

# Der Rangrücktritt und seine Alternativen

## Klassische Alternativen – Rückdarlehen (cash pool)? – Garantie?

*Rangrücktritte von Gläubigern sind seit Jahrzehnten als kurzfristiges Sanierungsmittel zur Vermeidung der Bilanzdeponierung verbreitet. Seit Einführung des neuen Aktienrechts am 1. Juli 1992 wird diese Lösung in Art. 725 Abs. 2 OR ausdrücklich erlaubt. Fehlt es an geeigneten Gläubigern mit Rangrücktrittspotential [1], so sind Ersatzlösungen gefragt. In der Praxis wird die Revisionsstelle [2] mit einer Vielfalt von Alternativen konfrontiert. Neben klassischen Substituten mit generellem Anwendungsbereich werden in Konzernen regelmässig z.B. Lösungen mit Rückdarlehen (cash pool) oder Garantielösungen vorgeschlagen. Es stellt sich die Frage, ob alle Alternativvorschläge den Anforderungen von Art. 725 Abs. 2 OR genügen.*

Rangrücktritts in der Literatur[4]. In der Praxis hat sich vor allem die Treuhand-Kammer intensiv mit der Ausgestaltung des Rangrücktritts befasst und standardisierte Rangrücktrittserklärungen entworfen[5]. Bei diesen Mustertexten dürfen wir heute davon ausgehen, dass sie Normcharakter beanspruchen können. Rangrücktrittserklärungen sollten sich daher punkto Gläubigerschutz mindestens an das Niveau dieses Musters halten.

Probleme ergeben sich in der Praxis dann, wenn die überschuldete Gesellschaft keine (oder betragsmässig nicht ausreichende) Verbindlichkeiten gegenüber Gläubigern mit potentieller Eignung für Rangrücktrittserklärungen besitzt. Damit sind die Alternativen angesprochen, die in diesem Aufsatz analysiert werden sollen [6].

## 1. Rechtliche Ausgangslage

### 1.1 Einleitung

Rangrücktritte von Gläubigern sind seit Jahrzehnten in der Praxis verbreitet. Ob diese den Verwaltungsrat der Schuldnerin von der Benachrichtigung des Richters entbinden, war allerdings umstritten [3]. Seit der Aktienrechtsreform von 1992 ist der Rangrücktritt durch das Gesetz anerkannt. Trotz festgestellter Überschuldung hat der Verwaltungsrat die Möglichkeit, auf die Benachrichtigung des Richters zu verzichten, sofern gemäss Art. 725 Abs. 2 OR Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.

Der Gesetzgeber hat damit den Rangrücktritt inhaltlich nicht definiert. Ent-

sprechend vielfältig sind denn auch die Stellungnahmen zur Ausgestaltung des



Rico A. Camponovo, Rechtsanwalt,  
lic. iur. et lic. oec. publ., Stellvertretender  
Direktor und Leiter des Fachteams  
Revisionsrecht, KPMG Fides, Zürich

## 1.2 Inhalt und Problematik des Rangrücktritts

### 1.2.1 Zweck des Rangrücktritts

Art. 725 Abs. 2 OR ist eine Gläubigerschutzbestimmung. Zweck des Rangrücktritts ist es daher, Gläubigerausfälle zu verhindern, indem der im Rang zurücktretende Gläubiger seine Bereitschaft erklärt, im Konkurs- oder Nachlassfall [7] auf seine Forderung insoweit zu verzichten, als die Forderungen der anderen Gesellschaftsgläubiger nicht gedeckt sind. Der überschuldeten Gesellschaft ermöglicht der Rangrücktritt die Weiterführung des Geschäftes und im Zusammenhang mit anderen Massnahmen möglicherweise die Sanierung der Gesellschaft. Das Gesetz sanktioniert mit dieser Bestimmung ausnahmsweise, dass ein Geschäft in gewissen Fällen ohne Eigenkapital betrieben werden darf [8].

### 1.2.2 Anforderungen an den Rangrücktritt

Das Verständnis dieses Aufsatzes setzt Kenntnis der wichtigsten Grundlagen des Rangrücktritts voraus; sie sollen daher hier kurz wiederholt werden. Heute ist allgemein anerkannt, dass nur ein Rangrücktritt genügt, bei welchem der Gläubiger unbeding und unwiderruflich sowohl den Rücktritt im Rang für den Insolvenz- oder Liquidationsfall als auch Stundung der Kapitalforderung, evtl. auch Stundung der Zinsen erklärt, und zwar mindestens so lange, als ungedeckte Verbindlichkeiten der Schuldnerin gegenüber Dritten bestehen [9]. Auch ein Verrechnungsverbot gehört dazu, ansonsten könnte der zurücktretende Gläubiger die Forderung auf diesem Weg tilgen [10].

Zweiseitig sollte die Vereinbarung sein, weil auch die Gesellschaft die Forderung nicht tilgen darf. Unwiderruflich muss der Vertrag deshalb ausgestattet werden, weil der Gläubiger seinen Verzicht auf vorläufige Tilgung seiner Forderung zugunsten der anderen Gesellschaftsgläubiger ausspricht. Im Zwangsvollstreckungsfall wird dies z.B. im Kollokationsplan deutlich, weil diese Gläubiger durch Kollokationsklage (Art. 250 Abs. 2 SchKG) die Zurückversetzung des betroffenen Gläubigers im Rang durchsetzen können [11]. Nichts anderes kann für den Fall der unerlaubten Rückzahlung ausserhalb des Zwangsvollstreckungsfalles gelten. Jeder Gläubiger hat gemäss Art. 112 OR das Recht, den Rücktrittsgläubiger auf Rückleistung an die Gesellschaft zu verklagen [12]. Weiter sollte der Rangrücktritt aus Beweisgründen schriftlich abgeschlossen und die Bonität der zurücktretenden Gläubiger überprüft werden.

### 1.2.3 Gesetzliche Zulässigkeit von Alternativen zum Rangrücktritt?

Die Prüfungsaufgaben der Revisionsstelle gemäss Art. 728 ff. OR, die Anzeigepflichten bei Verstössen gegen Gesetz oder Statuten gemäss Art. 729b Abs. 1 OR und insbesondere bei offensichtlicher Überschuldung (Abs. 2) machen eine Prüfung der vom Verwaltungsrat der Schuldnerin vereinbarten Rangrücktrittserklärungen durch die Revisionsstelle erforderlich.

