

BGE 151 III 440

Bundesgericht (BGE), 2018-04-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151 III 440](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151_III_440)

FR: ATF 151 III 440

IT: DTF 151 III 440

Regeste

Regeste Art. 219 Abs. 4, Art. 250 SchKG; Art. 18 Abs. 1, Art. 312 OR; Art. 2 Abs. 2 ZGB; Kollokation einer Darlehensforderung im Konkurs; Rangrücktritt. Über den Rangrücktritt ist bei der Kollokation der Forderung und nicht erst bei der Verteilung des Erlöses zu entscheiden (E. 5 und 5.1). Liegt im Zeitpunkt, in dem ein Aktionär oder eine der Gesellschaft nahestehende Person der Gesellschaft ein Darlehen gewährt, keine Überschuldung vor, sind die Darlehensgewährung und die Geltendmachung der Forderung im Konkurs nicht offenbar rechtsmissbräuchlich und die Forderung ist ohne Rangrücktritt zu kollozieren (E. 5.2-5.10).

Erwägungen

E. 5

Anlass zur Beschwerde gibt ein Kollokationsprozess nach Art. 250 Abs. 1 SchKG. Umstritten ist, ob die Darlehensforderungen der Beschwerdeführer im Konkurs der Gesellschaft nachrangig zu behandeln sind.

E. 5.1

Über den Rangrücktritt ist bei der Kollokation und nicht erst bei der Verteilung zu entscheiden (CHARLES JAQUES, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 10 zu Art. 247 SchKG; FRANCO LORANDI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 3. Aufl. 2021, N. 329 zu Art. 219 SchKG; vgl. auch: PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2001, N. 117 zu Art. 219 SchKG; a.M. AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 42 Rz. 83). Davon ist das Kantonsgericht zu Recht ausgegangen.

E. 5.2

Das Kantonsgericht hat erwogen, die Rückzahlung von Forderungen der Aktionäre gegenüber der eigenen Gesellschaft stehe unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Für den Fall der Darlehensgewährung bei Überschuldung der Gesellschaft gehe es von einem solchen Rechtsmissbrauch aus. Als Organe der Gesellschaft sowie als Organe der Beschwerdeführerin 1 seien die Beschwerdeführer verpflichtet gewesen, dem in aArt. 725 Abs. 2 OR vorgesehenen Gläubigerschutz Nachachtung zu verschaffen. Das hätten sie unterlassen BGE 151 III 440 S. 443 und die Geschäftstätigkeit mit jenen Darlehen weitergeführt, die sie - wenn sich niemand anderes gefunden hätte - vertraglich hinter die Forderungen der anderen Gesellschaftsgläubiger hätten zurücktreten lassen müssen. Dass der Vorteil aus dieser Missachtung des gesetzgeberischen Willens im anschliessenden Konkurs durch eine angeordnete Nachrangigkeit zugunsten der geschützten Gläubiger "abgeschöpft" werde, sei nur systemlogisch.

E. 5.3

Die Beschwerdegegnerin rügt für den nun eingetretenen Fall, dass sich eine Überschuldung als nicht erstellt erweist, eine Rechtsverletzung. Sie bringt vor, das von der Vorinstanz angewandte Kriterium der Überschuldung sei für die Beurteilung eines "ungeschriebenen" Rangrücktritts untauglich. Der Gläubigerschutz greife gemäss aArt. 725 Abs. 1 OR bereits vor der Überschuldung der Gesellschaft, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt seien. Die nächste Stufe der in aArt. 725 OR vorgesehenen Kaskade setze gemäss dessen Abs. 2 bereits ein, wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung bestehe. Ginge man in solchen Fällen von einem Junktim zwischen Rangrücktritt und Überschuldung aus, würde der nahestehende Gläubiger bzw. die Geschäftsführung für ihr treuwidriges Verhalten belohnt, indem sie zusammen mit den übrigen, durch sie geschädigten Gläubigern an der Konkursdividende partizipieren. Das Kriterium der Überschuldung führe beim nahestehenden Gläubiger zu einem Interessenkonflikt, da es für ihn eine Vielzahl von Gründen geben könne, welche die Verzögerung des Konkurses als wünschenswert erscheinen liessen, beispielsweise um - wie in casu - die Anfechtungsfrist einer Pauliana auszusitzen. Eine Überschuldung im Sinn von aArt. 725 Abs. 2 OR könne zudem nur festgestellt werden, wenn bei begründeter Besorgnis die Erstellung einer Zwischenbilanz nicht treuwidrig verhindert werde. Die Beschwerdegegnerin führt drei dogmatische Grundlagen an, aufgrund derer in einer Situation wie der vorliegenden ein Rangrücktritt unabhängig von einer Überschuldung zu bejahen sei: eine konkludente Vereinbarung über einen Rangrücktritt, das Verbot des Rechtsmissbrauchs und eine Lückenfüllung durch das Gericht im Sinn von Art. 1 Abs. 2 ZGB .

