



Lukas Glanzmann*

Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung?

Anwendungsbereiche, Ausgestaltung und Grenzen zweier ungleicher Instrumente der Mezzanine-Finanzierung

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Abgrenzung zwischen Rangrücktritt und Nachrangvereinbarung
 1. Rechtliche Abgrenzung
 2. Unterscheidung in wirtschaftlicher Hinsicht
 - 2.1 Einführende Bemerkungen
 - 2.2 Fall 1: Ausgangslage
 - 2.3 Fall 2: Wirkung eines Rangrücktritts
 - 2.4 Fall 3: Wirkung einer Nachrangvereinbarung
 - 2.5 Welches Instrument ist vorteilhafter?
- III. Rangrücktritt
 1. Allgemeines
 2. Vertrag zugunsten Dritter
 3. Ausgestaltung des Rangrücktritts
 - 3.1 Rücktritt im Rang
 - 3.2 Stundungsvereinbarung
 - 3.3 Umfang des Rangrücktritts
 - 3.4 Rangrücktritt als Dauerzustand?
 - 3.5 Anspruch auf Nichtbenachrichtigung des Richters?
 4. Aufhebung des Rangrücktritts
 - 4.1 Aufhebung eines nachträglichen Rangrücktritts
 - 4.2 Aufhebung eines originären Rangrücktritts
 5. Bedingung und Befristung des Rangrücktritts
 6. Besicherung einer mit einem Rangrücktritt versehenen Forderung
 7. Abtretung und Verpfändung einer mit einem Rangrücktritt versehenen Forderung
 8. Bonität des im Rang zurücktretenden Gläubigers
 9. Formelle Anforderungen an einen Rangrücktritt
 - 9.1 Offenlegung des Rangrücktritts bei der Schuldner-Gesellschaft
 - 9.2 Schriftlichkeit
- IV. Nachrangvereinbarung
 1. Allgemeines
 2. Rechtliche Qualifikation
 3. Ausgestaltung der Nachrangvereinbarung
 - 3.1 Stundungsvereinbarung und Rückzahlungsverbot
 - 3.2 Sicherungsabtretung

3.3 Ausschluss des Rangrücktritts

3.4 Mehrere Nachrangvereinbarungen

4. Aufhebung der Nachrangvereinbarung

5. Anfechtbarkeit der Nachrangvereinbarung

6. Formelle Anforderungen an eine Nachrangvereinbarung

V. Fazit

VI. Anhang 1

VII. Anhang 2

I. Einführung

Rangrücktritt und Nachrangvereinbarung sind zwei Begriffe, die in der Praxis oft synonym und für die Bezeichnung von zwei ziemlich verschiedenen rechtlichen Instrumenten verwendet werden: Einerseits versteht man darunter einen Rücktritt im Rang im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR, andererseits die Abrede zwischen zwei Gläubigern, wonach der eine (nachrangige) Gläubiger erst dann befriedigt werden soll, wenn der andere (begünstigte) Gläubiger voll befriedigt worden ist.¹ Das jeweils nachrangige oder mit einem Rangrücktritt belegte Darlehen wird auch *junior loan*, *mezzanine loan*, *subordinated loan* oder hybrider Kredit genannt.² Demgegenüber heisst das nicht subordinierte Darlehen auch *senior loan*. Dabei ist zu beachten, dass die Begriffe des *mezzanine loan* und des hybriden Kredits noch für zahlreiche weitere Finanzierungsformen verwendet werden.³

¹ CHARLES JAQUES, Le «rang» des créances dans l'exécution forcée: le cas des subordinations de créance (postpositions), Diss. Lausanne 1999, N 776, der im Französischen zwischen der «*subordination conventionnelle générale*» und der «*subordination conventionnelle particulière*» unterscheidet.

² BIRGIT WOLF/MARK HILL/MICHAEL PFAUE, Strukturierte Finanzierungen, Stuttgart 2003, 151; JAMES VAN HORNE, Financial Management and Policy, 10. A., London 1995, 563, 693; PETER PÉRINAT, Subordinated Loans, ein neues Finanzierungsinstrument der Schweizer Banken, ST 1981, 34.

³ THOMAS ENZ/CESARE RAVARA (Credit Suisse Economic Research), Mezzanine Finance – Mischform mit Zukunft. Economic Briefing Nr. 42, gefunden am 18.12.06 unter www.credit-suisse.com/research, 5; MAX BOEMLE/CARSTEN STOLZ, Unternehmensfinanzierung, 12. A., Zürich 2002, 32; URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Das schweizerische Bankgeschäft, Schulthess, Zürich 2004, N 1219.

* PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt bei Baker & McKenzie Zurich und Privatdozent an der Universität St. Gallen. Dank gebührt Dr. Markus Affentranger und Dr. oec. HSG et lic. iur. HSG Alexander Fischer für die kritische Durchsicht des Manuskripts sowie B.A. iur. oec. Matthias Maurer für die wertvollen Hinweise inhaltlicher Natur und die Bearbeitung der Fussnoten. Etwaige Hinweise oder Bemerkungen nimmt der Autor gerne entgegen (lukas.glanzmann@bakernet.com).

Nachfolgend werden der Rangrücktritt und die Nachrangvereinbarung aus rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht miteinander verglichen (II.). Daraus wird ersichtlich, dass ein Rangrücktritt nach Art. 725 Abs. 2 OR und eine zwischen zwei Gläubigern abgeschlossene Nachrangvereinbarung für die daran beteiligten Parteien in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht unterschiedliche Auswirkungen haben. Aus dieser Erkenntnis heraus und nicht um einer übertriebenen Begriffsjurisprudenz zu huldigen, wird angeregt, die Begriffe des Rangrücktritts und der Nachrangvereinbarung strikt zu trennen. Deshalb wird im vorliegenden Aufsatz der Begriff des Rangrücktritts einzig für einen Rücktritt im Rang im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR verwendet. Demgegenüber wird als Nachrangvereinbarung diejenige Vereinbarung zwischen zwei Gläubigern bezeichnet, wonach der nachrangige Gläubiger erst dann befriedigt werden soll, wenn der begünstigte Gläubiger voll befriedigt worden ist.

Nach der rechtlichen und wirtschaftlichen Abgrenzung wird auf die einzelnen rechtlichen Aspekte des Rangrücktritts eingegangen (III.). Dabei wird namentlich untersucht, wie ein Rangrücktritt ausgestaltet sein muss, damit er die Anforderungen von Art. 725 Abs. 2 OR erfüllt. Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in den letzten Jahren diesbezüglich verschiedene umstrittene Fragen klären konnte. Weiter werden auch die Besonderheiten eines originären Rangrücktritts näher erläutert.

Schliesslich wird die rechtliche Ausgestaltung der Nachrangvereinbarung dargestellt (IV.). Diese in der Praxis bedeutende Vertragsform hat in der Literatur bis anhin erstaunlich wenig Beachtung gefunden. Im vorliegenden Aufsatz wird diejenige Strukturierung einer Nachrangvereinbarung näher dargestellt, die in der Praxis wohl am weitesten verbreitet ist.

II. Abgrenzung zwischen Rangrücktritt und Nachrangvereinbarung

1. Rechtliche Abgrenzung

Der *Rangrücktritt* ist ein aktienrechtliches Instrument, das seine Grundlage in Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR hat.⁴ Danach darf der Verwaltungsrat im Falle einer Überschuldung von der Benachrichtigung des Richters absehen, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten. Ein Rangrücktritt ist also ein Vertrag zwischen der Schuldner-Gesellschaft

und dem im Rang zurücktretenden Gläubiger, wonach der im Rang zurücktretende Gläubiger im Insolvenz- oder Liquidationsfall erst dann befriedigt wird, wenn alle Gläubiger der dritten Klasse befriedigt sind.⁵ Die nachrangigen Forderungen werden somit erst mit einem allenfalls vorhandenen Überschuss getilgt, und der im Rang zurücktretende Gläubiger übernimmt die Rolle des Verlustscheingläubigers.⁶

Die *Nachrangvereinbarung* ist eine Vereinbarung zwischen zwei Gläubigern einer Schuldner-Gesellschaft, wonach der eine nachrangige Gläubiger auf die Bezahlung seiner Forderung so lange verzichtet, als der andere begünstigte Gläubiger nicht voll befriedigt ist. Solche Nachrangvereinbarungen trifft man z.B. bei Finanzierungen an, wenn ein Aktionärsdarlehen mittels einer Nachrangvereinbarung gegenüber einem Bankkredit subordiniert wird. Auf beiden Seiten einer Nachrangvereinbarung können jeweils ein oder mehrere Gläubiger stehen. Die Schuldner-Gesellschaft ist in der Regel ebenfalls Partei einer Nachrangvereinbarung. Eine solche Nachrangvereinbarung ist zu unterscheiden von einer Rangrücktrittsvereinbarung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR. Während beim Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR ein Gläubiger gegenüber sämtlichen anderen Gläubigern im Rang zurücktritt und die Rolle des Verlustscheingläubigers übernimmt,⁷ wirkt eine Nachrangvereinbarung nur zwischen den an der Nachrangvereinbarung beteiligten Gläubigern.⁸ Auch befreit eine reine Nachrangvereinbarung den Verwaltungsrat der Schuldner-Gesellschaft nicht von der Pflicht, bei einer etwaigen Überschuldung den Richter zu benachrichtigen. Vielmehr wird eine Nachrangvereinbarung oft bezüglich Forderungen abgeschlossen, die gerade nicht mit einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR belegt sind. Hingegen spricht nichts dagegen, eine Nachrangvereinbarung auch bezüglich Forderungen abzuschliessen, die im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR im Rang zurückgetreten sind, sofern es darum geht, unter diesen Forderungen wiederum eine Rangordnung

⁴ Der Begriff Rangrücktritt wird neuerdings auch in anderen Gesetzen verwendet, wie z.B. in Art. 6 Abs. 1 FusG.

⁵ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 13 N 792; RASHID BAHAR, Les créanciers dans l'assainissement: abandon, subordination et conversion de créances, ZSR 124 (2005) I 479–514, 487.

⁶ KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbeitrags- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 42 N 83; die Kollozierung der nachrangigen Forderung wird im Konkurs aber nicht beeinflusst, sondern erst bei der Verteilung wird dem Rangrücktritt Rechnung getragen; vgl. auch TREUHAND-KAMMER, Der Rangrücktritt, Fachmitteilung Nr. 7, Zürich 1996, 5 (vgl. Schweizer Handbuch für Wirtschaftsprüfung 1998 [HWP], Zürich 1998, 2.38333, 364 ff.); BÖCKLI (FN 5), § 13 N 792; Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 29. Januar 1991, E. XI. in: ZR 89 (1990) Nr. 94, 234.

⁷ Vgl. AMONN/WALTHER (FN 6), § 42 N 83; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 47.

⁸ JAUQUES (FN 1), N 849; BEAT BARTHOLD, Mezzanine-Finanzierung von Unternehmensübernahmen und Jungunternehmen, SZW 72 (2000), 225.

zu schaffen. Sehr häufig ist mit einer Nachrangvereinbarung auch noch eine Sicherungsabtretung verbunden, mit welcher der nachrangige Gläubiger seine Forderung an den begünstigten Gläubiger abtritt.

Sowohl bei einem Rangrücktritt als auch bei einer Nachrangvereinbarung erfolgt die Subordination des nachrangigen Gläubigers auf freiwilliger und vertraglicher Basis. Neben den vertraglichen Subordinationen gibt es auch noch strukturelle Subordinationen. Als strukturell subordiniert bezeichnet man die Gläubiger der Muttergesellschaft gegenüber den Gläubigern einer Tochtergesellschaft, weil der Liquidationserlös der Tochtergesellschaft zuerst vollumfänglich den Gläubigern der Tochtergesellschaft zukommt und die Gläubiger der Muttergesellschaft nur von einem etwaigen Überschuss profitieren können. Schliesslich gibt es auch noch die zwangsweise Subordination, die im Konzept des kapitalersetzenden Darlehens bzw. des verdeckten Eigenkapitals zum Ausdruck kommt.⁹

2. Unterscheidung in wirtschaftlicher Hinsicht

2.1 Einführende Bemerkungen

Ein Rangrücktritt und eine Nachrangvereinbarung haben sowohl für die Gesellschaft als auch für die an der Gesellschaft beteiligten Gläubiger unterschiedliche wirtschaftliche Auswirkungen. Wie sich die beiden Instrumente auf die verschiedenen Gläubiger auswirken, wird an den drei nachfolgenden Fällen erläutert, denen folgende Annahmen zugrunde liegen:

a = totaler Liquidationserlös zur Verfügung der 3. Klass-Gläubiger, wobei dieser je nach Szenario folgenden Wert hat:

- Szenario A: CHF 1 000 000
- Szenario B: CHF 2 000 000
- Szenario C: CHF 3 500 000

b = total 3.-Klass-Forderungen (nachrangige und nichtnachrangige): CHF 4 000 000

c = Forderung des Gläubigers C: CHF 600 000

d = Forderung des Gläubigers D: CHF 1 000 000

Im Folgenden werden drei Fälle unterschieden: Im ersten Fall wird angenommen, dass weder ein Rangrücktritt noch eine Nachrangvereinbarung besteht (Fall 1). Im zweiten Fall wird unterstellt, dass Gläubiger D mit seiner Forderung von CHF 1 000 000 einen Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR erklärt hat (Fall 2). Im dritten Fall werden die Auswirkungen einer Nachrangvereinbarung zwischen Gläubiger C und Gläubiger D betrachtet (Fall 3).

2.2 Fall 1: Ausgangslage

Da weder ein Rangrücktritt noch eine Nachrangvereinbarung bestehen, werden sämtliche 3.-Klass-Gläubiger gleich behandelt. Dies bedeutet für die drei Szenarien Folgendes:

- *Szenario A:* Der Liquidationserlös von CHF 1 000 000 muss zur Befriedigung sämtlicher 3.-Klass-Forderungen im Betrag von CHF 4 000 000 verwendet werden. Somit ergibt sich eine Konkursdividende von 25%, d.h. Gläubiger C erhält CHF 150 000 und Gläubiger D CHF 250 000.
- *Szenario B:* Bei einem Liquidationserlös von CHF 2 000 000 ergibt sich eine Konkursdividende von 50%, d.h. Gläubiger C erhält CHF 300 000 und Gläubiger D CHF 500 000.
- *Szenario C:* Beträgt der Liquidationserlös CHF 3 500 000, so liegt die Konkursdividende bei 87,5%, womit Gläubiger C CHF 525 000 und Gläubiger D CHF 875 000 erhält.

