unerlaubt einer bewilligungspflichtigen (Banken-)Tätigkeit nachgehen* (BGE 131 II 306 E. 4.1.2.). Da die Anordnung der FINMA wie eine Konkurseröffnung wirkt (Art. 34 Abs. 1 und 2 BankG; BGE

131 II 306 E. 4.1.1.), entfaltet der bedingte Forderungsverzicht auch in diesem Fall seine Wirkungen.

Ohne abweichende vertragliche Abrede wird der Forderungsverzicht dagegen nicht ausgelöst durch eine *Pfändung*, eine *Pfandverwertung*, einen altrechtlichen *Konkursaufschub* (Art. 725a aOR; der Konkursaufschub wurde per 1. Januar 2023 abgeschafft), eine *Nachlassstundung* oder den Abschluss eines *ordentlichen Nachlassvertrages*.

Behandlung bei der Kollokation: [soweit ersichtlich ergingen zu dieser Frage seit 2000 keine Entscheide]

Kommentar 6: Tritt die Bedingung (d.h. das relevante Insolvenzereignis) ein, so besteht (im Umfang des Forderungsverzichts) keine Forderung mehr, welche zu kollozieren wäre. Wird eine solche Forderung angemeldet, ist sie im Kollokationsplan im Grundsatz abzuweisen.

Der Forderungsverzicht ist jedoch nicht nur im Grundsatz bedingt, auch sein *Umfang* hängt von der Notwendigkeit ab (*in dem Umfang, in dem das Verwertungsergebnis zur vollen Befriedigung der übrigen Gesellschaftsgläubiger und zur Deckung allfälliger Liquidations-, Stundungs- oder Konkurskosten benötigt wird*). Dem ist bei der Kollokation Rechnung zu tragen. Zwar sind bedingte Kollokationsverfügungen im Grundsatz unzulässig (Art. 59 Abs. 2 KOV). Damit sollen Unklarheiten bei der Verteilung vermieden werden (vgl. BGE 103 III 13 E. 2).

Da im vorliegenden Zusammenhang das Ausmass der Unterdeckung die Bedingung darstellt, welche am Schluss des Verfahrens bekannt ist, so dass vor der Erstellung der Verteilungsliste und der Auszahlung der Dividende Klarheit über den Eintritt oder Nichteintritt besteht, *kann die Kollokation* ausnahmsweise *bedingt erfolgen*.

Die Kollokationsverfügung könnte wie folgt lauten:

„Der Gläubiger hat für den Fall und im Umfang, in dem das Verwertungsergebnis zur vollen Befriedigung der übrigen Gesellschaftsgläubiger und zur Deckung allfälliger Liquidations-, Stundungs- oder Konkurskosten benötigt wird, einen bedingten Forderungsverzicht abgegeben. Über diese Forderung wird wie folgt verfügt:

Sofern und soweit aufgrund des rechtskräftigen Kollokationsplans und des Erlöses (unter Berücksichtigung aller Kosten und Auslagen) nicht rangrücktrittsbelastete, kollozierten Forderungen ungedeckt bleiben, wird die Rangrücktrittsforderung hiermit abgewiesen. Sofern aufgrund des rechtskräftigen Kollokationsplans und des Erlöses (unter Berücksichtigung aller Kosten und Auslagen) sämtliche nicht rangrücktrittsbelastete, kollozierten Forderungen vollständig gedeckt sind, so dass ein Überschuss verbleibt, so wird die Rangrücktrittsforderung im Umfang des Überschusses (höchstens aber bis zum Betrag von CHF xxx [Betrag der Zulassung] in der dritten Klasse zugelassen und bei der Verteilung berücksichtigt.“ <

Dies bedeutet m.E. dass ein Überschuss zunächst an den Rangrücktrittsgläubiger geht. Nur wenn danach immer noch ein Überschuss verbleibt, sind die *Forderungen* aller Gläubiger (einschliesslich des Rangrücktrittsgläubigers) ab dem Insolvenzzeitpunkt *zu verzinsen*.

Relevanz bei der Schadensberechnung für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit: [soweit ersichtlich ergingen seit 2000 zu dieser Frage keine Entscheide]

Kommentar 7: Durch den sich in der Insolvenz realisierenden Forderungsverzicht verringern sich die Verbindlichkeiten. Entsprechend entsteht in diesem Umfang (gemäss der Differenztheorie) kein *Schaden*.

Konkludenter Rangrücktritt/konkludente Nachrangigkeit/eigenkapitalersetzendes Darlehen

Rechtsfrage: Die Qualifikation als kapitalersetzendes Darlehen

ist eine Rechtsfrage. OGer ZH LB120010 E. II.C.6.c/cc

Rechtsfortbildung modo legislatoris: Das Institut der konkludenten Nachrangigkeit ist eine Rechtsfortbildung modo legislatoris gemäss Art. 1 ZGB. OGer GL OG.2013.00061 E. VI.C.3.

Anwendbares Recht

Gesellschaftsrechtliches Element steht im Vordergrund: Art. 155 lit f. IPRG präzisiert, dass insbesondre die *internen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern* das auf die Gesellschaft anwendbare Recht bestimmt. In diesem Sinne wäre konkret schweizerisches Recht anzuwenden, da die beklagte Gesellschaft nach schweizerischem Aktienrecht organisiert ist. In diesem Rechtsstreit steht das aktienrechtliche Element klar im Vordergrund. Das wesensbestimmende Merkmal bei der Frage der Umqualifikation eines Darlehens ist die *Eigenschaft* des Klägers *als Aktionäre*. Der Kläger ist in einem in problematischer Weise grösseren Abhängigkeitsverhältnis von der Darlehensnehmerin als ein aussenstehender Darlehensgeber. Demzufolge rechtfertigt es sich, nach Massgabe von Art. 154 IPRG schweizerisches Rechts anzuwenden. AmtsGer SO SLZAG.2002.50 E. IV.

