

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

# Überschuldung

– Aktuelle Rechtsfragen –

PLUTA Fachtagung 2019  
Vortrag am 16.11.2019 in Köln

## Gliederung

1. Grundlagen
2. Gegenstand der Fortführungsprognose: Zahlungsfähigkeit versus Ertragsfähigkeit durch Unternehmensfortführung
3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung
  - Anforderungen seit BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*
  - Übertragbarkeit auf vertragliches Eigenkapital?
4. Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren
  - Eröffnung der Inhaltskontrolle (§ 307 III BGB)?
  - Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)
  - Unklarheitenregel (§ 305c II BGB)
  - Überraschende Klausel (§ 305c II BGB)

## 1. Grundlagen

- ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 579 ff.
- ⇒ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2019/2020, Vor § 64 Rn. 38 ff.

Wortlaut des § 19 II 1 InsO: „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. ...“

Stufe 1 (Regeltatbestand): bilanzielle Betrachtung

- ⇒ Überschuldungsbilanz, nicht Handelsbilanz

Stufe 2 (Ausnahme): positive Fortführungsprognose

- ⇒ bei positiver Prognose ist die bilanzielle Überschuldung rechtlich irrelevant

## 2. Gegenstand der Fortführungsprognose

- ⇒ zwei Elemente nach klassischer Definition:

- subjektiver Fortführungswille des Schuldners bzw. seiner Organe
  - ❖ fehlt nach h.M. bei Entlassung aller Arbeitnehmer (KG v. 1.11.2005 – 7 U 49/05, GmbHR 2006, 375, 376) oder bei Veräußerung betriebsnotwendigen Vermögens (OLG Hamburg v. 13.10.2017 – 11 U 53/17, ZIP 2017, 2197, 2198 = GmbHR 2018, 201, 202 f. [juris-Rz. 46])
- objektive Überlebensfähigkeit des Unternehmens

- ⇒ Kritik: **beide Elemente der klassischen Definition sind als notwendige Voraussetzung einer positiven Prognose in Zweifel zu ziehen** (*Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2019/2020, Vor § 64 Rn. 54 ff.)

## 2. Gegenstand der Fortführungsprognose

- ⇒ Problem: Positive Fortführungsprognose trotz fehlender Ertragsfähigkeit? (*Bitter/Kresser*, ZIP 2012, 1733 ff.)
- AG Hamburg ZIP 2012, 1776: Ertragsfähigkeit für positive Prognose erforderlich; aber Sonderfall: Rentnergesellschaft mit absehbarer Aufzehrung der Vermögenssubstanz
  - Ertragsfähigkeit m.E. nicht generell zu fordern
    - ❖ Beispiel: werthaltiger Verlustausgleichsanspruch
    - ❖ Beispiel: subventionierter Betrieb in öffentlicher Hand
    - ❖ Beispiel: Start-up-Unternehmen in der Anfangsphase
  - Sicherung der *Liquidität* ist letztlich entscheidend

## 2. Gegenstand der Fortführungsprognose

- ⇒ Extremfall: positive „Fortführungsprognose“ ist auch dann möglich, wenn eine überschuldete Gesellschaft unter Regelung sämtlicher Verbindlichkeiten solvent liquidiert werden soll und sich aus einem belastbaren Liquidationskonzept ergibt, dass die **solvente Liquidation** auch überwiegend wahrscheinlich ist (*Morgen/Rathje*, ZIP 2018, 1955 ff.)
- ⇒ Abgrenzung zur kurzfristigen Liquiditätsgewinnung aus der Substanz (vgl. *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2019/2020, Vor § 64 Rn. 56, 58)
- ⇒ Ergebnis: Die Sicherstellung der Gläubigerbefriedigung durch die Generierung von Erträgen aus der eigenen Geschäftstätigkeit des Unternehmens mag zwar der praktische Regelfall sein; die Ertragsfähigkeit und/oder die Betriebsfortführung sind aber keine notwendigen Voraussetzungen einer positiven „Fortführungsprognose“

## 3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

- a) Gesetzliche Regelung seit dem MoMiG in § 19 II 2 InsO
- Klärung der Rangtiefe: § 39 Abs. 2 InsO
  - Problem 1: Unterordnung auch für die Zeit vor Insolvenz erforderlich?
  - Problem 2: Anwendbarkeit auf Dritte = Nichtgesellschafter?
    - ❖ keine Anwendbarkeit des § 135 I InsO auf freiwillige Rangrücktritte
    - ❖ keine privatautonome Schaffung von Anfechtungstatbeständen
  - Problem 3: Sicherung gegen privatautonome Aufhebung erforderlich?

Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2019/2020, Vor § 64 Rn. 92 ff.

## 3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

- b) Lösung durch BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*:
- Rn. 19: Für die Nichtberücksichtigung einer Forderung im Überschuldungsstatus gemäß § 19 II 2 InsO ist neben dem Rangrücktritt für das eröffnete Verfahren eine vorinsolvenzliche Zahlungssperre erforderlich (sog. „qualifizierter Rangrücktritt“).
    - ⇒ Rn. 25: Durchsetzbarkeit der Forderung nur, solange durch die Zahlung keine Insolvenzgefahr begründet wird

### 3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

b) Lösung durch BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*:

- Rn. 32: verfügender Schuldänderungsvertrag ⇒ Leistung auf eine Nichtschuld bei Befriedigung trotz Insolvenzzreife
  - ⇒ Rn. 27 ff.: Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB vorbehaltlich § 814 BGB
  - ⇒ Rn. 46 ff.: Anfechtung gemäß § 134 InsO (⇒ Phoenix Kapitaldienst)
  - ⇒ Problem: Änderung der Rechtsprechung zu § 134 InsO durch BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2018, 97: keine Schenkungsanfechtung bei bestehendem Bereicherungsanspruch
    - ⇒ § 134 InsO nur noch in den Fällen der §§ 814, 817 BGB (Kritik bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2019/2020, Vor § 64 Rn. 100 ff.)

### 3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

b) Lösung durch BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*:

- Rn. 35: keine freie Aufhebbarkeit des Rangrücktritts, da Vertrag zugunsten der Gläubiger i.S.v. § 328 BGB
  - ⇒ Rn. 42: Aufhebung ohne Mitwirkung der Gläubiger nur zulässig, wenn eine Insolvenzzreife nicht vorliegt oder beseitigt ist
  - ⇒ *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 646 f.: Wirkung des § 19 II 2 InsO nicht erreichbar, falls die Drittwirkung im Vertrag ausgeschlossen wird
- ausführlich *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428 ff., dort auch zur Übertragbarkeit auf Patronatserklärungen; ferner *Hölzle/Klopp*, KTS 2016, 335 ff.

### 3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

- c) Ausblendung vorhandener Verbindlichkeiten auf der **Passivseite** der Überschuldungsbilanz
- Bezug des sog. qualifizierten Rangrücktritts auf Forderungen, deren Höhe der Differenz zwischen den Passiva und den zu Liquidationswerten bewerteten Aktiva entspricht
  - Rangrücktritt darf in diesem Umfang nicht kündbar, befristet oder auflösend bedingt sein
  - zur Verhinderung nachträglicher Änderungen ist die Ausgestaltung als Vertrag zugunsten aller Gläubiger erforderlich (a.A. *Hölzle/Klopp*, KTS 2016, 335, 344 f.: automatische gläubigerschützende Bindungswirkung bei insolvenzantragsbezogenen Vereinbarungen)

### 3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

- d) Einbuchung des Anspruchs aus einer internen „Patronatserklärung“ (Verlustdeckungszusage) auf der **Aktivseite** der Überschuldungsbilanz
- Werthaltigkeit des Anspruchs
  - Umfang: Differenz zw. Passiva und Aktiva zu Liquidationswerten
  - Wirksamkeit im Insolvenzfall
  - keine Möglichkeit der Kündigung / Aufhebung mit gänzlicher Enthftung
  - Verzicht auf Rückzahlungsanspruch oder „qualifizierter Nachrang“
  - Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. § 328 BGB