2.3 Fall 2: Wirkung eines Rangrücktritts

Dieser Fall unterscheidet sich von Fall 1 durch die Annahme, dass Gläubiger D mit seiner Forderung von CHF 1 000 000 einen Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR erklärt hat. Damit belaufen sich die nicht dem Rangrücktritt unterworfenen 3.-Klass-Forderungen noch auf CHF 3 000 000. Je nach Szenario bedeutet dies Folgendes:

- *Szenario A:* Wenn der Liquidationserlös CHF 1 000 000 beträgt, dann erhalten die nicht dem Rangrücktritt unterworfenen 3.-Klass-Forderungen eine Konkursdividende von $33\frac{1}{3}\%$. Während Gläubiger D aufgrund seines Rangrücktritts leer ausgeht, erhält Gläubiger C eine Konkursdividende von CHF 200 000. Gegenüber Szenario A in Fall 1 verbessert Gläubiger C seine Position um CHF 50 000 und Gläubiger D verschlechtert seine Position um CHF 250 000.
- *Szenario B:* Ergibt sich ein Liquidationserlös von CHF 2 000 000, führt dies für die 3.-Klass-Gläubiger zu einer Konkursdividende von $66\frac{2}{3}\%$. In dieser Konstellation geht Gläubiger D aufgrund seines Rangrücktritts wiederum leer aus. Gläubiger C hingegen wird eine Konkursdividende von CHF 400 000 erhalten. Die Position des Gläubigers C verbessert sich damit gegenüber Szenario B in Fall 1 um CHF 100 000, die Position des Gläubigers D verschlechtert sich hingegen um CHF 500 000.
- *Szenario C:* Bei einem Liquidationserlös von CHF 3 500 000 liegt die Konkursdividende der 3.-Klass-Gläubiger bei 100% und ergibt sich noch ein Überschuss von CHF 500 000 zur Verwendung für die im Rang zurückgetretenen Gläubiger. Gläubiger C wird somit seine gesamte Forderung von CHF 600 000 zurückbezahlt. Seine Position verbessert sich gegenüber Szenario C in Fall 1 um CHF 75 000. Obgleich Gläubiger D im Rang zurückgetreten ist, kann ihm in dieser Konstellation ein Teil seiner Forderung erstattet werden. Gläubiger D werden CHF 500 000 zugewiesen. Trotz dieser Zuteilung verschlechtert sich die Situation des Gläubigers D gegenüber Szenario C in Fall 1 um CHF 375 000.

In allen drei Szenarien profitiert Gläubiger C vom Rangrücktritt des Gläubigers D. Neben Gläubiger C sind aber auch sämtliche übrigen nichtnachrangigen

⁹ Vgl. dazu unten IV.3.3.

3.-Klass-Gläubiger Nutzniesser des Rangrücktritts.¹⁰ Selbstverständlich profitieren die nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubiger nur dann von einem Rangrücktritt, wenn der Liquidationserlös zur Deckung sämtlicher privilegierten Forderungen ausreicht.¹¹ Sollte der Liquidationserlös nicht alle 2.-Klass-Forderungen decken, dann entfaltet der Rangrücktritt eines 3.-Klass-Gläubigers überhaupt keine Wirkung, weil die 3.-Klass-Gläubiger ohnehin keinen Anteil am Liquidationserlös erhalten.

Gläubiger D hingegen geht in den Szenarien A und B aufgrund seines Rangrücktritts leer aus. Allein im Fall der Deckung aller Forderungen der nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubiger (Szenario C) wird ihm ein Teil des Liquidationserlöses zugewiesen. Gläubiger D erbringt also in diesem Fall das Opfer, das sich die übrigen Gläubiger im Verhältnis ihrer Forderung zur Gesamtsumme der nichtnachrangigen 3.-Klass-Forderungen aufteilen. Deswegen verschlechtert sich die Situation von Gläubiger D in Fall 2 gegenüber Fall 1.

2.4 Fall 3: Wirkung einer Nachrangvereinbarung

Schliesslich wird in Fall 3 angenommen, dass Gläubiger D nicht einen Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR erklärt, sondern mit Gläubiger C eine Nachrangvereinbarung abgeschlossen hat. Weil die Forderungen nicht mit einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR belegt sind, ist die Konkursdividende in allen drei Szenarien gleich hoch wie in Fall 1. Hat Gläubiger D zudem seine Forderung im Falle eines Konkurses sicherungshalber an Gläubiger C abgetreten, dann kann Gläubiger C nicht nur seine eigene Forderung von CHF 600 000, sondern auch jene von Gläubiger D im Betrag von CHF 1 000 000 kollozieren. Dies bedeutet für die einzelnen Szenarien Folgendes:

- *Szenario A:* Bei einer Konkursdividende von 25% wird Gläubiger C total CHF 400 000 (25% von CHF 1 600 000) erhalten. Gläubiger C wird zwar immer noch einen Verlust erleiden, doch wird seine Position gegenüber Szenario A in Fall 1 um CHF 250 000 und gegenüber Szenario A in Fall 2 um CHF 200 000 verbessert. Gläubiger D geht hingegen wie bereits in Szenario A in Fall 2 leer aus.

- *Szenario B:* Die Konkursdividende beträgt 50%, womit Gläubiger C ein Betrag von total CHF 800 000 zukommt. Da er lediglich eine Forderung von CHF 600 000 gegenüber der Schuldner-Gesellschaft hat, wird seine Forderung in vollem Umfang befriedigt. Die Position des Gläubigers C verbessert sich damit gegenüber Szenario B in Fall 1 um CHF 300 000 und gegenüber Szenario B in Fall 2 um CHF 200 000. Die überschüssigen CHF 200 000 werden Gläubiger D auf seine nachrangige Forderung zugewiesen. Damit ist dessen Situation zwar immer noch um CHF 300 000 schlechter als in Szenario B in Fall 1, jedoch um CHF 200 000 besser als in Szenario B in Fall 2.
- *Szenario C:* In diesem Szenario liegt die Konkursdividende bei 87,5%. Damit kommt Gläubiger C ein Betrag von total CHF 1 400 000 zu. Da er lediglich eine Forderung von CHF 600 000 gegenüber der Schuldner-Gesellschaft hat, wird seine Forderung in vollem Umfang befriedigt. Die Position des Gläubigers C verbessert sich gegenüber Szenario C in Fall 1 um CHF 75 000 und ist gleich gut wie in Szenario C in Fall 2. Die überschüssigen CHF 800 000 werden Gläubiger D auf seine nachrangige Forderung zugewiesen. Während sich seine Situation gegenüber Szenario C in Fall 1 um CHF 75 000 verschlechtert, wird sie gegenüber Szenario C in Fall 2 um CHF 300 000 aufgebessert.

In allen drei Szenarien profitiert Gläubiger C von der Nachrangvereinbarung mit Gläubiger D im Vergleich zur Ausgangslage (Fall 1). Wie in Fall 2 kann Gläubiger C jedoch aus seiner Vorrangstellung gegenüber Gläubiger D nur dann Nutzen ziehen, wenn der Liquidationserlös zur Deckung sämtlicher privilegierten Forderungen ausreicht.

Demgegenüber verschlechtert sich die Lage des Gläubigers D im Vergleich zur Ausgangslage in allen drei Szenarien. Diese Schlechterstellung ist die Folge des Abschlusses der Nachrangvereinbarung mit Gläubiger C. Erst wenn die Forderung von Gläubiger C vollständig befriedigt ist (Szenarien B und C), wird Gläubiger D ein Teil des Liquidationserlöses zugewiesen.

Die Lage der übrigen nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubiger verändert sich durch den Abschluss der Nachrangvereinbarung zwischen Gläubiger C und Gläubiger D im Vergleich zur Ausgangslage (Fall 1) nicht.

2.5 Welches Instrument ist vorteilhafter?

Mitunter stellt sich die Frage, ob für Gläubiger C und Gläubiger D der Abschluss einer Nachrangvereinbarung oder die Erklärung eines Rangrücktritts im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR vorteilhafter ist. Diese Frage ist namentlich dann von Bedeutung, wenn die Schuldner-Gesellschaft im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht überschuldet ist und deshalb an sich keine Notwendigkeit besteht, einen Rangrücktritt nach Art. 725 Abs. 2 OR zu vereinbaren. Aufgrund der oben stehenden drei Fälle ergibt sich folgendes Bild:

¹⁰ Der Nutzen des einzelnen Gläubigers entspricht seinem Anteil an der Summe der nichtnachrangigen 3.-Klass-Forderungen bezogen auf die hypothetische Konkursdividende des im Rang zurücktretenden Gläubigers, sofern dieser keinen Rangrücktritt gewährt hätte. In Szenario A beträgt der Anteil der Forderung des Gläubigers C an den gesamten nichtnachrangigen 3.-Klass-Forderungen CHF 600 000 / CHF 3 000 000, d.h. 20%, und die hypothetische Konkursdividende des im Rang zurückgetretenen Gläubigers D, sofern dieser keinen Rangrücktritt gewährt hätte, CHF 250 000 (vgl. Fall 1). Damit hat Gläubiger C einen Nutzen von CHF 50 000 (20% von CHF 250 000).

¹¹ Als privilegiert gelten die besicherten Forderungen sowie die Forderungen der 1. und 2. Konkursklasse; vgl. Art. 219 Abs. 4 SchKG i.V.m. Art. 305 f. SchKG; AMONN/WALTHER (FN 6), § 42 N 64.

	Ausgangslage (Fall 1)	Rangrücktritt (Fall 2)	Nachrangvereinbarung (Fall 3)
Szenario A	c = CHF 150 000 d = CHF 250 000	c = CHF 200 000 d = CHF 0	c = CHF 400 000 d = CHF 0
Szenario B	c = CHF 300 000 d = CHF 500 000	c = CHF 400 000 d = CHF 0	c = CHF 600 000 d = CHF 200 000
Szenario C	c = CHF 525 000 d = CHF 875 000	c = CHF 600 000 d = CHF 500 000	c = CHF 600 000 d = CHF 800 000

Für den begünstigten Gläubiger C ist der Abschluss einer Nachrangvereinbarung verbunden mit einer Sicherungszession im Vergleich zur Vereinbarung eines Rangrücktritts sicher nicht nachteilig. Seine finanzielle Situation verbessert sich in den Szenarien A und B und bleibt in Szenario C unverändert. In Anhang 1 wird nachgewiesen, dass dies immer dann der Fall ist, wenn neben Gläubiger C und Gläubiger D noch weitere nichtnachrangige 3.-Klass-Gläubiger bestehen. Wenn neben Gläubiger C und Gläubiger D keine weiteren nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubiger vorhanden sind, hat der Abschluss einer Nachrangvereinbarung für den begünstigten Gläubiger C die gleiche Wirkung wie ein Rangrücktritt. Allerdings ist zu beachten, dass dieser Fall in der Praxis kaum je vorkommen dürfte, haben doch meistens noch irgendwelche andere nichtnachrangige 3.-Klass-Gläubiger Forderungen gegenüber der Schuldner-Gesellschaft.

Auch für den nachrangigen Gläubiger D ist der Abschluss einer Nachrangvereinbarung im Vergleich zu einem Rangrücktritt nicht nachteilig. Während sich seine Situation in den Szenarien B und C verbessert, bleibt sie in Szenario A unverändert. In Anhang 2 wird nachgewiesen, dass für Gläubiger D der Abschluss einer Nachrangvereinbarung verbunden mit einer Sicherungszession immer vorteilhafter ist als die Vereinbarung eines Rangrücktritts, wenn neben Gläubiger C und Gläubiger D noch weitere nichtnachrangige 3.-Klass-Gläubiger vorhanden sind. Sind Gläubiger C und Gläubiger D die einzigen Gläubiger, dann haben ein Rangrücktritt und eine Nachrangvereinbarung auch für Gläubiger D die gleichen Auswirkungen. Immerhin ist bezüglich Gläubiger D festzuhalten, dass für ihn sowohl ein Rangrücktritt als auch eine Nachrangvereinbarung im Vergleich zur Ausgangslage, bei der er die Stellung eines gewöhnlichen 3.-Klass-Gläubigers hat, nachteilig sind.

Für die übrigen nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubiger ist der Abschluss einer Nachrangvereinbarung schlechter als ein Rangrücktritt, denn von einem Rangrücktritt können sie profitieren, während sie von einer Nachrangvereinbarung nicht berührt werden.

Eine Besserstellung der Position der Gläubiger C und D durch Abschluss einer Nachrangvereinbarung kann nur erreicht werden, wenn die Forderung des Gläubi-

gers D nicht bereits mit einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR belegt ist. Ist die Forderung des Gläubigers D im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR subordiniert, dann kommt dem Gläubiger C nur etwas zu, wenn sämtliche nichtsubordinierten 3.-Klass-Gläubiger voll befriedigt sind, d.h. auch Gläubiger C. In diesem Fall ist aber eine Nachrangvereinbarung bedeutungslos.¹² Weil der Abschluss einer Nachrangvereinbarung im Vergleich zu einem Rangrücktritt auch für Gläubiger D vorteilhaft ist, haben die Gläubiger C und D ein grosses Interesse daran, dass die Forderung des Gläubigers D nicht als kapitalersetzendes Darlehen bzw. verdecktes Eigenkapital betrachtet wird.¹³ In diesem Punkt kollidieren die Interessen der Gläubiger C und D mit jenen der übrigen nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubiger, die von einer solchen zwangsweisen Subordination der Forderung des Gläubigers D profitieren würden.