Kommentar 8: Im *Ergebnis* ist dem zuzustimmen. Die Qualifikation richtet sich im internationalen Verhältnis nach dem *Gesellschaftsstatut* und damit insbesondere nicht nach dem Vertragsstatut. Ob man als *Begründung* auf die Eigenschaft des darlehensgebenden Aktionärs auf diese Eigenschaft abstellen soll und ob diesbezüglich von einem grösseren Abhängigkeitsverhältnis gesprochen werden kann, scheint fraglich. Da eine Umqualifikation als Eigenkapital oder analog einer Rangrücktrittserklärung (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR) zur Diskussion steht, welche Fragen sich nach schweizerischem Verständnis beide nach dem Gesellschaftsrecht richten, scheint es nur folgerichtig, auch auf Stufe des Internationalen Privatrechts an das Gesellschaftsstatut anzuknüpfen (Art. 154 f. IPRG). Ob man dies gemäss Art. 155 lit. f IPRG gestützt auf die internen Beziehungen, gemäss lit. h wegen der Haftung für

die Schulden oder dem Grundsatz von Art. 154 IPRG folgend tut, erscheint von sekundärer Bedeutung.

Voraussetzungen

Keine gesetzliche Regelung: Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Darlehen nahestehender Personen im Konkurs nachrangig zu behandeln sind, ist im schweizerischen Recht nicht ausdrücklich geregelt. BGE 151 III 440 E. 5.4 Das Schweizer Recht enthält keine gesetzliche Regelung für sog. «eigenkapitalersetzende Darlehen». OGer ZG Z1 2024 6 E. 7.1

Sachliche Voraussetzungen

Einordnung: Beim kapitalersetzenden Darlehen geht es dogmatisch darum, dass die sog. *Downstream-Finanzierung* regelmässig in Form von Eigenkapital erfolgt und dass unter bestimmten Voraussetzungen nur noch diese Finanzierungsform zur Verfügung steht. Kapitelersetzend ist ein Darlehen dann, wenn an Hand des Darlehensvertrages anzunehmen ist, dass kein Dritter das Darlehen zu den nämlichen Konditionen gegeben hätte (*Drittmannstest*) oder dass es sich um eine Kapitaleinlage mit sanierender Wirkung handelt (*Sanierungstest*). OGer ZH LB120010 E. II.C.6.c/cc vgl. auch GVP SG 1996 Nr. 39 (wo die Frage aber **in casu** offengelassen werden konnte, weil die Klage schon aus anderen Gründen abgewiesen werden konnte)

Frage generell offengelassen: Ob die Qualifikation als „kapitalersetzendes Darlehen mit stillschweigendem Rangrücktritt“ korrekt ist, kann offengelassen werden. BVGer B-4409/2008 E. 8.4.

Frage offengelassen bei Konkurrenz mit aktienrechtlichen Ansprüchen: Vorliegend braucht die Frage nach einer konkludenten Nachrangigkeit nicht geklärt zu werden. Denn würde man in Bezug auf das am [Datum] gewährten Darlehen eine solche konkludente Nachrangigkeit bejahen, so stände dies im *Widerspruch zum* (vorne festgestellten) *Rückerstattungsanspruch*

aus verdeckter Gewinnausschüttung (Art. 678 Abs. 2 OR). In einem solchen *Kollisionsfall* hat jedoch nach herrschender Lehre das modo legislatoris entwickelte Kapitalersatzrecht (Umqualifizierung in Kapitaleinlage; konkludenter Rangrücktritt) gemäss Art. 1 ZGB hinter den positivrechtlich verankerten Rückerstattungsanspruch aus verdeckter Gewinnausschüttung zurückzutreten [Zitate]. Demzufolge *muss vorliegend nicht näher geprüft werden*, ob der Ansatz des konkludenten Rangrücktritts mit dem geltenden Aktien- und Konkursrecht vereinbar ist, welche Voraussetzungen bejahendenfalls zu erfüllen wären und ob diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind. OGer GL OG.2013.00061 E. VI.C.3.

Darlehensgewährung im Zustand der Überschuldung (1): Enthält das Obligationenrecht (über die Bestimmungen von Art. 621, Art. 671, Art. 675, Art. 678, Art. 680 OR hinaus) keine Vorschriften über die Ausstattung der Gesellschaft mit Eigenkapital, so kann *Grundlage für den Entscheid* über die Qualifikation des Darlehens im Konkurs nur *Art. 725 aOR* sein. Ist eine *Überschuldung* eingetreten, so ist der Richter zu benachrichtigen (Art. 725 Abs. 2 aOR), der grundsätzlich den Konkurs zu eröffnen hat (Art. 725a Abs. 1 aOR). Die Benachrichtigung des Richters und die Konkurseröffnung dienen vorab dem Schutz der bisherigen Gläubiger vor weiteren Verlusten, dann aber auch dem Schutz der Allgemeinheit, d.h. neuer Geschäftspartner. *Wer um die Überschuldung einer Gesellschaft weiss und ihr ungeachtet dessen ein Darlehen zum Betrieb ihrer Geschäfte zur Verfügung stellt*, der handelt den gesetzlichen Normen des Gläubigerschutzes zuwider. Es ist dabei nicht einzusehen, warum es für die *Behandlung solcher Darlehen als rangrücktrittsbelastet* weiterer Voraussetzungen – namentlich einer zusätzlichen besonderen Beziehung des Darlehensgläubigers zur Gesellschaft oder eines Schadens bzw. einer konkreten Gefährdung der andern Gläubiger – bedürfte. Anderseits *reicht (grob)fahrlässiges Nichtwissen um die Überschuldung* nicht *aus*; der Darlehensgeber ist als solcher nicht verpflichtet, sich über die finanzielle Situation des