E. 5.4

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Darlehen nahestehender Personen im Konkurs nachrangig zu behandeln sind, ist im schweizerischen Recht nicht ausdrücklich geregelt. Mit dem Rangrücktritt befasste sich im Zeitpunkt der vorliegend strittigen Darlehensgewährung einzig aArt. 725 Abs. 2 OR (der mit dem BGE 151 III 440 S. 444 Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision per 1. Januar 2023 durch Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR ersetzt worden ist [AS 2020 4005 ; 2022 109]): Gemäss aArt. 725 Abs. 2 OR muss, wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, 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. Beim in dieser Bestimmung geregelten Rangrücktritt handelt es sich um einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und der Gesellschaft (Urteil 6B_1279/2018 vom 26. März 2019 E. 2.2.1). Vorliegend geht es dagegen um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Darlehensforderung unabhängig von einem entsprechenden Willen des Gläubigers im Konkurs mit einem Rangrücktritt belastet ist.

E. 5.5

Darlehen nahestehender Gläubiger an notleidende Gesellschaften werden in der Literatur als problematisch erachtet. Sie ermöglichen der Gesellschaft die weitere Teilnahme am Wirtschaftsleben ohne wirkliche Sanierung, wodurch Gläubiger bereits bestehender und neuer Forderungen geschädigt werden können (vgl. CHRISTOPH VON GREYERZ,

Kapitalersetzende Darlehen, in: Festschrift für Frank Vischer [...], 1983, S. 549; RASHID BAHAR, Les créanciers dans l'assainissement: abandon, subordination et conversion de créances, ZSR 124/2005 I S. 491 f.; KARIN MÜLLER, Eigenkapitalersetzende Darlehen, 2014, Rz. 391 f.). Um dieser Problematik zu begegnen, wird zum Teil vorgeschlagen, kapitalersetzende Darlehen nahestehender Personen unter bestimmten Voraussetzungen in Eigenkapital umzuqualifizieren (vgl. LUKAS GLANZMANN, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, 1996, S. 139 ff.; VON GREYERZ, a.a.O., S. 550 ff.); nach anderer Ansicht sind solche Forderungen unter bestimmten Voraussetzungen als nachrangig, d.h. den Forderungen der dritten Klasse (vgl. Art. 219 Abs. 4 SchKG) nachgehend zu behandeln (vgl. MICHAEL HOLD, Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, 2000, S. 165 f.; LORANDI, a.a.O., N. 332 zu Art. 219 SchKG; MAURENBRECHER/SCHÄRER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 7. Aufl. 2020, N. 15 zu Art. 312 OR; MÜLLER, a.a.O., Rz. 815 ff.; JÜRIG ROTH, Sanierungsdarlehen, 2009, S. 294 und 326 f.). BGE 151 III 440 S. 445 Unterschiedliche Auffassungen finden sich auch bezüglich der dogmatischen Begründung und der Voraussetzungen einer Umqualifizierung bzw. nachrangigen Behandlung von Darlehen nahestehender Personen (vgl. die Übersichten bei MÜLLER, a.a.O., Rz. 348 ff.; MARCO PERRET, Die privatrechtliche Sanierung eines Unternehmens, 2021, Rz. 475 ff.).

