

**Michael Hold**, *Das kapitaleretzende Darlehen im Schweizerischen Aktien- und Konkursrecht*, St. Galler Studien zum Privat-, Handels-, und Wirtschaftsrecht, Bern, Stuttgart, Wien 2000.

Wie eng materielles Recht und Konkursrecht ineinander verwoben sind, zeigt *Michael Hold* in seiner ausgezeichneten Arbeit über *das kapitaleretzende Darlehen im Schweizerischen Aktien- und Konkursrecht*, welche sich der Problematik annimmt, wann Fremdkapital, das in einer Unternehmenskrise gewährt oder stehen gelassen wird, eine besondere rechtliche Behandlung erfährt. In der Schweiz ist diese Frage noch nicht geregelt, einzig der Vorwurf für eine Reform des Rechts der GmbH befasst sich unter der Marginalie «Eigenkapitaleretzende Gesellschafterdarlehen» mit der Problematik. Viel weiter ist hier schon die Rechtsentwicklung in Deutschland, wo bereits das Reichsgericht in den dreissiger Jahren Darlehen von Aktionären unter bestimmten Umständen die Anerkennung als Eigenkapital verweigerte. In der GmbH-Novelle des Jahres 1980 wurde ein Teil dieser Rechtsprechung Gesetz.

Sodann legt der Autor die Entwicklung in der Schweiz dar, wo *Schönle* im Jahre 1957 die deutsche Rechtsprechung rezipierte. Das Problem wurde in verschiedenen weiteren Publikationen (u.a. von *Ch. von Greyerz*, *A. Vogel* und *L. Glanzmann*) untersucht und hat Eingang in die Standardwerke zum Aktienrecht gefunden. Die Frage wurde auch schon in kantonalen Gerichtsurteilen entschieden, ohne dass bis heute ein Konsens darüber bestehen würde, welche Voraussetzung und Wirkungen der kapitaleretzenden Darlehen sind.

Nach allgemeinen betriebs- und volkswirtschaftlichen Überlegungen über die Rechtsstellung und Funktion von Eigen- und Fremdkapitalgebern kommt der Autor zum Schluss, dass weder bei hälftigem Kapitalverlust, noch bei Unterkapitalisierung, noch bei Sanierungsbedarf, noch bei Zahlungsunfähigkeit, sondern nur bei Überschuldung ein eigenkapitaleretzendes Darlehen angenommen werden muss, da einzig im Falle der Überschuldung eine Fortführung der Gesellschaft aufgrund von Art. 725 Abs. 2 OR unzulässig ist (S. 95ff.). Dem ist zuzustimmen. Als weitere Voraussetzung postuliert er, dass der Darlehensgeber Kenntnis von der Überschuldung hatte, dass nicht nur Darlehen von Aktionären, sondern auch Darlehen von Drittpersonen kapitaleretzenden Charakter haben können, dass durch die Konkursverschleppung den Gläubigern ein Vermögensschaden entstand sowie dass die Darlehensgewährung zur Fortsetzung der Geschäftstätigkeit zumindest beigetragen hat (S. 120f.). Problematischer ist schon die Aussage des Autors, wonach ein stehengelassenes Darlehen kapitaleretzenden Charakter hat, wenn ein Darlehen gewährt wurde, bevor die Gesellschaft den Zustand der Überschuldung erreichte, die Gesellschaft später überschuldet wurde, der Darlehensgeber trotz Kenntnis von der Überschuldung die Rückzahlung des Darlehens nicht fordert und den Gläubigern infolge der Konkursverschleppung ein Vermögensschaden droht (S. 125f.). Nach Ansicht des Rezensenten geht dies zu weit; es besteht keine Verpflichtung von Darlehensgebern, ihre Darlehen bei einer Überschuldung geltend zu machen und damit die Gesellschaft in den Konkurs zu treiben. Auch ist unklar, was der Gläubiger tun muss, damit sein Darlehen nicht kapitaleretzend wird: nur fordern oder auch betreiben und prozessieren?

In dogmatischer Hinsicht verstösst gemäss *Hold* die Gewährung eines kapitaleretzenden Darlehens gegen die Grundsätze des Vertrauensschutzes, kann die Voraussetzung einer sittenwidrigen Schädigung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR erfüllen, ist rechtsmissbräuchlich, stellt jedoch keinen Anwendungsfall der Durchgriffshaftung dar (S. 135ff.). Als rechtliche Konsequenz eines kapitaleretzenden Darlehens sieht der Autor in Anlehnung an *Th. Rihm* (Nachrangige Schuldverpflichtungen, 1991/ 92) einen gesetzlichen Rangrücktritt und nicht die

Umqualifikation in Eigenkapital (S. 166). Der gesetzliche Rangrücktritt hat dieselben Konsequenzen wie ein gemäss Art. 725 Abs. 2 OR freiwillig ausgesprochener. Die Forderung gilt ausserhalb des Konkurses als gestundet. Bei Rückzahlung des Darlehens trotz Stundung kann die Gesellschaft die Wiederauszahlung gestützt auf Art. 62ff. OR verlangen (S. 181).

Im Konkurs ist die Forderung hinter der Dritten Klasse zu kollozieren (resp. formell in der dritten Klasse mit einem entsprechenden Vermerk); strittige Fragen sind bereits im Kollokations- und nicht erst im Verteilungsverfahren zu klären (S. 195 Fn. 20). Dies gilt auch für pfandgesicherte kapitalersetzende Darlehen (S. 213). Im Nachlassverfahren vertritt der Autor im Anschluss an *D. Hunkeler* (Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, 1996, N 971ff.) zu Recht die Auffassung, dass dem Rangrücktrittsgläubiger kein Stimmrecht zukommt und er bei der Berechnung der Quoten von Art. 305 Abs. 1 SchKG nicht einzubeziehen ist (S. 205).

Die Arbeit schliesst mit Bemerkungen zum Bilanzrecht, zum IPR sowie zur paulianischen Anfechtung, wobei hier dargetan wird, dass auch die Darlehensgewährung (nicht deren Rückzahlung) paulianisch anfechtbar sein kann, wenn die Darlehensgeberin insolvent wird (S. 229ff.).

Das Werk überzeugt hinsichtlich Form und Inhalt. Es gelingt *Hold*, einem gesetzlich- nicht geregelten Begriff unter Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze Struktur zu verleihen. Zu kritisieren gibt es wenig. So wurde auf das oben kritisierte stehengelassene kapitalersetzende Darlehen, bei welchem der Gesellschaft in der Krise keine neuen liquiden Mittel zugeführt wurden, bei der dogmatischen Einordnung zu wenig eingegangen. Auch ist dem Autor entgangen, dass bei der Reform der Unternehmensbesteuerung 1997 der Freibetrag von Fr. 250000.– bei der Emissionsabgabe auch auf Kapitalerhöhungen ausgedehnt wurde (S. 89) und zumindest die Juristen der Familie *Stahelin* hätten gerne gewusst, welcher von ihnen in Fn. 56 auf S. 156 zitiert, aber nicht in das Literaturverzeichnis aufgenommen wurde.