Darlehensnehmers kundig zu machen. OGer ZH NF040011 E. II.2.b – Da die schuldnerische Gesellschaft **in casu** im Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht *überschuldet* war OGer ZH NF040011 E. II.3., bestand kein Anlass die Darlehensforderung als rangrücktrittsbelastet zu kollozieren. OGer ZH NF040011 E. II.4 –

Darlehensgewährung im Zustand der Überschuldung (2): Der Tatbestand des kapitalersetzenden Darlehens ist unter anderem dadurch gekennzeichnet, dass ein Gläubiger einer im Sinne von Art. 725 Abs. 2 aOR (Art. 725b Abs. 1 OR) überschuldeten Aktiengesellschaft ein Darlehen gewährt. Das Darlehen kann dabei nur kapitalersetzenden Charakter haben, wenn es von einer Person gewährt wurde, welche wusste oder hätte wissen müssen, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung überschuldet war. KGer ZG 16.8.2006 E. 3.4.1. vgl. auch KGer GL ZG.2009.00920 OGer GL OG.2013.00061 E. VI.C.3. – Da **in casu** die schuldnerische Gesellschaft im Zeitpunkt der Einräumung der „Kreditlinie" durch die Bank nicht *überschuldet* war und die Konkursmasse den massgeblichen Zeitpunkt der Überschuldung weder behauptet noch bewiesen hatte, erübrigte es sich, die weiteren Tatbestandsmerkmale des kapitalersetzenden Darlehens zu prüfen. KGer ZG 16.8.2006 E. 3.4.1.

Darlehensgewährung im Zustand der Überschuldung (3): Rechtsmissbräuchliche Rückforderung: Es ist in der Tat rechtmissbräuchliches Verhalten im Sinne eines *venire contra factum proprium* und verdient deshalb nicht den Schutz der Rechtsordnung, wenn der am Wohlergehen seiner Gesellschaft eminent interessierte Aktionär durch Zuwendung weiterer Mittel der überschuldeten und damit nicht mehr lebensfähigen juristischen Person zunächst zur Weiterexistenz und folglich weiteren Teilnahme am Wirtschaftsprozess verhilft und somit die Eingehung weiterer Verpflichtungen auf Kosten auch zusätzlicher Gläubiger ermöglichst, und dann, wenn die Sanierung fehlgeschlagen ist, sein Risiko durch Rückforderung

der Zuwendung letztlich zu Lasten anderer Gläubiger möglichst klein halten will. Denn allein Kapitaleinlagen, seien sie auf direkten Wege, wenn der Gesellschaft neue Aktiven zuführt werden, seien sie indirekt, wenn durch Forderungsverzicht oder Schuldübernahme Passiven verringert werden – erfolge dies offen durch Kapitalerhöhung, oder still durch Leistung von A-fonds-perdu-Beiträgen – können eine Überschuldung beseitigen. OGer ZH NF920004 E. III.2.a Zu betonen ist, dass mit dieser Betrachtungsweise nicht die Zuwendung von Mitteln qua juristisch-technisches Darlehen als offensichtlich *missbräuchlich qualifiziert* wird, sondern *einzig deren Rückforderung* (…). OGer ZH NF920004 E. III.2.c

Keine Umqualifikation bei Darlehensgewährung ausserhalb einer Überschuldung (1): Abgesehen von der Überschuldung besteht keine gesetzliche Grundlage, auf die sich ein schutzwürdiges Vertrauen der Gläubiger darauf, dass sich eine Gesellschaft nicht in finanziellen Schwierigkeiten befindet, stützen könnte. Schutzwürdiges Vertrauen, dass sich eine Gesellschaft nicht in finanziellen Schwierigkeiten befindet, wird insbesondere auch nicht dadurch begründet, dass ihr eine nahestehende Person ein Darlehen gewährt, das eine aussenstehende Person nicht gewähren würde (Drittmannstest) oder dass das Darlehen in einem Zeitpunkt gewährt worden ist (Sanierungstest), in welchem nur noch die Leistung einer Kapitaleinlage sanierende Wirkung entfaltet hätte. Solange eine Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht überschuldet ist, erscheinen die Darlehensgewährung und die spätere Geltendmachung der Forderung im Konkurs daher nicht als offenbar rechtsmissbräuchlich. BGE 151 III 440 E. 5.7.3 vgl. auch OGer ZG Z1 2024 6 E. 7.6 (ausserhalb des Konkurses des Darlehensnehmers) – Es besteht auch keine Gesetzeslücke, welche vom Gericht zu schliessen wäre (Art. 2 Abs. 1 ZGB). BGE 151 III 440 E. 5.9