E. 5.6

Das Bundesgericht hat es in zwei Urteilen aus dem Jahr 2006 abgelehnt, Aktionärsdarlehen in Kapitaleinlagen umzuqualifizieren: Diese Betrachtungsweise sei dem geltenden schweizerischen Recht fremd (Urteile 5C.226/2005 vom 2. März 2006 E. 3; 5C.230/2005 vom 2. März 2006 E. 3). Es erwähnte sodann die in der Lehre vertretene Auffassung, wonach Aktionärsdarlehen unter bestimmten Voraussetzungen hinter die anderen Forderungen zurückzutreten hätten, weil von einem konkludenten Rangrücktritt auszugehen sei. Ob diese Lehrmeinung mit dem geltenden schweizerischen Aktien- und Konkursrecht vereinbar ist, liess es offen, da nach dem für jene Entscheide massgeblichen Sachverhalt weder eine Überschuldung noch überhaupt eine Unterbilanz vorgelegen oder zu erwarten (und damit erkennbar) gewesen ist (Urteile 5C.226/2005 vom 2. März 2006 E. 4; 5C.230/2005 vom 2. März 2006 E. 4). In der späteren Rechtsprechung bestätigte das Bundesgericht seine ablehnende Haltung gegenüber der Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital (Urteile 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011 E. 2.4; 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.3.2). Es hielt fest, dass auch Forderungen von Aktionären gegenüber der eigenen Gesellschaft als Fremdkapital zu behandeln und - unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs - von dieser entsprechend zu erfüllen sind (Urteil 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011 E. 2.4). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die eine Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital ablehnt, wird vorliegend nicht in Frage gestellt. Das Kantonsgericht und die Beschwerdegegnerin vertreten dagegen die Auffassung, dass die Darlehen der Beschwerdeführer im Konkurs nachrangig zu behandeln sind.

E. 5.7

Das Kantonsgericht hat die nachrangige Behandlung der Darlehen und seine Auffassung, wonach hierfür eine Überschuldung der Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung erforderlich ist, auf das Verbot des Rechtsmissbrauchs gestützt. Die Beschwerdegegnerin argumentiert ebenfalls mit Art. 2 Abs. 2 ZGB, leitet daraus aber weniger strenge Voraussetzungen für den Nachrang der Darlehensforderungen ab. BGE 151 III 440 S. 446

E. 5.7.1

Gemäss dem für die gesamte Rechtsordnung geltenden Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Die Norm dient als korrigierender "Notbehelf" für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde (BGE 140 III 583 E. 3.2.4; BGE 134 III 52 E. 2.1). Wie das im Gesetzestext verwendete Adjektiv "offenbar" zeigt, ist Rechtsmissbrauch nur zurückhaltend - eben bloss in offenkundigen Fällen - zu bejahen (BGE 140 III 583 E. 3.2.4; BGE 135 III 162 E. 3.3.1). Wann ein solcher Missbrauch vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu bestimmen, wobei die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs zu beachten sind (BGE 140 III 491 E. 4.2.4; BGE 135 III 162 E. 3.3.1). Hierzu gehört die Fallgruppe des widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gibt es allerdings keinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln. Vielmehr ist in einem Widerspruch zu früherem Verhalten nur dann ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn dieses ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, das durch die neuen Handlungen enttäuscht wird (BGE 143 III 666 E. 4.2; BGE 140 III 481 E. 2.3.2; BGE 125 III 257 E. 2a).

