Rangrücktritt: Ermittlung des Abdeckungsumfangs

Rücktritte sind Teil eines Sanierungskonzepts für eine überschuldete Gesellschaft und ermöglichen dem Verwaltungsrat auf die Benachrichtigung des Gerichts zu verzichten. Die Revisionsstelle hat sich bei der Prüfung davon zu überzeugen, dass der Rangrücktritt in qualitativer und quantitativer Hinsicht genügend ist und für den Gläubiger nicht offensichtlich untragbar.

Daniela Salkim

Um auf die Benachrichtigung des Richters im Falle einer Überschuldung gemäss Art. 725b Abs. 1 OR verzichten zu dürfen, müssen Gesellschaftsgläubiger in Höhe der Überschuldung im Rang hinter allen anderen Gesellschaftsgläubigern zurücktreten. Mit dieser Erklärung stundet der Gläubiger seine Forderung (neu inkl. Zinsen) und zwar während der ganzen Dauer der Überschuldung. Das Gesetz geht zwar nicht weiter auf den Rangrücktritt ein. Die Praxis hat jedoch anerkannt, dass ein Rangrücktritt nur dann ausreichend ist, wenn die Gesellschaftsgläubiger unbedingt und unwiderruflich sowohl den Rücktritt im Rang für den Insolvenz- oder Liquidationsfall als auch Stundung der Kapitalforderung erklärt haben. Wichtig sei hier noch zu erwähnen, dass Garantien und Patronatserklärungen keinen Ersatz für einen Rangrücktritt bilden, weshalb sie den Verwaltungsrat nicht von der Pflicht zur Benachrichtigung des Richters befreien.

Umfang des Rangrücktritts

Damit der Verwaltungsrat von der Pflicht der Überschuldungsanzeige befreit werden kann, muss gemäss Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR die Rangrücktrittserklärung mindestens im Umfang der Überschuldung ausgesprochen werden. Art. 725b Abs. 1 OR schreibt zudem vor, dass Zwischenabschlüsse zu Fortführungs- und Veräusserungswerte erstellt werden müssen. Nun stellt sich die Frage, ob die Mindesthöhe des Rangrücktritts die Unterdeckung zu Fortführungs- oder zu Liquidationswerten betragen muss. Da der Rangrücktritt ein Instrument des Gläubigerschutzes ist, muss die Frage wohl unter Berücksichtigung der Fortführungsfähigkeit der überschuldeten Gesellschaft angegangen werden.

Die Fortführungsfähigkeit ist nicht gefährdet

Ist die Fortführungsfähigkeit nicht gefährdet und bestehen gute Sanierungschancen, sollte ein Rangrücktritt, der «lediglich» auf die Deckungslücke zu Fortführungswerten ausgerichtet ist, genügen.

Weitere Verluste sind absehbar

Im Falle, dass weitere Verluste absehbar sind, genügt ein Rangrücktritt im Umfang der Deckungslücke zu Fortführungswerten nicht. Es ist eine entsprechende Sicherheitsmarge zu berücksichtigen. Gemäss HWP-Band Ordentliche Revision (Ausgabe 2024, S. 400), sollte die Sicherheitsmarge so hoch sein, dass sie die in den nächsten 12 Monaten nach Unterzeichnung des Rangrücktritts, mindestens aber bis zum nächsten Prüfungszeitpunkt noch zu erwartenden Verluste berücksichtigt.

Fallbeispiel

Der Verwaltungsrat beauftragt die Revisionsstelle den Zwischenabschluss zu prüfen, da eine begründete Besorgnis einer Überschuldung der Gesellschaft besteht. Dabei zeigt der geprüfte Zwischenabschluss zu Fortführungswerten eine (buchmässige) Überschuldung, der geprüfte Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten zeigt dagegen keine Überschuldung. Kann die Gesellschaft nun auf die Erlangung von Rangrücktritten verzichten und trotzdem den Gang zum Richter vermeiden?

Antwort / Begründung:

Die Gesellschaft ist nicht gemäss beiden Zwischenabschlüssen überschuldet. Folglich besteht auch keine Pflicht, das Gericht zu benachrichtigen (Art. 725b Abs. 3 OR), so das auf die Erlangung von Rangrücktritten verzichtet werden kann. Der Verwaltungsrat hat jedoch weiterhin die Pflicht, Sanierungsmassnahmen zu ergreifen oder der Generalversammlung solche zu beantragen. Ansonsten verstösst er gegen seine Sorgfaltspflicht.

Quelle: In Anlehnung an Fall 3, HWP-Band Ordentliche Revision (Ausgabe 2024), S. 397

Aufhebung der Rangrücktrittsvereinbarung

Bei der Aufhebung eines Rangrücktritts müssen folgende Bedingungen erfüllt sein:

1. Alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind gedeckt und die Überschuldung ist beseitigt.
2. Aus einem im Sinne der Schweizer Standards zur Abschlussprüfung (SA-CH 2022) geprüften Abschluss ergibt sich, dass unter Berücksichtigung aller im Rang zurückgestellten Forderungen sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft durch Aktiven gedeckt sind.

Wird die Gesellschaft ordentlich geprüft, so genügt es, wenn ein zusammenfassender Bericht der Revisionsstelle ohne den Hinweis auf Art. 725b Abs. 1 OR vorliegt. Für Unternehmen, welche der eingeschränkten Revisionspflicht unterstehen oder sich sogar für das Opting-out qualifizieren, muss für die Aufhebung der Rangrücktrittsvereinbarung ein separater Prüfbericht gem. Art. 725b Abs. 2 OR erstellt werden. Entsprechende Mustervorlagen sind im Schweizer Prüfungshinweis (PH) 10 (EXPERTsuisse) enthalten.