### 3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

- e) Erforderlichkeit eines „qualifizierten Rangrücktritts“ auch bei gewillkürtem Eigenkapital?
- dafür *Bitter*, ZIP 2019, 146, 153 f. (atypisch stille Beteiligung); Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2019/2020, Vor § 64 Rn. 105 f. (Hybridkapital), Rn. 257 (Einlagen bei der GmbH & Co. KG)
  - Trennung zwischen der Finanzierungsfunktion im Interesse der Gesellschafter(gesamtheit) und der Haftungsfunktion im Gläubigerinteresse
  - allgemeine Unterscheidung zwischen regulärem (= im Handelsregister publizierten) und sonstigem (Eigen-)Kapital; eine gesetzliche Bindung im Gläubigerinteresse über die Regeln der Kapitalherabsetzung gibt es nur bei regulärem Eigenkapital; im Übrigen ist sie vertraglich nachzubilden

### 4. Wirksamkeit von Rangrückritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

a) Literatur (Auswahl):

*Poelzig*, Nachrangdarlehen als Kapitalanlage – Im "Bermuda-Dreieck" von Bankaufsichtsrecht, Kapitalmarktrecht und AGB-Recht, WM 2014, 917 ff.

*Bitter*, Wirksamkeit von Rangrückritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren, ZIP 2015, 345 ff.

*Gehrlein*, Haftung für Vertrieb von durch Allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert nachrangig ausgestaltete Darlehen, WM 2017, 1385 ff.

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2019/2020, Anh. § 64 Rn. 477 ff. mit weiteren Angaben zur aktuellen Literatur

## 4. Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

### b) Rechtsprechung

OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – I-12 U 16/17, ZIP 2018, 437 (Nachrangdarlehen; Revision nicht zugelassen vom BGH, Az. IX ZR 10/18)

BGH v. 22.3.2018 – IX ZR 99/17, BGHZ 218, 183 = ZIP 2018, 882  
(unverbriefte Genussrechte in der Insolvenz der Emittentin); Vorinstanz:  
OLG Dresden v. 12.4.2017 – 13 U 917/16, ZIP 2017, 1819

BGH v. 26.3.2018 – 4 StR 408/17, ZIP 2018, 962 – „König von Deutschland“  
(Entgegennahme von Geldern auf „Sparbüchern“ der  
„Kooperationskasse“ von „Neudeutschland“)

b.w.

## 4. Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

### b) Rechtsprechung (Fortsetzung)

OLG Brandenburg v. 11.7.2018 – 4 U 108/13, ZInsO 2018, 2022  
(nachrangiges „partiarisches Darlehen“)

OLG Düsseldorf v. 29.11.2018 – 1-13 U 59/18, ZIP 2018, 2491 (Nachrang bei Inhaberschuldverschreibung)

BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679  
(Nachrangdarlehen; eingeschränkte Inhaltskontrolle – § 307 III BGB;  
Intransparenz einer vorinsolvenzlichen Sperre)

⇒ Allgemeines Problem der wirksamen Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren, nicht nur im Kapitalanlagerecht



#### 4. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

##### c) Eröffnung der Inhaltskontrolle (§ 307 III BGB)?

(–) BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 314 ff. = ZIP 1992, 1542 (juris-Rn. 16 ff.) – „Klöckner“: bei „Genussrechten mit Eigenkapitalcharakter“ keine Kontrolle der Möglichkeit, das Genusskapital analog dem Grundkapital bei Verlusten herabzusetzen; Argument: Beteiligung am Verlust = Hauptleistungsinhalt; aber: Art + Weise der Herabsetzung kontrollfähig

(–) BGH v. 29.4.2014 – II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 (Rn. 29) für Verlustteilnahme bei Genussrecht; Art + Weise der Herabsetzung kontrollfähig

(?) Übertragbarkeit auf *Rangrücktritt* in Genussrechtsbedingungen?

dafür z.B. *Bork*, ZIP 2014, 997 m.w.N.

dagegen z.B. *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1015 in Fn. 67

#### 4. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

##### c) Eröffnung der Inhaltskontrolle (§ 307 III BGB)?

(+) inzident BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 20): Nachrang beim *Darlehen* als Abweichung von §§ 38, 174 I InsO

(+) inzident (ohne Begründung) OLG Schleswig v. 5.2.2009 – 5 U 106/08, GmbHR 2009, 374 für Rangrücktritt bei Gesellschafterdarlehen

(+) OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – 12 U 16/17, ZIP 2018, 437, 440 im Anschluss an *Bitter*, ZIP 2015, 345, 351 f.; *Gehrlein*, WM 2017, 1385, 1388 f.