E. 5.7.2

Ein Teil der Literatur und der kantonalen Rechtsprechung bejaht einen Rechtsmissbrauch in der Form widersprüchlichen Verhaltens, wenn ein Gesellschafter der notleidenden Gesellschaft ein Darlehen zur Weiterführung der Geschäftstätigkeit gewährt, dann aber im Konkurs auf der Kollokation seiner Forderung besteht (HOLD, a.a.O., S. 157 f.; RUDOLF LANZ, Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, 1985, S. 126 f.; VON GREYERZ, a.a.O., S. 556; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Januar 1993, auszugsweise wiedergegeben in: SZW 1993 S. 299; vgl. die Übersicht bei MÜLLER, a.a.O., Rz. 397 ff.). Unterschiedliche Auffassungen bestehen bezüglich der Voraussetzungen, unter denen Rechtsmissbrauch gegeben ist: Nach einer Auffassung ist dies der Fall, wenn ein aussenstehender Dritter den Kredit nach Umfang, Ausgestaltung und Zeitpunkt nicht zu den gleichen Bedingungen gewährt hätte (sog. "Drittmannstest") oder wenn das Darlehen in einem Zeitpunkt gewährt worden ist, in welchem nur noch die Leistung einer Kapitaleinlage sanierende Wirkung entfaltet hätte (sog. "Sanierungstest"; VON GREYERZ, a.a.O., S. 550 und 556; zit. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Januar 1993; ähnlich ROTH, a.a.O., S. 303). Eine andere Meinung nimmt Rechtsmissbrauch an, wenn ein BGE 151 III 440 S. 447 Aktionär oder eine Konzerngesellschaft einer im Sinn von aArt. 725 Abs. 1 OR (vgl. für das geltende Recht Art. 725a Abs. 1 OR) unterkapitalisierten Gesellschaft in Kenntnis der Unterkapitalisierung ein neues Darlehen gewährt, ohne dass gleichzeitig die dort geforderten Sanierungsschritte unternommen werden (MAURENBRECHER/SCHÄRER, a.a.O., N. 15 zu Art. 312 OR ; vgl. auch ROTH, a.a.O., S. 317, wonach in dieser Situation die Voraussetzungen, unter denen Rechtsmissbrauch vorliegt, zu vermuten sind). Nach einer weiteren Auffassung ist darauf abzustellen, ob die Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung überschuldet war (MÜLLER, a.a.O., Rz. 448 und 804; HOLD, a.a.O., S. 108 f.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NF040011 vom 3. Juni 2005 E. II.2.b; vgl. LORANDI, a.a.O., N. 331c, 332 zu Art. 219 SchKG).

E. 5.7.3

Ob die Forderungseingabe eines der Gesellschaft nahestehenden Darlehensgebers im Konkurs als rechtsmissbräuchlich beurteilt wird oder nicht, wirkt sich auf die

Konkursdividende der anderen Gläubiger aus. Dementsprechend ist für die Bejahung eines Rechtsmissbrauchs vorzusetzen, dass der nahestehende Gläubiger durch die Darlehensgewährung bei diesen schutzwürdiges Vertrauen begründet und in der Folge durch die Anmeldung der Forderung zur Kollokation enttäuscht (vgl. vorne E. 5.7.1). Aufgrund von aArt. 725 Abs. 2 OR dürfen Gläubiger darauf vertrauen, dass eine am Rechtsverkehr teilnehmende Gesellschaft nicht überschuldet ist bzw. im Ausmass der Unterdeckung der Rangrücktritt erklärt worden ist (HOLD, a.a.O., S. 142; MÜLLER, a.a.O., Rz. 447). Abgesehen von der Überschuldung besteht jedoch keine gesetzliche Grundlage, auf die sich ein schutzwürdiges Vertrauen der Gläubiger darauf, dass sich eine Gesellschaft nicht in finanziellen Schwierigkeiten befindet, stützen könnte (vgl. HOLD, a.a.O., S. 140 f.; MÜLLER, a.a.O., Rz. 448). Gemäss aArt. 725 Abs. 1 OR beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen, wenn die letzte Jahresbilanz zeigt, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist. Gemäss dem ersten Satz von aArt. 725 Abs. 2 OR muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden, wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht. Diese Bestimmungen regeln, was in den betreffenden Situationen vorzukehren ist, sie vermögen bei den Gläubigern - auch wenn diese auf ein pflichtgemässes Verhalten der Organe der Gesellschaft vertrauen dürfen - jedoch kein schutzwürdiges Vertrauen BGE 151 III 440 S. 448 zu begründen, dass bei einer am Rechtsverkehr teilnehmenden Gesellschaft zumindest die Hälfte des Aktienkapitals gedeckt ist bzw. keine begründete Besorgnis zur Überschuldung besteht (vgl. MÜLLER, a.a.O., Rz. 448). Schutzwürdiges Vertrauen, dass sich eine Gesellschaft nicht in finanziellen Schwierigkeiten befindet, wird insbesondere auch nicht dadurch begründet, dass ihr eine nahestehende Person ein Darlehen gewährt, das eine aussenstehende Person nicht gewähren würde (Drittmannstest) oder dass das Darlehen in einem Zeitpunkt gewährt worden ist (Sanierungstest), in welchem nur noch die Leistung einer Kapitaleinlage sanierende Wirkung entfaltet hätte (MÜLLER, a.a.O., Rz. 804 mit Hinweisen). Solange eine Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht überschuldet ist, erscheinen die Darlehensgewährung und die spätere Geltendmachung der Forderung im Konkurs daher nicht als offenbar rechtsmissbräuchlich. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegnerin lässt sich im Nachhinein auch dann feststellen, ob die Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung überschuldet war, wenn pflichtwidrig keine Zwischenbilanz erstellt worden ist (vgl. im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Urteil 4A_418/2015 vom 6. Januar 2016 E. 3.1).