Wie bereits erwähnt, legt das Gesetz den Rangrücktritt inhaltlich nicht genau fest. Umso weniger äussert sich das Gesetz zur Zulässigkeit von Alternativen. Sind Alternativen daher zum vornherein ausgeschlossen? Falls nein, nach welchen Kriterien soll deren gesetzliche Zulässigkeit beurteilt werden?

Es ist nicht davon auszugehen, dass Alternativen a priori untersagt sind. Genauso wie der Rangrücktritt einst ohne explizite gesetzliche Grundlage aus der Praxis heraus entstand, können neue Alternativinstrumente entstehen und mit der Zeit gesetzliche Anerkennung finden. Allerdings ist bei der Beurteilung von neuen Instrumenten Vorsicht geboten. Wir befinden uns hier im Bereich der Überschuldung und damit in einem sensitiven Bereich, wo der Gesetzgeber und die Gerichte traditionell den Gläubigerschutz hoch gewichten.

Für die nachfolgende Beurteilung jeder einzelnen Alternative gehe ich daher davon aus, dass diese mindestens dem gesetzeskonformen Rangrücktritt nach Art. 725 Abs. 2 OR gleichwertig sein muss. Gleichwertig heisst, dass die Schutzwirkung für die Gläubiger mindestens gleich gross sein muss. Um diesen Vergleich zu ermöglichen, muss zuerst das verbleibende Risiko für die Gesellschaftsgläubiger bei einem gesetzeskonformen Rangrücktritt erfasst werden. Welches sind diese Risiken?

### 1.2.4 Gläubigerrisiken beim gesetzeskonformen Rangrücktritt

Die grösste Gefahr für die nicht zurücktretenden Gesellschaftsgläubiger geht bei einem Rangrücktritt davon aus, dass dieser z.B. von der Konkursverwaltung des Rangrücktrittsgläubigers paulianisch [13] angefochten und beseitigt wird.

Zwar verlangt der Abschluss eines Rangrücktrittsvertrages vom Verwaltungsrat der überschuldeten Gesellschaft genau aus diesem Grund eine Bonitätsprüfung [14] des Zurücktretenden. Diese Prüfung kann aber nicht alle Anfechtungsrisiken abdecken. Erstens vermag sie selbst die Bonitätsfrage nicht mit Sicherheit zu klären, weil die üblichen Prüfungshandlungen wie z.B.

Auszug aus dem Betreibungsregister, Einsichtnahme in die letzte Jahresrechnung mit Revisionsbericht oder Vermögensübersicht [15], Bankbestätigung oder evtl. Ermittlung des Kreditratings etc. dazu nicht ausreichen können.

Zweitens ist z.B. die Schenkungsanfechtung [16] von der Bonität unabhängig, kann sie doch bei Ungleichgewicht [17] zwischen Leistung und Gegenleistung rückwirkend auf ein Jahr vor Konkurseröffnung angehoben werden, auch wenn die Eigenkapitalsituation des Zurücktretenden bei Vollzug der Schenkung intakt war. Immerhin ist es eher selten, dass eine Gesellschaft in Zwangsvollstreckung gerät, wenn ihre Bonität nur zwölf Monate zuvor in Ordnung war.

Auch die Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG – die ja auf fünf Jahre zurückreicht – kann mit der Bonitätsprüfung alleine nicht ausgeschlossen werden. Immerhin sind erfolgreiche Absichtsanfechtungen erstens selten, weil der Nachweis subjektiver Tatbestandselemente schwierig ist. Und auch hier ist es zweitens so, dass kaum je gleichzeitig Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht des Rücktrittsgebers vorliegen wird, wenn der Schuldner sich von der intakten Bonität des Zurücktretenden überzeugt.

Ein Anfechtungsrisiko ist also für den Gesellschaftsgläubiger vorhanden. Es ist gesamthaft gesehen klein. Insbesondere reduziert es sich nach Ablauf eines Jahres erheblich und nimmt während der nächsten vier Jahre weiter ab, bis es nach fünf Jahren gänzlich entfällt. Diese Risikolage muss den Massstab zur Prüfung der gesetzlichen Zulässigkeit von Alternativen bilden.

Der Rangrücktrittsvertrag unterliegt zusätzlich dem Risiko der Nichtigkeit (Art. 20 OR) und demjenigen der Anfechtung infolge von Vertragsmängeln i.S.v. Art. 23 ff. OR. In der Praxis sind solche Fälle äusserst selten. Diese Risiken wurden deshalb auf den Abbildungen 1–4 nicht bildlich erfasst. Das Risiko müsste bei acht Alternativen, mit Ausnahme der Alternativen 1 und 2 angeführt werden. Vor allem bei im Handelsregister eingetragenen Kapitalerhöhungen sind nämlich Nichtigkeit

und Anfechtung auch rechtlich eingeschränkt [18]. Eine analoge Beschränkung von Nichtigkeit und Anfechtung ist m.E. auch beim Rangrücktritt sinnvoll, ermöglicht er doch der Schuldnerin ohne Eigenkapital die weitere Teilnahme am Geschäftsverkehr, was einen ähnlichen Schutz der Öffentlichkeit erfordert. Zudem wird im Jahresabschluss und im dazugehörigen Revisionsbericht auf den Rangrücktritt hingewiesen, was ebenfalls Vertrauen der Öffentlichkeit schafft.

**1.3 Lektüre der Abbildungen 1–4**

Bei den in dieser Arbeit verwendeten *Abbildungen 1–4* gilt es folgendes zu beachten: Die Bilanzabbildungen vernachlässigen erstens zeichnerisch zwecks Übersichtlichkeit das zwingend vorhandene Aktienkapital. Es müsste an sich bei jeder Bilanzbox unter dem «FK» (Fremdkapital) als weiteres Kästchen «AK» (Aktienkapital) angefügt werden. Entsprechend würde sich auf der Aktivseite das Kästchen «BV» (Bilanzverlust) verlängern. Zweitens verwende ich der Einfachheit halber konsequent den Ausdruck Bilanzverlust, ohne die praxisüblichen Begriffe [19] wie Unterbilanz (Aktienkapital nicht

mehr vollständig, aber mindestens zu 50 % gedeckt), Kapitalverlust (Aktienkapital nicht mehr zu 50 %, aber mindestens zu 0 % gedeckt) und Überschuldung (Fremdkapital nicht mehr voll gedeckt) zu unterscheiden.

