

# WIRD DER RANGRÜCKTRITT UNBRAUCHBAR?

## Schadens erhöhende Wirkung von Rangrücktrittserklärungen im Verantwortlichkeitsfall

RICO A. CAMPONOVO

ANDREAS C. BAUMGARTNER

**Der Verwaltungsrat muss gemäss Art. 725 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR) den Richter benachrichtigen, sofern nicht Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten. Das Bundesgericht hat seine neue Praxis aus dem Jahre 2007 bestätigt, wonach Rangrücktritte den Organen im Verantwortlichkeitsfall im Umfang der Rangrücktrittsforderung als Schadenszunahme angelastet werden. Dies steht im Widerspruch zu Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR.**

### 1. EINLEITUNG

**1.1 Übersicht.** Das *Bundesgericht* (BGer) hat entschieden [1], dass Rangrücktrittserklärungen im Konkurs nicht zur Schadensreduktion beitragen. Im Gegenteil, es müsse die rangrücktrittsbelastete Forderung im Verantwortlichkeitsfall in die Schadenssumme miteinbezogen werden. Diese Argumentation entzieht Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR die Grundlage. Sie verunmöglicht dem Verwaltungsrat, Rangrücktritte für den Rettungsplan der überschuldeten Gesellschaft zu berücksichtigen, weil ihm diese beim allfälligen Scheitern der Sanierung als zusätzlich angerichteter Schaden angelastet werden [2].

**1.2 Rangrücktritt.** Art. 725 Abs. 2 OR gibt dem Verwaltungsrat die Möglichkeit, trotz festgestellter Überschuldung auf die Benachrichtigung des Richters zu verzichten, sofern Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten. Der Rangrücktritt im Ausmass der Unterdeckung bezweckt, Gläubigerausfälle zu verhindern, indem Rangrücktrittsgläubiger die Rolle der Verlustgläubiger im Konkursfall übernehmen [3]. Mit dem Rangrücktritt stundet der Gläubiger seine Forderung, solange Forderungen Dritter gegen die Gesellschaft durch Aktiven nicht vollständig ge-

deckt sind [4]. Der Rangrücktritt befreit den Verwaltungsrat der überschuldeten Gesellschaft von der Pflicht, den Richter zu benachrichtigen, sofern die Unterdeckung im Betrage ausgeglichen wird. Der Rangrücktritt ermöglicht die Durchführung von Sanierungsmassnahmen und wird zusammen mit diesen, wenn er richtig ausgestaltet und in genügendem Ausmass erklärt bzw. vereinbart worden ist, Gläubigerausfälle verkleinern oder gar verhindern [5]. Ein Rangrücktritt bewirkt keinen Verzicht des Gläubigers auf die Forderung, sondern beeinflusst seine Stellung im Insolvenz- oder Liquidationsfall der Gesellschaft. Forderungen können deshalb angemeldet werden und sie werden auch in vollem Umfang kolloziert. Die nachrangige Forderung nimmt jedoch im Insolvenz- oder Liquidationsfall erst an der Verteilung teil, wenn alle übrigen Gesellschaftsgläubiger vollständig befriedigt sind [6].

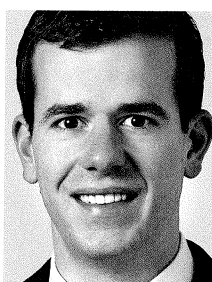
### 2. FALLBESPRECHUNG

**2.1 Sachverhalt zu BGer 4A.277/2010 vom 2. September 2010** [7]. Die X-AG wurde am 6. November 1992 gegründet. Im Verlaufe des Verantwortlichkeitsprozesses wurde festgestellt, dass die X-AG bereits per 31. Dezember 1994 einen Rückstellungsbedarf hatte, wobei dieser spätestens im Frühling 1995 durch den beklagten Verwaltungsrat A [8] hätte entdeckt werden müssen.