E. 5.7.4

Nach den massgeblichen Sachverhaltsfeststellungen wurden die hier interessierenden Darlehen im Verlauf der Jahre 2016, 2017 und 2018 an die F. AG Bauunternehmung ausbezahlt. Diese erwirtschaftete in den Jahren 2011 bis 2017 negative Betriebsergebnisse. Ausser im Jahr 2011 (mit einem Gewinn von rund Fr. 8'000.-) war in dieser Zeitperiode auch das Jahresergebnis gemäss Bilanz negativ. Der Betriebsertrag der Gesellschaft ging von 2011 bis 2017 ebenfalls zurück. Am 22. Juni 2015 übertrug die F. AG Bauunternehmung der Beschwerdeführerin 1 mittels Vermögensübertragungsvertrag mehrere Liegenschaften. Aus dem Vertrag geht hervor, dass der Beschwerdeführerin 1 Aktiven von Fr. 8'214'600.- und Passiven von Fr. 6'111'601.- übertragen wurden. Der Übernahmewert wurde entsprechend dem Aktivenüberschuss auf Fr. 2'102'999.- festgesetzt. Entsprechend Ziffer 3 des Vermögensübertragungsvertrags schuldete die

Beschwerdeführerin 1 der F. AG Bauunternehmung keine Gegenleistung für den übernommenen Aktivenüberschuss von Fr. 2'102'999.-. Dieser wurde dadurch ausgeglichen, dass sich die Aktionäre der F. AG Bauunternehmung in einer Vereinbarung vom 22. Juni 2015 verpflichteten, die Gesellschaft anzuweisen, die vorgesehene ausserordentliche Dividendenzahlung in der Höhe von BGE 151 III 440 S. 449 Fr. 2'102'999.- in der Form auszuschütten, dass der Aktivenüberschuss an die Beschwerdeführerin 1 übertragen werde. Ab 2016 waren Liquiditätsprobleme notorisch und ab Ende 2016 war der Konkurs der Gesellschaft ein ernsthaftes Risiko. Die Weiterführung der Gesellschaft sollte mittels Darlehen sichergestellt werden. Den Beschwerdeführern war die gefährdete finanzielle Situation der Gesellschaft bekannt. Anderweitige Finanzierungsmöglichkeiten bei den Banken waren ausgeschöpft. Die F. AG Bauunternehmung befand sich demnach zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung in einer gefährdeten finanziellen Lage und die Beschwerdeführer wussten darum. Nach den massgeblichen Sachverhaltsfeststellungen ist auch erstellt, dass eine aussenstehende Drittperson die Darlehen in dieser Form nicht gewährt hätte. Aufgrund der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen war eine Überschuldung der F. AG Bauunternehmung im Zeitpunkt der Darlehensgewährung jedoch nicht erstellt. Dass sich die Gesellschaft in einer schwierigen finanziellen Situation befand und dass eine aussenstehende Drittperson die Darlehen in dieser Form nicht gewährt hätte, reicht nicht aus, um die Darlehensgewährung und die spätere Anmeldung der Forderung zur Kollokation als missbräuchlich erscheinen zu lassen (vgl. E. 5.7.3). Auch die Übertragung mehrerer Liegenschaften auf die Beschwerdeführerin 1 und der damit verbundene Vermögensabfluss im Jahr 2015 lässt die Kollokation der später, in den Jahren 2016, 2017 und 2018, gewährten Darlehen nicht ohne Weiteres als offenbar rechtsmissbräuchlich erscheinen. Die Beschwerdegegnerin bringt vor, das Kriterium der Überschuldung sei ungeeignet, da es für den nahestehenden Gläubiger viele Gründe geben könne, einen Konkurs zu verzögern, beispielsweise um - wie im vorliegenden Fall behauptet - die Verdachtsfrist einer Pauliana (Art. 285 ff. SchKG) auszusetzen. Die weitere Teilnahme am Rechtsverkehr als solche vermag jedoch - wie gesagt - bei fehlender Überschuldung keinen für ein widersprüchliches Verhalten erforderlichen Vertrauenstatbestand zu schaffen. Im Ergebnis ist unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs daher nicht als bundesrechtswidrig zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Nachrangigkeit der angemeldeten Forderungen von einer Überschuldung der Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung abhängig gemacht hat.