**2. Die klassischen Alternativen**

Weitverbreitet sind in der Praxis fünf klassische [20] Alternativen: Kapitalerhöhung (Bar- oder Sacheinlage/-übernahme), Umwandlung Fremdkapital in Eigenkapital, Gläubigerverzicht, à-fonds-perdu-Zuschuss und Gewährung eines neuen Darlehens mit gleichzeitigem Rücktritt im Rang. *Abbildung 1* stellt diese Alternativen bildlich dar.

*Alternative 1: Kapitalerhöhung mit Bar- oder Sacheinlage (Abbildung 1)*

Die Kapitalerhöhung mit Liberierung durch Barmittel oder Sacheinlage oder -übernahme ist aus Gläubigersicht die beste Alternative zum Rangrücktritt. Sie beseitigt die Überschuldung durch Zufluss neuer Aktiven, ohne dass das Fremdkapital zunimmt. Da Kapitalerhöhungen nach der Eintragung im Handelsregister selten nichtig oder an-

fechtbar sind [21], ist hier die Risikolage für die Gläubiger noch günstiger als beim eigentlichen Rangrücktritt. Diese Alternative ist ein rechtlich vollwertiger Ersatz für den Rangrücktritt.

*Alternative 2: Umwandlung Fremdkapital in Eigenkapital (Abbildung 1)*

Die Kapitalerhöhung mit Liberierung durch Verrechnung ist aus Gläubigersicht ebenso valabel wie Alternative 1. Sie beseitigt die Überschuldung durch Abgang von Verbindlichkeiten, ohne dass Aktiven abfließen. Da Kapitalerhöhungen – wie bei Alternative 1 erwähnt – nach der Eintragung im Handelsregister kaum wegfallen können, ist hier die Risikolage für die Gläubiger ebenfalls günstiger als beim eigentlichen Rangrücktritt.

Seit kurzer Zeit ist allerdings eine Kontroverse darüber entbrannt, ob in diesen Fällen das Aktienkapital 100%ig liberiert sei. Im Überschuldungsfall sei nämlich das Fremdkapital nicht voll gedeckt, die zur Liberierung verwendete «Forderung sei daher nicht wert-haltig», womit eine Nachliberierungspflicht entstehe. Diese Begründung ist allerdings nicht stichhaltig [22]. In der

Abbildung 1  
**Beseitigung Überschuldung / Klassische Alternativen 1–5**

Ausgangslage	Lösung	Alternative 1	Alternative 2	Alternative 3	Alternative 4	Alternative 5
Überschuldung	Rangrücktritt	Kapitalerhöhung bar/Sacheinlage	FK → EK	Gläubigerverzicht	à-fonds-perdu-Zuschuss	Neues Darlehen mit Rangrücktritt
	Zukunftsrisiko: klein	Zukunftsrisiko: sehr klein	Zukunftsrisiko: klein	Zukunftsrisiko: klein	Zukunftsrisiko: marginal grösser	Zukunftsrisiko: marginal grösser
	– paulian. Anfechtung • 1 Jahr/5 Jahre • jährlich abnehmend	– keine paulian. Anfechtung	– keine paulian. Anfechtung – Spezialrisiko • Liberierung d. Verr	– paulian. Anfechtung • 1 Jahr/5 Jahre • jährlich abnehmend	– paulian. Anfechtung • 1 Jahr/5 Jahre • jährlich abnehmend	– paulian. Anfechtung • 1 Jahr/5 Jahre • jährlich abnehmend

**Legende:**  
 U = Unterdeckung Gläubiger    A = Aktiven    FK = Fremdkapital    BV = Bilanzverlust    EK = Eigenkapital    LM = Liquide Mittel

Praxis wird dieses für alle Betroffenen attraktive Sanierungsinstrument nach wie vor akzeptiert. Auch diese Alternative ist ein rechtlich vollwertiger Ersatz für den Rangrücktritt. Es ist jedoch sinnvoll, wenn die Revisionsstelle den Verwaltungsrat auf diese abweichende Ansicht aufmerksam macht.

*Alternative 3: Gläubigerverzicht [23] (Abbildung 1)*

Der Verzicht des Gläubigers auf seine Forderung ist aus Gläubigersicht eine sehr gute Alternative zum Rangrücktritt. Er beseitigt die Überschuldung durch Abgang von Verbindlichkeiten, ohne dass Aktiven abfliessen. Die Verzichtserklärung muss unwiderruflich und aus Beweisgründen schriftlich sein. Es genügt eine einseitige Erklärung des Verzichtenden. Bezüglich Anfechtbarkeit gelten dieselben Überlegungen wie beim Rangrücktritt (Ziff. 1.2.4 oben). Auch hier ist demnach die Bonitätsprüfung vorzunehmen.

Ein minimaler Unterschied liegt darin, dass der Verzicht endgültig ist, ein Rangrücktritt hingegen bei positivem Verlauf der Sanierung in der Zukunft wieder entfallen könnte. Dieser Unterschied ist allerdings theoretisch. Die

Rückzahlung rangrücktrittsbelasteter Schulden ist in der Praxis äusserst selten.

Trotzdem ist der Verzicht eine Spur radikaler und erhöht tendenziell die Anfechtungschancen. Dieser Unterschied ist aber meistens [24] marginal, so dass auch diese Alternative ein rechtlich vollwertiger Ersatz für den Rangrücktritt ist.