III. Rangrücktritt

1. Allgemeines

Einleitend wurde dargelegt, dass der Abschluss einer Nachrangvereinbarung sowohl für den begünstigten als auch für den nachrangigen Gläubiger regelmässig vorteilhafter ist als die Vereinbarung eines Rangrücktritts. Dennoch gibt es Situationen, in denen die Vereinbarung eines Rangrücktritts angezeigt oder geradezu gefordert ist. Eine solche Situation liegt sicher immer dann vor, wenn die Schuldner-Gesellschaft überschuldet ist oder der Eintritt einer Überschuldung droht. Meistens wird in diesem Fall ein Rangrücktritt bezüglich einer bereits bestehenden Forderung abgeschlossen, weshalb auch von einem sog. *nachträglichen* Rangrücktritt gesprochen wird. In der Praxis trifft man jedoch auch den Fall an, dass z.B. das Darlehen des Hauptaktionärs von Anfang an mit einem Rangrücktritt versehen wird.¹⁴ Im vorliegenden Zusammenhang wird dies als *ursprünglicher* oder *originärer* Rangrücktritt bezeichnet. Sowohl ein *nachträglicher* als auch ein *originärer* Rangrücktritt werden durch den im Rang zurücktretenden Gläubiger freiwillig gewährt.¹⁵

Im Folgenden werden die einzelnen Aspekte einer freiwillig abgeschlossenen Rangrücktrittsvereinbarung

¹² Da an dieser Stelle der Rangrücktritt mit der Nachrangvereinbarung verglichen wird, ist der Fall des Abschlusses einer Nachrangvereinbarung zwischen im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR im Rang zurückgetretenen Gläubigern ausgeklammert (vgl. dazu oben II.1).

¹³ Vgl. dazu unten IV.3.3.

¹⁴ Dies ist in der Regel auch bei nachrangigen Anleiheobligationen der Fall; vgl. BÖCKLI (FN 5), § 13 FN 1427. Auf dieses spezielle Instrument wird im vorliegenden Aufsatz nicht näher eingegangen.

¹⁵ Zum zwangsweisen Rangrücktritt vgl. unten IV.3.3.

betrachtet. Beim *nachträglich*en Rangrücktritt geht es dabei vor allem um die Frage, welchen Anforderungen ein Rangrücktritt genügen muss, damit er den Verwaltungsrat von seiner Pflicht befreit, bei einer Überschuldung den Richter zu benachrichtigen. Beim *ursprünglich*en Rangrücktritt steht dagegen eher die Frage im Vordergrund, wie dieser ausserhalb einer Überschuldung zu behandeln ist.

2. Vertrag zugunsten Dritter

Um die einzelnen Aspekte eines Rangrücktritts zu erörtern, ist zuerst einmal dessen rechtliche Qualifikation zu klären. Es ist heute weitgehend unbestritten, dass der Rangrücktritt nicht eine einseitige Erklärung, sondern ein Vertrag zwischen dem im Rang zurücktretenden Gläubiger und der Schuldner-Gesellschaft ist.¹⁶ Daraus folgt, dass der im Rang zurückgetretene Gläubiger den Rangrücktritt nicht mehr ohne Zustimmung der Schuldner-Gesellschaft widerrufen kann.¹⁷

Weiter geht die wohl herrschende Lehre davon aus, dass der Rangrücktritt nach Art. 725 Abs. 2 OR ein echter Vertrag zugunsten Dritter ist.¹⁸ Damit ist ein weiterer bedeutender Punkt zu beachten: Nach Art. 112 Abs. 3 OR kann der Gläubiger den Schuldner nicht mehr entbinden, sobald der Dritte dem Letzteren erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen. Bezüglich eines Rangrücktritts bedeutet dies, dass die Schuldner-Gesellschaft den im Rang zurücktretenden Gläubiger nicht mehr von seinem Rangrücktritt entbinden kann, sobald die übrigen Gläubiger dem nachrangigen Gläubiger erklärt haben, von ihrem Recht Gebrauch machen zu wollen. In diesem Moment verliert die Schuldner-Gesellschaft grundsätzlich die Verfügungsberechtigung über die mit einem Rangrücktritt versehene Forderung.¹⁹ Allerdings ist zu beachten, dass

Art. 112 Abs. 3 OR dispositives Recht ist und dass der Dritte nur diejenigen Rechte erwerben kann, die ihm vertraglich zugestanden werden.²⁰ Dies ist gerade bei einer Rangrücktrittsvereinbarung von besonderer Bedeutung, weil diese im Gesetz nur sehr knapp geregelt ist und deshalb viele Einzelheiten der Dispositionsfreiheit der Parteien überlassen sind. Enthält die Rangrücktrittsvereinbarung z.B. eine Bestimmung, wonach der Rangrücktritt aufgehoben werden kann, sofern die Gesellschaft im fraglichen Zeitpunkt noch nicht oder nicht mehr überschuldet ist,²¹ dann muss dies dem Dritten ebenfalls entgegengehalten werden können. Das Gleiche gilt, wenn der Rangrücktritt unter einer aufschiebenden Bedingung erteilt worden ist.²²

3. Ausgestaltung des Rangrücktritts

3.1 Rücktritt im Rang

Wie bereits erwähnt, ist der Rangrücktritt im Gesetz nur rudimentär geregelt. Aus Art. 725 Abs. 2 OR ergibt sich einzig, dass der Rangrücktritt im Ausmass der Unterdeckung erfolgen muss. Hingegen sagt das Gesetz nicht, was überhaupt unter einem Rangrücktritt zu verstehen ist. Dies ist vielmehr aus der Konzeption dieses Instruments herzuleiten: Weil ein Rangrücktritt den Verwaltungsrat davon befreit, bei einer Überschuldung den Richter benachrichtigen zu müssen, muss gewährleistet sein, dass die bisherigen und neuen Gläubiger durch die unterlassene Bilanzdeponierung nicht zu Schaden kommen. Dies kann nur dann erreicht werden, wenn der im Rang zurücktretende Gläubiger im Falle eines Konkurses, eines Nachlasses oder einer Liquidation der Gesellschaft erst dann befriedigt wird, wenn alle übrigen Gläubiger der dritten Klasse befriedigt sind.²³ Die nachrangigen Forderungen werden also erst mit einem etwaigen Überschuss getilgt.²⁴

Eine andere Frage ist, welche Rangordnung unter den einzelnen im Rang zurückgetretenen Gläubigern gilt. Grundsätzlich muss von der Gleichrangigkeit dieser Gläubiger ausgegangen werden, da sie das gleiche Risiko tragen.²⁵ Diese Vermutung gilt jedoch nur, sofern die Rangrücktrittsvereinbarungen keine anderweitigen Abmachungen enthalten.²⁶ Weil die Rangrücktrittsverein-

¹⁶ Vgl. ZK-HOMBURGER, OR 725 N 1265.

¹⁷ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 217; vgl. aber immerhin ZK-HOMBURGER, OR 725 N 1282, wonach die einseitige Aufhebung der Rangrücktrittserklärung durch den Gläubiger zulässig ist, wenn z.B. die Gesellschaft ihre als Gegenleistung zum Rücktritt übernommene Pflicht nicht erfüllt oder sich als nicht sanierungsfähig erweist. Diese Auffassung ist abzulehnen; vgl. unten III.4.

¹⁸ BÖCKLI (FN 5), § 13 N 798; ANTON PESTALOZZI, Skizzen zum Rangrücktritt des Gläubigers bei Forderungen, SAG 1969, 2; JAQUES (FN 1), 1070 ff.; JÖRG WITMER, Der Rangrücktritt im schweizerischen Aktienrecht, Diss. St. Gallen 1999, 242 f.; MARKUS DÜSS, Der Rangrücktritt des Gesellschaftsgläubigers bei Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 1971, 40. A.M. STEFAN KNOBLOCH, Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung, Diss. Zürich, St. Gallen/Zürich 2006 (=SSHW 252), 27 f.; ZK-HOMBURGER, OR 725 N 1283, welcher die Leistung des Zurücktretenden nicht als Leistung an «Dritte», sondern als Leistung an die Gesellschaft qualifiziert. Bloss reflexartig bewirke die Leistung eine «Begünstigung» Dritter.

¹⁹ PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003, Bd. II., N 4124.

²⁰ ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. A., Zürich 1974, 247 f.; BSK OR I-GONZENBACH, Art. 112 N 18.

²¹ Zur Zulässigkeit einer solchen Klausel vgl. unten III.4.

²² Vgl. dazu unten III.5.

²³ BÖCKLI (FN 5), § 13 N 793 ff.

²⁴ Vgl. dazu schon die Nachweise in FN 6.

²⁵ GL.M. JAQUES (FN 1), N 1424. A.M. WITMER (FN 18), 262 f., der im Fall des zeitlich gestaffelten Rücktritts dem zweiten, späteren Rangrücktritt Priorität bei der Deckung zukommen lässt, und TREUHAND-KAMMER (FN 6), 5, für den Fall, dass Gläubiger von 1.- und 2.-Klass-Forderungen zurücktreten.

²⁶ TREUHAND-KAMMER (FN 6), 5; JAQUES (FN 1), N 1424; WITMER (FN 18), 263.

barung ein Vertrag zugunsten Dritter ist, kann sie vorsehen, dass der Rangrücktritt nur zugunsten bestimmter Gläubiger erfolgt. Solange der Rangrücktritt zugunsten sämtlicher nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubiger wirkt, erfüllt er die Anforderungen von Art. 725 Abs. 2 OR. Hinsichtlich der im Rang bereits zurückgetretenen Gläubiger kann jedoch Folgendes vereinbart werden: Einerseits kann sich der Zurücktretende auch noch hinter die bereits im Rang zurückgetretenen Gläubiger einreihen. Meines Erachtens spricht nichts dagegen, dass ein Gläubiger X, der einen Rangrücktritt erklärt, diesen auch gegenüber im Rang schon früher zurückgetretenen Gläubigern erklärt. In diesem Fall würde der Gläubiger X erst befriedigt, wenn nicht nur sämtliche nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubiger, sondern auch die bereits früher im Rang zurückgetretenen Gläubiger befriedigt sind. Andererseits kann ein Gläubiger den Rangrücktritt zwar gegenüber den nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubigern, nicht aber gegenüber den bereits im Rang zurückgetretenen Gläubigern aussprechen. Auch diese Vereinbarung ist aus folgendem Grund zulässig: Ein Rangrücktritt wird in der Regel gegenüber sämtlichen nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubigern abgegeben. Ein im Rang zurückgetretener Gläubiger übernimmt damit die Rolle des Verlustscheingläubigers und hat keinen Anspruch darauf, dass durch andere Gläubiger später wiederum Rangrücktritte abgegeben werden. Deshalb muss es zulässig sein, dass der Rangrücktritt des Gläubigers X zwar gegenüber sämtlichen nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubigern, nicht jedoch gegenüber den bereits früher abgegebenen Rangrücktritten wirkt.²⁷

Schliesslich muss es auch zulässig sein, dass die im Rang zurückgetretenen Gläubiger durch Abschluss einer Nachrangvereinbarung unter sich wiederum eine Rangfolge bilden.²⁸

3.2 Stundungsvereinbarung

Ein Rangrücktritt kann im Falle eines Konkurses, eines Nachlasses oder einer Liquidation der Gesellschaft nur wirken, wenn der im Rang zurückgetretene Gläubiger nicht vorzeitig durch Bezahlung oder Verrechnung seiner Forderung befriedigt worden ist. Deshalb ist neben dem eigentlichen Rücktritt im Rang auch eine Stundungsvereinbarung bezüglich der Kapitalforderung notwendiger Inhalt jeder Rangrücktrittsvereinbarung.²⁹ Diese Stundungsvereinbarung hindert den Eintritt der

Fälligkeit der Kapitalforderung, womit sie der Gläubiger auch nicht zurückfordern kann. Solange eine Forderung nicht fällig ist, darf sie der Gläubiger aber auch nicht verrechnen.³⁰ Deshalb darf der Gläubiger seine nachrangige Forderung nicht nur nicht zurückfordern, sondern diese unterliegt auch einem Verrechnungsverbot.³¹

Die Stundungsvereinbarung würde obsolet, wenn die Schuldner-Gesellschaft die Forderung zurückzahlen dürfte. Aus diesem Grund enthält die Stundungsvereinbarung immer auch ein implizites Rückzahlungsverbot für die Schuldner-Gesellschaft.³² Damit darf die subordinierte Forderung nicht nur nicht gefordert werden, sondern sie darf auch nicht erfüllt werden. Aufgrund des Erfüllungsverbots ergibt sich grundsätzlich auch ein Verrechnungsverbot für die Gesellschaft.³³ Davon ausgenommen ist eine Verrechnungsvereinbarung im Rahmen einer Verrechnungslieberierung.³⁴

Die Stundungsvereinbarung gilt während der ganzen Dauer des Rangrücktritts. Solange der Rangrücktritt wirksam ist, hindert die Stundung selbstredend nicht nur den Eintritt der Endfälligkeit der Forderung, sondern sie erfasst auch etwaige zwingende oder freiwillige vorzeitige Rückzahlungen eines Darlehens. Insbesondere beim originären Rangrücktritt ist aber zu beachten, dass dieser vor einer Überschuldung ganz oder teilweise aufgehoben werden kann und im entsprechenden Umfang das Darlehen auch getilgt werden darf.³⁵

Eine andere Frage ist, ob Zinsen und Kosten ebenfalls notwendigerweise gestundet werden müssen. Diese Frage ist in der Literatur umstritten,³⁶ wurde aber neulich

³⁰ Art. 120 Abs. 1 OR; THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 37 N 12.

³¹ BGE 4C.47/2003 E. 2.1 und 2.2; BÖCKLI (FN 5), § 13 N 795; TREUHAND-KAMMER (FN 6), 3; WITMER (FN 18), 175 f.; MICHAEL HOLD, Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 2000, 182 f.; GEORG KRNETA, Verwaltungsrat, Praxiskommentar, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, ein Handbuch für Verwaltungsräte, Bern 2001, N 2227; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 46; RICO A. CAMPONOVO, Der Rangrücktritt und seine Alternativen: Klassische Alternativen – Rückdarlehen (cash pool)? – Garantie, ST 2002, 817.

³² Vgl. BÖCKLI (FN 5), § 13 N 795; WITMER (FN 18), 176; HOLD (FN 31), 179 f.