(–) BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679 (Rn. 28 ff.): Nachrangdarlehen als im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässiger eigenständiger Vertragstyp

## 4. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

### d) Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)

⇒ Anlegerhorizont?

- ❖ BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 312 f. = ZIP 1992, 1542 (juris-Rn. 14) – „Klößner“: durchschnittlicher Erwerber von Genussscheinen
- ❖ BGH v. 29.4.2014 – II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 (Rn. 27): Durchschnittskunde
- ❖ BGH v. 22.3.2018 – IX ZR 99/17, BGHZ 218, 183 = ZIP 2018, 882 (Rn. 35): durchschnittlicher Vertragspartner des Verwenders

⇒ Transparenz des Begriffs „Bilanzverlust“ für Verlustzuweisung

- ❖ BGH v. 29.4.2014 – II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 (Rn. 27 f.): gesetzliche Bestimmung des Begriffs „Bilanzverlust“ in § 158 I 1 Nr. 5 AktG

## 4. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

### d) Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)

⇒ Transparenz der Formulierung „nachrangiges Darlehen“ / „Nachrang“

- ❖ BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 25 f.): Erläuterung gängiger Rechtsbegriffe nicht erforderlich; zust. *Dörner*, EWIR 2014, 424
- ❖ BGH v. 22.3.2018 – IX ZR 99/17, BGHZ 218, 183 = ZIP 2018, 882 (Rn. 32 ff.): selbst bei Intransparenz einer zusätzlichen (abtrennbaren) Regelung zur Festlegung des konkreten Rangs

⇒ Intransparenz, wenn durch Bezugnahme auf unklare Begriffe wie „sonstiges Eigenkapital“ nicht deutlich wird, in welchem Rang genau der Anspruch bedient wird

- ❖ AG Itzehoe v. 1.5.2014 – 28 IE 1/14, 28 IN 1/14, ZIP 2014, 1038, 1040

#### 4. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

##### d) Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)

⇒ Herstellung der Transparenz bei vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre sehr schwierig

❖ BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679 (Rz. 34 ff.):

Leitsatz 4: In allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern ist eine qualifizierte Nachrangvereinbarung nur dann hinreichend transparent, wenn aus ihr die Rangtiefe, die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, deren Dauer und die Erstreckung auf die Zinsen klar und unmissverständlich hervorgehen. Knüpft eine solche Klausel die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre an das Entstehen von Insolvenzeröffnungsgründen, muss sie die erfassten Insolvenzeröffnungsgründe klar und unmissverständlich bezeichnen.

#### 4. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

##### d) Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)

⇒ Herstellung der Transparenz bei vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre sehr schwierig

❖ OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – 12 U 16/17, ZIP 2018, 437, 439 f. m.w.N.

❖ *Bitter*, ZIP 2015, 345, 355 m.w.N.; *Gehrlein*, WM 2017, 1385, 1387 f.; knapp *Poelzig*, WM 2014, 917, 927

⇒ Intransparenz, wenn die Bedeutung von Nachrang + vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre durch risikoverschleiernde Zusätze unklar wird

⇒ Intransparenz, wenn die rechtliche Wirkung *unrichtig* erläutert wird

### 4. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

#### e) Unklarheiten gehen zu Lasten des Verwenders (§ 305c II BGB)

- ⇒ wird neben einem „Nachrang“ nicht deutlich eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre vereinbart, hat der „Nachrang“ nur die gesetzliche Wirkung des § 39 InsO = Verteilungsregel im Insolvenzverfahren
  - ❖ *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1012 f. + 1015
- ⇒ BGH v. 22.9.2015 – II ZR 310/14, ZIP 2016, 266, 268 (Rz. 13 ff.): Auslegung einer vom Verwender (zu) eng formulierten Durchsetzungssperre