*Alternative 4: à-fonds-perdu-Zuschuss (Abbildung 1)*

Der à-fonds-perdu-Zuschuss ist aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger eine sehr gute Alternative zum Rangrücktritt. Er beseitigt die Überschuldung durch Zufluss neuer Aktiven, ohne dass das Fremdkapital zunimmt. Die rechtlichen Anforderungen an diesen Zuschuss und die Risikolage sind vergleichbar mit dem Gläubigerverzicht. Allerdings ist der Zuschuss nochmals eine Spur radikaler, weil er dem Zuschliessenden frische – und damit zu 100% werthaltige – Mittel entzieht und damit tendenziell die Anfechtungschancen erhöht. Beim Verzicht werden dem Gläubiger ja keine frischen Mittel entzogen, die Darlehensgewährung kann weit zurückliegen und das Darle-

hen ist deshalb meist nicht mehr voll werthaltig. Je näher die Darlehenshingabe aber zeitlich bei der Verzichtserklärung liegt, desto vergleichbarer wird die Risikolage mit dem à-fonds-perdu-Zuschuss.

Doch auch dieser Unterschied ist meist marginal, weil die Anfechtungsrisiken bei intakter Bonität gesamthaft gesehen sehr klein sind. Diese Alternative ist ein rechtlich vollwertiger Ersatz für den Rangrücktritt.

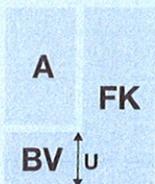
*Alternative 5: Neues Darlehen mit Rangrücktritt (Abbildung 1)*

Ein neues Darlehen mit Rangrücktritt ist – sofern vollzogen – aus Gläubigersicht eine sehr gute Alternative zum Rangrücktritt auf alten Verbindlichkeiten. Es beseitigt die Überschuldung durch Zufluss neuer Aktiven, ohne dass das unbedingte Fremdkapital zunimmt. Die rechtlichen Anforderungen an diesen Geldzugang sind analog zum normalen Rangrücktritt. Das Risiko liegt zwischen demjenigen beim Gläubigerverzicht und dem à-fonds-perdu-Zuschuss. Im Gegensatz zum Verzicht werden hier neue Mittel zugeschossen. Gegenüber dem à-fonds-perdu-Zuschuss wird nicht voll auf die

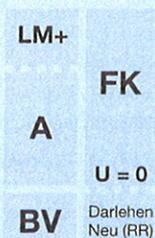
Abbildung 2

**Alternative 6: Neues Darlehen mit Rangrücktritt und Rückdarlehen**

**Ausgangslage**  
Überschuldung

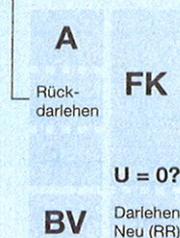


**Alternative 5**  
1. Schritt  
neues Darlehen  
mit Rangrücktritt



wie Alternative 5

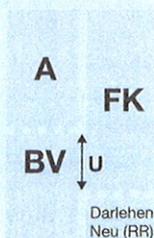
**Alternative 6**  
2. Schritt  
Rückgewährung Darlehen (cash pooling)



Zukunftsrisiko:  
– paulian. Anfechtung  
• 1 Jahr/5 Jahre  
• jährlich abnehmend

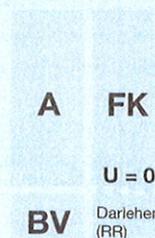
– Bonität Rückdarlehensnehmer  
• jährlich zunehmend  
• Konzernverknüpfung

**Alternative 6**  
Schlimmster Fall  
Nichtzahlung  
Rückdarlehen



Situation ist mindestens so schlecht wie in der Ausgangslage

**Alternative 5**  
Schlimmster Fall  
Konkurs



Situation problemlos

**Legende:**

U = Unterdeckung Gläubiger A = Aktiven FK = Fremdkapital BV = Bilanzverlust LM = Liquide Mittel

Rückzahlung verzichtet. Auch diese Alternative ist ein rechtlich vollwertiger Ersatz für den Rangrücktritt.

### 3. Alternative 6: Neues Darlehen mit Rangrücktritt und Rückdarlehen

#### Alternative 6 (Abbildung 2)

Für Alternative 6 wird die Überschuldung im ersten Schritt durch Gewährung eines neuen Darlehens mit Rangrücktritt i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR beseitigt (Abb. 1 oder 2/Alternative 5).

Vor allem in Konzernverhältnissen wird ein Stehenbleiben [25] beim ersten Schritt vom Verwaltungsrat der Muttergesellschaft dann abgelehnt, wenn die überschuldete Gesellschaft liquiditätsmässig dieser neuen Mittel nicht sofort bedarf. Deshalb werden die Mittel im zweiten Schritt umgehend – wie in vielen Konzernen üblich – in die Cash-Pool-Gesellschaft abgeführt (Abb. 2/Alternative 6/2. Schritt). Ist durch diese zweite Transaktion die Lösung der Überschuldungsproblematik wieder in Frage gestellt?

Der Verwaltungsrat der Obergesellschaft verneint dies regelmässig. Er beruft sich darauf, dass die beiden Schritte nicht verknüpft werden dürfen. Schritt eins beseitigt die Überschuldung i.S.v. Alternative 5 in recht-

lich einwandfreier Weise. Schritt zwei habe mit dieser Frage nichts mehr zu tun. Zudem verweist er regelmässig auf die konzerninternen Vorschriften zum cash-pooling, die auch von der betroffenen Tochtergesellschaft einzuhalten seien. Diese Vereinbarungen garantierten die optimale Verteilung oder renditemaximierende Anlage der flüssigen Mittel im übergeordneten Konzerninteresse. Wie präsentiert sich die Lage aus Sicht der Gläubiger?

Wenn wir die Risikolage der Alternative 6 analysieren, zeigt sich zwar, dass erstens die Anfechtungsrisiken aus der Darlehensgewährung (Abb. 2/1. Schritt) nicht anders sind als bei Alternative 5. Ein eklatanter Unterschied zu den Alternativen 1–5 bzw. ein erhebliches zusätzliches Risiko erwächst jedoch aus dem Rückdarlehen. Die Bonität des Rückdarlehensnehmers ist entscheidend dafür, ob im Zwangsvollstreckungsfalle die Überschuldung plötzlich wieder «auflebt», weil die Beseitigung der Überschuldung von der Zahlungsfähigkeit des Rückdarlehensnehmers in der Zukunft abhängt. Anders ist es bei Alternative 5, wo die Beseitigung der Überschuldung abgeschlossen ist und eben gerade nicht von der künftigen Zahlungsfähigkeit abhängt.

