

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **Insolvenzantragspflichten**

### **– Aktuelle Entwicklungen –**

Kanzlei-Workshop von Shearman & Sterling  
am 22. November 2019 in Gravenbruch

- I. Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)
  - BGHZ 217, 129 = ZIP 2018, 283 zu den sog. „Passiva II“
  - Lehren aus dem Fall Prokon: Wirkung von „Rangrücktritten“
- II. Überschuldung (§ 19 InsO)
  - Gegenstand der Fortführungsprognose: Zahlungsfähigkeit versus Ertragsfähigkeit durch Unternehmensfortführung
  - Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung: Anforderungen seit BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638
  - Insolvenzvermeidung durch Patronatserklärungen
  - Wirksamkeit von Rangrücktritten und Durchsetzungssperren
- III. Vergleich zwischen Überschuldung (§ 19 InsO) und drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)

## 1. Grundlagen

- ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 578 f.
- ⇒ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 6 ff.

Wortlaut des § 17 II 1 InsO: „Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.“

- BGHZ 163, 134: Abgrenzung zur Zahlungsstockung
  - ⇒ Schwellenwert der Liquiditätslücke: 10 % (Vermutung)
  - ⇒ Drei-Wochen-Frist zur Wiederherstellung der Liquidität
    - Beginn der Frist mit (erstmaliger) Unterdeckung (Details str.)

## 1. Grundlagen

BGHZ 163, 134 – Leitsätze

1. Eine bloße Zahlungsstockung ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend.
2. Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10% seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, daß die Lücke demnächst mehr als 10% erreichen wird.
3. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10% oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, daß die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.

## 2. Frage: Berücksichtigung auch der zukünftig fällig werdenden Verbindlichkeiten (sog. „Passiva II“)?

- ❖ BGH ZIP 2006, 2222 (Rn. 28)

„Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO kann eine Liquiditätsbilanz aufzustellen sein. Dabei sind die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu setzen zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten.“

## 2. Frage: Berücksichtigung auch der zukünftig fällig werdenden Verbindlichkeiten (sog. „Passiva II“)?

- ❖ BGH ZIP 2009, 1966 (Rn. 10)

„Zahlungsunfähig im Sinne von § 17 InsO ist regelmäßig, wer nicht innerhalb von drei Wochen mehr als 90 % seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten erfüllen kann (BGHZ 163, 134 ff.). Zahlungsunfähigkeit droht, wenn eine solche Liquiditätslücke unter Berücksichtigung der bestehenden, aber erst künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten und der im entsprechenden Zeitraum verfügbaren Zahlungsmittel voraussichtlich eintreten wird.“

### Liquiditätsplan zum 01.06.2019

Aktiva	Passiva
Aktiva I = vorhandene Zahlungsmittel	Passiva I = fällige Verbindlichkeiten
90.000 Euro	100.000 Euro
Aktiva II = zukünftige Zahlungszuflüsse	Passiva II = zukünftig fällig werdende Verbindlichkeiten
02.06.2019: 5.000 Euro	02.06.2019: 20.000 Euro
08.06.2019: 10.000 Euro	07.06.2019: 5.000 Euro
13.06.2019: 5.000 Euro	14.06.2019: 3.000 Euro
21.06.2019: 10.000 Euro	20.06.2019: 2.000 Euro
Ende des 3-Wochen-Zeitraums am 22.06.2019	

### 3. Der (beendete) Streit um die sog. „Passiva II“

BGHZ 217, 129 = ZIP 2018, 283 – Leitsätze

1. Einen vom Insolvenzverwalter zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO aufgestellten Liquiditätsstatus, der auf den Angaben aus der Buchhaltung des Schuldners beruht, kann der Geschäftsführer nicht mit der pauschalen Behauptung bestreiten, die Buchhaltung sei nicht ordnungsgemäß geführt worden. Er hat vielmehr im Einzelnen vorzutragen und ggf. zu beweisen, welche der in den Liquiditätsstatus eingestellten Verbindlichkeiten trotz entsprechender Verbuchung zu den angegebenen Zeitpunkten nicht fällig und eingefordert gewesen sein sollen.

2. Bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO anhand einer Liquiditätsbilanz **sind auch die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) einzubeziehen.**

#### 4. Problem: Reduzierung der relativen Liquiditätslücke durch Berücksichtigung der sog. „Passiva II“

BGHZ 217, 129 = ZIP 2018, 283 (Rn. 62)

„Nach den Angaben des Klägers beliefen sich die am Stichtag [= 1. Dezember 2008] vorhandenen verfügbaren und bis einschließlich 22. Dezember 2008 tatsächlich eingegangenen Mittel auf insgesamt 4.517.454,43 € (67.454,43 € zzgl. vom Beklagten angegebene Zahlungseingänge innerhalb der nächsten drei Wochen in Höhe von 4.450.000 €). Dem standen nach dem Vortrag des Klägers am Stichtag fällige Verbindlichkeiten in Höhe von 3.517.265,91 € sowie bis zum 22. Dezember 2008 fällig gewordene und eingeforderte weitere Verbindlichkeiten in Höhe von 2.946.239,11 €, insgesamt mithin Verbindlichkeiten in Höhe von 6.463.505,02 € gegenüber. Damit bestand eine Liquiditätslücke in Höhe von 1.946.050,60 € und der Liquiditätsdeckungsgrad betrug nur 69,89 %.“

➤ kritisch Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 29 m.w.N.