Am 15. Juni 1997 erfolgte ein Rangrücktritt der Muttergesellschaft im Umfang von CHF 650 000 [9]. Am 22. August 1997 erstattete der Verwaltungsrat die Überschuldungsanzeige. Der Konkurs wurde am 29. September 1997 eröffnet [10]. Diverse Gläubiger klagten am 29. November 2002 gegen die ehemaligen Organe der X-AG einen Betrag von CHF 1,3 Mio. ein. Im wesentlichen behaupteten sie, dass für absehbare künftige Verpflichtungen der X-AG ungenügende Rückstellungen gebildet worden seien. Durch diese Verletzung von Art. 669 Abs. 1 OR seien Dividenden- und Honorarbezüge sowie übersetzte Gehaltszahlungen möglich geworden. A entgegnete zu dieser angeblichen Pflichtverletzung, dass Ende 1994 zwar ein gewisses Risiko für absehbare künftige Verpflichtungen der X-AG bestanden habe. Die Wahr-



RICO A. CAMPONOVO,  
RECHTSANWALT,  
LIC. IUR. ET LIC. OEC. PUBL.,  
STV. DIREKTOR UND  
LEITER DES FACHTEAMS  
REVISIONSRECHT,  
LEGAL, KPMG AG, ZÜRICH



ANDREAS C. BAUMGARTNER,  
RECHTSANWALT,  
MANAGER, KPMG AG,  
ZÜRICH

À ce jour, déjà plus de 220 entreprises et services administratifs publics ont choisi la SuisseID. Environ la moitié d'entre eux sont des villes et des communes où, grâce à la SuisseID, les habitants ne sont plus tributaires des heures d'ouverture des guichets. De nombreuses opérations de cyberadministration peuvent être effectuées en ligne, 24 heures sur 24 et sept jours sur sept. En outre, de plus en plus de communes utilisent elles-mêmes des SuisseID pour garantir un traitement sûr de leurs dossiers. Ainsi, plus de 450 communes, écoles et églises de 23 cantons peuvent déjà accéder à leur portail administratif et y effectuer des opérations en ligne ou utiliser des applications internet au moyen de la SuisseID. Les fournisseurs du secteur privé, quant à eux, offrent pour la plupart des solutions en matière de cyberaffaires, de commerce électronique et de cybersanté. La liste complète des possibilités d'utilisation peut être consultée sur le site [www.SuisseID.ch](http://www.SuisseID.ch).

**2.3 L'association responsable et ses quatre groupes de travail.** L'introduction accélérée de la SuisseID a été décidée par le Conseil fédéral et le Parlement dans le cadre de la troisième phase des mesures de stabilisation conjoncturelle. Le lancement et la promotion de la SuisseID par la Confédération s'inscrivaient donc dès le départ dans une intervention étatique limitée dans le temps. Depuis début 2011, l'association Trägerschaft SuisseID est responsable de la SuisseID. Le comité de l'association se compose de cinq membres: un représentant de chacun des quatre fournisseurs reconnus de la SuisseID et un représentant du SECO, en tant que propriétaire de la marque. Quatre groupes de travail ont été institués pour gérer les spécifications techniques, développer la marque, assurer la sécurité et entretenir les relations internationales. Pour plus d'informations: [www.SuisseID.ch](http://www.SuisseID.ch).

### 3. LE PORTAIL SUISSETAX DE L'AFC

L'AFC définit la planification et les modalités de mise en œuvre des offres de cyberadministration pour ses partenaires. Un certain nombre de contribuables et de fiduciaires ont déjà pu transmettre des déclarations de TVA par la voie électronique dans le cadre d'un projet pilote couronné de succès. La SuisseID a été utilisée pour l'authentification et la transmission sécurisée des données. Le portail SuisseTax de l'AFC sera optimisé en fonction des feedback reçus. Il sera prochainement disponible en trois langues (français, allemand

*«Dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de la Confédération en matière de cyberadministration, l'AFC mise sur la SuisseID pour l'authentification de ses partenaires et de leurs représentants.»*

et italien) pour les contribuables et les collaborateurs de l'AFC. Les services en ligne doivent être conçus et développés pour permettre un traitement aussi convivial que possible des dossiers fiscaux. Dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de la Confédération en matière de cyberadministration, l'AFC mise sur la SuisseID pour l'authentification de ses partenaires et de leurs représentants. Elle souhaite à l'avenir pouvoir traiter les opérations de masse en offrant une palette de services qui soient les plus favorables possible aux entreprises. ■