Es ist zwar richtig, dass wir bei beiden Alternativen von einer intakten Bonität des Rückdarlehensnehmers ausgehen. Das ist nicht anders möglich,

weil wir bereits für den ersten Schritt (Alternative 5) zwecks Verminderung des Anfechtungsrisikos die Bonität des Rangrücktrittsgebers prüfen und als intakt beurteilen müssen. Ansonsten hätte bereits der erste Schritt nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprochen. Wieso genügt eine vorhandene intakte Bonität für Schritt zwei nicht [26]? Für die Gültigkeit des Rangrücktritts genügt es eben, wenn die Bonität im Zeitpunkt des Rücktritts gegeben ist. Künftige Verschlechterungen der Bonität können einem gesetzeskonform vollzogenen Rangrücktritt kaum schaden (oben 1.2.4).

Das Gegenteil gilt für das Rückdarlehen. Die Bonität im heutigen Zeitpunkt ist nur eine Minimalanforderung [27]. Für die zu schützenden Gläubiger ist entscheidend, wie die Rückzahlungsfähigkeit sich in der Zukunft entwickelt. Risikoabschätzungen für die künftige Entwicklung der Bonität sind an sich risikobehaftet. Da die Vertragsparteien zudem durch Konzernbande verknüpft sind, wird das Rückzahlungsrisiko weiter verschärft [28]. Damit wird aber die von Art. 725 Abs. 2 OR geforderte sofortige Beseitigung der Überschuldung unterlaufen und materiell von ungewissen künftigen Ereignissen abhängig gemacht. Eine einfache Doppeltransaktion – Einbuchung einer Verbindlichkeit und einer Forderung – kann die solide Gläubigerschutzwirkung von Alternative 5 also nicht annähernd erreichen.

Abbildung 3  
Alternativen 7 und 8: Abstrakte Schuldenanerkennung

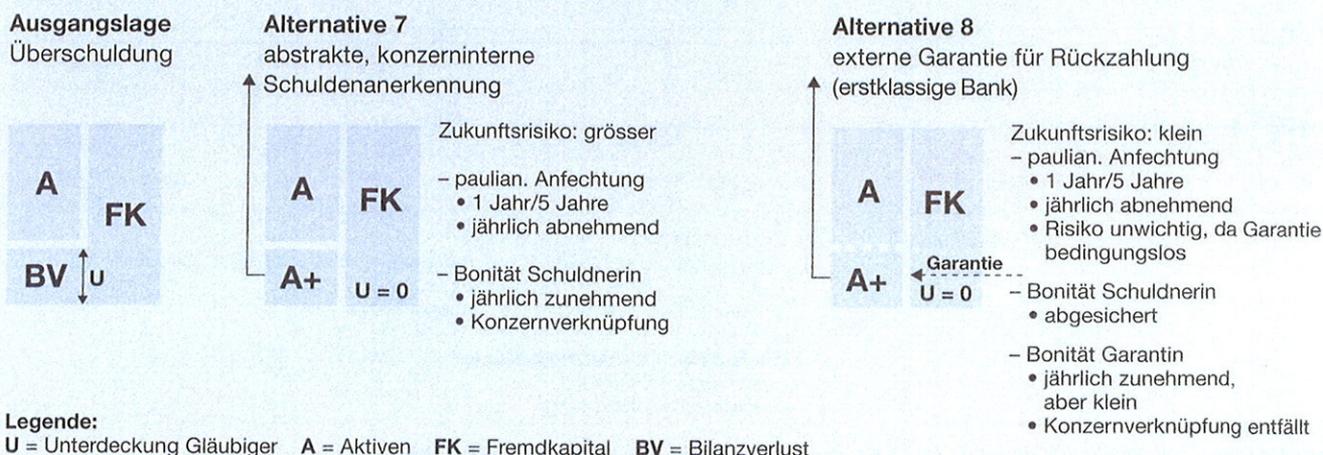
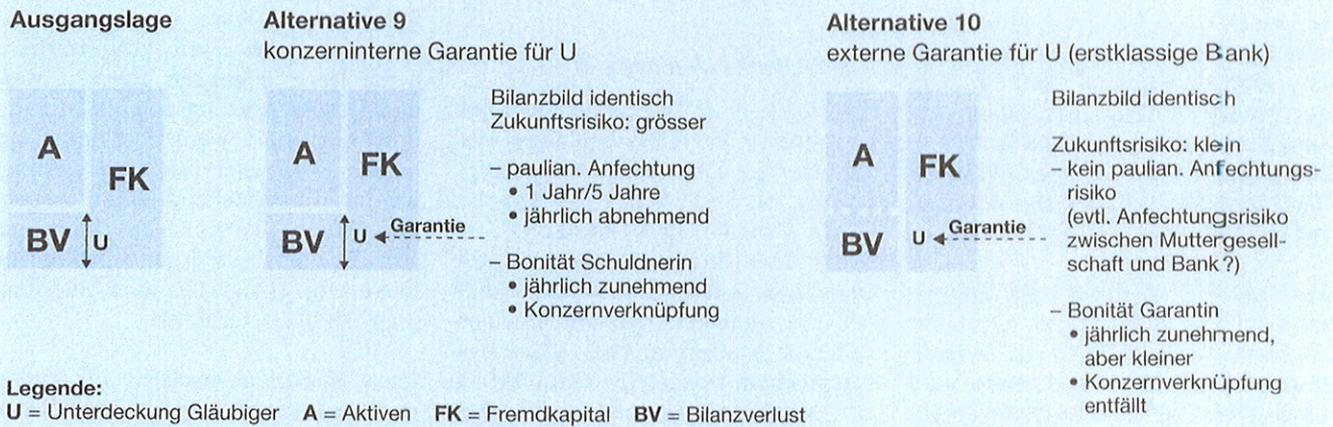


Abbildung 4  
Alternativen 9 und 10: Garantielösungen



Die Konsequenzen dieser gesetzlich nicht konformen Lösung sind in Abb. 2 auch in den beiden «Schlimmster-Fall-Szenarien» – damit ist der Konkurs des Rückdarlehensnehmers [29] gemeint – graphisch dargestellt. In Alternative 6 taucht mindestens [30] die ursprüngliche Überschuldung «plötzlich» wieder auf. Bei Alternative 5 ergeben sich keine für Rangrücktritte unübliche Probleme.