#### 4. Problem: Reduzierung der relativen Liquiditätslücke durch Berücksichtigung der sog. „Passiva II“

BGHZ 217, 129 = ZIP 2018, 283 (Rn. 62)

$$\frac{67.454,43 \text{ €}}{3.517.265,91 \text{ €}} \Rightarrow \text{Lücke von 98 \%}$$

Fehlbetrag: 3.449.811,48 €

$$\frac{67.454,43 \text{ €} + 4.450.000,00 \text{ €}}{3.517.265,91 \text{ €} + 2.946.239,11 \text{ €}} = \frac{4.517.454,43 \text{ €}}{6.463.505,02 \text{ €}} \Rightarrow \text{Lücke von 30,11 \%}$$

Fehlbetrag: 1.919.050,59 €

## 5. Allgemeines Problem: Reduzierung der relativen Liquiditätslücke trotz Fortbestands der absoluten Lücke?

Beispiel von Folie 7

$$\frac{90.000 \text{ €}}{100.000 \text{ €}} \Rightarrow \text{Lücke von } 10 \%$$

$$\frac{90.000 + 30.000 \text{ €}}{100.000 + 30.000 \text{ €}} = \frac{120.000 \text{ €}}{130.000 \text{ €}} \Rightarrow \text{Lücke von } 7,7 \%$$

$$\frac{90.000 + 300.000 \text{ €}}{100.000 + 300.000 \text{ €}} = \frac{390.000 \text{ €}}{400.000 \text{ €}} \Rightarrow \text{Lücke von } 2,5 \%$$

Fehlbetrag in allen drei Beispielen jeweils 10.000 €

## 6. Lehren aus dem Fall Prokon: keine Verhinderung der Zahlungsunfähigkeit durch (isolierten) Rangrücktritt

- BGHZ 173, 286 = WM 2007, 1796 = ZIP 2007, 1666
  - Leitsatz 1: Eine Forderung ist in der Regel dann i.S.v. § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt.
  - Leitsatz: 2: Forderungen, deren Gläubiger sich **für die Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden erklärt haben, sind bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht zu berücksichtigen.
- Rangrücktritt ≠ vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre  
(Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005 ff.)

### 1. Grundlagen

- ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 579 ff.
- ⇒ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 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. 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. 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. 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 Insolvenzreife
  - ⇒ 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. 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 Insolvenzreife 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
- ❖ Literatur: *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428, 465 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 78

### 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. 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 publiziertem) 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. Eignung einer *Patronatserklärung* zur Begründung einer positiven Fortführungsprognose?

- grundsätzlich (+), weil reine Zahlungsfähigkeitsprognose (Folie 15)
- Mindestbedingung wohl: verbindlicher Zahlungsanspruch (harte Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons
- Problem: (jederzeitige) Kündbarkeit ⇒ 2-stufige Prüfung:
  - (1) Wille der Vertragsparteien = Privatautonomie (BGHZ 187, 69 – „Star 21“)
  - (2) Eignung zur Begründung einer positiven Prognose
    - ⇒ bei überwiegender Wahrscheinlichkeit, dass die Zahlungsfähigkeit im gesamten Prognosezeitraum (h.M.: das laufende und nächstfolgende Geschäftsjahr) erhalten bleibt
    - ⇒ fehlt bei Beschränkung der Liquiditätszusage auf die Phase einer (völlig ergebnisoffenen) Prüfung der Sanierungsfähigkeit

### 4. Eignung einer *Patronatserklärung* zur Begründung einer positiven Fortführungsprognose?

- Schädlichkeit einer Befristung, wenn die Zahlungsfähigkeit nach Ablauf des Befristungszeitraums nicht anderweitig gesichert ist
- Liquiditätsgewinn nur bei Verzicht des Patrons auf Rückzahlung (verlorener Zuschuss) oder bei langfristiger Stundung des Rückzahlungsanspruchs
  - Rangrücktritt i.S.v. § 39 II InsO irrelevant für die Fortführungsprognose (Folie 12)
- Ausgestaltung als Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. § 328 BGB m.E. nicht erforderlich; eine fehlende Bereitschaft zur Bindung im Interesse der Gläubiger beeinflusst aber ggf. das Wahrscheinlichkeitsurteil negativ
- ❖ Literatur: *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428, 470 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 62 ff.

### 5. Wirksamkeit von Rangrücktritten 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 Rangrücktritten 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. 2020, Anh. § 64 Rn. 477 ff. mit weiteren Angaben zur aktuellen Literatur

### 5. 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.

### 5. 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

## 5. 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

## 5. 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

### 5. 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

### 5. 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

## 5. 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.

## 5. 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

### 5. 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

### 5. 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“

### 5. 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

### 5. 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)

### 5. 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.“

### 5. 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

- IDW S 11, Rn. 93  
„Drohende Zahlungsunfähigkeit liegt bei einer negativen Fortführungsprognose vor.“
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 109  
„Droht ... die Zahlungsunfähigkeit i.S. von § 18 InsO schon für die *bestehenden* Verbindlichkeiten, ist notwendig auch die im Rahmen der Überschuldungsprüfung anzustellende Fortführungsprognose ... negativ.“  
Folge: bilanzielle Überschuldungsprüfung auf Basis von Liquidationswerten  
⇒ Unternehmen oft überschuldet = antragspflichtig nach §§ 15a, 19 InsO
- Relevanz der Frage: Wo ist der Raum für ein „vorinsolvenzliches“ Sanierungsverfahren (EU-Richtlinie zur Restrukturierung)?

© 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)