Keine Umqualifikation bei Darlehensgewährung ausserhalb einer Überschuldung (2): Im Anschluss an die erwähnte Lehrmeinung

[von von Greyerz] plädieren andere Autoren dafür, dass in den genannten Konstellationen die Aktionärsdarlehen zwar nicht in Eigenkapital umzuqualifizieren seien, aber im Rang hinter die anderen Forderungen zurückzutreten hätten, weil von einem konkludenten Rangrücktritt auszugehen sei [Quellenangaben]. Ob diese Betrachtungsweise mit dem geltenden Aktien- und Konkursrecht vereinbar ist – de lege ferenda war eine entsprechende, an § 32a des deutschen GmbHG angelehnte Regelung in Art. 697i und 807c des Vorentwurfes für die Reform des GmbH-Rechts vorgesehen [Quellengangabe], die in der Botschaft aber wieder fallen gelassen wurde (BBl 2002 III 3158), während de lege lata einzig der gläubigerseits erklärte Rangrücktritt im Fall von Art. 725 Abs. 2 aOR (heute: Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR) ausdrücklich erwähnt ist – kann offen bleiben, da **in casu** nach den verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz bei der Gewährung der Aktionärsdarlehen am [Datum] *weder eine Überschuldung noch überhaupt eine Unterbilanz vorlag* oder zu erwarten (und damit erkennbar) war. BGer 5C.226/2005 E. 4. BGer 5C.230/2005 E. 4. (beide Fälle betrafen denselben Sachverhalt) – Bei dieser Ausgangslage sind nicht nur der „Drittmannstest“ und der „Sanierungstest“ von vornherein gegenstandslos, sondern lässt sich auch nicht von einem *rechtsmissbräuchlichen Verhalten* der Klägerschaft im Sinn eines venire contra factum proprium sprechen, wenn diese nunmehr auf der Kollokation der Forderung aus dem – nicht zur Erhaltung einer an sich überschuldeten Gesellschaft, sondern *zum Erwerb von Aktiven – gewährten Darlehen* im dritten Rang besteht. Sodann bestehen keine Anhaltspunkte bzw. Sachverhaltsfeststellungen dahingehend, dass die Klägerschaft im Zusammenhang mit dem fraglichen Darlehen anderen Gesellschaftsgläubigern die Ausstattung der Beklagten mit zusätzlichem Eigenkapital vorgespiegelt und diese im Vertrauen auf zusichernde Willensäusserungen Dispositionen getroffen und dadurch einen Schaden hätten, weshalb die *Vertrauenshaftung* von vornherein nicht *greifen* und somit offen bleiben kann, ob sich die finanzierte Gesellschaft überhaupt auf diese Haftungsgrundlage berufen könnte. BGer

5C.226/2005 E. 5. BGer 5C.230/2005 E. 5. (beide Fälle betrafen denselben Sachverhalt)

Keine Umqualifikation bei Darlehensgewährung ausserhalb einer Überschuldung (3): Über den Fall der Überschuldung hinaus bietet das geltende Recht keine *Grundlage* für eine „Umwandlung" von Fremd- in Eigenkapital bzw. die Annahme eines Rangrücktritts. Dies gilt insbesondere für den Umstand, dass Dritte – namentlich eine Bank – einer Gesellschaft keinen Kredit mehr gewährt hätte („Drittmannstest"). Abgesehen davon, dass der „Drittmannstest" im Übrigen kaum praktikabel wäre, würde Kreditgebern damit zusätzliche Risiken aufgebürdet, welche Kreditvergaben erschwerten bzw. verteuerten. OGer ZH NF040011 E. II.2.c

Umqualifikation als Fall der Vertrauenshaftung: Bei der Umqualifikation von Fremd- in Eigenkapital handelt es sich um eine „*Vertrauenshaftung*", indem das Vertrauen der Gläubiger darauf geschützt wird, dass die Tätigkeit einer juristischen Person respektive ihrer gesamten Aktiven, mit denen sie normalerwiese eine gewinnstrebige Tätigkeit ausübt, in genügendem Masse mit Eigenkapital unterlegt sei. ZR 2005 Nr. 21 E. VI.A.4. BGer ZH (ER) FB030064 E. IV.A.8. BGer ZH (ER) FB030066 E. IV.A.8. vgl. auch BGer ZH (ER) FB000009 E. IV.1.3. – Prüft man die Umqualifizierung von Darlehen, sei es in risikotragendes Eigenkapital oder die Qualifizierung als rangrücktrittbelastet, so kann keinem Zweifel unterliegen, dass *zwischen Aktionäre und Gläubigern* einer Gesellschaft grundsätzlich eine *Sonderverbindung* besteht. Wobei wohl auch Einigkeit darüber besteht, dass die Aktionärseigenschaft zusätzlich qualifiziert sein muss (dabei ist wiederum strittig, ob nur ein „Hauptaktionär" entsprechendes Vertrauen begründen kann oder ob beherrschende und einflussreiche Stellung genügt). Festzuhalten ist aber dass nach Meinung des erkennenden Einzelrichters die rechtliche Inanspruchnahme von Darlehen als Eigenkapital oder zumindest als rücktrittsbelastet als ein *Anwendungsfall der vom*