E. 5.8

Die Beschwerdegegnerin begründet ihre Auffassung, wonach die Forderungen der Beschwerdeführer unabhängig von einer Überschuldung BGE 151 III 440 S. 450 der Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung nachrangig zu behandeln sind, auch mit einem konkludenten Rangrücktritt.

E. 5.8.1

Nach einem Teil der Lehre kann bei Darlehen nahestehender Personen - je nach den konkreten Umständen - von einem konkludenten bzw. impliziten Rangrücktritt ausgegangen werden (vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 11 Rz. 79; GUHL/DRUEY, in: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, § 67 Rz. 102; ALEXANDER VOGEL, Bemerkungen zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Januar 1993, SZW 1993 S. 301 f.).

E. 5.8.2

Bei einem konkludent bzw. implizit vereinbarten Rangrücktritt handelt es sich um einen Vertrag zwischen dem Darlehensgläubiger und der Gesellschaft (vgl. vorne E. 5.4). Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrags nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Die empirische oder subjektive Auslegung hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung Vorrang (BGE 148 III 57 E. 2.2.1; BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehältlich der Ausnahmen von Art. 97 und 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist (vgl. BGE 144 III 93 E. 5.2.2; BGE 135 III 410 E. 3.2). Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 132 III 268 E. 2.3.2). Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 148 III 57 E. 2.2.1; BGE 146 V 28 E. 3.2; BGE 142 III 671 E. 3.3). Das Gericht hat auch den vom Erklärenden verfolgten Regelungszweck zu beachten, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste. Dabei ist für den Regelfall anzunehmen, dass der Erklärungsempfänger davon ausgehen durfte, der Erklärende strebe eine vernünftige, sachgerechte Regelung an (BGE 148 III 57 E. 2.2.1). Das Bundesgericht überprüft die objektivierete Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Gerichts über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (BGE 148 III 57 E. 2.2.1; BGE 138 III 659 E. 4.2.1). BGE 151 III 440 S. 451

E. 5.8.3

Ein Rangrücktritt aufgrund eines übereinstimmenden wirklichen Willens der Parteien setzt voraus, dass ein entsprechender wirklicher Wille feststeht. Die Vorinstanz hat keinen tatsächlichen Willen der Parteien festgestellt, die Forderungen der Beschwerdeführer im Rang hinter andere Forderungen zurücktreten zu lassen. Die Beschwerdegegnerin legt ihre eigene Sicht dar und argumentiert, andere Lösungen als ein Rangrücktritt seien nicht angemessen und verletzen diverse Normen. Damit bringt sie jedoch keine den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG genügende Sachverhaltsrüge (vgl. nicht publ. E. 2.2) vor. Ein Rangrücktritt kann vorliegend daher nicht auf den wirklichen Parteiwillen gestützt werden.

