

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **Patronatserklärungen und Rangrücktritte in der Sanierung**

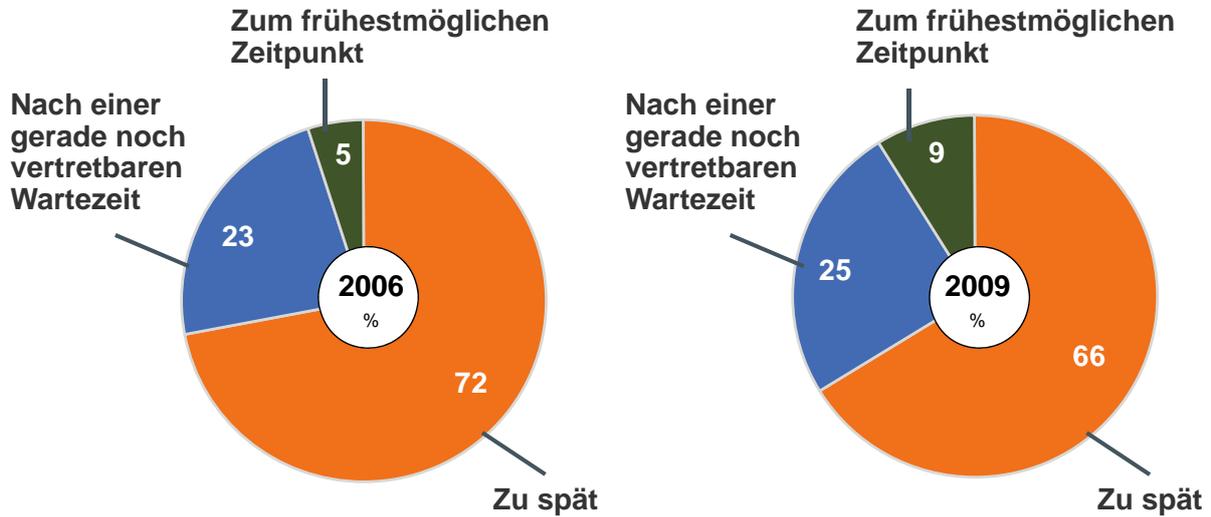
Vortrag bei der Sparkassenakademie Baden-Württemberg  
am 7. und 16. November 2017

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

## **Gliederung**

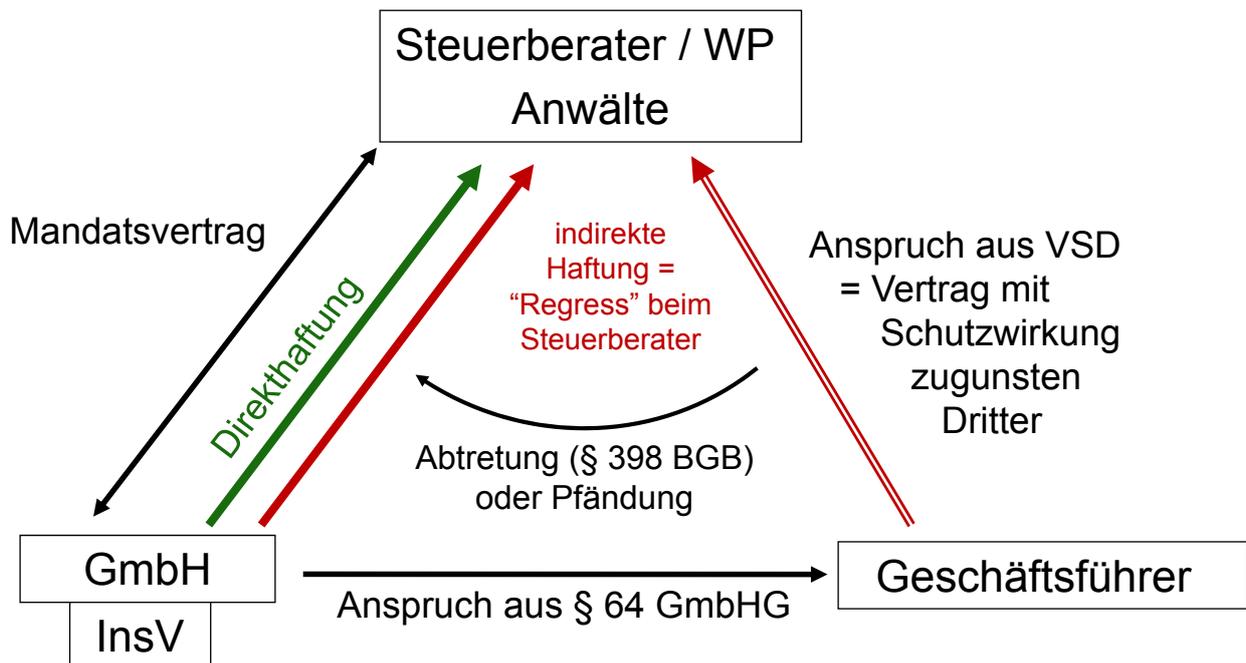
- I. Anlass für das Thema
  1. Aktuelle BGH-Rechtsprechung: verschärfte Haftungsgefahren für Berater
  2. BGHZ 187, 69 – „Star 21“ und BGHZ 204, 231 – „Qualifizierter Rangrücktritt“
- II. Grundlagen zu den Insolvenzgründen
- III. Grundlagen zum Nachrang und Patronat
- IV. Grundlagen zur Insolvenzvermeidung durch vertragliche Vorsorge
- V. Insolvenzvermeidung durch Rangrücktritt und vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre
- VI. Insolvenzvermeidung durch Patronatsvereinbarung, Bürgschaft, Garantie
- VII. Auslegung unklarer Rangrücktritte und Patronatsvereinbarungen
- VIII. Wirksamkeit von Rangrücktritten + Durchsetzungssperren, insb. in AGB
- IX. Fazit

