

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Prüfung der Insolvenzgründe

– Analyse des IDW S 11 und der aktuellen
Rechtsprechung? –

Vortrag auf dem 16. Jahreskongress Insolvenzrecht 2015
des Ostdeutschen Sparkassenverbandes
am 4. Juni 2015 in Potsdam

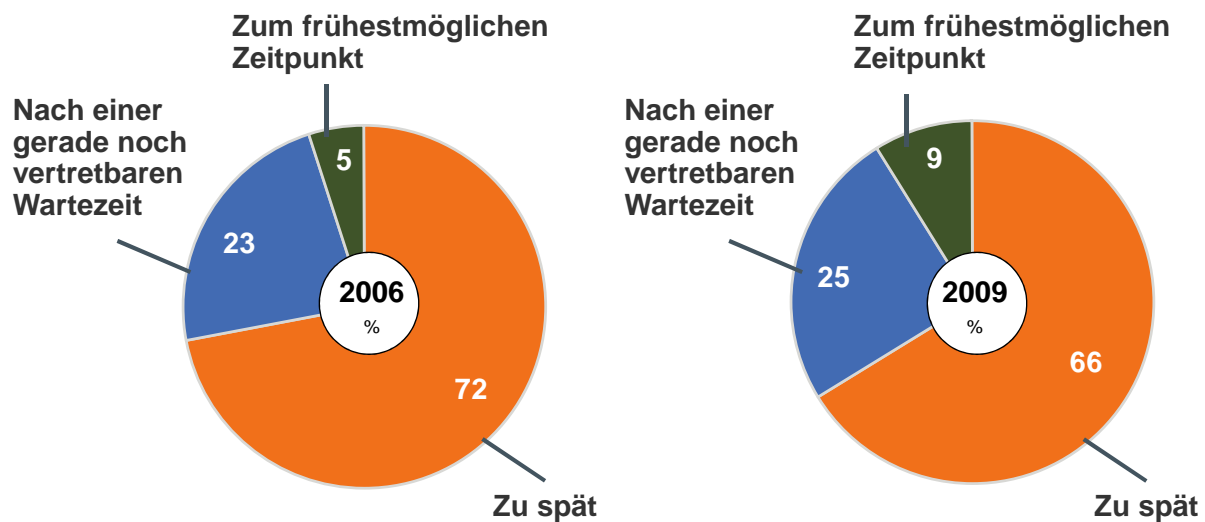
www.georg-bitter.de

Gliederung

- I. Insolvenzauslösung in der Praxis
 - II. Insolvenzgründe – Grundlagen
 - III. Vergleich der Insolvenzgründe im Hinblick auf das
in §§ 17 – 19 InsO enthaltene Prognoseelement
 - IV. Rangrücktritt und Insolvenzgründe
 - V. Patronatserklärung und Insolvenzgründe
- Anhang: Wirksamkeit von (qualifizierten) Rangrückritten

Hinweis: IDW S 11 = Fassung vom 5.3.2015

Zeitpunkt der Antragstellung (im Vergleich 2006 – 2009)



1. Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

- BGHZ 163, 134: Abgrenzung zur Zahlungsstockung
 - Schwellenwert der Liquiditätslücke: 10 % (Vermutung)
 - Drei-Wochen-Frist zur Wiederherstellung der Liquidität
 - Beginn der Frist mit (erstmaliger) Unterdeckung über 10 %
 - sog. „Passiva II“ sind nach ganz h.M. zu berücksichtigen = keine „Bugwelle“
 - vgl. BGH ZIP 2009, 1966, 1967 (Rn. 10)
 - Problem: prozentualer Anteil der Unterdeckung erhöht sich mit jeder Tilgung bzw. ermäßigt sich mit zukünftig unterlassenen Tilgungen
 - Problem: dauerhafte Liquiditätslücke unter 10 % (IDW S 11, Rn. 17)
- Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 14, 16

1. Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

- Finanzstatus und Finanzplan (IDW S 11, Rn. 22 ff.)
- stichtagsbezogener Finanzstatus
 - Gegenüberstellung: fällige Zahlungsverpflichtungen ⇔ verfügbare Finanzmittel (auch Kreditlinie)
 - Fälligkeit im insolvenzrechtlichen Sinn („ernsthaftes Einfordern“)
 - ❖ BGHZ 173, 386; BGH ZIP 2009, 1235 Rn. 22; ZIP 2014, 1289 Rn. 30 f. (Aussetzung der Vollziehung eines Steuerbescheides)
 - Nachrang i.S.v. § 39 InsO ist unerheblich ⇒ Details unten Folien 26 ff.
 - seit dem MoMiG auch Gesellschafterdarlehen (Wegfall der Durchsetzungssperre aus § 30 GmbHG)
 - Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 7 ff.
- zeitraumbezogener Finanzplan

1. Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

- Vermutung bei Zahlungseinstellung (§ 17 II 2 InsO)
 - ⇒ Finanzstatus/-plan nicht erforderlich (BGH v. 8.1.2015 – IX ZR 203/12, Rn. 16)
 - Stundungsbitte an Gläubiger / Öffentlichkeit
 - Unerreichbarkeit / Schließung des Ladenlokals
 - Nichtzahlung wichtiger, typischerweise bei Fälligkeit gezahlter Verbindlichkeiten wie Löhne + Sozialversicherungsbeiträge
 - ❖ BGH v. 7.11.2013 – IX ZR 2013, ZIP 2013, 2318 (Rn. 13): mehrmonatige Nichtabführung, nicht schon bei 10-monatiger Verspätung von 3-4 Wochen
 - Schuldner schiebt Forderungsrückstand ständig vor sich her
 - im Insolvenzverschleppungsprozess Beweisvereitelung bei fehlenden Büchern
- IDW S 11, Rn. 19 ff.
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 17 ff.

2. Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)

- **Bezugspunkt der Prognose**
 - Erfüllung der **bestehenden** Verbindlichkeiten in der Zukunft
 - Aber: Erfüllung ist auch von zukünftig neu entstehenden Verbindlichkeiten abhängig
 - ⇒ Finanzplan mit allen bestehenden + zukünftigen Verbindlichkeiten
- **Prognosezeitraum**
 - Theorie: bis zur letzten Fälligkeit der bestehenden Verbindlichkeiten
 - Praxis: laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr (Faustregel)
 - ⇒ Grund: Prognoseunsicherheit bei noch weitergehendem Blick
 - ⇒ Aber: Berücksichtigung auch weiter in der Zukunft liegender Ereignisse, wenn die Prognoseunsicherheit fehlt ⇒ Folie 12

2. Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)

- **Wahrscheinlichkeit**
 - Gesetz: „voraussichtlich“ zur Erfüllung nicht in der Lage
 - h.M.: Wahrscheinlichkeit > 50 %
 - ❖ Aber: Anforderungen nicht laxer als bei der (eine Antragspflicht) auslösenden Überschuldung
 - ❖ Dort: Insolvenzgrund nur zu verneinen, wenn die Erfüllung **nach vernünftigem menschlichen Ermessen** gesichert ist ⇒ Folie 13
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 72 ff.

3. Überschuldung (§ 19 InsO)

- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 20 ff.
- 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.)

3. Überschuldung (§ 19 InsO)

- zunächst befristete Wiedereinführung des „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“ in der Finanzmarktkrise
„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. ...“
- ❖ OLG Schleswig ZIP 2010, 516: keine Geltung für Altfälle
- 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.)

3. Überschuldung (§ 19 InsO)

➤ Inhalt der Fortführungsprognose

- subjektiver Fortführungswille – Unternehmen / Unternehmensträger?
- objektive Überlebensfähigkeit der Gesellschaft
- ⇒ Sicherung der *Liquidität* ist entscheidend
(IDW S 11, Rn. 59; *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

3. Überschuldung (§ 19 InsO)