Aus Sicht der Gläubiger zeigt sich: Alternative 6 ist rechtlich kein Ersatz für den Rangrücktritt. Wählt der Verwaltungsrat dennoch diese Lösung, wird die Revisionsstelle wahrscheinlich auf diese Gesetzesverletzung von Art. 725 Abs. 2 OR hinweisen [31].

#### 4. Alternativen 7 und 8: Abstrakte Schuldanererkennung

Häufig ist in einer überschuldeten Gesellschaft weder Rangrücktrittspotential [32] noch im Konzern ausreichend Liquidität vorhanden. Damit ist aber der Weg sowohl für die Rangrücktrittslösung als auch für die Alternativen 1–5 verbaut. Die nachfolgend diskutierten Alternativvorschläge 7–8 werden der Revisionsstelle typischerweise in solchen Fällen unterbreitet [33].

##### Alternative 7 (Abbildung 3)

Alternative 7 ist eine Spielart von Alternative 6. Die Überschuldung wird durch eine abstrakte konzerninterne

Schuldanererkennung [34] beseitigt. Dabei erwirbt die Gesellschaft eine Forderung ohne Gegenleistung; ihre Aktiven nehmen zu, ohne dass die Passiven grösser werden. Auf den ersten Blick ist die Sachlage graphisch betrachtet ähnlich wie beim à-fonds-perdu-Zuschuss (Abb. 1 Alternative 4). Aus Gläubigersicht ist der Unterschied zwischen dem Zuführen flüssiger Mittel beim à-fonds-perdu-Zuschuss und dem Erwerb einer Forderung zwecks Beseitigung einer Überschuldung jedoch erheblich.

Die Risikolage ist analog zu derjenigen von Alternative 6. Die unentgeltliche Begründung einer Verbindlichkeit ist bei der Schuldnerin paulianisch an-

Anzeige

SYSTEMHAUS

**BMD BUSINESS SOFTWARE**

[www.bmd.com/ch](http://www.bmd.com/ch)

BMD SYSTEMHAUS SCHWEIZ AG  
 9016 St. Gallen, Achsenstrasse 15  
 Telefon: +41 71-282 37 40

**WE MAKE BUSINESS EASY**

**optimAS**  
 MAKING SUCCESS HAPPEN

**Weiterbildung zum CRM-Consultant**

**Lehrgang 1 Strategisches und taktisches CRM**  
 Strategie, Balanced Scorecard, Prozesse, IT

**Lehrgang 2 Operatives und emotionales CRM**  
 HRM, CallCenter, Key Account Management, POS, Content-Management

Kosten pro Lehrgang à jeweils 16 Ausbildungstage CHF 12 000.–  
 Weitere Auskunft und Anmeldung bei:

optimAS	Telefon 0848 80 44 45
Holding und Management AG	Telefax 0848 80 44 46
Zürichstrasse 38	E-Mail: info@optimas-group.com
CH-8306 Brütisellen	Internet: www.optimas-group.com

fechtbar (oben 1.2.4). Die Zahlungsfähigkeit für die Bezahlung der Forderung hängt von künftigen Entwicklungen ab. Wie bei Alternative 6 wird damit die von Art. 725 Abs. 2 OR geforderte sofortige Beseitigung der Überschuldung unterlaufen und materiell von ungewissen künftigen Ereignissen abhängig gemacht. Eine einfache Einbuchung einer Forderung kann die solide Gläubigerschutzwirkung von Alternative 5 nicht annähernd erreichen.

Aus Sicht der Gläubiger zeigt sich: Alternative 7 ist rechtlich kein Ersatz für den Rangrücktritt. Wählt der Verwaltungsrat dennoch diese Lösung, wird die Revisionsstelle wahrscheinlich auf diese Gesetzesverletzung von Art. 725 Abs. 2 OR hinweisen.

*Alternative 8 (Abbildung 3)*

Alternative 8 entspricht genau Alternative 7; einziger Unterschied ist, dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin durch eine konzernexterne Garantie einer erstklassigen Bank abgedeckt wird. Diese Bank erklärt unbeding und unwiderruflich, die Zahlung der Forderung auf erste Aufforderung hin selber vorzunehmen. Wie präsentiert sich die Risikolage dieser Variante? Das Anfechtungsrisiko ist zwar wie bei Alternative 7 dasselbe. Da die Garantie bedingungslos ausgestaltet ist, spielt dieses Risiko aus Sicht der Gläubiger keine Rolle. Auch das Bonitätsrisiko der Schuldnerin wird durch die Garantie abgesichert. Das einzige verbleibende kleine Risiko ist die Zahlungsfähigkeit der Bank.

Diese Risikolage erscheint mir mindestens so klein zu sein wie beim Rangrücktritt oder bei den Alternativen 1–5. Alternative 8 ist ein rechtlich vollwertiger Ersatz für den Rangrücktritt oder eine der Alternativen 1–5. Fehlt es an freien Mitteln im Konzern, so scheidert diese Lösung allerdings regelmässig daran, dass die externe Garantin nicht sichergestellt werden kann.

**5. Alternativen 9 und 10: konzerninterne und -externe Garantie**

Auch hier gelten die Ausführungen in der Einleitung zu Ziff. 4 oben. Beim

nachfolgend diskutierten Alternativvorschlag 9 erhofft sich der Verwaltungsrat die Lösung durch eine konzerninterne Garantie.

*Alternative 9 (Abbildung 4)*

Alternative 9 ist eine Spielart von Alternative 7. Die Überschuldung wird allerdings im Bilanzbild nicht beseitigt. Das ist ein zusätzliches Problem bei dieser Variante. Die Gesellschaft erwirbt hier keine Forderung, die eingebucht werden könnte. Sie erhält lediglich ein unbedingtes und unwiderrufliches konzerninternes Zahlungsverprechen, wonach die Garantin die Überschuldung jederzeit abzudecken bereit sei. Diese Verpflichtung kann später auch von der Konkursverwaltung geltend gemacht werden und bezieht sich daher auf eine unbestimmte Anzahl Gläubiger. Zudem ist sie betragsmäßig nach oben offen.