DER SCHWEIZER TREUHÄNDER  
L'EXPERT-COMPTABLE SUISSE  
DER SCHWEIZER TREUHÄNDER  
L'EXPERT-COMPTABLE SUISSE

Préavis

## RÉPERTOIRE ANNUEL

En raison des habitudes de lecture modifiées (recherche d'articles en ligne, [www.treuhaender.ch](http://www.treuhaender.ch)), l'«Expert-comptable suisse» n'imprimera dès à présent plus de Répertoire annuel.

L'offre de relier les 10 numéros 2011 en ouvrage spécialisé est toutefois toujours maintenue. Le bulletin de commande correspondant sera joint au numéro 12/1-2.



scheinlichkeit der Verwirklichung jedoch habe unter 50% gelegen und deshalb hätten Rückstellungen nicht gebildet werden müssen [11].

Des weiteren argumentierte A, dass durch Abgabe des Rangrücktritts der Muttergesellschaft im Umfang von CHF 650 000 eine entsprechende Reduktion des von den Gläubigern erlittenen Schadens resultiert habe, was zu berücksichtigen sei. Die Kläger hingegen argumentierten, ein Rangrücktritt sei kein Schuldverzicht, weshalb sich weder die Passiven noch der Schaden der Gesellschaft veränderten (Sachverhalt vgl. *Abbildung 1*).

**2.2 Entscheid des Bundesgerichts.** Betreffend die Pflichtverletzung hält das BGER u. E. zu Recht fest, dass nach Art. 669 Abs. 1 OR eine Rückstellung bereits bei einer Wahrscheinlichkeit von unter 50% angebracht ist [12]. Die angemessenste Lösung für einen solchen Fall wäre, zumindest einen Teilbetrag zurückzustellen, weswegen A bereits im Jahresabschluss 1994 eine Rückstellung hätte bilden müssen.

Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, ob eine solche Rückstellung bereits per 31. Dezember 1994 zu einer Überschuldung geführt hätte. Der Sachverhalt [13] deutet viel mehr darauf hin, dass diese per 1995 zu einer Gewinnreduktion (Verringerung der Dividenden) und allenfalls zu einer Aufwandreduktion (Honorare/Gehälter) geführt hätte. Die Autoren nehmen an, dass spätestens am 15. Juni 1997 (im Zeitpunkt der Abgabe des Rangrücktritts) eine Überschuldung der X-AG bestand. Zudem ist anzunehmen, dass die Überschuldung früher ersichtlich gewesen wäre, wenn die Rückstellung rechtzeitig verbucht worden wäre.

Zwar argumentiert das BGER zu Recht, dass der Schaden der Vermögensdifferenz zu Liquidationswerten entspreche. Zu Unrecht bezieht es die rangrücktrittsbelasteten Schulden in diese Rechnung mit ein. Diese Folgerung ist in bezug auf den haftungsrelevanten Schaden falsch. Der Grund sei, dass die rangrücktrittsbelastete Forderung im Konkurs weiterhin existiere und eine Schuld der Gesellschaft darstelle. Dies erkenne man auch daran, dass der Gläubiger im Falle einer nicht vollständigen Befriedigung einen Verlustschein erhalte. Weiter beinhalte die Rangrücktrittserklärung keinen Forderungsverzicht, weshalb die Passiven

### Abbildung 1: ÜBERSICHT SACHVERHALT

06.11.92	Gründung X-AG
31.12.94	Rückstellungsbedarf unverbucht, X-AG erzielt Gewinne, zahlt Dividenden und übersetzte Gehälter
27.06.95	Rücktritt A als Mitglied des Verwaltungsrats
15.06.97	Rangrücktritt Muttergesellschaft CHF 650 000
22.08.97	Überschuldungsanzeige durch Verwaltungsrat
29.09.97	Konkurseröffnung

unverändert blieben, resp. der Rangrücktritt ohne Einfluss auf das Gesellschaftsvermögen sei. Zudem habe der Rangrücktritt keinen Einfluss auf die Aktiven einer Gesellschaft; er könne gegebenenfalls Ausfälle anderer Gläubiger verhindern oder verringern, da er die Erklärung des Rangrücktrittsgläubigers enthalte, im Falle eines Konkurses hinter alle Gläubiger bis zu deren vollen Befriedigung zurückzutreten [14].