E. 5.8.4

Aus den massgeblichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz ergibt sich nicht, dass die Parteien vor oder bei Abschluss der Darlehensverträge Erklärungen zur Frage eines allfälligen Rangrücktritts abgegeben hätten. Durch den Darlehensvertrag regeln die Vertragsparteien eine Rechtsbeziehung untereinander: Der Darleiher verpflichtet sich zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an anderen vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte (Art. 312 OR). Ein Rangrücktritt des Darlehensgebers wirkt sich zugunsten der anderen Gläubiger und damit am Vertrag nicht beteiligter Dritter aus. Soweit den Erklärungen keine Anhaltspunkte für einen entsprechenden mutmasslichen Willen zu entnehmen sind, ist nicht davon auszugehen, dass der Darlehensgeber mit einem ihn belastenden Rangrücktritt zugunsten Dritter einverstanden ist. Wäre auf der andern Seite

dem Darlehensnehmer an einem Rangrücktritt gelegen, so wäre zu erwarten, dass er die Frage anspricht. An den fehlenden Anhaltspunkten für einen entsprechenden mutmasslichen Willen ändert nichts, dass ab 2016 Liquiditätsprobleme der Gesellschaft notorisch waren, ab Ende 2016 der Konkurs der Gesellschaft ein ernsthaftes Risiko gewesen ist und die Beschwerdeführer bestätigt haben, dass mittels der Darlehen die Weiterführung der Gesellschaft habe sichergestellt werden sollen. Der von der Beschwerdegegnerin angeführte Gesichtspunkt, wonach im Regelfall davon auszugehen ist, die Parteien strebten eine vernünftige, sachgerechte Regelung an, ist ein Element im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, jedoch nicht allein massgeblich. Soweit die Beschwerdegegnerin im Übrigen vorbringt, ein Darlehen ohne Rangrücktritt hätte eine treuwidrige und vorsätzliche Schädigung der Gläubiger zur Folge und wäre zudem nach BGE 151 III 440 S. 452 aArt. 725 Abs. 2 OR pflichtwidrig, stellt der angefochtene Entscheid die tatsächlichen Grundlagen für diese rechtliche Würdigung nicht fest (vgl. E. 5.7.4). Der Rangrücktritt kann vorliegend daher auch nicht auf einen nach dem Vertrauensprinzip ermittelten mutmasslichen Parteiwillen gestützt werden.

E. 5.9

Die Beschwerdegegnerin begründet die von ihr unabhängig von einer Überschuldung der Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung geltend gemachte Nachrangigkeit weiter mit einer vom Gericht zu füllenden Gesetzeslücke (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

E. 5.9.1

Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Ob eine zu füllende Lücke oder ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln (BGE 149 IV 376 E. 6.6; BGE 146 III 426 E. 3.1).

E. 5.9.2

Sowohl im Gesellschafts- als auch im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht fehlt eine gesetzliche Bestimmung zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Darlehen nahestehender Personen (ohne entsprechenden Vertrag) im Konkurs einer Gesellschaft nachrangig zu behandeln sind. Eine gesetzliche Regelung dieser Frage stand zu verschiedenen Zeitpunkten zur Diskussion: In der Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) (BBl 2002 3158 Ziff. 1.3.6) wurde ausgeführt, der Vorentwurf habe in Anlehnung an das deutsche Recht sowohl für die GmbH als auch für die Aktiengesellschaft eine gesetzliche Regelung von Darlehen vorgesehen, die Gesellschafterinnen oder Gesellschafter oder ihnen nahestehende Personen der Gesellschaft in einem Zeitpunkt gewähren, in welchem dem Unternehmen Eigenkapital zugeführt werden müsste. Nach dem Vorentwurf hätten entsprechende Darlehen im Rang allen anderen Forderungen nachgehen sollen. Dieser Vorschlag sei in der Vernehmlassung BGE 151 III 440 S. 453 überwiegend auf Kritik gestossen. Es sei eingewendet worden, eine