## Zeitpunkt der Antragstellung (im Vergleich 2006 – 2009)



# I. Anlass für das Thema

## 1. Neue Haftungsgefahren für Berater



Monografie: Schmitt, Beraterhaftung für Insolvenzverschleppungsschäden, 2017

### a) „Haftungsregress“ beim Berater (Steuerberater/WP/Anwalt)

Fall: Der Geschäftsführer oder – nach Anspruchsabtretung bzw. Pfändung – der Insolvenzverwalter verlangt Schadensersatz vom Berater für die Inanspruchnahme aus § 64 GmbHG

- Anspruch bejaht
- BGH v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297 = ZIP 2012, 1353 = DB 2012, 1559

Leitsatz: Der Gesellschafter und der Geschäftsführer können in den Schutzbereich eines zwischen einer GmbH und einem Steuerberater geschlossenen Vertrages einbezogen sein, welcher die Prüfung einer möglichen Insolvenzreife der GmbH zum Gegenstand hat.

- Anspruch verneint
  - BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, ZIP 2013, 829 = DB 2013, 928
  - Leitsatz 1: Das steuerberatende Dauermandat von einer GmbH begründet bei üblichem Zuschnitt keine Pflicht, die Mandantin bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz auf die Pflicht ihres Geschäftsführers hinzuweisen, eine Überprüfung in Auftrag zu geben oder selbst vorzunehmen, ob Insolvenzreife besteht.
  - Leitsatz 2: Eine entsprechende drittschützende Pflicht trifft den steuerlichen Berater auch gegenüber dem Geschäftsführer der Gesellschaft nicht.
  - partiell aufgegeben durch BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, ZIP 2017, 427 (für BGHZ vorgesehen ⇒ Folie 9); dazu *Baumert*, ZInsO 2017, 486

### b) Direkthaftung gegenüber der GmbH

Fall: Die GmbH nimmt den Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer direkt wegen des fehlenden Hinweises auf die Insolvenzureife in Anspruch.

- Anspruch bejaht

- BGH v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, ZIP 2013, 1332 = DB 2013, 1542

Sachverhalt: Erstellung des Jahresabschlusses einer GmbH mit dem Hinweis auf eine „Überschuldung rein bilanzieller Natur“

Leitsatz 1: Erklärt der vertraglich lediglich mit der Erstellung der Steuerbilanz betraute Steuerberater, dass eine insolvenzrechtliche Überschuldung nicht vorliege, haftet er der Gesellschaft wegen der Folgen der dadurch bedingten verspäteten Insolvenzantragstellung.

Leitsatz 2: Der durch eine verspätete Insolvenzantragstellung verursachte Schaden der Gesellschaft bemisst sich nach der Differenz zwischen ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im Vergleich zu ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags.

Leitsatz 3: Wird der Insolvenzantrag einer GmbH infolge einer fehlerhaften Abschlussprüfung verspätet gestellt, trifft die Gesellschaft mit Rücksicht auf ihre Selbstprüfungspflicht in der Regel ein Mitverschulden an dem dadurch bedingten Insolvenzverschleppungsschaden.

- BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, ZIP 2017, 427  
(für BGHZ vorgesehen)

Leitsatz 1: Besteht für eine Kapitalgesellschaft ein Insolvenzgrund, scheidet eine Bilanzierung nach Fortführungswerten aus, wenn innerhalb des Prognosezeitraums damit zu rechnen ist, dass das Unternehmen noch vor dem Insolvenzantrag, im Eröffnungsverfahren oder alsbald nach Insolvenzeröffnung stillgelegt werden wird.

