

Subordination von Darlehen und deren Bedeutung in der Insolvenz der beteiligten Parteien

6. Zürcher Tagung zum SchKG vom 8. Februar 2018

Daniel Hayek, Rechtsanwalt, LL.M.

PRAGER
DREIFUSS

Prager Dreifuss AG
Zürich, Bern, Brüssel
www.prager-dreifuss.com

Mühlebachstrasse 6
CH-8008 Zürich
Tel: +41 44 254 55 55
Fax: +41 44 254 55 99

Schweizerhof-Passage 7
CH-3001 Bern
Tel: +41 31 327 54 54
Fax: +41 31 327 54 99

Square Ambiorix 45
B-1000 Bruxelles
Tel: +32 2 537 09 49
Fax: +32 2 537 21 16

Inhaltsübersicht

- I. Arten der Subordination
- II. Nachrangigkeit im Rahmen von Finanzierungen
- III. Behandlung und Wirkung der Subordination in der Insolvenz
- IV. Eigenkapitalersetzende Darlehen in der Insolvenz
- V. Fazit

Arten der Subordination

Überblick

- Vertragliche Subordination:
 - Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 OR
 - Auch als genereller oder qualifizierter Rangrücktritt bezeichnet
 - Generelle Nachrangigkeit
 - Relative Nachrangigkeit
 - Auch als relative Subordination, relativer Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung bezeichnet
- Konkludenter oder zwangsweiser Rangrücktritt
 - Subordination von eigenkapitalersetzenden Darlehen

Arten der Subordination

Rangrücktritt (Art. 725 Abs. 2 OR)

- Verwaltungsrat kann trotz Überschuldung auf Benachrichtigung des Richters verzichten
- Kein Forderungsverzicht – Forderung wird weiterhin bilanziert
 - Rangrücktritt hat keine sanierende Wirkung
- Rangrücktritt bzw. die mit einem Rangrücktritt versehene Schuld ist in der Bilanz separat offenzulegen

Art. 725

¹ Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, so beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen.

² Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten

³ Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle, so obliegen dem zugelassenen Revisor die Anzeigepflichten der eingeschränkt prüfenden Revisionsstelle.

OR

Arten der Subordination

Rangrücktritt (Art. 725 Abs. 2 OR)

Voraussetzungen eines Rangrücktritts:

- Rücktritt im Rang im Ausmass der Unterdeckung
- Stundung der Kapitalforderung (strittig: Zinsstundung)
- Tilgungs- und Verrechnungsverbot
- Erklärung erfolgt unwiderruflich, unbefristet und unbedingt
- Die vom Rangrücktritt erfasste Forderung darf nicht mit Vermögenswerten der Schuldner-Gesellschaft besichert sein

Aufhebung des Rangrücktritts (BGer 4C.47/2003 vom 2. Juli 2003):

- Rangrücktritt darf erst aufgehoben werden, wenn die bilanzmässige Überschuldung der Gesellschaft beseitigt ist
- Vereinbarung, wonach der Rangrücktritt dahinfällt, wenn die Überschuldung zu Fortführungswerten beseitigt ist, wurde vom Bundesgericht als zulässig erachtet