Neu: der flexible Rangrücktritt

Ein Rangrücktritt darf grundsätzlich durch einen anderen in Höhe und Ausgestaltung genügenden Rangrücktritt ersetzt werden (durch denselben oder einen anderen Gläubiger). Die Höhe des Rangrücktritts darf dabei jedoch nicht reduziert werden. Eine Ausnahme davon bietet der flexible Rangrücktritt, welcher seit der letzten Aktienrechtsrevision in den Berufsstandards vorgesehen ist. Demnach darf ein Rangrücktritt ausnahmsweise vor der vollen Beseitigung der Überschuldung reduziert werden, wenn

(a) sich aus einem in Übereinstimmung mit den SA-CH geprüften (Zwischen-) Abschluss ergibt, dass sich auch die Überschuldung mindestens im entsprechenden Umfang reduziert hat;
(b) der Verwaltungsrat der Gesellschaft schriftlich und begründet dargelegt hat, dass während der nächsten 12 Monate keine weiteren Verluste absehbar sind, und
(c) durch die Reduktion keine anderen Rangrücktrittsgläubiger benachteiligt werden (es sei denn, diese hätten der Reduktion zugestimmt).

Die Revisionsstelle muss erneut sämtliche Anforderungen an einen gültigen Rangrücktritt prüfen, auch die Bonität des Gläubigers (PS-CH 290 A22).

Ein flexibler Rangrücktritt muss von Anfang an vereinbart worden sein. Zudem ist im Anhang offenzulegen, dass ein flexibler Rangrücktritt abgeschlossen wurde.

Rolle und Aufgaben der Revisionsstelle

Liegt ein Rangrücktritt vor, muss die Revisionsstelle prüfen, ob dieser in qualitativer und quantitativer Hinsicht ausreichend ist. Dazu gehört auch die Beurteilung der Bonität des Rangrücktrittsgläubigers. Die Bonität des Gläubigers muss so sein, dass er den Verlust der gesamten Forderung ohne Risiko der eigenen Überschuldung tragen könnte. Es ist damit zu rechnen, dass im Konkursfall der Gläubigergesellschaft deren (eigene) Gläubiger den Rangrücktritt nicht ohne weiteres akzeptieren, sondern versuchen würden, ihn anzufechten (Pauliana). In der Praxis ist eine solche Anfechtungsklage jedoch äusserst selten. Es genügt daher, wenn die Revisionsstelle prüft, ob es keine Anzeichen einer offensichtlichen finanziellen Untragbarkeit gibt (vgl. Renggli et al., Die eingeschränkte Revision, S. 330).

Ergibt die Prüfung, dass der Rangrücktritt ungültig oder in ungenügender Höhe erklärt worden ist, ist der Gang zum Richter unvermeidbar. Die Revisionsstelle hat aufgrund dieses Gesetzesverstosses (Art. 728c OR) einen entsprechenden Hinweis im Revisionsbericht anzubringen. Sollte der Verwaltungsrat den Richter trotzdem nicht benachrichtigten, hat ihn die Revisionsstelle zu ermahnen (inkl. Fristansetzung). Kommt der Verwaltungsrat dieser Aufforderung nicht nach und unterlässt er die Vornahme der Überschuldungsanzeige, hat die Revisionsstelle – vorausgesetzt die Überschuldung ist offensichtlich – das Gericht ersatzweise selbst zu benachrichtigen.

Stellt der Abschlussprüfer während der Revision fest, dass die dem Rangrücktritt unterstellte Forderung ganz oder teilweise reduziert wurde, hat sie ebenfalls einen Gesetzesverstoss im Sinn von Art. 728c OR anzuzeigen (PS-CH 290 A25). Eine mögliche Formulierung könnte lauten:
«Wir weisen darauf hin, dass eine Rückzahlung auf dem Darlehen mit Rangrücktritt von [Betrag] im Umfang von [Betrag] an den betreffenden Gläubiger erfolgte, obwohl die vertraglichen und die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 725b Abs. 4 OR nicht erfüllt waren.»

Fazit

Die Höhe des Rangrücktritts sollte so bemessen sein, dass dieser die bestehende Überschuldung sowie die auflaufenden Verluste der kommenden zwölf Monate abzudecken vermag. Dies setzt eine verlässliche Prognose über die Ertrags- und Liquiditätsentwicklung seitens der Geschäftsleitung voraus. Der Rangrücktritt beseitigt die Überschuldung nicht und bewirkt auch keine Verbesserung der Liquiditäts- sowie der Ertragslage. Für sich allein kommt der Rangrücktritt somit nur dann in Frage, wenn die Gesellschaft zwar überschuldet, daneben aber ertrags- und liquiditätsmässig überlebensfähig ist.

Quellenhinweise: EXPERTsuisse, HWP-Band Ordentliche Revision (Ausgabe 2024). Renggli Karl/Kissling Raphael/Camponovo Rico A. /Tobias Honold, Die eingeschränkte Revision, 3. Aufl., Zürich 2023.

Daniela Salkim
Eidg. dipl. Wirtschaftsprüferin, zugelassene Revisionsexpertin, Geschäftsführerin Swiss Quality & Peer Review AG in Bern, www.sqpr.ch, Geschäftsführerin Premium Audit & Consulting GmbH in Thalwil
info@sqpr.ch