Bundesgericht viel allgemeiner formulierten Vertrauenshaftung zu sehen ist. ZR 2005 Nr. 21 E. VI.A.7. BGer ZH (ER) FB030064 E. IV.A.8. BGer ZH (ER) FB030066 E. IV.A.8. ***Hinweis/Verweis***: Der in ZR 2005 Nr. 21 abgedruckte Entscheid wurde im Rechtmittelverfahren durch den obenstehenden Entscheid aufgehoben vgl. oben und die zwei Entscheide BGer ZH (ER) FB030064 und BGer ZH (ER) FB030066 mündeten in BGer 5C.226/2005 E. 5. BGer 5C.230/2005 E. 5. in welchen das Bundesgericht eine Umqualifiaktion zufolge Vertrauenshaftung verneinte. vgl. oben

Umqualifikation bei Darlehensgewährung im Zustand der Insolvenz: Die Geldzuschüsse (avances de fonds), welche Aktionäre im Zeitpunkt und in Kenntnis der Insolvenz, von chronischen Defiziten und des fast gänzlichen Verlustes des Eigenkapitals gewährten, um nicht die Bilanz deponieren zu müssen, wurden trotz ihrer formellen Ausgestaltung als Darlehen bei der Kollokation als (verdeckte) Kapitaleinlagen umqualifiziert. SemJud 1971 217 ff

Umqualifikation bei Darlehensgewährung im Zustand der Unterkapitalisierung bzw. einer finanziellen Notlage: Der Meinung, wonach eine Umqualifzierung nur dann vorzunehmen ist, falls die Höhe des Fremdkapitalanteils ausserhalb normaler Relationen und die Gesellschaft nach betriebswirtschaftlichen Gründen *unterkapitalisiert* ist, ist grundsätzlich zuzustimmen. Ein *Rechtsmissbrauch* kann nur dann vorliegen, wenn der darlehensgebende Aktionär durch sein Darlehen eine Krisensituation für die Firma schafft oder verschärft, wen er quasi *„offenen Auges" das Risiko einer Überschuldung eingeht* und sich dann mit der Rückforderung schadlos halten will. (Erst) durch die Darlehensgewährung in einer *finanziellen Notlage* kann dem Aktionär ein rechtmissbräuchliches Verhalten unterstellt werden. In diesem Moment werden durch Aktionärsdarlehen die Gläubiger der Gesellschaft über die Finanzlage getäuscht und die Gefahr eines Konkurses verschärft. AmtsGer SO SLZAG.2002.50 E. IV. – **In casu** betrug

das Fremdkapital CHF 17.2 Mio. und das Eigenkapital CHF 33.8 Mio. Damit lag die *Kapitalstruktur im Rahmen des Üblichen*. Eine Unterkapitalisierung war nicht vorhanden und das Grundkapital war intakt. Die Gesellschaft stand damit nicht kurz vor der Überschuldung und es drohte nicht unmittelbar eine wirtschaftliche Katastrophe. Demzufolge lag bei Darlehensgewährung keine eigentliche Notlage vor. AmtsGer SO SLZAG.2002.50 E. IV.

Drittmannstest: Es ist bereits *im Ansatz fragwürdig*, ob die Teilnahme an einem Cash Pool, bei der die Teilnehmerin – wie hier die Beschwerdegegnerin – über ihre Liquidität verfügt, als solche überhaupt einem *Drittmannstest* standhält. Die Frage braucht indessen nicht vertieft zu werden. Die konzerninternen Darlehen wurden nicht unter Drittbedingungen ausgerichtet. Folglich wurde damit mit Blick auf Art. 680 Abs. 2 OR das freie Aktienkapital gesperrt, als der Betrag im Umfang der Darlehensvaluta nicht zur Dividendenausschüttung zur Verfügung stand. BGE 140 III 544 E. 4.5. ***contra***: Schutzwürdiges Vertrauen, dass sich eine Gesellschaft nicht in finanziellen Schwierigkeiten befindet, wird insbesondere auch nicht dadurch begründet, dass ihr eine nahestehende Person ein Darlehen gewährt, das eine aussenstehende Person nicht gewähren würde (Drittmannstest), in welchem nur noch die Leistung einer Kapitaleinlage sanierende Wirkung entfaltet hätte. Solange eine Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht überschuldet ist, erscheinen die Darlehensgewährung und die spätere Geltendmachung der Forderung im Konkurs daher nicht als offenbar rechtsmissbräuchlich. BGE 151 III 440 E. 5.7.3 – Über den Fall der Überschuldung hinaus bietet das geltende Recht keine Grundlage für eine „Umwandlung“ von Fremd- in Eigenkapital bzw. die Annahme eines Rangrücktritts. Dies gilt insbesondere für den Umstand, dass Dritte – namentlich eine Bank – einer Gesellschaft keinen Kredit mehr gewährt hätte („Drittmannstest“). Abgesehen davon, dass der „*Drittmannstest*“ im Übrigen *kaum praktikabel* wäre, würden Kreditgebern damit zusätzliche Risiken aufgebürdet, welche Kreditvergaben

erschwerten bzw. verteuerten. OGer ZH NF040011 E. II.2.c vgl. auch BGer ZH (ER) FB000009 E. V.4.

Kommentar 9: Auch wenn die *Frage* eines konkludenten (Zwangs-)Rangrücktritts eine solche *des Gesellschafts-* und nicht des Insolvenz*rechts* ist (dazu, dass sich die Frage nach dem Gesellschaftsstatut richtet vgl. oben), seien einige wenige Bemerkungen erlaubt: Eine Umqualifikation gegen den Willen des Darlehensgebers erfordert eine gesetzliche Grundlage. Der im Zivilrecht nicht positivrechtlich verankerte „*Drittmannstest*" bietet keine *genügende Grundlage*. Auch das konturlose Konstrukt der Vertrauenshaftung taugt m.E. nicht als taugliches (tragfähiges) Konzept im vorliegenden Zusammenhang.