Leitsatz 2a: Der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte Steuerberater ist verpflichtet zu prüfen, ob sich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der ihm sonst bekannten Umstände tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten ergeben, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen können. Hingegen ist er nicht verpflichtet, von sich aus eine Fortführungsprognose zu erstellen und die hierfür erheblichen Tatsachen zu ermitteln (Ergänzung zu BGH ZIP 2013, 829 und ZIP 2013, 1332).

Leitsatz 2b: Eine Haftung des Steuerberaters setzt voraus, dass der Jahresabschluss angesichts einer bestehenden Insolvenzreife der Gesellschaft objektiv zu Unrecht von Fortführungswerten ausgeht.

Leitsatz 3: Der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte Steuerberater hat die Mandantin auf einen möglichen Insolvenzgrund und die daran anknüpfende Prüfungspflicht ihres Geschäftsführers hinzuweisen, wenn entsprechende Anhaltspunkte offenkundig sind und er annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzreife der Mandantin nicht bewusst ist (teilweise Aufgabe von BGH, Urteil vom 7. März 2013, IX ZR 64/12, ZIP 2017, 427).

Ergebnis: Steigerung der Haftungsgefahren für Berater (These 1)

- Anspruch verneint

- OLG Saarbrücken DB 2013, 2324 = DStR 2013, 2240

Sachverhalt: grobe Bilanzfälschung durch den Geschäftsführer;  
Wirtschaftsprüfer erteilt uneingeschränkten Bestätigungsvermerk

Leitsatz 1: Eine Haftung des Abschlussprüfers wegen Missachtung der ihm aus § 323 Abs. 1 S. 1 HGB obliegenden Pflichten tritt hinter eine der zu prüfenden Gesellschaft zuzurechnende vorsätzliche Bilanzfälschung des Geschäftsführers vollständig zurück, solange der Pflichtverstoß des Abschlussprüfers die Grenze zur groben Fahrlässigkeit nicht erreicht.

Leitsatz 2: Es stellt keinen groben Fehler im vorgenannten Sinne dar, wenn der Abschlussprüfer von der Routine der vorangegangenen Jahre nicht abweicht und er die Funktionsweise des Warenwirtschaftssystems sowie dessen konkreten Einsatz nicht durch unmittelbaren Einblick in den virtuellen Datenbestand überprüft.

### a) BGHZ 187, 69 = ZIP 2010, 2092 – „Star 21“

- Fall: interne Patronatserklärung für den Zeitraum einer Prüfung der Sanierungsreife
- Kündigungsmöglichkeit bei Feststellung fehlender Sanierungsfähigkeit
  - ⇒ Aktivierbarkeit der Forderung gegen den Patron für den Zeitraum der Geltung der Patronatserklärung ⇒ Zweckerreichung (Rn. 18)
  - ⇒ Kündigung wirkt selbstverständlich nur *ex nunc* (Rn. 35)

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

- vorinsolvenzliche Zahlungssperre neben dem Rangrücktritt erforderlich = sog. „qualifizierter Rangrücktritt“ (Rn. 19)
  - ⇒ Durchsetzbarkeit der Forderung nur, solange durch die Zahlung keine Insolvenzgefahr begründet wird (Rn. 25)

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

- verfügender Schuldänderungsvertrag ⇒ Leistung auf eine Nichtschuld bei Befriedigung trotz Insolvenzreife (Rn. 32)
  - ⇒ Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB vorbehaltlich § 814 BGB (Rn. 27 ff.)
  - ⇒ Anfechtung gemäß § 134 InsO ⇒ Phoenix Kapitaldienst (Rn. 46 ff.)
- keine freie Aufhebbarkeit des Rangrücktritts, da Vertrag zugunsten der Gläubiger i.S.v. § 328 BGB (Rn. 35)
  - ⇒ Aufhebung ohne Mitwirkung der Gläubiger nur zulässig, wenn eine Insolvenzreife nicht vorliegt oder beseitigt ist (Rn. 42)
  - ⇒ *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 646 f.: Wirkung des § 19 II 2 InsO nicht erreichbar, falls die Drittwirkung im Vertrag ausgeschlossen wird
  - ⇒ kritisch *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 907 ff. (Vergleich zu „Star 21“)

**c) Vergleichende Analyse**

- Die Forthaftung für bereits entstandene Unterdeckung im Fall „Star 21“ ist keineswegs „selbstverständlich“.
  - ⇒ Differenzierung der Kündigungsmöglichkeit zwischen externer Patronatsklärung (bzw. Bürgschaft, Garantie) einerseits und interner Patronatsklärung (bzw. Darlehen, vgl. § 490 I BGB) andererseits erforderlich
- Die Forthaftung verhindert die „Spontaninsolvenz“ mit erheblicher Unterdeckung ebenso wie die fehlende Aufhebbarkeit des Nachrangs.
  - ⇒ Beispielsfall: 10 Mio. Unterdeckung
- ⇒ These 2: gleicher Grundgedanke beider Urteile: Insolvenzvorsorge nur bei Unumkehrbarkeit des vertraglichen Gläubigerschutzes

### 1. Zahlungsunfähigkeit

- BGHZ 163, 134: Abgrenzung zur Zahlungsstockung
  - Schwellenwert der Liquiditätslücke: 10 % (Vermutung)
  - Drei-Wochen-Frist zur Wiederherstellung der Liquidität
- ⇒ Details bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 6 ff.