### 3. KRITIK AM ENTSCHEID

Die obigen Ausführungen des BGER, der Rangrücktritt vermindere weder Schulden noch Vermögen, sei kein Forderungsverzicht, sei ohne Einfluss auf die Aktiven, vermindere gegebenenfalls Ausfälle anderer Gläubiger usw. sind materiell korrekt. Jedoch lassen sich daraus keine Schlussfolgerungen auf die vorliegend interessierende Frage ziehen: Wie wirkt sich ein Rangrücktritt auf den Verlauf der Schadenssumme im haftungsrechtlichen Kontext aus?

Die Ansicht des BGER führt zum Resultat, dass der «Schaden» kontinuierlich zunimmt, wenn der Verwaltungsrat von Gläubigern weitere Darlehen mit Rangrücktrittserklärungen erhält. Man betrachte das an den Sachverhalt angelehnte Beispiel [15] in *Abbildung 2*.

*Zeitpunkt 0:* Im Zeitpunkt 0 existiert ein unentdeckter Rückstellungsbedarf in der Höhe von 5 (Zeitpunkt der Pflichtverletzung des A [16]). Ohne Bildung der Rückstellung ist die Gesellschaft nicht überschuldet. Ob sie mit Bildung der Rückstellung überschuldet wäre, ist unbekannt.

Abbildung 2: ZUNEHMENDER «SCHADEN»

Zeitpunkt	Aktiven*	Fremdkapital	Rangrücktritt	Überschuldung* brutto	Überschuldung* netto
0		5 unentdeckter Rückstellungsbedarf			
1	100	110	10	10 (15)	0 (5)
2	100	120	20	20 (25)	0 (5)
3	100	130	30	30 (35)	0 (5)
4	100	135	30	35	5
Zunahme			+30	+35	+5 (±0)
*Liquidationswerte					

*Zeitpunkt 1:* Im Zeitpunkt 1 besteht eine Überschuldung von 10. Der neue Verwaltungsrat holt jedoch rechtzeitig Rangrücktritte im Umfang von 10 ein. Entscheidend an dieser Si-

*«Werden bei der Berechnung der Schadenssumme diese gesetzeskonformen Rangrücktritte als Schadenszunahme betrachtet, wird der Rangrücktritt seiner Funktion beraubt und der Verwaltungsrat einem (unbegründeten) erheblichen Haftungsrisiko ausgesetzt.»*

tuation ist, dass die Überschuldung 10 beträgt (bzw. inkl. des unentdeckten Betrags 15), auch wenn die Nettoüberschuldung i. S. v. Art. 725 Abs. 2 OR null (bzw. 5) ist. Entsprechend darf der Verwaltungsrat auf die Bilanzdeponierung verzichten und die Gesellschaft darf ihre Geschäfte weiter betreiben.

*Zeitpunkt 2:* Die Überschuldung ist inzwischen auf 20 (25) angestiegen, wobei der Verwaltungsrat rechtzeitig die Summe der Rangrücktritte um 10 auf 20 erhöht. Erneut entfällt die Benachrichtigungspflicht beim Richter. Die Überschuldung der Gesellschaft hat zwar effektiv auf 20 (25) zugenommen, der relevante Wert für die Weiterbetreibung des Geschäfts beträgt jedoch stets null (5).