Die Anknüpfung an Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR (bzw. *Art. 725 Abs. 2 aOR)* und damit an die *Überschuldung* des Darlehensnehmers (sofern dieser eine juristische Person ist) scheint dagegen aus gesellschaftsrechtlicher Optik *systemkonform* und *macht auch wertungsmässig Sinn*. Der (nachfolgend zusammengezogene) Leitsatz des Obergerichts Zürich überzeugt: „*Wer um die Überschuldung einer Gesellschaft weiss und ihr ungeachtet dessen ein Darlehen zum Betrieb ihrer Geschäfte zur Verfügung stellt*, [] *der muss es hinnehmen, den anderen Gläubigern hintangesetzt zu werden*." OGer ZH NF040011 E. II.2.b – Ausserhalb einer Überschuldung fehlt es dagegen an einer genügende gesetzlichen Grundlage, um eine Umqualifikation vorzunehmen.

Kommentar 10: Im Zusammenhang mit der *paulianischen Anfechtung* (Art. 285 ff. SchKG) wird diskutiert, ob sog. *Sanierungsdarlehen* insofern *privilegiert zu behandeln* seien, deren Gewährung und Rückzahlung als Einheit aufzufassen sind, so dass die Rückzahlung nicht anfechtbar sein soll. ***Verweis***: vgl. dazu Allgemeines Damit besteht ein *Spannungsverhältnis* bei der Behandlung solcher Sanierungsdarlehen: aus anfechtungsrechtlicher Sicht soll eine Begünstigung Platz greifen, indem keine Anfechtung möglich ist. Demgegenüber soll bei der der Behandlung im Rahmen der Kollokation eine Benachteiligung zufolge Zwangssubordination erfolgen. Eine

solche (gewissermassen „schizophrene“) Behandlung widerstrebt wertungsmässig. Ein solcher *Wertungswiderspruch* wäre m.E. *nicht* (bzw. kaum überzeugend) *auflösbar*. Dies spricht (nebst anderen Gründen) dagegen, einem sog. „Sanierungsdarlehen“ (schon die Begriffsumschreiben bereitet einige Mühe) bei der Anfechtung eine privilegierte Behandlung zu Teil werden zu lassen (vgl. dazu Allgemeines). Damit ist aber auch gesagt, dass ein solcher Wertungswiderspruch nichts am Gesagten zum konkludenten Rangrücktritt zu ändern vermag.
Wissen um die Überschuldung/Insolvenz der Gesellschaft auf Seiten des Darlehensgebers: Der Darlehensgeber muss im Zeitpunkt der Darlehenshingabe von der *Überschuldung* der darlehensnehmenden Gesellschaft wissen OGer ZH NF040011 E. II.2.b vgl. auch OGer ZH NF920004 E. III.2.a, oder dies hätte wissen müssen. KGer ZG 16.8.2006 3.4.1. Zuweilen genügte auch die Kenntnis der *Insolvenz*, von chronischen Defiziten und des fast gänzlichen Verlustes des Eigenkapitals. SemJud 1971 217 ff. In einem anderen Fall wird gefordert, dass der darlehensgebende Aktionär durch sein Darlehen eine Krisensituation für die Firma schafft oder verschärft, wen er quasi *„offenen Auges“ das Risiko einer Überschuldung eingeht*. AmtsGer SO SLZAG.2002.50 E. IV.

Kommentar 11: Es ist richtig, dass es die Kenntnis des Darlehensgebers um die Gefahr bzw. um eine effektive Überschuldung bedarf, um eine Umqualifizierung vorzunehmen. Nur dann kann die spätere Rückforderung als rechtsmissbräuchlich gelten.
Person des Gläubigers

Aktionär/Hauptaktionär: Die Geldzuschüsse (avances de fonds), welche *Aktionäre* im Zeitpunkt und in Kenntnis der Insolvenz, von chronischen Defiziten und des fast gänzlichen Verlustes des Eigenkapitals gewährten, um nicht die Bilanz deponieren zu müssen, wurden trotz ihrer formellen Ausgestaltung als Darlehen bei der Kollokation als (verdeckte) Kapitaleinlagen umqualifiziert. SemJud 1971 217 ff. Durch die Darlehensgewährung in einer finanziellen Notlage kann dem *Aktionär* ein rechtmissbräuchliches Verhalten unterstellt

werden. AmtsGer SO SLZAG.2002.50 E. IV. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass *zwischen Aktionäre und Gläubigern* einer Gesellschaft grundsätzlich eine *Sonderverbindung* besteht. Wobei wohl auch Einigkeit darüber besteht, dass die Aktionärseigenschaft zusätzlich qualifiziert sein muss (dabei ist wiederum strittig, ob nur ein „Hauptaktionär" entsprechendes Vertrauen begründen kann oder ob beherrschende und einflussreiche Stellung genügt). ZR 2005 Nr. 21 E. VI.A.7. BGer ZH (ER) FB030064 E. IV.A.8. BGer ZH (ER) FB030066 E. IV.A.8.; vgl. auch OGer ZH NF920004 E. III.2.a, wo nur vom Aktionär die Rede ist. ***Hinweis/Verweis***: Der in ZR 2005 Nr. 21 abgedruckte Entscheid wurde im Rechtmittelverfahren durch den obenstehenden Entscheid aufgehoben vgl. oben und die zwei Entscheide BGer ZH (ER) FB030064 und BGer ZH (ER) FB030066 mündeten in BGer 5C.226/2005 E. 5. BGer 5C.230/2005 E. 5. in welchen das Bundesgericht eine Umqualifiaktion zufolge Vertrauenshaftung verneinte. vgl. oben