➤ Prognosezeitraum

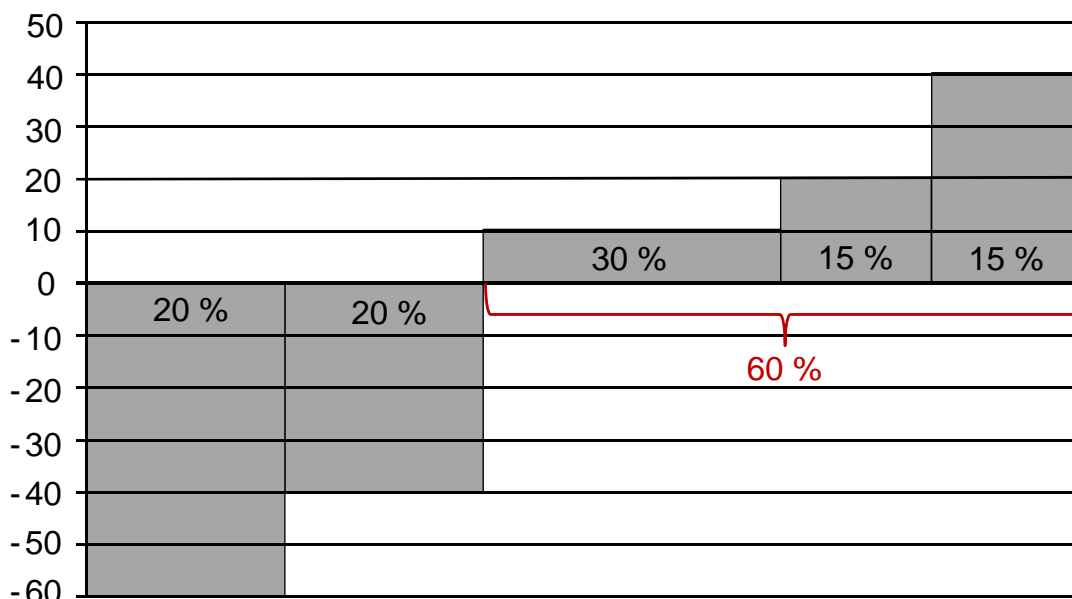
- Theorie: Ewigkeit (vgl. die Grundidee von *Karsten Schmidt*)
- Praxis: laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr (Faustregel)
(IDW S 11, Rn. 60)
 - ⇒ Grund: Prognoseunsicherheit bei noch weitergehendem Blick
 - ⇒ Aber: Berücksichtigung auch weiter in der Zukunft liegender Ereignisse, wenn die Prognoseunsicherheit 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.

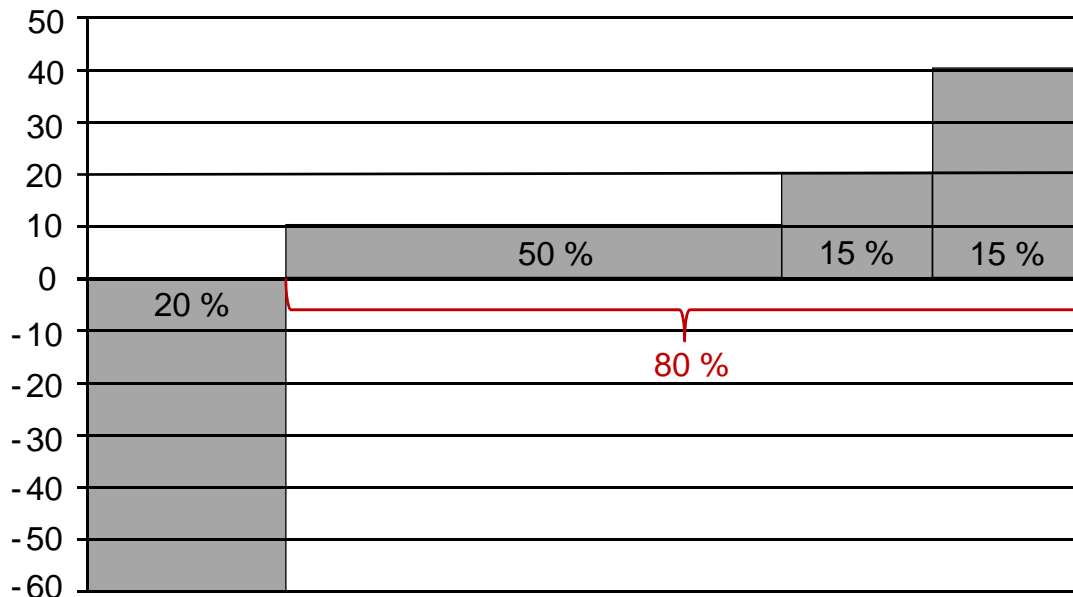
3. Überschuldung (§ 19 InsO)