*Zeitpunkt 3:* Dasselbe Bild präsentiert sich hier. Dieses Beispiel zeigt: Die Überschuldung darf in gesetzeskonformer Weise ständig zunehmen, sofern der Verwaltungsrat rechtzeitig Rangrücktritte im Umfang der Unterdeckung erhältlich macht. Dieses Verhalten des Verwaltungsrats ist weder pflichtverletzend noch haftungsrechtlich schadensbegründend. Daraus wird ersichtlich, dass die Argumentation des BGer nicht mit Art. 725 Abs. 2 OR übereinstimmen kann. Werden bei der Berechnung der Schadenssumme diese gesetzeskonformen Rangrücktritte als Schadenszunahme betrachtet, wird der Rangrücktritt seiner Funktion beraubt und der Verwaltungsrat einem (unbegründeten) erheblichen Haftungsrisiko ausgesetzt.

*Zeitpunkt 4:* In diesem Zeitpunkt bucht der Verwaltungsrat die seit dem Zeitpunkt 0 notwendige Rückstellung von 5. Die ausgewiesene Überschuldung stieg daher auf 35. Der Verwaltungsrat kann keine weiteren Rangrücktritte mehr einholen und benachrichtigt gemäss Art. 725 Abs. 2 OR unverzüglich den Richter.

*Konklusion:* Es ist unbestritten, dass die Gesellschaft im Konkurs mit 35 überschuldet ist und dass ihre Passiven zwischen den Zeitpunkten 0 bis 4 um diesen Betrag zugenommen haben. Der Verwaltungsrat A hat aus haftungsrechtlicher Sicht jedoch nur einen Schaden von 5 [17] zu verantworten. Nach bundesgerichtlicher Argumentation würde dem Verwaltungs-

rat auch der «Schaden» von 30 angerechnet, obwohl rechtzeitig Rangrücktritte in genügendem Umfang vorlagen [18].

Rangrücktrittsgläubiger könnten argumentieren, sie seien über die Sanierungsaussichten getäuscht worden oder sie hätten die Rangrücktritte nicht erklärt, wenn sie über die fehlende Rückstellung informiert gewesen wären. Dies ist aber eine Frage der direkten Gläubigerschädigung und hat mit der Schadensberechnung nichts zu tun [19]. Zudem liesse sich das Beispiel leicht dahingehend verändern, dass der neue Verwaltungsrat die fehlende Rückstellung schon im Zeitpunkt 1 oder 2 bucht. Der Rangrücktritt würde dann 15 (25) betragen, wobei alle nachfolgenden Rangrücktritte auf der Basis richtiger Zahlen abgegeben worden wären.

Die Richtigkeit dieser Argumentation lässt sich aus dem Sinn von Art. 725 Abs. 2 OR heraus verstehen. Art. 725 Abs. 2 OR erlaubt es dem Verwaltungsrat ausdrücklich, die Gesellschaftsaktivitäten auch bei Überschuldung aufrechtzuerhalten, sofern Aussicht auf Sanierung besteht. Eine Norminterpretation, die bei Misserfolg der Sanierung die Rangrücktritte dem Verwaltungsrat als Schädigung der Gesellschaft anrechnet, läuft diametral gegen den Sinn von Art. 725 Abs. 2 OR. Ob eine Sanierung gelingt oder nicht kann im voraus nicht beurteilt werden, sondern ist dem unternehmerischen Risiko inhärent. Folgt man der Argumentation des BGer, macht diese Unsicherheit den Rangrücktritt unbrauchbar. Der Gesetzgeber verweigert m. a. W. durch Art. 725 Abs. 2 OR der Gesellschaft das Recht, rangrücktrittsbelastete Beträge als Schaden bei den Organen (Verwaltungsrat und Revisionsstelle) geltend zu machen.

Eine praktizierte Lösung [20] ist, bei Eröffnung der Zwangsvollstreckung auf die rangrücktrittsbelastete Forderung zu verzichten [21]. Alle alten und neuen Rangrücktrittsvereinbarungen wären mit einer solchen Verzichtserklärung zu ergänzen. Es ist aber u. E. gerechtfertigt, dass eine Gesellschaft im Sanierungsfall Rangrücktritte ohne Verzichtserklärungen bevorzugt. Von einem Gläubiger sollte nicht verlangt werden, dass er auf seine Forderungen verzichtet, einzig damit dem Verwaltungsrat im Konkursfall die rang-

*«Folgt man der Argumentation des Bundesgerichts, macht diese Unsicherheit den Rangrücktritt unbrauchbar.»*

rücktrittsbelasteten Forderungen nicht als Schadenserrhöhung angelastet werden. Der Entscheid vermindert die Chancen der Sanierung einer Gesellschaft. Nicht jeder Gläubiger ist bereit, auf seine Forderung zu verzichten.