³³ Vgl. BÖCKLI (FN 5), § 13 N 795; WITMER (FN 18), 175 f.; HOLD (FN 31), 182 f.; KRNETA (FN 31), N 2227.

³⁴ LUKAS GLANZMANN, Die Schranken der Lieberierung durch Verrechnung nach schweizerischem Aktienrecht, ZSR 118 (1999) 221–240, 225. A.M. BÖCKLI (FN 5), § 2 N 149.

³⁵ Vgl. unten III.4.2.

³⁶ Für eine notwendige Stundung der Zinsen: BÖCKLI (FN 5), § 13 N 795; WITMER (FN 18), 174; HOLD (FN 31), 165; MICHAEL HOPF, Die Aufgaben der Revisionsstelle in der finanziellen Krise der AG: Wichtige Wegmarken für die Prüfer, ST 2002, 648; ULYSSES VON SALIS-LÜTOLF, Private Equity Finanzierungsverträge: Funktion – Recht – Steuern, Zürich 2002, 126; LUKAS GLANZMANN, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht: Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des kon-

²⁷ Gl.M. JAQUES (FN 1), N 1425; BAHAR (FN 5), 487.

²⁸ Vgl. oben II.1; gl.M. JAQUES (FN 1), N 1465.

²⁹ BGE 129 III 129 E. 7.4; BÖCKLI (FN 5), § 13 N 795; BAHAR (FN 5), 488; KNOBLOCH (FN 18), 29; so ausdrücklich auch Art. 725 Abs. 6 des Vorentwurfes zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005.

durch das Bundesgericht entschieden: Dieses hat festgehalten, dass die Vereinbarung, wonach nur die Kapitalforderung, nicht aber die entsprechenden Vertragszinsen unter den Rangrücktritt fallen, gesetzeskonform ist.³⁷ In der Praxis ist die Diskussion über die Zulässigkeit von Zinszahlungen während eines Rangrücktritts damit vorderhand wohl erledigt. Selbstverständlich ist der Verwaltungsrat verpflichtet, gerade in einer Überschuldungssituation besonders sorgfältig vorzugehen und nicht einseitig Zinsen zu bezahlen, falls andere Zahlungen nicht mehr möglich sind; auch wenn Zinszahlungen von der Rangrücktrittsvereinbarung ausgeschlossen werden können, sind immer noch die übrigen Gläubigerschutzvorschriften zu beachten.³⁸

Aufgrund der Tatsache, dass Zinsen bezahlt werden dürfen, muss auch ihre Kapitalisierung zulässig sein. Dabei ist zu beachten, dass die Zinsen nach ihrer Kapitalisierung als Kapitalforderung gelten und als solche unter Umständen vom Rangrücktritt erfasst werden. In diesem Fall wäre die Position des im Rang zurücktretenden Gläubigers schlechter, als wenn die Zinsen nach wie vor bezahlt würden.³⁹

3.3 Umfang des Rangrücktritts

Damit der Rangrücktritt sein Ziel, den Verwaltungsrat von der Pflicht der Überschuldungsanzeige zu befreien, erreichen kann, muss er mindestens im Umfang der Unterdeckung ausgesprochen werden. Auch bezüglich der Frage, welche die relevante Unterdeckung sei, herrscht Uneinigkeit. Diese Frage stellt sich deshalb, weil eine anzeigepflichtige Überschuldung erst dann vorliegt, wenn die Gesellschaft sowohl zu Fortführungswerten als auch zu Liquidationswerten überschuldet ist.⁴⁰ Ein Teil der Lehre versteht die Formulierung des Art. 725 Abs. 2 OR in dem Sinne, dass nur die kleinere der beiden Unterdeckungen ausgeglichen werden müsse, weil in diesem Fall bereits keine anzeigepflichtige Überschuldung mehr vorliegen würde.⁴¹ Ein anderer Teil fordert jedoch,

dass die grössere der beiden Unterdeckungen auszugleichen sei.⁴² Schliesslich postulieren einige Autoren, dass neben der eigentlichen Unterdeckung auch das Aktienkapital zumindest teilweise wieder herzustellen sei.⁴³

In der Praxis dürfte auch diese Kontroverse aufgrund eines neueren Bundesgerichtsurteils entschieden sein. Das Bundesgericht hat nämlich im Zusammenhang mit der Aufhebung einer Rangrücktrittserklärung die Vereinbarung, wonach der Rangrücktritt dahinfällt, wenn die Überschuldung zu Fortführungswerten beseitigt ist, richtigerweise als zulässig erachtet.⁴⁴ Geht man davon aus, dass die Unterdeckung zu Fortführungswerten in der Regel kleiner ist als jene zu Liquidationswerten, dann genügt somit der Ausgleich der betragsmässig kleineren Unterdeckung. Wenn der Rangrücktritt unter diesen Voraussetzungen aufgehoben werden darf, dann muss es auch genügen, wenn der Rangrücktritt nur in diesem Betrag gewährt wird. Das Abstellen auf die Unterdeckung zu Fortführungswerten setzt natürlich voraus, dass eine Fortführung des Unternehmens überhaupt möglich ist; sollte dies z.B. aufgrund eines Liquiditätsmangels nicht zutreffen, dann darf überhaupt nicht mehr zu Fortführungswerten bilanziert werden und es sind alleine die Liquidationswerte massgebend.⁴⁵

Obwohl nach der hier vertretenen Meinung ein Rangrücktritt nur die betragsmässig kleinere Unterdeckung ausgleichen muss, kann es angezeigt sein, den Rangrücktritt in einem diese Unterdeckung übersteigenden Betrag auszusprechen. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Gesellschaft weiterhin mit Verlust wirtschaftet, d.h. sich gleichsam auf einer «schiefen Ebene» befindet. Wird in dieser Situation der Rangrücktritt nur im Betrag der momentanen Unterdeckung ausgesprochen, dann weist die Gesellschaft bereits schon am nächsten Tag wieder eine anzeigepflichtige Überschuldung aus. Dieses Problem wird noch dadurch akzentuiert, dass sich die einem Rangrücktritt zugrunde liegenden Zahlen auf den letzten Bilanzstichtag beziehen, der meistens ein paar Wochen zurückliegen dürfte.

3.4 Rangrücktritt als Dauerzustand?

Ein Rangrücktritt befreit zwar den Verwaltungsrat von der Pflicht, bei einer Überschuldung den Richter zu

zerninternen Darlehens, Diss. St. Gallen 1996, 128 f. (zit. Darlehensvertrag); gegen eine notwendige Stundung von Zinsen bzw. für eine dispositive Regelung: TREUHAND-KAMMER (FN 6), 3; CAMONOV (FN 31), 817; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 47; KNOBLOCH (FN 18), 33; BAHAR (FN 5), 489; ARMAND RUBLI, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002, 184.

³⁷ BGer 4C.47/2003 E. 4. A.M. Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, 85.

³⁸ Vgl. insbesondere Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung) und Art. 167 StGB (Bevorzugung eines Gläubigers).

³⁹ Zu beachten ist ferner auch das Zinseszinsverbot gemäss Art. 314 Abs. 3 OR.

⁴⁰ Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR.

⁴¹ TREUHAND-KAMMER (FN 6), 3; BÖCKLI (FN 5), § 13 N 801; HOLD (FN 31), 169; GLANZMANN, Darlehensvertrag (FN 36), 125 f.; KNOBLOCH (FN 18), 31. In der Regel kann man davon ausgehen, dass eine Bilanz zu Fortführungswerten eine geringere Unterdeckung aufweist.

⁴² ANTON PESTALOZZI, Rangrücktritt oder Benachrichtigung des Richters, SZW 4/1992, 181 (zit. Rangrücktritt); WITMER (FN 18), 181; BÖCKLI (FN 5), § 13 N 802; VIKTOR MÜLLER, Der Rangrücktritt nach neuem Aktienrecht: Ausgestaltung und Wirkung dieses legalisierten Instruments, ST 1994, 924.

⁴³ BÖCKLI (FN 5), § 13 N 803 f.; HOLD (FN 31), 169; MÜLLER (FN 42), 923 f.; selbstverständlich kann es sich dabei nur um eine Wiederherstellung im wirtschaftlichen Sinne handeln.

⁴⁴ Vgl. unten III.4.1.

⁴⁵ BÖCKLI (FN 5), § 13 N 801 f.; BAHAR (FN 5), 488; LUKAS GLANZMANN, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Vito Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG. 2. A., Zürich/Basel/Genf 2003, 29 f. m.w.Hw. (zit. Sanierung).

benachrichtigen, hat aber selbst keine direkt sanierende Wirkung.⁴⁶ Ein Teil der Lehre vertritt deshalb die Auffassung, dass selbst ein betragsmässig genügender Rangrücktritt in einer Überschuldungssituation auf die Dauer nicht das Eigenkapital zu ersetzen vermag.⁴⁷ Diese Auffassung stimmt wohl mit der Konzeption des Gesetzes überein, denn dieses verlangt bereits bei Vorliegen eines Kapitalverlustes und nicht erst bei einer Überschuldung, dass Sanierungsmassnahmen eingeleitet werden.⁴⁸ Für die Dritt-Gläubiger macht es allerdings keinen wesentlichen Unterschied, ob die Gesellschaft in einer Überschuldung mit Eigenkapital oder mit subordinierten Darlehen finanziert wird. Aus ihrer Sicht besteht der wohl einzige Unterschied darin, dass bezüglich eines mit einem Rangrücktritt versehenen Darlehens noch in einem Zeitpunkt Zinsen bezahlt werden dürfen, in welchem Eigenkapital nicht mehr «verzinst», d.h. keine Dividende mehr ausbezahlt werden dürfte.⁴⁹ Dieser Unterschied tritt jedoch nicht erst im Zeitpunkt der Überschuldung auf, denn Dividenden dürfen bereits dann nicht mehr bezahlt werden, wenn das Aktienkapital nicht mehr gedeckt ist.⁵⁰ Es ist jedoch unbestritten, dass in diesem Zeitpunkt das Fremdkapital nach wie vor verzinst werden darf. Deshalb können die Dritt-Gläubiger auf dieser Grundlage keine Haftungsansprüche gegenüber der Gesellschaft, deren Organen oder gar dem im Rang zurücktretenden Gläubiger geltend machen.

Weil eine Finanzierung durch subordinierte Darlehen anstelle von Eigenkapital keine wesentlichen Unterschiede für die Dritt-Gläubiger zeitigt, ist auch die Auffassung abzulehnen, dass ein Rangrücktritt rechtsmissbräuchlich und deshalb nichtig ist, wenn er gewährt wird, obwohl die Schuldner-Gesellschaft keine Aussicht auf Sanierung hat.⁵¹

3.5 Anspruch auf Nichtbenachrichtigung des Richters?

Häufig stellt sich die Frage, ob sich der Verwaltungsrat der Schuldner-Gesellschaft in der Rangrücktrittsvereinbarung verpflichten muss, die Benachrichtigung des Richters zu unterlassen, solange der Rangrücktritt den Anforderungen von Art. 725 Abs. 2 OR genügt. Meines Erachtens ist eine solche Verpflichtung nicht zulässig, weil sie in den unentziehbaren und unübertragbaren Aufgabenbereich des Verwaltungsrates eingreift. Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR ist im Falle der Überschuldung alleine der Verwaltungsrat für die Benachrichtigung des Richters zuständig. Der Verwaltungsrat

kann diese Benachrichtigung gemäss Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR unterlassen, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten. Dabei handelt es sich um eine Kann-Vorschrift, d.h. es liegt im Ermessen des Verwaltungsrats, ob er die Benachrichtigung des Richters unterlassen will oder nicht. Diese Beurteilung kann sich mit der Zeit durchaus ändern. Deshalb beinhalten Rangrücktrittserklärungen nach gängiger Praxis eine Klausel, wonach der im Rang zurückgetretene Gläubiger keinen Anspruch darauf hat, dass der Verwaltungsrat der Gesellschaft während der Dauer der entsprechenden Vereinbarung die Benachrichtigung des Richters wegen Überschuldung unterlässt.⁵² Anders ist jedoch der Fall zu beurteilen, wenn der Verwaltungsrat unmittelbar nach Wirksamwerden des Rangrücktritts die Bilanz deponiert. In diesem Fall wäre die Rangrücktrittsvereinbarung unter Umständen wegen absichtlicher Täuschung anfechtbar⁵³ und der Verwaltungsrat könnte aufgrund von Art. 754 OR verantwortlich werden.

4. Aufhebung des Rangrücktritts

4.1 Aufhebung eines nachträglichen Rangrücktritts

Ähnlich umstritten wie die Frage nach dem Umfang des Rangrücktritts ist auch die Frage, wann eine Rangrücktrittsvereinbarung wieder aufgehoben werden darf. Auch hier postulieren gewisse Autoren, dass der Rangrücktritt bereits dann aufgehoben werden kann, wenn die betragsmässig kleinere Unterdeckung beseitigt ist⁵⁴, während andere Autoren die betragsmässig grössere Unterdeckung ausgeglichen⁵⁵ bzw. gar einen Teil des Eigenkapitals wieder hergestellt haben möchten.⁵⁶ Auch diese Diskussion wurde durch den bereits genannten Bundesgerichtsentscheid stark relativiert.⁵⁷ Das Bundesgericht hat nämlich die Vereinbarung, dass der Rangrücktritt so lange in Kraft bleibt, bis sich aus einer testierten Jahresbilanz der Gesellschaft ergibt, dass die vorhandenen Aktiven zur Deckung aller Verbindlichkeiten ausreichen, als zulässig bezeichnet. Es hat richtigerweise die Auffassung verworfen, dass der Rangrücktritt von Gesetzes wegen erst dann aufgehoben

⁴⁶ Vgl. GLANZMANN, Sanierung (FN 45), 29 m.w.Hw.

⁴⁷ BÖCKLI (FN 5), § 13 N 813.

⁴⁸ Art. 725 Abs. 1 OR.

⁴⁹ GLANZMANN, Darlehensvertrag (FN 36), 129. Zur Zulässigkeit von Zinszahlungen während eines Rangrücktritts vgl. oben III.3.2.