➤ **Wahrscheinlichkeit**

- Gesetz: Fortführung „überwiegend“ wahrscheinlich
- h.M.: Wahrscheinlichkeit > 50 % (IDW S 11, Rn. 62 ff.)
 - ❖ Aber: Erwartungswert muss positiv sein ⇒ Folie 14
 - ⇒ positiver Modalwert (wahrscheinlichster Wert) reicht nicht
 - ❖ Aber: Spekulation auf Kosten der Gläubiger ist verboten ⇒ Folie 15
 - ⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 39: zukünftige Zahlungsfähigkeit muss **nach vernünftigem menschlichen Ermessen** gesichert sein
 - ⇒ *Kühne/Nickert*, ZInsO 2014, 2297, 2306 ff.: Ausfallwahrscheinlichkeit darf 8 % nicht übersteigen



Erwartungswert: $0,2 \times -60 + 0,2 \times -40 + 0,3 \times 10 + 0,15 \times 20 + 0,15 \times 40 = -8$



Erwartungswert: $0,2 \times -60 + 0,5 \times 10 + 0,15 \times 20 + 0,15 \times 40 = + 2$

3. Überschuldung (§ 19 InsO)

- **Wertansatz bei negativer Prognose** (IDW S 11, Rn. 70 ff.)
 - Liquidationswerte ≠ Zerschlagungswerte
 - Differenzierung zwischen (positiver oder negativer) Prognose in Bezug auf das Unternehmen und den Unternehmensträger erforderlich
 - ❖ Prognose kann für Unternehmensträger negativ sein wegen hohen Schuldenstandes
 - ❖ Prognose kann zugleich für das Unternehmen positiv sein wegen innerer Ertragsfähigkeit ⇒ übertragende Sanierung möglich
 - ⇒ Gesamtwert bei Veräußerung einschließlich realisierbarem Firmenwert entscheidend
 - Exkurs: Differenzierung wichtig auch bei § 225a V 1 InsO: „Vermögenslage ... bei einer Abwicklung des Schuldners“
- Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 42 ff.

Insolvenzgrund	Bezugspunkt	Grundlage	Zeitraum	Wahrscheinlichkeit
§ 17 InsO	fällige Verbindlichkeiten	Finanzstatus / Finanzplan	max. 3 Wochen	hohe Wahrscheinlichkeit
§ 18 InsO	bestehende Verbindlichkeiten	Finanzplan auf Basis eines Unternehmenskonzeptes	<u>Theorie:</u> letzte Fälligkeit <u>Praxis:</u> laufendes + nächstfolgendes Geschäftsjahr	„voraussichtlich“ h.M.: > 50 %, aber zweifelhaft ⇒ Folie 8
§ 19 InsO	alle Verbindlichkeiten = bestehende und zukünftige	Finanzplan auf Basis eines Unternehmenskonzeptes	<u>Theorie:</u> Ewigkeit <u>Praxis:</u> laufendes + nächstfolgendes Geschäftsjahr	„überwiegend“ h.M.: > 50 %, aber zweifelhaft ⇒ Folie 13

➤ IDW S 11, Rn. 93

„Drohende Zahlungsunfähigkeit liegt bei einer negativen Fortführungsprognose vor.“

➤ Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 74

„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

1. Überschuldung

- a) Regelung seit dem MoMiG in § 19 II 2 InsO: „Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.“
- Problem 1: Ist neben dem Rangrücktritt eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre erforderlich?
 - Problem 2: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?

1. Überschuldung

- b) Problem 1: Anforderungen an den Rangrücktritt
- Vor dem MoMiG: BGHZ 146, 264, 271: „wird ... allgemein angenommen, daß sich die Frage der Passivierung von Gesellschafterforderungen mit eigenkapitalersetzendem Charakter auch beim Überschuldungsstatus dann nicht stellt, wenn der betreffende Gesellschafter seinen Rangrücktritt, also sinngemäß erklärt hat, er wolle wegen der genannten Forderungen erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handle es sich bei seiner Gesellschafterleistung um statutarisches Kapital (...). Stellt sich der Gesellschafter in dieser Weise wegen seiner Ansprüche aus einer in funktionales Eigenkapital umqualifizierten Dittleistung auf dieselbe Stufe, auf der er selbst und seine Mitgesellschafter hinsichtlich ihrer Einlagen stehen, besteht keine Notwendigkeit, diese Forderungen in den Schuldenstatus der Gesellschaft aufzunehmen. Einer darüber hinausgehenden Erklärung des Gesellschafters, insbesondere eines Verzichts auf die Forderung (...) bedarf es nicht.“