### 2. Überschuldung

⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 20 ff.

a) Neudefinition mit Inkrafttreten der InsO in § 19 II InsO:

„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“

⇒ BGHZ 171, 46 (Rn. 19): keine Fortgeltung des sog. „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“

⇒ indizielle Bedeutung der handelsrechtlichen Bilanz für die Überschuldungsbilanz (BGH ZIP 2011, 1007, Rn. 33 m.w.N.)

## 2. Überschuldung

b) Wiedereinführung des (bereits zu Zeiten der KO geltenden) sog. „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“:

„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. ...“

- ⇒ zunächst befristet in der Finanzkrise
- ⇒ Ende 2012: dauerhafte Entfristung auf der Basis der Studie von *Bitter/Hommerich*, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, 2012 (Kurzfassung bei *Bitter/Hommerich/Reiss*, ZIP 2012, 1201 ff.)
- ❖ OLG Schleswig ZIP 2010, 516: keine Geltung für Altfälle

## 2. Überschuldung

c) Fortführungsprognose

- ⇒ Inhalt der Fortführungsprognose: subjektiver Fortführungswille + objektive Überlebensfähigkeit der Gesellschaft
  - ⇒ Prognose muss „zumindest vertretbar“ darzustellen sein (BAG ZIP 2014, 1976, 1979, Rn. 29 – „Karstadt“)
  - ⇒ Prognosezeitraum: laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr
    - Grund: Prognoseunsicherheit bei noch weitergehendem Blick
    - Aber: Berücksichtigung auch weiter in der Zukunft liegender Ereignisse, wenn die Prognoseunsicherheit fehlt
- Beispiel: PIK-Finanzierung: Heute steht schon fest, dass ein großer Betrag in 3 oder 4 Jahren fällig wird und dann nicht refinanziert werden kann.

## 2. Überschuldung

### c) 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. Überschuldung

### d) Bilanzielle Überschuldung

- Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva
- Überschuldungsbilanz ≠ Handelsbilanz
  - ❖ tatsächliche Schuldendeckungsfähigkeit entscheidend
  - ❖ Beispiel: Aufdeckung stiller Reserven
- Vermeidung *bilanzieller* Überschuldung = sicherer Weg der Insolvenzvermeidung (These 3)
  - ❖ Grund: Beweislast für eine positive Fortführungsprognose liegt beim Anspruchsgegner (= i.d.R. beim Geschäftsführer, ggf. aber auch beim Berater; s.o. Folien 4 ff.) + Rückschauverzerrung (*hindsight bias*) im späteren Haftungsprozess

## 1. Nachrang und vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre (These 4)

- Nachrang = Verteilungsregel im eröffneten Verfahren (§ 39 InsO)
  - ⇒ Vergleich zum Rang von Grundpfandrechten (Hypothek, Grundschuld)
- vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre = Regelung einer *zeitlichen* Reihenfolge der Befriedigung
  - ⇒ keine notwendige Verknüpfung mit dem Nachrang
  - ⇒ zum Fall Prokon: *Bitter/Rauhut*, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1005 ff.
- Bezeichnung der Kombination aus Rangrücktritt und vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre als „qualifizierter Rangrücktritt“ in BGHZ 204, 231 ist unglücklich

## 1. Nachrang und vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre (These 4)

- Bedeutung der Differenzierung zwischen Nachrang i.S.v. § 39 InsO und vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre wichtig für:
  - ⇒ AGB-Prüfung (§§ 305c I, 307 BGB)
    - deutlich erhöhtes Risiko für den Kreditgeber bei einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre im Vergleich zum schlichten Rangrücktritt
    - Details auf Folien 38 ff.
  - ⇒ erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft i.S.v. § 1 I 2 Nr. 1 KWG
    - BaFin: Vermeidung einer „Einlage“ i.S.d. KWG nur durch die Kombination aus Rangrücktritt und vorinsolvenzlicher Sperre = Annäherung an Gesellschafter
    - Gefahr einer Haftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 32 KWG (Erlaubnispflicht) : BGHZ 197, 1 = ZIP 2013, 966 (Rn. 25 ff.) m.w.N. – „Winzergelder“

## 2. Arten der Patronatserklärung

Literatur: Bitter, ZHR 181 [2017], 428, 438 ff.