#### 4. FAZIT

Das OR ermuntert einerseits den Verwaltungsrat zur Sanierung mithilfe von Rangrücktritten. Das BGer droht dem Verwaltungsrat andererseits, ihm diese bei Misserfolg, als Schaden anzurechnen. Haftungsrechtlich ist ein erhaltener Rangrücktritt kein Schaden. Der Entscheid des BGer schwächt somit die Rechtssicherheit bezüglich Art. 725 Abs. 2 OR. Er steht im Widerspruch zu Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR. ■

**Anmerkungen:** 1) Vgl. den hier besprochenen BGer 4A\_277/2010 vom 2. September 2010 sowie ältere Entscheide: 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. 2) Für die Revisionsstelle gilt dasselbe. Sie sieht regelmässig von der Ersatzvornahme der Überschuldungsanzeige i. S. v. Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR ab, wenn innert Frist Rangrücktrittserklärungen im Ausmass der Unterdeckung beigebracht werden können. 3) Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Zürich 2009, Band 1, Ziff. 7.4.3, (im folgenden «HWP»), Ziff. 7.4.3.1.; Basler Kommentar, 3. A., OR II-Wüstiner, Art. 725 N 46; gemäss Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Basel 2009, § 13 Rz. 793, handelt es sich dabei um einen Rangrücktritt im engeren Sinne. 4) HWP Ziff. 7.4.3.2.; Kurzkommentar SchKG-Huber, Art. 192 N 11. 5) HWP Ziff. 7.4.3.4. 6) HWP Ziff. 7.4.3.5.; Böckli, § 13 Rz. 796 und 812. 7) BGer 4A\_277/2010, A. und B. 8) Und andere Organe. 9) BGer 4A\_277/2010, E. 2.3. 10) BGer 4A\_277/2010, A. 11) BGer 4A\_277/2010, E. 2.1. 12) BGer 4A\_277/2010, E. 2.1. 13) BGer 4A\_277/2010, A. und B. 14) Originalwortlaut von E. 2.3: «2.3 Unbegründet sind auch die unter Berufung auf Art. 725 Abs. 2 OR erhobenen Vorbringen des Beschwerdeführers zu dem von der Muttergesellschaft der X. AG erklärten Rangrücktritt vom 15. Juni 1997 bezüglich ihres Aktionärsdarlehens in der Höhe von Fr. 650 000.–, das gemäss den Erwägungen der Vorinstanz nichts an der Haftung des Beschwerdeführers änderte. Dem Beschwerdeführer kann nicht gefolgt werden, wenn er vorträgt, durch einen Rangrücktritt werde die Substanz für den Insolvenzfall erhöht und dadurch der von den Gläubigern erlittene Schaden reduziert bzw. beseitigt. Der Rangrücktritt hat keinen Einfluss auf die Aktiven; er kann gegebenenfalls Ausfälle anderer Gläubiger verhin-