solche Regelung könne die Sanierung von Gesellschaften erschweren. Weiter sei auf die zahlreichen Schwierigkeiten bei der Anwendung der entsprechenden Vorschriften in Deutschland hingewiesen worden. Diese Einwände seien berechtigt. Der Entwurf verzichte daher auf die Normierung eigenkapitalersetzender Darlehen. Die im Sommer 2003 vom Bundesamt für Justiz eingesetzte Expertengruppe, die den Auftrag hatte, als Groupe de réflexion den Reformbedarf des Insolvenzrechts abzuklären, vertrat in ihrem ersten Bericht ("Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?") vom April 2005 (<http://www.bj.admin.ch> , unter "abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte") die Auffassung, die Voraussetzungen für eine nachrangige Behandlung von Sanierungsdarlehen seien gesetzlich zu regeln (S. 10 und 41). In ihrem zweiten Bericht ("Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes [SchKG]: Sanierungsverfahren") vom Juni 2008 (<http://www.bj.admin.ch> , a.a.O.) verzichtete die Expertengruppe mit Blick auf die in der Zwischenzeit abgeschlossene Revision des GmbH-Rechts, in welcher eine solche Regelung ebenfalls diskutiert, schliesslich aber verworfen worden war, auf einen entsprechenden Vorschlag (S. 29). Anlässlich der Revision des Sanierungsrechts wurde denn auch auf eine ausdrückliche Regelung der Sanierungsdarlehen verzichtet (Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [Sanierungsrecht], BBl 2010 6466 Ziff. 1.5.2). In der Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) (BBl 2017 464 Ziff. 1.4.9.2) wurde festgehalten, in Bezug auf die Frage nach einer insolvenzrechtlichen Sonderbehandlung eigenkapitalersetzender Darlehen von Aktionärinnen und Aktionären oder von anderen nahestehenden Personen hätten sich die Sachverständigen gegen die Sonderbehandlung im Sinne einer Nachrangigkeit oder eines Umqualifizierens in Eigenkapital ausgesprochen. Weder liessen sich leicht anwendbare Kriterien festlegen, wann ein solches Darlehen vorliege, noch liessen sich zweckgerichtete Rechtsfolgen daraus ableiten. Zudem erwiesen sich in der Krise insbesondere nahestehende Personen oft als letzte Finanzierungsquelle für das Unternehmen. Deren Rechtsstellung in Bezug auf ein Darlehen zum ohnehin hohen Verlustrisiko zusätzlich zu verschlechtern, liefe der Sanierung entgegen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung seien auch Forderungen von Aktionärinnen und Aktionären gegenüber der eigenen Gesellschaft als BGE 151 III 440 S. 454 Fremdkapital zu behandeln und - unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs - von der Gesellschaft entsprechend zu erfüllen. Dabei solle es gemäss Entwurf bleiben; auch die Vernehmlassung gebe keinen Anlass, von dieser Schlussfolgerung abzuweichen.

E. 5.9.3

Mit Blick auf die Gesetzgebungsarbeiten im Sanierungs- und Gesellschaftsrecht besteht kein Grund zur Annahme, der Gesetzgeber habe die Frage, wie Darlehen nahestehender Personen im Konkurs zu behandeln sind, übersehen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass er bewusst auf eine Regelung verzichtet und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) als korrigierenden "Notbehelf" im Einzelfall als hinreichend betrachtet hat, um einen nahestehenden Gesellschaftsgläubiger in den Nachrang zu versetzen. Zufolge qualifizierten Schweigens bleibt somit kein Raum für eine Lückenfüllung durch das Gericht (a.M. MÜLLER, a.a.O., Rz. 724, allerdings noch vor der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht] vom 23. November 2016). Eine nachrangige Behandlung der strittigen Darlehen gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB scheidet aus.

E. 5.10

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Zeitpunkt, in dem die Beschwerdeführer als der Gesellschaft nahestehende Personen die Darlehen gewährten, keine Überschuldung vorlag, sodass die Darlehensgewährung und die Geltendmachung der Forderungen im Konkurs der Gesellschaft nicht offenbar rechtsmissbräuchlich sind; die strittigen Drittklassforderungen sind keinem Rangrücktritt unterworfen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.