Jeder Gläubiger: Es ist nicht einzusehen, warum es für die *Behandlung solcher Darlehen als rangrücktrittsbelastet* weiterer Voraussetzungen – namentlich einer zusätzlichen besonderen Beziehung des Darlehensgläubigers zur Gesellschaft oder eines Schadens bzw. einer konkreten Gefährdung der andern Gläubiger – bedürfte. OGer ZH NF040011 E. II.2.b

Kommentar 12: Ist die gesetzliche Grundlage für eine Umqualifikation Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR (bzw. Art. 725 Abs. 2 aOR) (in Verbindung mit Art. 2 ZGB) und damit die drohende oder effektive Überschuldung (vgl. oben) und wird weiter vorausgesetzt, dass der Darlehensgeber im Zeitpunkt der Ausrichtung des Darlehens um die drohende bzw. die effektive Überschuldung der darlehensnehmenden Gesellschaft gewusst haben muss (vgl. oben), so ist es m.E. folgerichtig keine *weiteren Voraussetzungen an die Person des Gläubigers* bzw. Darlehensgebers *zu stellen*. Es muss sich somit namentlich nicht um einen *Aktionär* oder gar einen Hauptaktionär handeln.

Wirkungen einer Umqualifikation

Behandlung bei der Kollokation

Keine Umqualifikation in Eigenkapital: Ein Aktionärsdarlehen ist *Fremdkapital*. Es schafft kein Eigenkapital und erhöht in der finanziellen Krise den Verschuldensgrad der geschwächten Gesellschaft noch zusätzlich. *Eine Umqualifikation kapitalersetzender Darlehen in Eigenkapital kann es nicht geben*. BGer 6B_492/2009 E. 2.3.2. BGer 4A_496/2010 E. 2.4. (je mit Verweis auf BGer 5C.230/2005 E. 3.) Eine Umwandlung in Eigenkapital ist *dem geltenden schweizerischen Recht fremd*. Die Aktionärspflichten beschränken sich auf die Liberierung des Mindestkapitals von Fr. 100'000.– (Art. 621 und 632 OR). Darüber hinaus bestehen Bestimmungen über die Reservebildung (Art. 671 ff. OR) sowie Verbote für die Rückgewähr von Einlagen (Art. 680 Abs. 2 OR), für verdeckte Gewinnausschüttungen (Art. 678 Abs. 2 OR) und für die Verzinsung des Aktienkapitels (Art. 675 Abs. 1 OR). BGer 5C.226/2005 E. 3. BGer 5C.230/2005 E. 3. (beide Fälle betrafen denselben Sachverhalt) – Erfolgt die Leistung auf eine ausgewiesene (und nicht bloss fiktive) Gesellschaftsschuld hin, wird nicht Eigenkapital zurückerstattet, sondern Fremdkapital zurückbezahlt (was selbst dann gilt, wenn es um die Rückzahlung eines sog. „kapitalersetzenden Darlehens" geht, wird doch eine *Umqualifikation von Fremd- in Eigenkapital im Aktienrecht grundsätzlich abgelehnt*). BGer 6B_492/2009 E. 2.3.2. (mit Verweis auf BGer 5C.230/2005 E. 2.4.) Auch Forderungen von Aktionären gegenüber der eigenen AG sind als Fremdkapital zu behandeln und – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – von der AG entsprechend zu erfüllen. BGer 4A_496/2010 E. 2.4. ***contra***: Bei der Umqualifikation von Fremd- in Eigenkapital handelt es sich um eine „Vertrauenshaftung", indem das Vertrauen der Gläubiger darauf geschützt wird, dass die Tätigkeit einer juristischen Person respektive ihrer gesamten Aktiven, mit denen sie normalerwiese gewinnstrebige Tätigkeiten ausübt, in genügendem Masse mit Eigenkapital unterlegt sei. ZR 2005 Nr. 21 E. VI.A.4./E. VI.B.2.c. [dieser Entscheid wurde im Rechtmittelverfahren aufgehoben; vgl. oben – ebenfalls ***contra***: BGer ZH (ER) FB000009 E. IV.1.3. E. V.4 OGer ZH NF920004 E. III.3.f.

SemJud 1971 217 ff. ***offengelassen*** wird die Frage (bzw. beide möglichen Folgen werden erwähnt, nämlich Qualifikation als Eigenkapital oder mit Rangrücktrittsbelastung) in BGer ZH (ER) FB030064 E. IV.A.8. BGer ZH (ER) FB030066 E. IV.A.8. AmtsGer SO SLZAG.2002.50 E. IV.