⁵⁰ Art. 675 Abs. 2 OR.

⁵¹ So aber WITMER, (FN 18), 213 f.

⁵² TREUHAND-KAMMER (FN 6), 13.

⁵³ Art. 28 OR.

⁵⁴ TREUHAND-KAMMER (FN 6), 3; BÖCKLI (FN 5), § 13 N 801; HOLD (FN 31), 169; GLANZMANN, Darlehensvertrag (FN 36), 125; KNOBLOCH (FN 18), 31.

⁵⁵ PESTALOZZI, Rangrücktritt (FN 42), 181; WITMER (FN 18), 181; BÖCKLI (FN 5), § 13 N 802; MÜLLER (FN 42), 924.

⁵⁶ BÖCKLI (FN 5), § 13 N 804; HOLD (FN 31), 167 ff.; nach MÜLLER (FN 42), 923 f., ist ein bedingter Rangrücktritt denkbar, wonach die Vereinbarung so lange dauert, bis ein gewisser Prozentsatz des Aktienkapitals wieder gedeckt ist.

⁵⁷ BGE 4C.47/2003 vom 2. Juli 2003.

ben werden darf, wenn die Fortführung des Unternehmens sichergestellt ist, und nicht schon dann, wenn die bilanzmässige Überschuldung beseitigt worden ist.⁵⁸ Wird davon ausgegangen, dass die Unterdeckung zu Fortführungswerten betragsmässig kleiner ist als jene zu Liquidationswerten, dann genügt nach Auffassung des Bundesgerichts mithin der Wegfall der betragsmässig kleineren Unterdeckung, um den Rangrücktritt wieder aufzuheben.⁵⁹ Eine Bilanzierung zu Liquidationswerten ist somit nur erforderlich, wenn gemäss Rangrücktrittsvereinbarung ausdrücklich eine solche Bilanzierung verlangt wird⁶⁰ oder wenn aufgrund der fehlenden Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft eine Bilanzierung zu Fortführungswerten nicht mehr zulässig ist.⁶¹

Bei der Aufhebung eines Rangrücktritts stellt sich auch die Frage, ob diese schrittweise erfolgen darf. Aufgrund des Zwecks des Rangrücktritts ist diese Frage zu bejahen. Es muss zulässig sein, den Rangrücktritt in dem Umfang aufzuheben, als er für das Abdecken einer Überschuldung nicht mehr benötigt wird. Aufgrund der gleichen Überlegungen kann ein Rangrücktritt auch dann aufgehoben werden, wenn eine andere Forderung im Rang zurücktritt und den fraglichen Rangrücktritt ersetzt.

Sowohl bei der ganzen als auch bei der teilweisen Aufhebung eines Rangrücktritts ist wesentlich, dass zweifelsfrei festgestellt wird, in welchem Umfang die Überschuldung der Gesellschaft weggefallen ist. Die Basis für eine ganze oder teilweise Aufhebung eines Rangrücktritts wird demnach regelmässig eine geprüfte Bilanz oder Zwischenbilanz sein. Nur so wird der Verwaltungsrat der Schuldner-Gesellschaft seine Pflichten nach Art. 725 Abs. 2 OR erfüllen können. Auf dieser Basis muss es aber auch zulässig sein, einen Automatismus für die Aufhebung des Rangrücktritts in die entsprechende Vereinbarung aufzunehmen. Das Wegfallen der Überschuldung wird dann als Resolutivbedingung ausgestaltet, bei deren Eintritt der Rangrücktritt im entsprechenden Umfang dahinfällt.⁶²

4.2 Aufhebung eines originären Rangrücktritts

Im vorherigen Abschnitt wurde aufgezeigt, dass die Aufhebung eines Rangrücktritts immer dann zulässig ist, wenn die Schuldner-Gesellschaft zu Fortführungswerten nicht mehr überschuldet ist. Dies gilt sowohl für *nachträglich* als auch für *ursprünglich* vereinbarte Rangrücktritte. Bei einem *ursprünglichen* Rangrücktritt stellt sich daneben aber noch die Frage, unter welchen Voraussetzungen dieser schon vor dem Eintritt einer Überschuldung aufgehoben werden darf. Die Beantwortung dieser Frage ist gestützt auf die gleichen Erwägungen vorzunehmen wie die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein *nachträglich* vereinbarter Rangrücktritt aufgehoben werden darf. Weil das Aufheben eines Rangrücktritts nach Beseitigung einer Überschuldung zulässig ist, muss dies grundsätzlich auch zulässig sein, solange eine Überschuldung gar noch nicht eingetreten ist. Eine weitergehende Einschränkung der Aufhebung des Rangrücktritts könnte sich höchstens aus der konkreten Rangrücktrittsvereinbarung ergeben. Daraus folgt, dass ein *originärer* Rangrücktritt durch übereinstimmende Willenserklärung des im Rang zurückgetretenen Gläubigers und der Schuldner-Gesellschaft grundsätzlich jederzeit aufgehoben und die entsprechende Forderung zurückbezahlt werden darf, solange die Schuldner-Gesellschaft nicht überschuldet ist und auch nicht durch die Aufhebung des Rangrücktritts in eine Überschuldung gerät. Unter den gleichen Voraussetzungen sind auch Amortisationszahlungen zulässig: Eine Amortisationszahlung bedeutet im Ergebnis nämlich nichts Anderes, als dass der Rangrücktritt auf einem Teil der Forderung wegfällt und dieser Teil zurückbezahlt wird.⁶³

Originäre Rangrücktritte findet man unter anderem im Rahmen von Finanzierungen. In diesem Fall kann der Abschluss eines Rangrücktritts z.B. bezüglich eines Aktionärsdarlehens eine Voraussetzung dafür sein, dass die Bank der Schuldner-Gesellschaft einen Kredit gewährt. Die Bank hat dann allerdings ein legitimes Interesse daran, dass der Rangrücktritt nicht mehr durch eine übereinstimmende Willenserklärung des im Rang zurückgetretenen Gläubigers und der Schuldner-Gesellschaft aufgehoben wird, solange sie nicht voll befriedigt ist. Weil ausserhalb einer Überschuldung ein Rangrücktritt jederzeit aufgehoben werden darf, muss die Bank ihre Interessen durch Abschluss einer Dreiparteienvereinbarung, wonach der Rangrücktritt nicht ohne Zustimmung der Bank aufgehoben werden kann, sichern.

⁵⁸ BGE 4C.47/2003 E. 2.2.

⁵⁹ BGE 4C.47/2003 E. 3.

⁶⁰ BGE 4C.47/2003 E. 3.1; in diesem Sinne auch BÖCKLI (FN 5), § 13 N 801; PETER HERZOG, Der Rangrücktritt nach Aktienrecht: Die überarbeitete Fachmitteilung Nr. 7 der Treuhand-Kammer, ST 1996, 979; HOLD (FN 31), 169 f.; dieses Ergebnis steht ferner im Einklang mit den Ausführungen der Botschaft zur Aktienrechtsrevision: «Zeigt nur die Liquidationsbilanz eine Überschuldung, so ist die Eröffnung des Konkurses jedenfalls dann nicht angezeigt, wenn die Fortführung der Gesellschaft in keiner Weise gefährdet ist.» (BBl 1983 II 927). A.M. MÜLLER (FN 42), 924, nach welchem zwingend auf die Lücke der schlechteren Bilanz abgestellt werden soll, und WITMER (FN 18), 181, wonach einzig auf die Liquidationswerte abzustellen sei.

⁶¹ Vgl. dazu oben III.3.3.

⁶² Vgl. dazu unten III.5.

⁶³ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 50 N 217; JAQUES (FN 1), N 739 f.; GLANZMANN, Darlehensvertrag (FN 36), 127 f.; WITMER (FN 18), 176; BARTHOLD (FN 8), 225; BÖCKLI (FN 5), § 13 N 795, wonach die Forderung nur während der Dauer der Überschuldung nicht erfüllbar ist.

5. Bedingung und Befristung des Rangrücktritts

Im vorstehenden Abschnitt wurde dargelegt, dass ein Rangrücktritt im Umfang des Wegfalls der Überschuldung oder bei Ersetzung durch einen anderen Rangrücktritt aufgehoben werden darf. Nach der wohl herrschenden Lehre ist dies der einzige Weg, einen Rangrücktritt wieder aufzuheben, und jede andere Bedingung oder Befristung eines Rangrücktritts wird als unzulässig erachtet.⁶⁴ Dieser Auffassung ist zuzustimmen, soweit es um die Frage geht, ob ein Rangrücktritt befristet oder unter eine Resolutivbedingung gestellt werden darf.

Eine andere Frage ist, ob eine Rangrücktrittsvereinbarung unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen werden darf. Diese Frage wird in der Literatur kaum diskutiert.⁶⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung muss aber der Abschluss einer suspensiv bedingten Rangrücktrittsvereinbarung aus folgenden Überlegungen zulässig sein: Dem Rangrücktritt liegt ein Vertrag zwischen der Schuldner-Gesellschaft und dem betreffenden Gläubiger zugrunde.⁶⁶ Grundsätzlich kann jeder Vertrag aufschiebend bedingt abgeschlossen werden, und zwar auch ein Vertrag zugunsten Dritter.⁶⁷ Bedingungsfeindlich sind meistens nur Geschäfte des ZGB sowie die Ausübung von Gestaltungsrechten.⁶⁸ Die Bedingungsfeindlichkeit des Gestaltungsrechts ergibt sich daraus, dass die damit verbundene Unsicherheit dem Erklärungsgegner nicht zugemutet werden soll. Aus diesem Schutzzweck folgt jedoch die herrschende Lehre, dass eine Bedingung selbst bei Gestaltungsrechten zulässig ist, wenn ihr Eintritt vom Willen des Erklärungsgegners abhängt.⁶⁹ Die gleichen Überlegungen müssen auch bei der Beantwortung der Frage, ob eine Rangrücktrittsvereinbarung aufschiebend bedingt abgeschlossen werden kann, berücksichtigt werden. Weil ein gültiger Rangrücktritt den Verwaltungsrat von der Pflicht befreit, bei einer Überschuldung den Richter zu benachrichtigen, muss dieser in der Lage sein, jederzeit zweifelsfrei feststellen

zu können, ob ein genügender Rangrücktritt vorliegt. Aus diesem Grund sind bei einer Rangrücktrittsvereinbarung nur solche aufschiebenden Bedingungen zulässig, deren Eintritt von der Schuldner-Gesellschaft jederzeit zweifelsfrei festgestellt werden kann. Zulässig wäre demnach etwa die Bedingung, dass eine geprüfte Bilanz oder Zwischenbilanz der Schuldner-Gesellschaft eine Überschuldung ausweist oder gewisse andere Gläubiger ebenfalls einen Rangrücktritt erklärt haben.

Ein aufschiebend bedingter Rangrücktritt wird selbstverständlich erst mit Eintritt der Bedingung wirksam, und zwar auf diesen Zeitpunkt hin.

6. Besicherung einer mit einem Rangrücktritt versehenen Forderung

Nach absolut herrschender Auffassung darf eine mit einem Rangrücktritt versehene Forderung nicht mit Vermögenswerten der Schuldner-Gesellschaft besichert werden.⁷⁰ In diesem Fall würde nämlich den nicht im Rang zurückgetretenen Gläubigern Verwertungssubstrat entzogen, was den Sinn und Zweck des Rangrücktritts gerade vereitelt. Wird eine mit Vermögenswerten der Schuldner-Gesellschaft besicherte Forderung erst später mit einem Rangrücktritt versehen, so sind die entsprechenden Vermögenswerte als Sicherheit zu entlassen.⁷¹ Immerhin muss es zulässig sein, die Entlassung der Sicherheiten aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt der Eröffnung eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens bzw. der Liquidation hin vorzunehmen; in diesem Fall kann nämlich bezüglich dieser Sicherheiten die Alterspriorität gewahrt werden, wenn die Gesellschaft fortgeführt wird und der Rangrücktritt später wieder aufgehoben werden kann.⁷²

Eine andere Frage ist, ob eine mit einem Rangrücktritt versehene Forderung durch Dritte besichert werden darf. Einer solchen Besicherung steht meines Erachtens nichts entgegen, weil sie nicht mit Vermögenswerten der Schuldner-Gesellschaft geschieht.⁷³ Allerdings ist darauf zu achten, dass der Dritte, der die Sicherheiten leistet, bei der Verwertung der Sicherheit keinen Anspruch gegenüber der Schuldner-Gesellschaft erwerben

⁶⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 50 N 217; ZK-HOMBURGER, OR 725 N 1279; JAQUES (FN 1), N 739 ff.; CLAUDE HONEGGER, Gedanken zum Rangrücktritt gemäss OR Art. 725 Abs. 2: Gesetzliche Grundlage für eine durch die Praxis entwickelte sanierungsbegleitende Massnahme, ST 1997, 441; KRNETA (FN 31), N 2226; a.M. KNOBLOCH (FN 18), 30, der einen befristeten Rangrücktritt grundsätzlich als zulässig erachtet.

⁶⁵ BRUNO KISTLER, La postposition, ST 1996, 482 f.; TREUHAND-KAMMER (FN 6), die es für möglich erachtet, den Abschluss einer Rangrücktrittsvereinbarung von gewissen Bedingungen abhängig zu machen; die meisten Autoren hingegen diskutieren nur die Frage der Resolutivbedingung; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 50 N 217; ZK-HOMBURGER, OR 725 N 1279; KRNETA (FN 31), N 2226.

⁶⁶ Vgl. vorstehend III.2.

⁶⁷ VON TUHR/ESCHER (FN 20), 247.

⁶⁸ INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2006, N 11.10.

⁶⁹ SCHWENZER (FN 68), N 11.11; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 19), N 154 f.

⁷⁰ GLANZMANN, Darlehensvertrag (FN 36), 129; THOMAS RIHM, Nachrangige Schuldverpflichtungen, Diss. Basel 1991, 67; WITMER (FN 18), 170 ff.; PÉRINAT (FN 2), 37; BARTHOLD (FN 8), 225.

⁷¹ RIHM (FN 70), 78, Fn. 202.