### a) Weiche (externe) Patronatserklärung (These 5)

- Begrifflichkeit unklar in Rechtsprechung und Literatur
  - Abgrenzung zumeist nach dem (fehlenden) Rechtsbindungswillen
  - z.T. Einbeziehung von Erklärungen, die – durchaus mit Rechtsbindungswillen – auf ein anderes Verhalten als die Wertzufuhr (insbes. Zahlung) an den Protegé gerichtet sind (z.B. Beibehaltung der Gesellschafterstellung; zukünftige Information) oder mit denen eine Auskunft – insbesondere das Verhältnis zwischen Patron und Protegé betreffend – erteilt wird
- jedenfalls keine Zahlungspflicht ⇒ keine Insolvenzvermeidung

## 2. Arten der Patronatserklärung

### b) Harte Patronatserklärung (These 6)

- vertragliche Ausstattungsverpflichtung = Patronatsvereinbarung
- extern = Kreditsicherheit
  - begrenzte Akzessorietät wie bei der Bürgschaft = Abhängigkeit der Verpflichtung von einer „Hauptschuld“
    - ⇔ aber (außerhalb der Insolvenz) kein Gleichlauf der Zahlungspflicht: bei Patronat grundsätzliche Leistung an den Protegé; Recht (≠ Pflicht) zur Direktzahlung an den Gläubiger (BGH ZIP 2017, 337, Rn. 7)
  - verschuldensunabhängige Einstandspflicht wie bei der Garantie

## 2. Arten der Patronatserklärung

### b) Harte Patronatserklärung (These 6)

- intern = Finanzierungs- / Sanierungsinstrument
  - Terminologie sehr uneinheitlich
    - ❖ BGH ZIP 2006, 1199, Rn. 14 (Boris Becker/Sportgate), II. Zivilsenat: Abgrenzung der Verlustdeckungszusage von der Patronatsvereinbarung (verstanden als Liquiditätszusage)
    - ❖ BGH ZIP 2011, 1111, Rn. 19, IX. Zivilsenat: Identifizierung der Verlustdeckungszusage mit der internen Patronatsvereinbarung
  - richtig: Liquiditäts- und / oder Verlustdeckungszusage denkbar
  - aufschiebend bedingtes Darlehen mit Rangrücktritt oder Zahlung à fonds perdu = Verzicht auf Rückforderung

## 1. Kein Gläubigerschutz durch die Fiktion eines Parteiwillens (These 7)

- Wille der Gesellschafter: (interne) Liquiditäts-/Verlustdeckungspflicht endet mit Insolvenz der Gesellschaft
  - ⇒ OLGR Celle 2001, 39; OLG Brandenburg ZIP 2006, 1675; OLG Schleswig ZIP 2015, 1338
  - ⇒ massive Kritik in Rspr. + Lit.: Belohnung des Vertragsbruchs
  - ⇒ aber: Kritik unberechtigt, da *petitio principii* ⇒ Frage nach Vertragsinhalt
- Vergleich zum Finanzplandarlehen
  - ⇒ Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 376 ff., 386 ff.
  - ⇒ grundsätzlich freie Aufhebbarkeit einer im Interesse der Gesellschafter bestehenden Verpflichtung auch in der Krise (a.A. die wohl h.M.)

## 2. Vermeidung bilanzieller Überschuldung (These 8)

- keine freie Aufhebbarkeit bei im Handelsregister publiziertem Kapital
- „Nachbildung“ der Bindung bei sonstigen *einseitigen* Zahlungszusagen oder der Ausblendung von Verbindlichkeiten durch Rangrücktritt
- Ansätze beim Finanzplankredit
  - ⇒ Eigenkapitalersatz / heute: Gesellschafterdarlehen
    - Sanktion „nomineller Unterkapitalisierung“ = kein Zuführungsgebot
    - heute sogar kein Abzugsverbot mehr
    - aber: §§ 44a, 135 II, 143 III InsO bei *externer* Patronatsvereinbarung, Bürgschaft oder Garantie + Gewährung des Kredits durch den Dritten
  - ⇒ Analogie zu §§ 19 II, III, 58 GmbHG (BGHZ 142, 116; offen BGHZ 187, 69)
  - ⇒ Analogie zu §§ 30, 31 GmbHG (*Fleischer, Habersack*)
  - ⇒ Vertrag zugunsten Dritter (*Fleischer*) ⇒ b.w.