Arten der Subordination

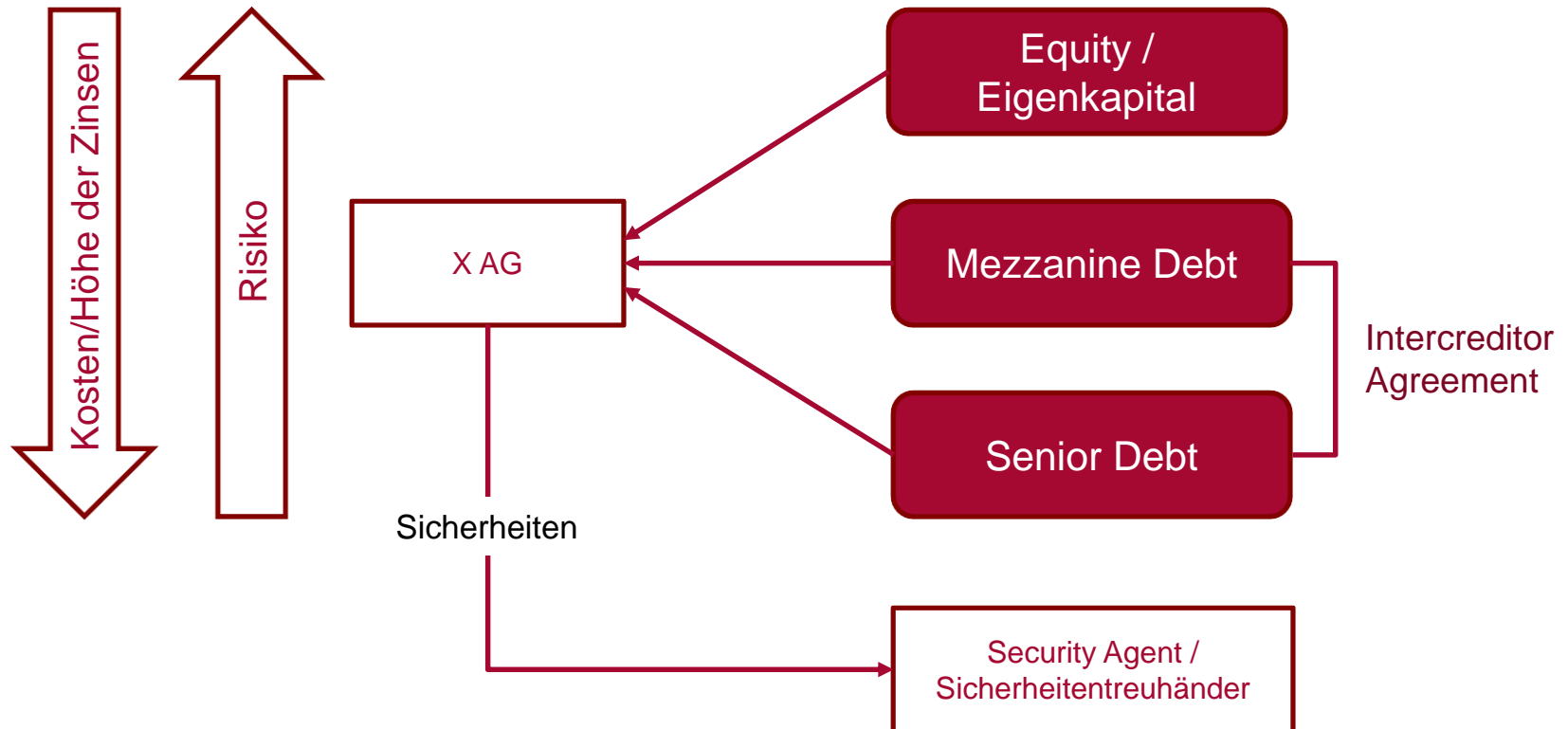
Nachrangigkeit

Elemente der Nachrangigkeit:

- Erklärung, im Insolvenzfall hinter bestimmte Gläubiger im Rang zurückzutreten
- Stundungsvereinbarung und Tilgungsverbot
 - Keine Voraussetzungen von Gesetzes wegen, doch macht die Nachrangigkeit nur Sinn, wenn die nachrangige Forderung auch ausserhalb einer Insolvenz nicht vor der begünstigten Forderung erfüllt werden kann
- Nicht erforderlich: Sicherungsabtretung der nachrangigen Forderung
- Die zu subordinierende Forderung darf nicht bereits mit einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR belastet sein
- Nachrangigkeit endet üblicherweise mit vollständigen Befriedigung der begünstigten Forderung

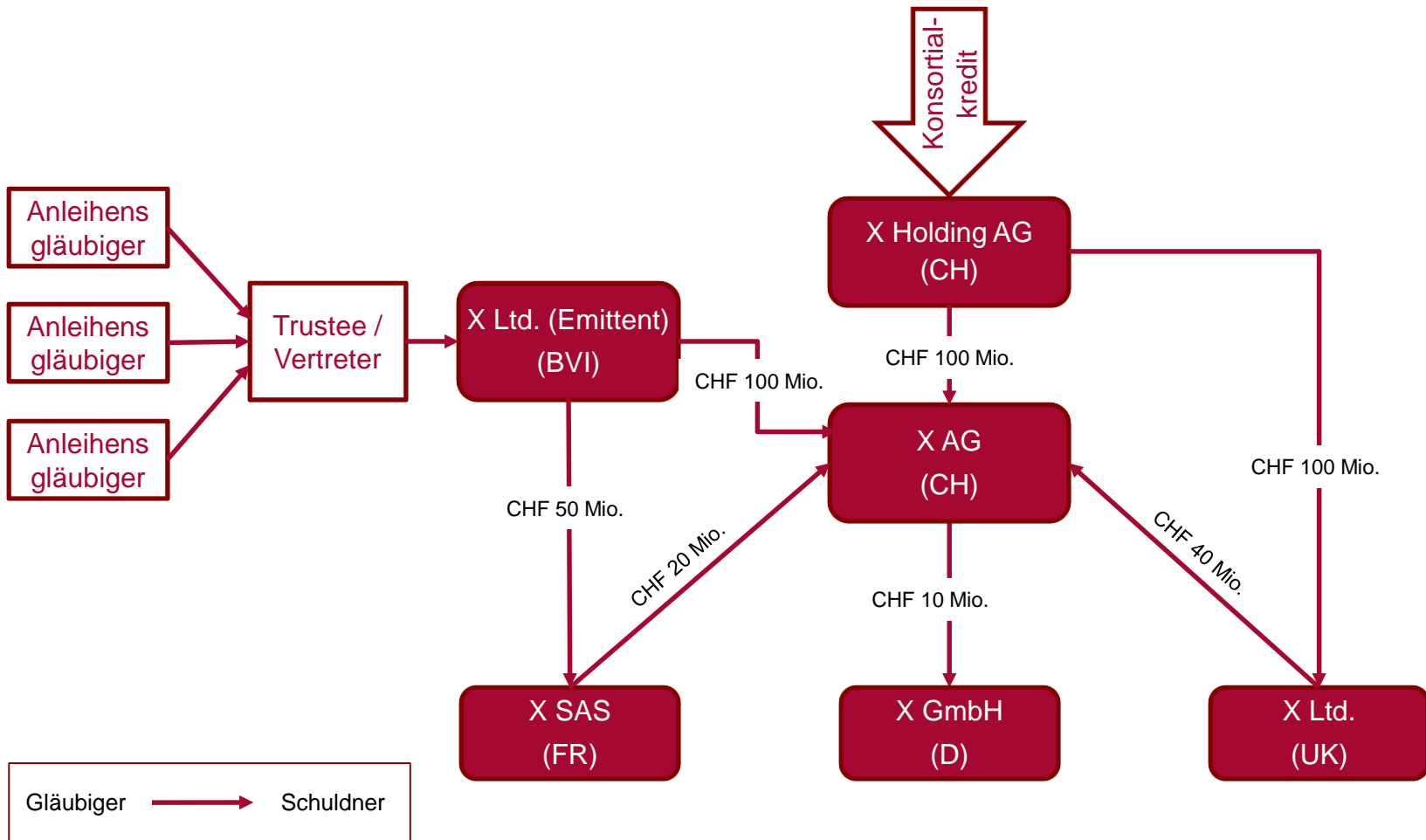
Nachrangigkeit im Rahmen von Finanzierungen