⁷² Gemäss der TREUHAND-KAMMER (FN 6), 5, sind Sicherheiten nach Wegfall des Rangrücktritts nicht neu zu bestellen. In die Rangrücktrittsvereinbarung muss aber aufgenommen werden, dass gewisse Sicherheiten während der Dauer der Vereinbarung nicht geltend gemacht werden dürfen; im Ergebnis gleich KNOBLOCH (FN 18), 33.

⁷³ GL.M. WITMER (FN 18), 172 f.; RIHM (FN 70), 67. A.M. CHRISTOPH VON GREYERZ, Kapitaleretzende Darlehen, in: Peter Böckli (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, 553.

darf, der seinerseits nicht nachrangig ist.⁷⁴ Dies wäre etwa der Fall, wenn die Schuldner-Gesellschaft bei einer Bank eine Kautionslimite hat und gestützt darauf dem im Rang zurückgetretenen Gläubiger eine Bankgarantie ausstellen lässt. Wenn die Bankgarantie gezogen wird, dann erlischt die mit einem Rangrücktritt belegte Forderung des Gläubigers gegenüber der Schuldner-Gesellschaft, doch die Bank erwirbt im gleichen Zeitpunkt eine Forderung gegenüber der Schuldner-Gesellschaft unter dem Kautionskredit.⁷⁵ In diesem Fall würde eine im Rang zurückgetretene Forderung in eine nicht nachrangige Forderung umgewandelt, was dem Zweck des Rangrücktritts widerspricht.

7. Abtretung und Verpfändung einer mit einem Rangrücktritt versehenen Forderung

Der Sinn und Zweck einer Rangrücktrittsvereinbarung könnte leicht vereitelt werden, wenn diese mit einer Abtretung oder Verpfändung der Forderung dahinfallen würde. Weil die Stellung des Schuldners durch die Zession von Gesetzes wegen nicht verschlechtert werden darf,⁷⁶ hat diese aber keinen Einfluss auf den Bestand des Rangrücktritts.⁷⁷ Daraus ergibt sich, dass der Rücktritt im Rang und die Stundungsvereinbarung auch gegenüber dem Erwerber der Forderung gelten. Analoges gilt für die Verpfändung einer mit einem Rangrücktritt versehenen Forderung: Auch durch diese wird die Stellung des Drittschuldners, d.h. der Schuldner-Gesellschaft, nicht beeinträchtigt, denn dem Gläubiger können insbesondere alle Einreden entgegen gehalten werden, die gegen die verpfändete Forderung erhoben werden können.⁷⁸

8. Bonität des im Rang zurücktretenden Gläubigers

Der Gläubiger, der einen Rangrücktritt gewährt, muss diesen finanziell verkraften können.⁷⁹ Insbesondere ein *nachträglicher* Rangrücktritt zeitigt meistens nicht nur Auswirkungen auf die Schuldner-Gesellschaft, sondern auch auf den im Rang zurücktretenden Gläubiger. Dieser muss unter Umständen seine Forderung im Wert berichtigen. Damit besteht die Gefahr, dass der im Rang zurückgetretene Gläubiger selbst in eine Über-

schuldung gerät. Diese Gefahr muss vermieden werden, weil sonst die Gläubiger der im Rang zurücktretenden Gesellschaft in einem etwaigen Konkurs dieser Gesellschaft mittels paulianischer Anfechtungsklage gegen den Rangrücktritt vorgehen können.⁸⁰ Die Folge davon ist, dass die mit Erfolg angefochtene Rechtshandlung den Anfechtungsklägern gegenüber ihre Wirksamkeit verliert. Dadurch fallen sowohl der Rücktritt im Rang als auch die Stundungsvereinbarung dahin, und die Forderung kann – sofern sie schon fällig ist – zurückgefordert werden. Bei der Schuldner-Gesellschaft löst dies unter Umständen wieder eine anzeigepflichtige Überschuldung aus. Deshalb ist der Verwaltungsrat der Schuldner-Gesellschaft verpflichtet, sich vor dem Abschluss einer Rangrücktrittsvereinbarung über die Bonität des im Rang zurücktretenden Gläubigers Rechenschaft zu geben.⁸¹ Die gleiche Pflicht hat übrigens auch die Revisionsstelle der Schuldner-Gesellschaft.⁸²

9. Formelle Anforderungen an einen Rangrücktritt

9.1 Offenlegung des Rangrücktritts bei der Schuldner-Gesellschaft

In der Lehre ist unbestritten, dass ein Rangrücktritt gemäss Art. 725 Abs. 2 OR im Jahresabschluss der Schuldner-Gesellschaft offen zu legen ist. Umstritten ist einzig, ob die Offenlegung in der Bilanz selbst oder bloss im Anhang zur Bilanz zu erfolgen hat. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass eine Offenlegung im Anhang genügt.⁸³ Andere Autoren fordern, dass das Darlehen aufgrund des Grundsatzes des *true and fair view*⁸⁴ in der Bilanz selbst separat auszuweisen ist.⁸⁵ Die in diesem Bereich wohl massgebende Revisionspraxis spricht sich für eine alternative Offenlegung in der Bilanz oder im Anhang aus.⁸⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Rangrücktritt bei der Schuldner-Gesellschaft in der Bilanz selbst auszuweisen, denn nur so wird wirklich transparent, ob eine anzeigepflichtige Überschuldung vorliegt. Bei der Darleiherin genügt eine Offenlegung im Anhang, weil die subordinierte Forderung selbst bereits vorsichtig zu bilanzieren ist.⁸⁷

⁷⁴ Gl. M. KNOBLOCH (FN 18), 34.

⁷⁵ DIETER ZOBL, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Personalsicherheiten, Berner Bankrechtstag, Band 4, Bern 1997, 25 f. und 48 f.

⁷⁶ Art. 169 Abs. 1 OR.

⁷⁷ RIHM (FN 70), 64 f.; WITMER (FN 18), 176 f.; VON TUHR/ESCHER (FN 20), 358. A.M. DUSS (FN 18), 118.

⁷⁸ ZK-OFTINGER/BÄR, ZGB 900 N 103 und ZGB 899 N 109 und 112.

⁷⁹ BÖCKLI (FN 5), § 13 N 810; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 48; TREUHAND-KAMMER (FN 6), 4; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 50 N 220.

⁸⁰ Vgl. Art. 288 SchKG; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 48.

⁸¹ GLANZMANN, Sanierung (FN 45), 33; KRNETA (FN 31), N 2226.

⁸² BGE 129 III 129 E. 7.1; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 48.

⁸³ BÖCKLI (FN 5), § 13 N 812; KRNETA (FN 31), N 2228; ZK-HOMBURGER, OR 725 N 1266; PESTALOZZI, Rangrücktritt (FN 42), 181.

⁸⁴ Dieser Grundsatz gilt nach Art. 662a Abs. 1 i.V.m. Art. 959 OR auch im Schweizer Aktienrecht, ausser bezüglich der Bildung von stillen Reserven: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, (FN 17), § 51 N 57. A.M. BÖCKLI (FN 5), N § 8 N 112, der davon ausgeht, dass dieser Grundsatz in der Schweiz nicht gilt.

⁸⁵ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 47; GLANZMANN, Darlehensvertrag (FN 36), 131 f.

⁸⁶ TREUHAND-KAMMER (FN 6), 6 f.; gl.M. VON SALIS-LÜTOLF (FN 36), 128.

⁸⁷ GLANZMANN, Darlehensvertrag (FN 36), 131 f.

Im Falle eines originären Rangrücktritts stellt sich die Frage, ob dieser auch schon vor Eintritt der Überschuldung offen gelegt werden muss. Soweit ersichtlich, wird diese Frage in Literatur und Praxis nicht beantwortet. Meines Erachtens muss ein originärer Rangrücktritt vor einer Überschuldung nicht offen gelegt werden. Doch werden die Schuldner-Gesellschaft, die Aktionäre und die Gläubiger oft ein wirtschaftliches Interesse an einer Publikation haben, da ein Darlehen, das mit einem originären Rangrücktritt versehen ist, die Bonität der Schuldner-Gesellschaft und unter Umständen ihre Bewertung verbessern kann. Wird ein Rangrücktritt aus dieser Interessenlage heraus schon vor einer Überschuldung offen gelegt, dann müssen die Konditionen des Rangrücktritts (z.B. zulässige Tilgungen) im Anhang zur Bilanz ausgewiesen werden.⁸⁸ Vor allem darf den übrigen Gläubigern nicht suggeriert werden, dass die betreffende Forderung bei einer möglichen zukünftigen Überschuldung in jedem Fall als Haftkapital dient. Wie oben dargelegt wurde, kann nämlich ein Rangrücktritt ausserhalb einer Überschuldung jederzeit ganz oder teilweise wieder aufgehoben werden. Die Darleiherin hat das Darlehen mit originärem Rangrücktritt in gleicher Form offen zu legen wie das Darlehen mit nachträglichem Rangrücktritt.

9.2 Schriftlichkeit

Das Gesetz sieht für den Abschluss einer Rangrücktrittsvereinbarung keine besondere Form vor. Sofern sich aus dem der Forderung zugrunde liegenden Vertragsverhältnis keine besonderen Formerfordernisse ergeben,⁸⁹ kann eine Rangrücktrittsvereinbarung auch formlos abgeschlossen werden.⁹⁰ Aus den voranstehenden Ausführungen ergibt sich jedoch, dass einerseits die Anforderungen an eine gültige Rangrücktrittsvereinbarung erheblich über den Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR hinausgehen und andererseits verschiedenste Personen und Organe von einer solchen Vereinbarung betroffen sind. Es empfiehlt sich deshalb, eine Rangrücktrittsvereinbarung stets schriftlich abzuschliessen.⁹¹ Dies gilt umso mehr, als die Frage, ob eine bestimmte Forderung mit einem Rangrücktritt versehen ist, auch gelegentlich Beweisgegenstand von Verantwortlichkeitsprozessen sein dürfte. Die beklagten Organe haben in diesem Fall alles Interesse, sich durch eine entsprechende schriftliche Vereinbarung wirksam entlasten zu können.

IV. Nachrangvereinbarung

1. Allgemeines

Wie bereits erwähnt, ist eine Nachrangvereinbarung sowohl für den begünstigten Gläubiger als auch für den nachrangigen Gläubiger vorteilhafter als ein Rangrücktritt.⁹² Selbstverständlich kann eine Nachrangvereinbarung einen Rangrücktritt nicht in jeder Situation ersetzen, denn der Abschluss einer Nachrangvereinbarung befreit den Verwaltungsrat nicht von der Pflicht, bei einer Überschuldung den Richter zu benachrichtigen.

Im Folgenden wird die in der Praxis am häufigsten anzutreffende Struktur einer Nachrangvereinbarung mit ihren einzelnen rechtlichen Aspekten betrachtet. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, wie eine Nachrangvereinbarung ausgestaltet sein muss, um eine bestmögliche Begünstigung der kontrahierenden Gläubiger zu erreichen.

2. Rechtliche Qualifikation

Die Nachrangvereinbarung wird regelmässig zwischen zwei oder mehreren Gläubigern der gleichen Schuldner-Gesellschaft abgeschlossen. Das zentrale Element jeder Nachrangvereinbarung ist, dass der nachrangige Gläubiger nicht vor dem begünstigten Gläubiger befriedigt wird. Deshalb muss der nachrangige Gläubiger seine Forderung gegenüber der Schuldner-Gesellschaft stunden, bis sämtliche Forderungen der begünstigten Gläubiger gegenüber der Schuldner-Gesellschaft voll befriedigt sind.⁹³ Diese Stundungsvereinbarung muss zwischen der Schuldner-Gesellschaft und dem nachrangigen Gläubiger abgeschlossen werden, weshalb die Schuldner-Gesellschaft notwendigerweise Partei jeder Nachrangvereinbarung ist. Hinzu kommt, dass neben der Stundungsvereinbarung meistens auch ein Rückzahlungsverbot durch die Schuldner-Gesellschaft eingegangen wird.

In der Praxis kommt es ebenfalls vor, dass sich der nachrangige Gläubiger nur gegenüber dem begünstigten Gläubiger verpflichtet, seine Forderung so lange nicht einzufordern, bis die Schuldner-Gesellschaft die Forderung des begünstigten Gläubigers beglichen hat. Auf den Einbezug der Schuldner-Gesellschaft wird bei dieser Variante verzichtet.⁹⁴ Im Folgenden wird diese Form der Nachrangvereinbarung nicht weiter diskutiert, weil sie dem begünstigten Gläubiger nicht die gleiche Sicherheit gibt, wie wenn die Schuldner-Gesellschaft in die Vereinbarung einbezogen wird.

⁸⁸ Vgl. GIORGIO BEHR, Rechnungslegung, Zürich 2005, 369.

⁸⁹ Vgl. Art. 12 und 16 OR.

⁹⁰ Art. 11 Abs. 1 OR.

⁹¹ TREUHAND-KAMMER (FN 6), 6 f.

⁹² Vgl. oben II.2.5, unten VI und VII.

⁹³ G.L.M. JAQUES (FN 1), N 850.

⁹⁴ EMCH/RENZ/ARPAGAU (FN 3), N 1219; JAQUES (FN 1), N 849.