## 2. Vermeidung bilanzieller Überschuldung (These 8)

- Herstellung der Bindung über § 328 BGB
  - ⇒ Möglichkeit der „Spontaninsolvenz“ (so *Karsten Schmidt*) nicht akzeptabel
  - ⇒ keine absolute Vertragsänderungssperre
  - ⇒ Drittwirkung als Ausdruck der Privatautonomie: Drittbegünstigung ist nicht auf Fälle der Leistungspflicht beschränkt (so aber *Haas*)
- „Fundamentalkritik“ von *Ekkenga*, ZIP 2017, 1493 ff.
  - ⇒ angebliche Vernachlässigung des Bilanz- und Kapitalschutzrechts
  - ⇒ Lösung über die Kapitalrücklage
  - ⇒ aber: Parteien stellen nun einmal Fremdkapital zur Verfügung + fragliche Bindung bei noch nicht in die Rücklage eingezahlten Mitteln

## 2. Vermeidung bilanzieller Überschuldung (These 8)

- Alternativer Ansatz von *Hölzle/Klopp*, KTS 2016, 335, 344 f.
  - gläubigerschützende Bindungswirkung bei insolvenzantragsbezogenen Vereinbarungen der Gesellschafterfremdfinanzierung
  - Argument: Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO dient dem Gläubigerschutz ⇒ keine Dispositionsfreiheit der Gesellschafter
- Aufhebungssperre als Minus zum Durchgriff bei materieller Unterkapitalisierung (*Bitter*, ZHR 181 [2017], 428, 438 ff.)
- Ergebnis: vertragliche Bindung über § 328 BGB nötig, falls man dem Ansatz über die materielle Unterkapitalisierung nicht folgt

## 3. Insolvenzvermeidung durch Liquiditätszufuhr (These 9)

- Zahlungs(un)fähigkeit i.S.v. § 17 InsO
  - ⇒ Drei-Wochen-Zeitraum (BGHZ 163, 134 = ZIP 2005, 1426)
- Fortführungsprognose i.S.v. § 19 I 1 InsO
  - ⇒ laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr (h.M.)
- Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. § 328 BGB nicht zwingend erforderlich
  - ⇒ Aber: Berücksichtigung fehlender Bindung i.S.v. § 328 BGB im Rahmen des Wahrscheinlichkeitsurteils

### 1. Überschuldung (These 10)

- sog. „qualifizierter Rangrücktritt“ i.S.v. BGHZ 204, 231 erforderlich  
= Kombination aus Rangrücktritt i.S.v. § 39 II InsO und vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre
- Bezug auf Forderungen, deren Höhe der Differenz zwischen den Passiva und den zu Liquidationswerten bewerteten Aktiva entspricht
- in diesem Umfang nicht kündbar, befristet oder auflösend bedingt
- zur Verhinderung nachträglicher Änderungen Ausgestaltung als Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. These 8 erforderlich

### 2. Zahlungsunfähigkeit (These 11)

- Nachrang i.S.v. § 39 InsO irrelevant
  - ⇒ *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005 ff. (Fall Prokon) in Klarstellung zu BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666 und BGH ZIP 2010, 2055
  - ⇒ Rangrücktritt enthält nicht notwendig eine vorinsolvenzliche Sperre
- Durchsetzungssperre hindert insolvenzrechtliche „Fälligkeit“

### 1. Überschuldung (These 12)

#### a) Vermeidung bilanzieller Überschuldung

- interne Patronatsvereinbarung ⇒ Aktivierung des (Zahlungs-)Anspruchs
  - ⇒ 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

### 1. Überschuldung (These 12)

#### a) Vermeidung bilanzieller Überschuldung

- externe Patronatsvereinbarung und sonstige Kreditsicherheiten ⇒ Aktivierung des Freistellungsanspruchs gegen den Sicherungsgeber in Höhe der Forderungen des/der gesicherten Gläubiger/s
  - ⇒ primäre Einstandspflicht des Sicherungsgebers für die vollständige Befriedigung des Gläubigers (= „umgekehrte“ Freistellung wie bei regulärer Kreditsicherung)
  - ⇒ Werthaltigkeit des Anspruchs
  - ⇒ Verzicht auf Regress oder „qualifizierter“ Rangrücktritt
  - ⇒ Wirksamkeit im Insolvenzfall
  - ⇒ keine Möglichkeit der Kündigung/ Aufhebung mit gänzlicher Enthftung
  - ⇒ Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. § 328 BGB

## 1. Überschuldung (These 12)

### b) Begründung einer positiven Fortführungsprognose

- Zahlungszufluss mit Verzicht/langfristiger Stundung der Rückforderung
- interne Patronatsvereinbarung
  - ⇒ Prognose: Zahlungsfähigkeit im ganzen Prognosezeitraum
  - ⇒ fehlte im Fall „Star 21“ wegen völlig offener Sanierungsfähigkeit
- externe Patronatsvereinbarung
  - ⇒ Möglichkeit einer Direktzahlung an den Gläubiger = Begrenzung des Zuflussvolumens
  - ⇒ Wahrscheinlichkeit einer Aufhebung gering