Kommentar 13: Die erstgenannte Ansicht ist zutreffend. Eine Umqualifikation in (formelles) Eigenkapital, so dass eine Kollokation per se ausgeschlossen wäre, widerspricht dem geltenden Gesellschaftsrecht und ist deshalb nicht angängig (und zum Schutz der übrigen Gläubiger auch nicht notwendig).
Umqualifikation als rangrücktrittsbelastet i.S.v Art. 725 Abs. 2 aOR (heute Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR): Sind die Voraussetzungen für eine Umqualifikation erfüllt, muss es der Darlehensgeber hinnehmen, *den andern Gläubigern hintangesetzt zu werden*. Behandelt man seine Forderung als rangrücktrittsbelastet, so geschieht dies im Sinne der Regelung von Art. 725 Abs. 2 aOR. OGer ZH NF040011 E. II.2.b vgl. auch KGer ZG 16.8.2006 E. 3.5. ***offengelassen*** wird die Frage (bzw. beide möglichen Folgen werden erwähnt: Qualifikation als Eigenkapital oder Rangrücktrittsbelastung) in BGer ZH (ER) FB030064 E. IV.A.8. BGer ZH (ER) FB030066 E. IV.A.8 AmtsGer SO SLZAG.2002.50 E. IV.

Kommentar 14: Die Ansicht des Obergerichts Zürich überzeugt. Die Forderung ist als Fremdkapital zu behandeln und damit bei der Kollokation zu berücksichtigen. Sie ist jedoch zu behandeln, wie wenn eine (i.S.v. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR bzw. Art. 725 Abs. 2 aOR) formelle Rangrücktrittserklärung (ohne bedingten Forderungsverzicht) abgegeben worden wäre.
Entscheid bei der Kollokation: Über die Nachrangigkeit ist bei der Kollokation und nicht erst bei der Verteilung zu entscheiden. BGE 151 III 440 E. 5.1

Sonstige Wirkungen

Kommentar 15: Da die Forderung zu behandeln ist, wie wenn eine (i.S.v. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR bzw. Art. 725 Abs. 2 aOR) formelle Rangrücktrittserklärung abgegeben worden wäre, gelten auch die anderen Wirkungen einer solchen Erklärung: Die

Forderung ist *unverzinslich* und sie untersteht einem *Verrechnungsverbot*. Dagegen gilt kein bedingter Forderungsverzicht für den Insolvenzfall, auch wenn die Praxis für formelle Rangrücktritte gemäss Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR bzw. Art. 725 Abs. 2 aOR vermehrt einen solchen vorsehen.

Relativer Rangrücktritt

Begriff: Von einem relativen Rangrücktritt spricht man, wenn ein Gläubiger nicht gegenüber allen anderen Gläubigern einen Rücktritt erklärt, sondern nur einzelnen Gläubigern gegenüber. Es wird auch der Begriff Nachrangigkeitserklärung verwendet.

Behandlung bei der Kollokation: Das Konkursamt hatte bei der Kollokation Forderungen mit einem *relativen Rangrücktritt* in einer *„fiktiven 4. Klasse“* und *Forderungen mit einem „normalen“ Rangrücktritt* (gemäss Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR bzw. Art. 725 Abs. 2 aOR) in einer *„fiktiven 5. Klasse“* kolloziert. Dieses Vorgehen war sinnvoll und es wurde damit herausgestrichen, dass im vorliegenden Konkursverfahren unterschiedliche Rangrücktritte bestehen. KGer GR KSK 17 7

Kommentar 16: Ein relativer Rangrücktritt kann vertraglich ganz unterschiedlich ausgestaltet sein. Der *Inhalt* und damit auch die *Wirkungen* sind durch *Auslegung* zu ermitteln. Erklärt ein Gläubiger einzig, im Rang hinter *bestimmte andere Gläubiger* zurückzutreten, so ist unklar, wie dies bei der Kollokation zu berücksichtigen ist bzw. berücksichtigt werden kann.Es ist (in Unkenntnis der konkreten Ausgestaltung) unklar, wie die beabsichtigte Wirkung eines relativen Rangrücktritts mit einer *„fiktiven 4. Klasse“* hinreichend Rechnung getragen werden kann. Aufgrund dessen sind solche Forderung zu kollozieren, wie wenn kein relativer Rangrücktritt erfolgt wäre.

Im Stadium der *Redaktion einer relativen Rangrücktrittserklärung* ist es *empfehlenswert* (aus Gründen der Klarheit und der späteren Umsetzbarkeit bei der Kollokation), dass der rücktrittswillige Gläubiger (allenfalls unter bestimmten Bedingungen) entweder seine Insolvenzforderung

(Konstellation A) oder seinen Dividendenanspruch in Bezug auf diese Insolvenzforderung (Konstellation B) an den begünstigten Gläubiger *abtritt*. Damit wird die relative Wirkung auch (nur) zwischen dem belasteten und dem begünstigten Gläubiger zivilrechtlich umgesetzt. In beiden Konstellationen ist die *„Abbildung" dieser Regelung bei der Kollokation unproblematisch*. In Konstellation A wird der begünstige Gläubiger auch für die „Rangrücktrittsforderung" ohne Nachrangigkeit kolloziert. In Konstellation B wird der Rangrücktrittsgläubiger mit der Forderung ebenfalls ohne Nachrangigkeit kolloziert. In beiden Fällen ist es Sache des belasteten bzw. begünstigen Gläubigers gegebenenfalls miteinander abzurechnen, so dass sich das Konkursamt (gleichlautenden Instruktionen beider Gläubiger vorbehalten) nicht damit befassen muss, sondern nach dem Kollokationsplan (im Rahmen der Verteilungsliste) verteilen kann.