Eine Stundungsvereinbarung bzw. ein Rückzahlungsverbot zeitigt keine Wirkung mehr in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren der Schuldner-Gesellschaft. Soll der begünstigte Gläubiger in dieser Situation dem nachrangigen Gläubiger vorgehen, dann muss der nachrangige Gläubiger gegenüber dem begünstigten Gläubiger im Rang zurücktreten. Anders als bei der Rangrücktrittsvereinbarung erfolgt der Rangrücktritt bei der Nachrangvereinbarung aber nicht gegenüber allen 3.-Klass-Gläubigern. Deshalb behält der nachrangige Gläubiger eine 3.-Klass-Forderung gegenüber der Schuldner-Gesellschaft. Die Rangfolge zwischen dem begünstigten und dem nachrangigen Gläubiger kann aber so bewerkstelligt werden, dass der nachrangige Gläubiger mit seinem Liquidationserlös den Ausfall des begünstigten Gläubigers deckt. Um diese Deckung für den begünstigten Gläubiger bestmöglich sicherzustellen, sollte der nachrangige Gläubiger seine Forderung sicherungshalber an den begünstigten Gläubiger abtreten.⁹⁵ Damit wird der begünstigte Gläubiger in die Situation gebracht, dass er neben seiner eigenen Forderung auch jene des nachrangigen Gläubigers kollozieren kann.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass eine Nachrangvereinbarung aus verschiedenen Elementen besteht. Einerseits beinhaltet sie eine Stundungsvereinbarung zwischen der Schuldner-Gesellschaft und dem nachrangigen Gläubiger zugunsten des begünstigten Gläubigers, und andererseits beinhaltet sie eine Abtretung der Forderung des nachrangigen Gläubigers an den begünstigten Gläubiger. Daraus ergibt sich, dass eine Nachrangvereinbarung typische Elemente eines Vertrags zugunsten Dritter mit Elementen einer Abtretungsvereinbarung verbindet. Deshalb müssen neben dem nachrangigen Gläubiger sowohl die Schuldner-Gesellschaft als auch der begünstigte Gläubiger Partei der Nachrangvereinbarung sein. Die Nachrangvereinbarung kann folglich auch nur mit Zustimmung aller drei Parteien wieder aufgehoben bzw. abgeändert werden; Änderungen bezüglich der Abtretungsvereinbarung alleine bedürfen dabei grundsätzlich nicht der Zustimmung der Schuldner-Gesellschaft.

3. Ausgestaltung der Nachrangvereinbarung

3.1 Stundungsvereinbarung und Rückzahlungsverbot

Wie bereits aufgezeigt wurde, beinhaltet jede Nachrangvereinbarung eine Stundungsvereinbarung. Der nachrangige Gläubiger stundet seine Forderungen gegenüber der Schuldner-Gesellschaft, bis bestimmte

Forderungen des begünstigten Gläubigers gegenüber der Schuldner-Gesellschaft voll befriedigt sind. Wie bei der Rangrücktrittsvereinbarung sind die Parteien frei, ob etwaige Zinsen und Kosten ebenfalls gestundet werden sollen oder nicht.⁹⁶ Es hängt häufig von der konkreten Liquiditätssituation der Schuldner-Gesellschaft ab, ob die Bezahlung von Zinsen zugelassen wird.

Die Stundungsvereinbarung hindert den Eintritt der Fälligkeit der Forderung des nachrangigen Gläubigers, womit dieser seine Forderung nicht zurückfordern kann. Eine gestundete Forderung unterliegt aber auch einem Verrechnungsverbot, weshalb der Gläubiger diese auch nicht verrechnen kann.⁹⁷

Neben der Stundungsvereinbarung sieht eine Nachrangvereinbarung sinnvollerweise auch ein Verbot für die Schuldner-Gesellschaft vor, die betreffende Forderung zurückzuzahlen. Damit kann die nachrangige Forderung nicht nur nicht zurückgefordert, sondern sie kann auch nicht erfüllt werden. Aufgrund des Erfüllungverbots ergibt sich auch ein Verrechnungsverbot für die Gesellschaft.⁹⁸ Anders als beim Rangrücktritt ist in diesem Fall eine Verrechnungsvereinbarung im Rahmen einer Verrechnungsliberierung wegen der speziellen Interessenlage des begünstigten Gläubigers nicht zulässig.⁹⁹

Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der Stundungsvereinbarung im Rahmen der Nachrangvereinbarung um einen Vertrag zugunsten des begünstigten Gläubigers. Dem begünstigten Gläubiger wird denn auch regelmässig das Recht eingeräumt, im Fall einer vertragswidrigen Tilgung der nachrangigen Forderung die Rückzahlung des entsprechenden Betrages an die Schuldner-Gesellschaft zu verlangen.

3.2 Sicherungsabtretung

Ein wesentliches Element einer Nachrangvereinbarung ist die Abtretung der Forderung des nachrangigen Gläubigers zugunsten des begünstigten Gläubigers. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Nachrangvereinbarung auch in einem Konkurs-, Nachlass- oder Liquidationsverfahren der Schuldner-Gesellschaft eine begünstigende Wirkung entfaltet.¹⁰⁰ Weil die Wirkung der Abtretung erst in diesem Zeitpunkt eintreten muss, ist es möglich, diese erst mit Wirksamkeit auf die Eröffnung eines Konkurs-, Nachlass- oder Liquidationsverfahrens der Schuldner-Gesellschaft hin vorzunehmen.¹⁰¹

⁹⁵ PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Basel/Genf/Zürich 2005, N 1812; EMCH/RENZ/ARPA-GAUS (FN 3), N 1219; BAHAR (FN 5), 490.

⁹⁶ Gl.M. JAUQUES (FN 1), N 850.

⁹⁷ Vgl. oben III.3.2.

⁹⁸ Vgl. oben III.3.2.

⁹⁹ Vgl. unten IV.3.3 zur gleichen Interessenlage bezüglich eines Rangrücktritts.

¹⁰⁰ Vgl. oben IV.2.

¹⁰¹ EMCH/RENZ/ARPA-GAUS (FN 3), N 1219.

Durch die Sicherungsabtretung wird der begünstigte Gläubiger berechtigt, die abgetretene Forderung ebenfalls zu kollozieren und sich daraus zu befriedigen.¹⁰² Weil es sich dabei um eine Sicherungsabtretung handelt, ist der begünstigte Gläubiger selbstverständlich verpflichtet, einen etwaigen Überschuss dem nachrangigen Gläubiger herauszugeben.

3.3 Ausschluss des Rangrücktritts

Eine Nachrangvereinbarung kann ihre Wirkung nur dann entfalten, wenn die nachrangige Forderung nicht mit einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR belegt ist.¹⁰³ Eine Nachrangvereinbarung sollte deshalb ein Verbot enthalten, die nachrangige Forderung einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR zu unterwerfen. Diesem Verbot kann allerdings die Figur des verdeckten Eigenkapitals bzw. des kapitalersetzenden Darlehens entgegenstehen. Danach kann die Kollokation einer Forderung in der 3. Klasse verweigert werden, wenn nach Umfang, Ausgestaltung und Zeitpunkt des Darlehensvertrages anzunehmen ist, dass ein Dritter das Darlehen zu den nämlichen Konditionen verweigert hätte (Drittmannstest) oder nur noch die Leistung einer Kapitaleinlage sanierende Wirkung entfaltet hätte (Sanierungstest).¹⁰⁴ Obwohl in der Lehre umstritten ist, ob dieses aus dem deutschen Recht importierte Konzept im Schweizer Handelsrecht überhaupt anwendbar ist,¹⁰⁵ darf nicht übersehen werden, dass es kantonale Gerichtsurteile gibt, die es anerkannt haben.¹⁰⁶ Das Bundesgericht hat sich bislang noch nicht festlegen müssen, ob dieses Konzept in der Schweiz ebenfalls gilt. Immerhin hat es in einem kürzlich ergangenen Entscheid die in der älteren Lehre und Rechtsprechung vertretene Auffassung, dass ein solches Darlehen in Eigenkapital umzuwandeln sei,¹⁰⁷ verwor-

fen.¹⁰⁸ Andererseits hat es die Beurteilung des von der wohl herrschenden Lehre vertretenen Postulats, dass ein solches Darlehen bei gegebenen Voraussetzungen in ein nachrangiges Darlehen umzuqualifizieren sei,¹⁰⁹ im gleichen Entscheid offen gelassen.¹¹⁰

Soweit das Konzept des verdeckten Eigenkapitals bzw. des kapitalersetzenden Darlehens zur Anwendung kommt, wird ein Darlehen im Rahmen der Kollokation zwangsweise mit einem Rangrücktritt belegt. Ein solcher zwangsweiser Rangrücktritt geht dem Verbot des Abschlusses einer Rangrücktrittsvereinbarung vor. Aus diesem Grund sollte sich der begünstigte Gläubiger versichern, dass die nachrangige Forderung nicht unter Umständen gewährt wird, aufgrund derer eine zwangsweise Umqualifizierung in ein nachrangiges Darlehen möglich ist. Dies gilt insbesondere deshalb, weil sämtliche übrigen 3.-Klass-Gläubiger durch den Abschluss einer Nachrangvereinbarung nicht begünstigt werden und deshalb ein Interesse daran haben können, dass die betreffende Forderung einem Rangrücktritt unterworfen wird.¹¹¹

3.4 Mehrere Nachrangvereinbarungen

Hat ein Gläubiger bezüglich seiner Forderung bereits den Nachrang gegenüber einem begünstigten Gläubiger eingeräumt und die Forderung sicherungshalber zediert, so steht dies dem Abschluss einer weiteren Nachrangvereinbarung im Wege; ein und dieselbe Forderung kann auch einem gutgläubigen Dritten nicht nochmals abgetreten werden.¹¹² Das Gleiche gilt, wenn die Abtretung erst auf den Konkurs hin vorgenommen wurde, also aufschiebend bedingt ist.¹¹³

Wurde die Forderung überhaupt nicht abgetreten, so besteht grundsätzlich die Möglichkeit des zeitlich gestaffelten, mehrmaligen Abschlusses einer Nachrangvereinbarung mit unterschiedlichen begünstigten Gläubigern.¹¹⁴ Wird die zweite Nachrangvereinbarung ohne Zustimmung des ersten begünstigten Gläubigers geschlossen, so darf dessen Lage in analoger Anwendung von Art. 893 Abs. 2 ZGB durch die zweite Abrede aber nicht verschlechtert werden.¹¹⁵

Wurde die Nachrangabrede gegenüber mehreren begünstigten Gläubigern gleichzeitig und gemeinsam

¹⁰² Nach JAUQUES (FN 1), N 1473, muss davon ausgegangen werden, dass dem begünstigten Gläubiger durch die Nachrangabrede das Recht zur Kollokation der Forderung des nachrangigen Gläubigers auch dann implizit erteilt wurde, wenn in der Nachrangvereinbarung keine Sicherungsabtretung vorgesehen wurde.

¹⁰³ Ausgenommen sei an dieser Stelle der Fall der Nachrangvereinbarung unter zwei im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR zurückgetretenen Gläubigern (vgl. II.1 und III.3.1).

¹⁰⁴ VON GREYERZ (FN 73), 550. Nach HOLD (FN 31), 95 ff., und RUBLI (FN 36), 193, ist eine Überschuldung vorausgesetzt, was m.E. zwar die Rechtssicherheit erhöhen würde, doch bestimmt nicht erst den Zustand beschreibt, in dem die Gesellschaft kein Fremdkapital mehr erhält.

¹⁰⁵ Vgl. z.B. KNOBLOCH (FN 18), 19; BAHAR (FN 5), 491 ff.; UELI HUBER, Umqualifizierung von Darlehen im Konkurs einer Konzerngesellschaft?, SZW 2006, 282–285.

¹⁰⁶ Urteil des Obergerichts des Kt. Zürich vom 19. Januar 1993, abgedruckt bei ALEXANDER VOGEL, Kapitalersetzende «Sanierungs»-Darlehen im Konzern, Bemerkungen zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Januar 1993, SZW 65 (1993), 299 ff.; ZR 104 (2005) Nr. 21; SJ 1971 209, 214 f.

¹⁰⁷ VON GREYERZ (FN 73), 553 f.; Urteil des Obergerichts des Kt. Zürich vom 19. Januar 1993, abgedruckt bei VOGEL (FN 106), 299 ff.

¹⁰⁸ BGE 5C.226/2005 vom 2. März 2006, E. 3.

¹⁰⁹ BÖCKLI (FN 5), § 13 N 779 ff.; VOGEL (FN 106), 302; HOLD (FN 31), 194 f. und 206 f.; RUBLI (FN 36), 195; GLANZMANN, Darlehensvertrag (FN 36), 139 ff.

¹¹⁰ BGE 5C.226/2005 vom 2. März 2006, E. 4.

¹¹¹ Vgl. oben II.2.5.

¹¹² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 19), N 3990; BGE 115 II 349 ff.; 119 II 326 ff.

¹¹³ Nach Art. 152 Abs. 3 OR werden Verfügungen, die während der Schwebezeit vorgenommen wurden, beim Eintritt der Bedingung insoweit hinfällig, als sie deren Wirkung beeinträchtigen.

¹¹⁴ Vgl. RIHM (FN 70), 109.

¹¹⁵ Vgl. JAUQUES (FN 1), N 1467.

eingegangen, so steht es den Vertragsparteien frei, die Verteilung des auf die Nachrangforderung entfallenden Liquidationserlöses zu regeln.¹¹⁶ Dabei stehen zwei Verteilungsmodelle zur Auswahl, die mit dem Gedanken der Gleichberechtigung der Gläubiger vereinbar sind: Einerseits kann der Liquidationserlös des nachrangigen Gläubigers nach der Anzahl der begünstigten Gläubiger verteilt werden, d.h. jedem begünstigten Gläubiger steht der gleiche absolute Betrag zu. Andererseits kann die Verteilung nach dem Betrag der ausstehenden Forderung des begünstigten Gläubigers erfolgen. In diesem Fall partizipiert jeder begünstigte Gläubiger gemäss des Anteils seiner Forderung an den gesamthaft ausstehenden Forderungen aller begünstigten Gläubiger am Liquidationserlös des nachrangigen Gläubigers. Dieses zweite Verteilungsmodell sollte gelten, wenn eine entsprechende vertragliche Regelung fehlt.¹¹⁷ Selbstverständlich steht es den Gläubigern aber frei, eine Verteilungsordnung vertraglich vorzusehen, die eine Rangordnung unter den begünstigten Gläubigern mit Bezug auf die nachrangige Forderung schafft.