## 2. Zahlungsunfähigkeit (These 13)

- Zahlungszufluss mit Verzicht auf kurzfristige Rückforderung
- externe Patronatsvereinbarung „für sich genommen“ ungeeignet / ungehinderter Zugriff auf die Mittel oder tatsächliche Erfüllung der Ausstattungsverpflichtung (BGH ZIP 2011, 111; WM 2013, 1995)
  - ⇒ *tatsächlich* zu erwartende Zahlungsströme sind entscheidend, nicht die *Existenz* eines Anspruchs

### 1. Verhinderung eines „Rosinenpickens“ (These 14)

- ⇒ klare Festlegung des Vertragsinhalts erforderlich, insbes.
- Liquiditätssicherung / Verlustausgleich / Beseitigung der bilanziellen Überschuldung i.S.v. § 19 InsO
  - Verzicht / „qualifizierter“ Nachrang / Stundung des Rückzahlungsanspruchs
  - Fortgeltung in der Insolvenz
  - fehlende Aufhebbarkeit / Kündbarkeit mit gänzlicher Enthftungswirkung
  - Vertrag zugunsten aller Gläubiger (§ 328 BGB)

### 2. Privatautonomie + (fehlende) Insolvenzvermeidung (These 15)

- ⇒ bei Widersprüchlichkeit Vorrang des erklärten Verpflichtungsumfangs (Höchstbetrag, Frist, Ausschluss des § 328 BGB) vor dem Zweck

### 1. Anlass zum Nachdenken:

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

*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

siehe auch die Urteilsanmerkungen von *Poelzig*, BB 2015, 980 und *Mock*, JZ 2015, 525, 528

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

### 2. AGB-Kontrolle von Rangrücktritten + vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Frage des Einzelfalls = keine allgemeine Aussage möglich
- Anwendbarkeit des AGB-Rechts?

Ausschluss gemäß § 310 IV BGB (Gebiet des Gesellschaftsrechts)?

(+) BGH v. 10.10.1994 – II ZR 32/94, BGHZ 127, 176 = ZIP 1994, 1847 für stille Beteiligung; Argument: gemeinsamer Zweck = Gesellschaft (streitig)

❖ keine Übertragbarkeit auf Nachrangdarlehen

(–) BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 312 = ZIP 1992, 1542 (juris-Rn. 13) – „Klöckner“ für Genussrechte; Argument: kein Mitgliedschaftsrecht, sondern schuldrechtliches Gläubigerrecht

### 2. AGB-Kontrolle von Rangrücktritten + vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)

⇒ Problem: Anlegerhorizont? ⇒ Parallele zum Prospektrecht?

❖ BGH v. 12.7.1982 – II ZR 175/81, NJW 1982, 2823, 2824 – BuM: durchschnittlicher Anleger, der zwar eine Bilanz lesen kann, aber nicht mit der in Fachkreisen verwendeten Schlüsselsprache vertraut ist

❖ BGH v. 18.9.2012 – XI ZR 344/11, BGHZ 195, 1 = ZIP 2012, 2199: durchschnittlicher Kleinanleger, wenn sich der Emittent ausdrücklich auch an das unkundige und börsenunerfahrene Publikum wendet

⇒ Parallelproblem bei Intransparenz ⇒ Folie 48

### 2. AGB-Kontrolle von Rangrücktritten + vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- 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 (Fall Prokon)

### 2. AGB-Kontrolle von Rangrücktritten + vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- 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
    - ⇒ Beispiel: „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.“

### 2. AGB-Kontrolle von Rangrücktritten + vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

➤ Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)

⇒ Problem: 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 *Bork*, ZIP 2014, 997 m.w.N.  
dagegen *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1015 in Fn. 67

### 2. AGB-Kontrolle von Rangrücktritten + vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

➤ Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)

⇒ Problem: 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
- (?) Relevanz der Bezeichnung als „Genussrecht“ bzw. „Nachrangdarlehen“?  
Frage: Privilegierung des für den Anleger positiv = weniger gefährlich klingenden „Genussrechts“ gegenüber dem immerhin einen Nachteil andeutenden „Nachrangdarlehen“?