dern oder verringern, da der Rangrücktritt unter anderem die Erklärung des Rangrücktrittsgläubigers enthält, im Falle eines Konkurses im Rang hinter alle übrigen Gläubiger bis zu deren vollen Befriedigung zurückzutreten (BÖCKLI, a. a. O., § 13 Rz. 792 f.; HANSPETER WÜSTINER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Aufl. 2008, N. 45 ff. zu Art. 725 OR). Die Rangrücktrittserklärung beinhaltet jedoch keinen Forderungsverzicht (URS SCHENKER, Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, in: SJZ 105/2009 S. 493; WÜSTINER, a. a. O., N. 47 zu Art. 725 OR). Der Beschwerdeführer verkennt mit seinen Vorbringen insbesondere, dass im zu beurteilenden Fall nicht der Schaden einzelner Gläubiger zur Diskussion steht, sondern der Reflexschaden der Gläubigersamtheit, der deckungsgleich ist mit dem aus der Pflichtverletzung der Organe resultierenden Schaden der Gesellschaft (BGE 132 III 342 E. 2.3.3 S. 348; 117 II 432 E. 1b/1gg S. 440; Urteil 4C\_363/2006 vom 13. März 2007 E. 4.3). Da mit dem Rangrücktritt die betreffenden Schulden der Gesellschaft nicht wegfielen, blieb dieser ohne Einfluss auf das Gesellschaftsvermögen (Urteil 4C\_58/2007 vom 25. Mai 2007 E. 4.3, publ. in: SJ 2008 I S. 60 f.). Der Vorinstanz ist daher keine Bundesrechtsverletzung vorzuwerfen, wenn sie den fraglichen Rangrücktritt bei der Berechnung des mittelbaren Schadens unberücksichtigt liess.» Die zitierten Literaturbelege stützen die Ansicht des Bundesgerichts nicht. Diese Stellen handeln einzig von der Funktion des Rangrücktritts und der Tatsache, dass eine rangrücktrittsbelastete Schuld eine Schuld bleibe usw. Sie äussern sich nicht zur Frage der Behandlung von Rangrückritten bei der Schadensberechnung. 15) Das Beispiel möchte allerdings nicht postulieren, dass eine Gesellschaft sich beliebig lange mit Rangrückritten als Eigenkapitalersatz ausstatten darf. 16) Ohne Pflichtverletzung vor Abgabe von Rangrücktrittserklärungen wäre die Diskussion hier obsolet. 17) Oder null, abhängig davon, ob ihm die Vermögensreduktion von 5 im Zeitpunkt 0

kausal angelastet werden kann. Wenn wie in casu aber bei rechtzeitiger Rückstellung vermutlich um 5 reduzierte Dividenden abgeflissen wären, so muss er diesen Schaden verantworten. 18) Alain Hirsch hat das Problem durchschaut, wenn er BGer 4C\_58/2007 kritisiert und behauptet, dass die Gesellschaft rangrücktrittsbelastete Darlehen nicht als Schaden geltend machen könne (Alain Hirsch, in SZW 5/2007, Responsabilité de l'organe de révision – Portée d'une «postposition de créance» pour l'évaluation du dommage, S. 412 ff.). Der Grund ist allerdings nicht, dass Rangrücktrittsgläubiger und Gesellschaft in den Schaden eingewilligt haben. Das Bundesgericht weist dieses Argument von Hirsch in BGer 4A\_478/2008 (E. 4.3.1) zu Recht zurück. Es ist der Gesetzgeber der mit Art. 725 Abs. 2 OR der Gesellschaft das Recht verweigert, diese Beträge als Schaden bei den Organen (Verwaltungsrat und Revisionsstelle) geltend zu machen. Das Beispiel von Suter (Claudia Suter, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd 295, Zürich St. Gallen 2010, S. 255 ff.) ist nicht einschlägig. Sie stützt ihre dem Bundesgericht zustimmende Meinung auf die Unterscheidung der Schädigung von alten und neuen Gläubigern ab. Diese Unterscheidung ist aber nicht teil schweizerischen Rechts, auch wenn Suter (S. 250) hofft, das Bundesgericht werde sich von der entsprechenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes inspirieren lassen. 19) Claude Honegger, Gedanken zum Rangrücktritt gemäss OR Art. 725 Abs. 2, Der Schweizer Treuhänder 1997/5, S. 442. 20) Das Textbeispiel «Rangrücktritt» der Treuhänder-Kammer wird im Moment überarbeitet; vgl. den Artikel auf S. 982 dieser Ausgabe. 21) Wenn der Verzicht nicht als verspätet abgelehnt wird, wie in BGer 4A\_188/2008, E. 4.3 und 4.4.