Die Risikolage ist analog zu derjenigen von Alternative 7. Die unentgeltliche Abgabe eines Garantieversprechens ist bei der Schuldnerin paulianisch anfechtbar (oben 1.2.4). Die Zahlungsfähigkeit für die Garantieleistung hängt von künftigen Entwicklungen ab. Wie bei Alternative 7 wird damit die von Art. 725 Abs. 2 OR geforderte sofortige Beseitigung der Überschuldung unterlaufen und materiell von ungewissen künftigen Ereignissen abhängig gemacht. Eine Garantierklärung kann die solide Gläubigerschutzwirkung eines Rangrücktrittes oder einer der Alternativen 1–5 nicht annähernd erreichen.

Aus Sicht der Gläubiger zeigt sich: Alternative 9 ist rechtlich kein [35] Ersatz für den Rangrücktritt. Wählt der Verwaltungsrat dennoch diese Lösung, wird die Revisionsstelle wahrscheinlich auf diese Gesetzesverletzung von Art. 725 Abs. 2 OR hinweisen.

*Alternative 10 (Abbildung 4)*

Alternative 10 entspricht genau Alternative 9; einziger Unterschied ist, dass die Garantin eine erstklassige Bank ist. Diese Bank erklärt unbeding und unwiderruflich, die Zahlung der Garantieforderung auf erste Aufforderung hin selber vorzunehmen.

Wie präsentiert sich die Risikolage dieser Variante 10? Wiederum wird die Überschuldung im Bilanzbild nicht beseitigt. Das ist auch hier ein zusätzliches Problem. Ein Anfechtungsrisiko entfällt hier ganz, weil konzernintern keine Versprechungen gemacht werden. Das Anfechtungspotential auf der Stufe Garantin – wenn überhaupt vorhanden – muss hier nicht berücksichtigt werden. Entsprechend entfällt gegenüber Alternative 9 auch das Bonitätsrisiko der konzerninternen Schuldnerin. Das einzige (kleine) Risiko ist die Zahlungsfähigkeit der Bank.

Diese Risikolage erscheint mir mindestens so klein zu sein wie beim Rangrücktritt oder bei den Alternativen 1–5. Weil das Bilanzbild nicht bereinigt ist, wird der Verwaltungsrat im Anhang und die Revisionsstelle beim Hinweis auf Art. 725 Abs. 2 OR auf diese Garantielösung aufmerksam machen. Alternative 10 ist ein rechtlich vollwertiger Ersatz für den Rangrücktritt oder eine der Alternativen 1–5. Fehlt es an freien Mitteln im Konzern, so scheidert allerdings auch diese Lösung regelmässig daran, dass die externe Garantin nicht sichergestellt werden kann.

**6. Zusammenfassung**

Orientiert man sich beim Rangrücktritt gemäss Art. 725 Abs. 2 OR an der Risikolage für die Gesellschaftsgläubiger, so zeigt sich, dass in der Praxis eine Reihe von tauglichen Alternativlösungen existieren. Die nicht gesetzeskonformen Lösungsvorschläge haben gemeinsam, dass sie die Beseitigung der Überschuldung materiell in die Zukunft verschieben. Bei den gesetzeskonformen Lösungen hingegen wird diese sofort beseitigt. ≡

**Anmerkungen**

- 1 Wenn z.B. Passiven gegenüber nahestehenden Gläubigern betragsmässig nicht ausreichen oder gänzlich fehlen.
- 2 Sie muss im Überschuldungsfall im Jahresrevisionsbericht einen Hinweis auf Art. 725 Abs. 2 OR anbringen und dabei die Gesetzeskonformität (Art. 729 Abs. 1 OR) des Rangrücktritts bzw. die Zulässigkeit des Verzichts auf Bilanzdeponierung durch den Verwaltungsrat prüfen. Ist die Gesellschaft of-