Akquisitionsfinanzierung



Nachrangigkeit im Rahmen von Finanzierungen

Konzerninterne Darlehen



Behandlung der Subordination in der Insolvenz

Bindung der Liquidatoren an die Subordination (1)

- Grundsatz: Rangordnung von Art. 219 und 220 SchKG ist im Schweizer Konkurs verbindlich
- Unterscheidung Rangrücktritt und relative Nachrangigkeit
- Rangrücktritt
 - Von den Liquidatoren zu beachten
 - Aufnahme in den Kollokationsplan
 - Verteilung
 - Schaffung einer zusätzlichen Konkursklasse?

Behandlung der Subordination in der Insolvenz

Bindung der Liquidatoren an die Subordination (2)

- Bindung der Liquidatoren an die relative Nachrangigkeit ist umstritten:
 - h.L.: Relative Nachrangigkeit ist von den Liquidatoren auf Antrag zu beachten
 - a.M.: Im Gegensatz zum Rangrücktritt ist die relative Nachrangigkeit nicht zu beachten
 - Frage wurde von der Rechtsprechung noch nicht geklärt
- Auswirkung auf:
 - Kollokation
 - Verteilung
 - Prozessuale Durchsetzung

Behandlung der Subordination in der Insolvenz

Vollstreckungsrechtliche Stellung des subordinierten Gläubigers

- Subordination stellt keinen Forderungsverzicht dar
- Subordiniertes Darlehen ist weiterhin Fremdkapital
 - Darlehensgeber einer subordinierten Forderung bleibt Gläubiger
- Subordinierter Gläubiger hat grundsätzlich dieselben Verfahrensrechte wie die übrigen Gläubiger:
 - Stimm- und Wahlrecht
 - Recht zur Kollokationsklage
 - Recht zur Abtretung nach Art. 260 SchKG
 - Verlustschein

Eigenkapitalersetzende Darlehen in der Insolvenz

Insolvenzrechtliche Behandlung von Sanierungsdarlehen, welche von Aktionären gewährt wurden

- Verschiedene Konzepte zur Qualifikation als eigenkapitalersetzendes Darlehen
 - Sanierungs- oder Drittmannstest?
 - Unvereinbarkeit mit den Grundsätzen der Sanierungsverantwortung
 - Stehenlassen des Darlehens durch den Gläubiger
- Rechtsfolgen:
 - Umwandlung in Eigenkapital?
 - Rangrücktritt?
- Keine einheitliche kantonale Rechtsprechung
- Bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGer 5C.226/2005 und 5C.230/2005 vom 2. März 2006):
 - Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Darlehens ist dem geltenden schweizerischen Recht fremd
 - Zulässigkeit des konkludenten Rangrücktritts wurde offengelassen

Fazit

Die Rechtsprechung lässt einige Fragen unbeantwortet:

- Möglichkeit der Umwandlung von eigenkapitalersetzenden Darlehen in Eigenkapital?
- Annahme eines konkludenten bzw. zwangsweisen Rangrücktritts?
 - In der Botschaft zur Aktienrechtsrevision 2016 hat sich der Bundesrat in beiden Punkten gegen eine entsprechende Gesetzesänderung ausgesprochen
- Behandlung der in Finanzierungen bedeutsamen relativen Nachrangigkeit in der Insolvenz
 - Wenn möglich ist der Sicherungsabtretung gegenüber der Nachrangigkeit den Vorzug zu geben

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!