## RÉSUMÉ

### La postposition deviendrait-elle inutilisable?

Quel est l'impact d'une postposition sur le montant d'un dommage dans le contexte du droit de la responsabilité civile? Là résidait la question essentielle à laquelle aurait dû répondre le Tribunal fédéral dans l'ATF 4A\_277/2010 du 2 septembre 2010. Or, dans son arrêt, la Cour suprême ne se prononce que sur les conséquences générales de la postposition, omettant de se pencher sur les implications, au regard du droit de la responsabilité civile, de créances en rang postérieur acquises en toute légalité conformément à l'article 725 al. 2 du Code des obligations (CO). Ses attendus ne font aucune distinction entre l'aggravation du surendettement et le chiffrage du dommage dans le contexte de la responsabilité du conseil d'administration aux termes de l'article 754 al. 1 CO. Ce qui génère une insécurité juridique puisque l'article 725 al. 2 CO a précisément pour objet de permettre au conseil d'administration d'assainir le bilan en recourant à la postposition dès lors que la perspective d'un assainissement apparaît sous un jour favorable. L'avis du Tribunal fédéral, selon lequel un échec de l'assainissement ferait de la postposition un instrument nui-

sible pour la société concernée, est contraire à l'esprit de la postposition car il est en contradiction formelle avec les dispositions de l'article 725 al. 2 CO. Selon un raisonnement a contrario, le conseil d'administration se verrait contraint – pour éluder le risque d'aggravation du dommage au titre de la responsabilité civile – d'associer la postposition à une déclaration de renonciation des créanciers en cas d'échec de l'assainissement. Cela est contraire à l'intention du législateur, qui a prévu explicitement la possibilité de la postposition pour faciliter l'assainissement. On ne peut pas exiger non plus des créanciers d'abandonner leurs droits à seule fin d'éviter au conseil d'administration de se voir imputer à titre de dommage, en cas de faillite, le placement des créances à un rang inférieur. Il faut immédiatement mettre fin à cette insécurité juridique en instituant une déclaration supplémentaire de renonciation des créanciers en rang postérieur. Cette situation prive l'article 725 al. 2 CO de toute signification. Il est souhaitable que le Tribunal fédéral corrige le tir. RAC/ACB/AM

## AUSBLICK «DER SCHWEIZER TREUHÄNDER» 2012

### NOCH AKTUELLERE INFORMATIONEN FÜR SIE!

Für die langjährige Treue danken wir den Mitgliedern der Treuhand-Kammer, den Abonnenten, unserer Leserschaft und unseren renommierten Autoren herzlich.

Wir werden Ihnen auch in Zukunft hochqualitative Artikel und aktuelle Informationen zur Verfügung stellen. Um dies noch wirksamer tun zu können, werden ab 2012 folgende Neuerungen eingeführt:

- Visuell wird der *Der Schweizer Treuhänder (ST)* dem neuen Erscheinungsbild der Treuhand-Kammer angepasst.
- Auf das gedruckte Jahresverzeichnis wird verzichtet (erstmalig für 2011). Die Daten (z. B. Stichwortverzeichnis, Suchfunktionen) stehen nach wie vor elektronisch auf unserer Website, [www.treuhaender.ch](http://www.treuhaender.ch), im über 10-jährigen Archiv nach jeder ST-Ausgabe aktuell zur Verfügung.
- Die ST-Online-Ausgabe ist weiterhin gratis, aber mit Registrierung.
- Inhalte der «gelben Seiten» (z. B. Verbandsnachrichten) werden in Zukunft nicht mehr in Papierform, sondern mittels elektronischem Newsletter und auf der Website der Treuhand-Kammer, [www.treuhand-kammer.ch](http://www.treuhand-kammer.ch), publiziert.
- Die französischen Zusammenfassungen werden durch 1:1-Übersetzungen der wichtigsten Artikel und durch mehr französische Artikel ersetzt.
- Ein Teil der Artikel wird online publiziert und nicht mehr gedruckt, insbesondere dringende, zeitkritische Beiträge.

Wir freuen uns, Sie weiterhin zu unserer treuen Lesern und Autoren zählen zu dürfen und wünschen Ihnen frohe Weihnachten und ein glückliches, erfolgreiches 2012.

Herausgeberin und Redaktion

*Treuhand-Kammer und «Der Schweizer Treuhänder»*