### 4. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

#### f) Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)

- ⇒ keine Überraschung bei Rangrücktritt i.S.v. § 39 II InsO in Inhaberschuldverschreibung bzw. Genussrecht
  - ❖ OLG Düsseldorf v. 29.11.2018 – 13 U 59/18, ZIP 2018, 2491, 2492 f. (Inhaberschuldverschreibung)
  - ❖ OLG Dresden v. 12.4.2017 – 13 U 917/16, ZIP 2017, 1819, 1823 (Genussrecht); knapp bestätigend BGH v. 22.3.2018 – IX ZR 99/17, BGHZ 218, 183, 193 f. = ZIP 2018, 882, 885 (Rz. 29)
  - ❖ s. auch OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – 12 U 16/17, ZIP 2018, 437, 438; ferner OLG Brandenburg v. 11.7.2018 – 4 U 108/13, ZInsO 2018, 2022, 2024 f. (juris-Rz. 28 ff.) für ein „partiarisches Darlehen“

#### 4. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

##### f) Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)

- ⇒ keine Überraschung bei Erkennbarkeit des unternehmerischen Risikos
  - ❖ BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 11 ff.) für ein „Zinsloses nachrangiges Darlehen“ von Eltern der Schüler an einen Schulträger
  - ❖ OLG Schleswig v. 5.2.2009 – 5 U 106/08, GmbHR 2009, 374 für Rangrücktritt bei Gesellschafterdarlehen; Berücksichtigung von Werbeprospekten
- ⇒ Überraschung bei Nachrang + vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, wenn der Eindruck eines „normalen“ Kreditverhältnisses erzeugt wird
- ⇒ Überraschungseffekt einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre bei kurzfristig liquidierbarem Anlagetyp
  - ❖ *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1015

#### 4. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

##### f) Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)

- ⇒ Überraschung bei (umfassender) vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, wenn sich das besonders hohe (Insolvenz-)Risiko nicht aus der Bezeichnung des Darlehens / der Anleihe oder sonst aus einem hervorgehobenen Hinweis ergibt
  - ❖ *Bitter*, ZIP 2015, 345, 348 ff. mit Formulierungsvorschlag S. 350 ⇒ b.w.
  - ❖ zust. OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – 12 U 16/17, ZIP 2018, 437, 438 f.
  - ❖ auf die weitreichenden Auswirkungen hinweisend, die Frage aber im Ergebnis offenlassend BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, ZIP 2019, 679, 685 (Rz. 44)

## 4. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

### f) Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)

- ⇒ Formulierungsvorschlag: „Das Risiko dieser Geldanlage ist im Vergleich zum allgemeinen Insolvenzrisiko deutlich erhöht. Die Geschäftsleitung ist in der Lage, das Nachrangkapital komplett zugunsten anderer Gläubiger zu verbrauchen, ohne Insolvenz anmelden und ohne den Anleger vor dem Totalverlust informieren zu müssen. Es besteht – anders als bei einer Gesellschaftsbeteiligung – nicht einmal die Möglichkeit, auf die Realisierung jenes Risikos des Totalverlustes durch Mitwirkungs- und Kontrollrechte Einfluss zu nehmen.“

## 4. Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

### g) Mögliche Konsequenzen fehlender Wirksamkeit

- Risikoerhöhung für sonstige Gläubiger (z.B. Banken)
- ggf. Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit;  
Folge: Insolvenzverschleppung
- ggf. unrichtige Bilanzierung/Besteuerung
- erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft bei fehlender Verbriefung des Rückzahlungsanspruchs (§ 1 I 2 Nr. 1 KWG), str.
  - ❖ BGHZ 197, 1 = ZIP 2013, 966 – „Winzergelder“ zur Haftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 32 KWG

© 2019 Prof. Dr. Georg Bitter  
Universität Mannheim  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bank-  
und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht  
Schloss, Westflügel  
68131 Mannheim  
[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)



Zentrum für Insolvenz und Sanierung  
an der Universität Mannheim e.V.  
[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)