### 2. AGB-Kontrolle von Rangrücktritten + vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

➤ Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)

⇒ Unwirksamkeit beim Nachrang umso weniger denkbar, je klarer dieser in der Bezeichnung des Finanzierungsverhältnisses, im Vertrag und/oder den „Begleitdokumenten“ zum Ausdruck kommt

- ❖ Argumente: Rangrücktritt ist im Gesetz vorgesehen (§ 39 II InsO) und nach § 5 III Nr. 4 SchVG 2009 sogar mit Mehrheit beschließbar
- ❖ BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 20 ff.): offen, ob ein Nachrang gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung verstößt; jedenfalls keine unangemessene Benachteiligung bei einem betragsmäßig begrenzten zinslosen nachrangigen Darlehen von Eltern der Schüler an einen Schulträger zur Ermöglichung des Schulbetriebs

krit. Anm. *Matz*, NZI 2014, 506: „gewichtige Gründe“ für Wirksamkeit erforderlich

### 2. AGB-Kontrolle von Rangrücktritten + vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

➤ Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)

⇒ Unwirksamkeit einer Kombination aus Nachrang und insolvenzvermeidender vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, wenn sie in einem Vertrag über den Ankauf von Lebensversicherungen mit Stundung des Kaufpreises enthalten ist

- ❖ LG Hamburg v. 16.1.2013 – 332 O 72/12 (juris-Rn. 43 ff.): Unwirksamkeit eines sog. „qualifizierten Rangrücktritts“ im Zusammenhang mit einer sog. „Policenaufwertung“

### 2. AGB-Kontrolle von Rangrücktritten + vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)
  - ⇒ m.E. Unwirksamkeit einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre, wenn sie umfassend gilt und sich nicht auf einen begrenzten Zeitraum der Liquiditätsbeschaffung durch die Geschäftsführung beschränkt
    - ❖ Argumente: Ausstiegsoption als Leitbild des Darlehens (§ 490 BGB); Insolvenzantragsrecht der §§ 13, 14 InsO gilt auch für nachrangige Gläubiger (gesetzlicher Regelfall); „Notbremse“ sogar bei Eigenkapital (§ 49 II GmbHG, § 92 I AktG)
    - ❖ zulässiger Zeitraum der Sperre abhängig von der Kündigungsfrist
    - ❖ *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1015; *Kaler/Kneuer*, NVwZ 2012, 791, 795
    - ❖ daneben auch § 138 BGB denkbar wegen „Selbstentmündigung“

### 2. AGB-Kontrolle von Rangrücktritten + vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- 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
    - ❖ Parallelproblem bei § 305c BGB ⇒ Folie 40
  - ⇒ 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

### 2. AGB-Kontrolle von Rangrücktritten + vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)
  - ⇒ Transparenz der Formulierung „nachrangiges Darlehen“
    - ❖ 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
  - ⇒ 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
  - ⇒ Intransparenz, wenn die Bedeutung von Nachrang + vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre durch risikoverschleiende Zusätze unklar wird
  - ⇒ Intransparenz, wenn die rechtliche Wirkung *unrichtig* erläutert wird

### 2. AGB-Kontrolle von Rangrücktritten + vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- 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

### 2. AGB-Kontrolle von Rangrücktritten + vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Folge der fehlenden (wirksamen) Vereinbarung
  - a) eines Nachrangs:
    - Risikoerhöhung für sonstige Gläubiger (z.B. Banken)
    - ggf. Überschuldung (⇒ Folie 20); Folge: Insolvenzverschleppung
    - ggf. unrichtige Bilanzierung / Besteuerung
    - erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft (s.u.)
  - b) einer insolvenzvermeidenden vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre:
    - erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft bei fehlender Verbriefung des Rückzahlungsanspruchs (§ 1 I 2 Nr. 1 KWG), str.

⇒ LG Hamburg v. 16.1.2013 – 332 O 72/12 (juris)

⇒ *Poelzig*, WM 2014, 917, 919 f. m.N. auch zur Gegenansicht

[http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2014/fa\\_bj\\_1408\\_qualifizierte\\_nachrangklauseln.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2014/fa_bj_1408_qualifizierte_nachrangklauseln.html)

1. Insolvenzvermeidung durch vertragliche Vorsorge hat ihren Preis für die Gesellschafter oder Dritte.
2. Die Aussetzung der *gesetzlichen* Insolvenzantragspflicht aus § 15a InsO durch *vertragliche* Abreden setzt jedenfalls hinsichtlich der bilanziellen Überschuldung eine Bindung im Interesse aller Gläubiger voraus (§ 328 BGB).
3. Maximale Flexibilität für die Gesellschafter oder Dritte und Sicherheit der Insolvenzvermeidung schließen sich aus.
4. Je klarer die vertragliche Abrede (im Interesse aller Gläubiger) gefasst ist, umso sicherer ist die Insolvenzvermeidung.
5. Wirksamkeitsbedenken bestehen insbes. gegen vorinsolvenzliche Durchsetzungssperren in AGB (von Nachrangdarlehen, Genussrechten etc.).

Der Vortrag beruht auf folgenden Publikationen des Referenten:

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 6 ff., 20 ff. (Insolvenzgründe)

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 358 ff. (Rangrücktritt, gesplittete Einlage und Finanzplandarlehen)

*Bitter/Rauhut*, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1005 - 1016

*Bitter*, Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren, ZIP 2015, 345 - 356

*Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181 (2017), 428 - 481

© 2017 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)