- fensichtlich überschuldet, muss sie die Gesetzeskonformität ebenfalls überprüfen, um bei Untätigkeit des Verwaltungsrates (Art. 729b Abs. 2 OR) nicht selbst die Überschuldungsanzeige erstatten zu müssen.
- 3 Vgl. z. B. ZR 89 (1991) Nr. 94.
- 4 Vgl. anstelle vieler: Böckli, Peter; Schweizer Aktienrecht, Zürich 1996, im folgenden «Böckli», S. 908 Anm. 893; Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter; Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, im folgenden «Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel», § 50 S. 672 Anm. 85; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Zürich 1998, im folgenden «HWP», 2.38333.
- 5 Fachmitteilung der Treuhand-Kammer Nr. 7 («Der Rangrücktritt»), Zürich 1996, im folgenden «Fachmitteilung Nr. 7», mit Mustertexten für Rangrücktrittserklärungen.
- 6 Ein Vergleich der Alternativen in Bezug auf ihre steuerlichen Konsequenzen erfolgt in diesem Aufsatz nicht.
- 7 Wie auch im Liquidationsfall.
- 8 Böckli, N 1700 und N 1704; Homburger, Eric; Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Zürich 1997, im folgenden «Homburger, Art. 725 OR», N 1196 ff. und 1226 ff., N 1263 f.; Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 2; HWP 2.38333.
- 9 Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 3; Treuhand-Kammer, Grundsätze zur Abschlussprüfung, Ausgabe 2001, GzA Nr. 15, Verhalten der Revisionsstelle bei Kapitalverlust und Verschuldung, 4.19; Böckli, N 1703; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N 219.
- 10 Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 3 Abs. 4; Böckli, N 1703 und Anm. 900.
- 11 Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 4 Abs. 1 Lemma 6.
- 12 Böckli, N 1705a; a. M. Homburger, Art. 725 OR, N 1283.
- 13 Art. 285 ff. SchKG.
- 14 Fachmitteilung Nr. 7, Ziff. 7 Abs. 2; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N 220.
- 15 Bei natürlichen Personen.
- 16 Art. 286 SchKG.
- 17 Die Praxis zeigt zwar, dass rangrücktrittsbelastete Forderungen oft gänzlich verloren sind. Daraus kann aber noch nicht automatisch geschlossen werden, dass die Abgabe einer Rangrücktrittserklärung einer Schenkung gleichkomme oder ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung begründe. Erstens ist die fragliche Forderung in diesem Zeitpunkt meistens bereits erheblich gefährdet, zweitens kann ein Rangrücktritt eine geordnete Liquidation und damit eine höhere Deckungsquote auf anderen Forderungen desselben Gläubigers ermöglichen und drittens ist in einem Konzern die Unterstützung einer maroden Tochtergesellschaft für die Werterhaltung der Gruppe manchmal unumgänglich. Ist der Rangrücktrittsgläubiger gleichzeitig Aktionär, so reduziert sich das eventuelle Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (Art. 286 SchKG) durch entsprechenden Wertzuwachs auf den Aktien.
- 18 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N 86 ff. sowie § 25 Anm. 49 und 61.
- 19 Die allerdings nicht einheitlich verwendet werden, s. Camponovo, Rico; Aufgaben und Stellung der Revisionsstelle im Umfeld von Art. 725 OR, in: Der Schweizer Treuhänder 9/97, im folgenden «Camponovo Aufgaben», S. 765 f.
- 20 «Klassisch» meint in diesem Zusammenhang, dass sich diese in der Praxis bewährt haben.
- 21 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N 86 ff. sowie § 25 Anm. 49 und 61; auch die paulianische Anfechtung sollte m.E. nach Eintragung im Handelsregister nicht möglich sein.
- 22 Camponovo, Rico; Aktienkapitalerhöhung durch Verrechnungslieferung, in: Der Schweizer Treuhänder 10/99, S. 885 ff.
- 23 Sehr selten wird folgende aus Deutschland importierte Lösung getroffen: Der Gläubiger verzichtet auf die Forderung. Die Schuld wird ausgebucht, und die Überschuldung ist beseitigt. Der Verzichtvertrag bestimmt jedoch, dass die Forderung z. B. in 5 Jahren wieder ganz oder teilweise auflebt, sofern und soweit sie dann nicht zu einer erneuten Überschuldung führt. In der Regel wird für dieselbe Zeitspanne ein Dividendenverbot vereinbart. Der Unterschied zu Alternative 3 liegt weniger bei den Gläubigerisiken als bei der Bilanzwahrheit. Jedenfalls müsste jede Bildung von Eigenkapital in dieser Zeitspanne durch Rückstellungen bis zur Höhe des Verzichts abgeschöpft werden, um nicht fiktives Eigenkapital vorzuspiegeln. Mit diesem Instrument habe ich noch kaum Erfahrungen sammeln können.
- 24 Sind die Sanierungschancen hoch oder ist die Forderung beim Verzicht noch fast voll werthaltig, so kann der Verzicht viel einschneidender sein als der Rangrücktritt.
- 25 Im Konzern fließt in solchen Fällen kein Geld. Es wird gleichzeitig die Verbindlichkeit und die entsprechende Forderung gebucht. Für die Verbindlichkeit wird ein Darlehensvertrag mit Rangrücktritt abgefasst. Oft fehlt es dem Konzern an Liquidität, womit eine Geldüberweisung (1. Schritt) nicht in Frage kommt.
- 26 Ich gehe hier davon aus, dass der Darlehensgeber und der Rückdarlehensnehmer identisch sind. Das ist aber nicht immer der Fall. Oft wird das neue Darlehen von der Muttergesellschaft gewährt, das Rückdarlehen hingegen wird an eine Finanzgesellschaft des Konzerns geleistet, wobei sich an der Risikolage dadurch meist nichts ändert.
- 27 Ist die Bonität bereits heute fraglich, muss über Alternative 6 sowieso nicht mehr diskutiert werden; sie würde den Anforderungen von Art. 725 Abs. 2 OR auf keinen Fall genügen.
- 28 In kleinen und mittleren Konzernen ist es in der Praxis regelmässig so, dass bei finanziellen Problemen alle Konzernglieder gleichzeitig in den Abgrund gerissen werden.
- 29 Oft fällt infolge Konzernverknüpfung gleichzeitig die Schuldnergesellschaft in Konkurs.
- 30 Meist hat die Überschuldung ja zugenommen, weil der maroden Gesellschaft das Weiterleben für gewisse Zeit ermöglicht wurde.
- 31 Alternative 6 bedeutet zudem einen Verstoß gegen Art. 680 Abs. 2 OR.
- 32 Das gilt auch schon bei den Alternativen 1, 4 und 5, wobei diese drei Varianten sich dadurch auszeichnen, dass die Muttergesellschaft über genügend Liquidität verfügt.
- 33 Wie bei Alternative 6 muss hier ein allfälliger Verstoß gegen Art. 680 Abs. 2 OR geprüft werden. Im Gegensatz zu Alternative 6 fließen hier allerdings keine Mittel an den Aktionär zurück.
- 34 Art. 17 OR.
- 35 Im Jahr 1997 habe ich konzerninterne Garantielösungen unter gewissen Vorbehalten noch als taugliche Alternativen zum Rangrücktritt betrachtet (Camponovo Aufgaben, S. 772 f.). Die detaillierte Analyse auf der Basis eines Risikovergleichs in der vorliegenden Arbeit ergibt allerdings ein anderes Resultat.

## RESUME

## La postposition et ses variantes

Depuis des décennies, les postpositions de créanciers, moyen d'assainissement à court terme, servent à éviter un dépôt de bilan. Depuis l'introduction du droit des SA révisé, le 1<sup>er</sup> juillet 1992, cette solution est explicitement admise par l'article 725 al. 2 CO. En l'absence de créanciers adéquats à potentiel de postposition, des solutions de rechange s'imposent. Dans la pratique, l'organe de révision est confronté à diverses solutions. Outre les éléments de substitution classiques avec domaines d'application généraux, les solutions habituellement

proposées aux groupes sont des emprunts en retour (cash pool) ou des solutions de garanties. La question se pose de savoir si toutes les solutions proposées répondent aux exigences de l'article 725 al. 2 CO.

L'auteur constate dans sa conclusion que les propositions de solutions non conformes à la loi ont en commun de repousser dans l'avenir la suppression du surendettement alors que les solutions conformes à la loi ont pour effet de l'écartier immédiatement.

RAC/AFB