Umgekehrt kann sich ein Gläubiger durch mehrere Nachrangabreden mit verschiedenen nachrangigen Gläubigern begünstigen lassen. Hierbei sollte wiederum vertraglich verabredet werden, in welcher Form die zurückgetretenen Gläubiger dem begünstigten Gläubiger für die Deckung seiner Forderung einstehen. Grundsätzlich kommen wiederum folgende drei Möglichkeiten in Betracht: Jeder nachrangige Gläubiger trägt gemäss seinem Anteil an den gesamten nachrangigen Forderungen zur Deckung des Fehlbetrages des begünstigten Gläubigers bei oder jeder nachrangige Gläubiger muss den gleichen absoluten Betrag (bis maximal in der Höhe des ihm zustehenden Liquidationserlöses¹¹⁸) zur Deckung des Fehlbetrages des Begünstigten beibringen. Darüber hinaus können die Parteien eine Rangordnung unter den zurückgetretenen Gläubigern verabreden. Fehlt eine vertragliche Regelung, so sollten dispositiv alle nachrangigen Gläubiger in gleichem Anteil, d.h. gemäss ihrem Anteil an den gesamten nachrangigen Forderungen, zur Deckung des Fehlbetrages beisteuern.¹¹⁹

4. Aufhebung der Nachrangvereinbarung

Eine Nachrangvereinbarung kann grundsätzlich jederzeit durch übereinstimmende Willenserklärung

sämtlicher an der Vereinbarung beteiligten Parteien aufgehoben werden. Aus der Funktion der Nachrangvereinbarung ergibt sich jedoch, dass diese in der Regel so lange besteht, als der begünstigte Gläubiger eine Forderung gegenüber der Schuldner-Gesellschaft hat. Üblicherweise bestimmt eine Nachrangvereinbarung, dass diese erst mit der vollständigen Befriedigung des begünstigten Gläubigers endet. Bezüglich der Stundungsvereinbarung und des Rückzahlungsverbots kommt deshalb die Befriedigung des begünstigten Gläubigers einer Resolutivbedingung gleich, bei deren Eintritt sowohl die Stundungsvereinbarung als auch das Rückzahlungsverbot dahinfallen und die ursprüngliche Forderung des nachrangigen Gläubigers gegenüber der Schuldner-Gesellschaft wieder auflebt. Die Sicherungsabtretung der Forderung des nachrangigen Gläubigers an den begünstigten Gläubiger fällt ebenfalls mit der vollständigen Befriedigung der Forderungen des begünstigten Gläubigers gegenüber der Schuldner-Gesellschaft dahin. Je nach Ausgestaltung der Sicherungszession muss jedoch der begünstigte Gläubiger die Forderung noch an den nachrangigen Gläubiger zurückzedieren.¹²⁰

5. Anfechtbarkeit der Nachrangvereinbarung

Es wurde einleitend aufgezeigt, dass für die übrigen nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubiger der Abschluss einer Nachrangvereinbarung im Vergleich zu einem Rangrücktritt nachteilig ist.¹²¹ Damit stellt sich die Frage, ob diese Gläubiger den Abschluss einer Nachrangvereinbarung mittels paulianischer Klage anfechten können. Diese Frage ist zu verneinen, weil die übrigen nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubiger keinen Anspruch darauf haben, dass der nachrangige Gläubiger nach Art. 725 Abs. 2 OR im Rang zurücktritt.¹²² Ihr Alternativszenario ist somit nicht ein Rangrücktritt, sondern die Situation, in der weder ein Rangrücktritt noch eine Nachrangvereinbarung abgeschlossen werden. Gegenüber diesem Fall, in dem der den Nachrang einräumende Gläubiger seine Forderung im Konkurs selbst durchsetzen würde, sind die nicht an einer Nachrangvereinbarung beteiligten Gläubiger aber nicht schlechter gestellt.¹²³ Sie erfahren also keine Benachteiligung und haben damit auch kein Klagerecht.

Hingegen besteht auch bei der Nachrangvereinbarung die Gefahr, dass der im Rang zurückgetretene Gläubiger selbst in eine Überschuldung gerät. Diese Gefahr muss vermieden werden, weil sonst die Gläubiger der im Rang zurücktretenden Gesellschaft in einem etwaigen Konkurs dieser Gesellschaft mittels paulianischer An-

¹¹⁶ Gl.M. RIHM (FN 70), 108.

¹¹⁷ Gl.M. RIHM (FN 70), 109, mit Verweis auf Art. 817 Abs. 2 und Art. 893 ZGB.

¹¹⁸ Übersteigt der absolute Betrag den einem zurückgetretenen Gläubiger zustehenden Liquidationserlös, so müssen die übrigen nachrangigen Gläubiger in gleichem Anteil einen höheren absoluten Betrag zur Deckung der Forderung des begünstigten Gläubigers erbringen.

¹¹⁹ Vgl. oben zum Rangrücktritt III.3.1; vgl. Art. 219 Abs. 2 SchKG und Art. 220 Abs. 1 SchKG analog.

¹²⁰ Vgl. dazu IV.3.2.

¹²¹ Vgl. oben II.2.5.

¹²² Vgl. aber oben IV.3.3 den Fall des verdeckten Eigenkapitals bzw. des kapitalersetzenden Darlehens.

¹²³ JAQUES (FN 1), N 579 ff.

fechtungsklage gegen die Nachrangvereinbarung vorgehen können.¹²⁴ Die Folge davon ist, dass die mit Erfolg angefochtene Rechtshandlung den Anfechtungsklägern gegenüber ihre Wirksamkeit verliert. Dadurch fällt die Nachrangvereinbarung einschliesslich der Stundungsvereinbarung dahin, und die Forderung kann – sofern sie schon fällig ist – zurückgefordert werden. Anders als beim Rangrücktritt entsteht aber durch die erfolgreiche Anfechtung einer Nachrangvereinbarung keine Gefahr einer anzeigepflichtigen Überschuldung bei der Schuldner-Gesellschaft.¹²⁵

6. Formelle Anforderungen an eine Nachrangvereinbarung

Eine Nachrangvereinbarung enthält neben einer Stundungsvereinbarung in der Regel auch eine Abtretungsvereinbarung. Aus diesem Grund muss die Nachrangvereinbarung von Gesetzes wegen schriftlich abgeschlossen werden.¹²⁶ Sollte eine Nachrangvereinbarung keine Abtretungsvereinbarung enthalten, dann kann sich das Schriftlichkeitserfordernis auch aus dem der Forderung des nachrangigen Gläubigers gegenüber der Schuldner-Gesellschaft zugrunde liegenden Vertragsverhältnis ergeben.¹²⁷ Im Übrigen gilt das Gleiche wie bezüglich des Rangrücktritts, nämlich dass es auch bei einer Nachrangvereinbarung empfehlenswert ist, diese in jedem Fall schriftlich abzuschliessen.¹²⁸

V. Fazit

Die Begriffe des Rangrücktritts und der Nachrangvereinbarung bezeichnen zwei rechtliche Instrumente, die beide im Bereich der *Mezzanine*- bzw. hybriden Finanzierungen anzusiedeln sind. Dennoch haben diese Instrumente für die involvierten Parteien sowohl in wirtschaftlicher als auch in rechtlicher Hinsicht unterschiedliche Auswirkungen. Damit hat jedes der beiden Instrumente seinen eigenen Anwendungsbereich: Die Vereinbarung eines Rangrücktritts ist immer dann angezeigt, wenn die Schuldner-Gesellschaft überschuldet ist oder eine Überschuldung droht. In allen anderen Fällen sind hingegen sowohl der begünstigte Gläubiger als auch der nachrangige Gläubiger besser gestellt, wenn sie eine Nachrangvereinbarung abschliessen.

Den beiden Vertragstypen ist gemeinsam, dass sie im Gesetz nicht bzw. nur rudimentär geregelt sind. Dadurch wird den Parteien bei der konkreten Vertragsgestaltung ein erheblicher Spielraum zugestanden.

Allerdings sind namentlich beim Rangrücktritt auch zahlreiche Schranken zu beachten, damit dieser den Anforderungen von Art. 725 Abs. 2 OR noch gerecht wird. Zwar hat das Bundesgericht in den letzten Jahren verschiedentlich die Gelegenheit wahrgenommen, sich zu gewissen Anforderungen an einen Rangrücktritt zu äussern, doch harren noch etliche in der Literatur umstrittene Fragen weiterhin einer höchstrichterlichen Klärung.

VI. Anhang 1

Im Folgenden wird bewiesen, dass der Abschluss einer Nachrangvereinbarung für Gläubiger C vorteilhafter ist als der Abschluss eines Rangrücktritts. Bei diesen Ausführungen wird angenommen, dass der Liquidationserlös a nicht zur Deckung sämtlicher 3.-Klass-Forderungen b ausreicht. Die verwendeten Variablen sind in II.2.1 definiert.

Für die Bestimmung des Liquidationserlöses x_1 des Gläubigers C in Fall 3, d.h. wenn die Forderung des Gläubigers D nachrangig und zudem dem begünstigten Gläubiger C abgetreten, aber nicht mit einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR versehen ist, gilt:

$$x_1 = \frac{a}{b} \cdot c + \frac{a}{b} \cdot d = \frac{a}{b} \cdot (c + d)$$

Für die Bestimmung des Liquidationserlöses x_2 des Gläubigers C im Fall 2, d.h. wenn die Forderung des Gläubigers D mit einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR versehen ist, gilt:

$$x_2 = \frac{a}{b-d} \cdot c$$

Wenn $x_1, x_2 > c$, dann muss der begünstigte Gläubiger C den Überschuss an den nachrangigen Gläubiger D herausgeben. Folglich gelten Formeln zur Bestimmung von x_1 und x_2 nur für den Wertebereich $[0; c]$.

Der Abschluss einer Nachrangvereinbarung ist für Gläubiger C vorteilhafter, wenn $x_1 > x_2$ oder:

$$\frac{a}{b} \cdot (c + d) > \frac{a}{b-d} \cdot c$$

$$\frac{c + d}{b} > \frac{c}{b-d}$$

$$c + d > \frac{bc}{b-d}$$

$$(b-d) \cdot (c+d) > bc$$

$$bc + bd - dc - d^2 > bc$$

$$bc + d \cdot (b-c-d) > bc$$

$$d \cdot (b-c-d) > 0$$

Der Abschluss einer Nachrangvereinbarung ist für Gläubiger C vorteilhafter als ein Rangrücktritt, wenn $d \cdot (b-c-d) > 0$ oder, anders ausgedrückt, wenn das Produkt von $d \cdot (b-c-d)$ positiv ist. Weil der Faktor d definitionsgemäss positiv ist, ist dieses Produkt positiv, wenn auch der Faktor $(b-c-d)$ positiv ist. Der Faktor $(b-c-d)$ ist positiv, wenn $b > c+d$, d.h. wenn neben Gläubiger C und Gläubiger D noch weitere nicht-nachrangige 3.-Klass-Gläubiger bestehen.

Wenn neben Gläubiger C und Gläubiger D keine weiteren nicht-nachrangigen 3.-Klass-Gläubiger vorhanden sind, ist der Faktor $(b-c-d)$ null. In diesem Fall ist auch das Produkt von

¹²⁴ Vgl. Art. 288 SchKG.

¹²⁵ Vgl. oben III.8.

¹²⁶ Art. 165 Abs. 1 OR.

¹²⁷ Art. 12 und 16 OR.

¹²⁸ Vgl. oben III.9.2.

$d \cdot (b - c - d)$ null, d.h. $x_1 = x_2$. Dies bedeutet, dass der Abschluss einer Nachrangvereinbarung für den begünstigten Gläubiger C die gleiche Wirkung hat wie ein Rangrücktritt, wenn neben Gläubiger C und Gläubiger D keine weiteren nichtnachrangigen 3.-Klass-Gläubiger vorhanden sind. Allerdings ist zu beachten, dass dieser Fall in der Praxis kaum je vorkommen dürfte, haben doch meistens noch irgendwelche andere 3.-Klass-Gläubiger Forderungen gegenüber der Schuldner-Gesellschaft.

VII. Anhang 2

Im Folgenden wird bewiesen, dass der Abschluss einer Nachrangvereinbarung für Gläubiger D vorteilhafter ist als der Abschluss eines Rangrücktritts. Bei diesen Ausführungen wird angenommen, dass der Liquidationserlös a nicht zur Deckung sämtlicher 3.-Klass-Forderungen b ausreicht. Die verwendeten Variablen sind in II.2.1 definiert.

Für die Bestimmung des Liquidationserlöses y_1 des Gläubigers D in Fall 3, d.h. wenn die Forderung des Gläubigers D nachrangig und zudem dem begünstigten Gläubiger C abgetreten, aber nicht mit einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR versehen ist, gilt:

$$y_1 = \frac{a}{b} \cdot (c + d) - c$$

Für die Bestimmung des Liquidationserlöses y_2 des Gläubigers D in Fall 2, d.h. wenn die Forderung des Gläubigers D mit einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR versehen ist, gilt:

$$y_2 = a - (b - d) = a - b + d$$

Wenn $y_1, y_2 > d$, dann geht der Überschuss an die Eigenkapitalgeber. Folglich gelten Formeln zur Bestimmung von y_1 und y_2 nur für den Wertebereich $[0; d]$.

Der Abschluss einer Nachrangvereinbarung ist für Gläubiger D vorteilhafter, wenn $y_1 > y_2$ oder:

$$\frac{a}{b} \cdot (c + d) - c > a - b + d$$

$$a \cdot (c + d) - bc > ab - b^2 + bd$$

$$a \cdot (c + d) - ab > bc - b^2 + bd$$

$$a \cdot (c + d - b) > b \cdot (c + d - b)$$

Für $(c + d - b) < 0$, d.h. $b > c - d$, gilt:

$$a < b$$

Wenn $b > c + d$ und $a < b$, ist der Abschluss einer Nachrangvereinbarung für Gläubiger D vorteilhafter als ein Rangrücktritt. Die erste Bedingung ist immer dann erfüllt, wenn neben Gläubiger C und Gläubiger D noch weitere nichtnachrangige 3.-Klass-Gläubiger bestehen. Die zweite Bedingung ist Voraussetzung des Beweises (siehe 2. Satz). Daraus folgt, dass der Abschluss einer Nachrangvereinbarung für Gläubiger D vorteilhafter ist als ein Rangrücktritt, wenn neben Gläubiger C und Gläubiger D noch weitere nichtnachrangige 3.-Klass-Gläubiger vorhanden sind und zudem der Liquidationserlös kleiner ist als sämtliche zu befriedigenden Forderungen, d.h. eine Überschuldung vorliegt.