1. Überschuldung

b) Problem 1: Anforderungen an den Rangrücktritt

- Klärung der Rangtiefe durch das MoMiG: § 39 Abs. 2 InsO
- offen, ob Unterordnung für die Zeit vor Insolvenz erforderlich
 - Meinung 1: keine entsprechende Anforderung in § 19 II 2 InsO; Rangrücktritt (für das eröffnete Verfahren) allein ist ausreichend
 - ⇒ so auch IDW S 11, Rn. 86 f.
 - Meinung 2: Schuldendeckungsfähigkeit wird nur dann richtig angezeigt, wenn die Forderung auch vorinsolvenzlich nicht durchgesetzt werden kann ⇒ Vereinbarung vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre erforderlich
 - ⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 65 f.

1. Überschuldung

c) Problem 2: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?

- § 19 II 2 InsO betrifft unmittelbar nur Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen
- analoge Anwendung auf Dritte (z.B. Genussrechte)?
 - ❖ Problem: bei vorzeitiger Rückzahlung kein § 135 I Nr. 2 InsO, da unanwendbar bei freiwilligem Rangrücktritt (*Bitter*, ZIP 2013, 2 ff.; zust. OLG Düsseldorf, ZIP 2015, 187, 189 f.)
 - ⇒ Vorschlag von *Adolff*, FS Hellwig, 2010, S. 433, 442 f.:
freiwillige Unterwerfung unter das Regime des § 135 InsO
 - ⇔ keine privatautonome Schaffung von Anfechtungstatbeständen
 - ⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 69

1. Überschuldung

- d) Lösung beider Probleme durch BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*
- Rn. 19: vorinsolvenzliche Zahlungssperre neben dem Rangrücktritt erforderlich (sog. „qualifizierter Rangrücktritt“)
 - ⇒ Rn. 25: Durchsetzbarkeit der Forderung nur, solange durch die Zahlung keine Insolvenzgefahr begründet wird
 - Rn. 32: verfügender Schuldänderungsvertrag ⇒ Leistung auf eine Nichtschuld bei Befriedigung trotz Insolvenzreife
 - ⇒ Rn. 27 ff.: Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB vorbehaltl. § 814 BGB
 - ⇒ Rn. 46 ff.: Anfechtung gemäß § 134 InsO (⇒ Phoenix Kapitaldienst)

1. Überschuldung

- d) Lösung beider Probleme durch BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, 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
 - ⇒ kritisch *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 907 ff. (Vergleich u.a. zur Patronatserklärung – Star 21; dazu unten Folien 32-34)

1. Überschuldung

- e) Verbleibendes Problem: Kann die erforderliche vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre (oben Folien 21, 23) auch gegenüber gesellschaftsfremden Dritten wirksam vereinbart werden?
- Individualvertragliche Abrede (wie im BGH-Fall) meist unproblematisch (Grenze nur § 138 BGB)
 - Aber: Vereinbarung in AGB problematisch
 - ⇒ Details bei *Poelzig*, WM 2014, 917, 920 ff.; *Bitter*, ZIP 2015, 345 ff. = Anhang Folie 42 (zu § 305c I BGB) und Folie 47 (zu § 307 BGB)
 - ⇒ bei Unwirksamkeit der Abrede besteht die Passivierungspflicht fort und liegt ggf. ein erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft i.S.v. § 1 I 2 Nr. 1 KWG vor ⇒ Anhang Folie 51

2. Zahlungsunfähigkeit

- a) Gesetzliche Ausgangslage: Es existiert keine dem § 19 II 2 InsO entsprechende Regelung in § 17 InsO.
- b) Probleme:
- Sind „nachrangige“ Forderungen in der Liquiditätsbilanz zur Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen?
 - Welche Anforderungen gelten ggf. für einen Nachrang?
 - Gilt § 19 II 2 InsO analog bei der Zahlungsunfähigkeit?
 - Ist (neben dem Nachrang) die Vereinbarung einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre erforderlich?

2. Zahlungsunfähigkeit

- c) Der Beschluss BGHZ 173, 286 = 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.

2. Zahlungsunfähigkeit

- c) Der Beschluss BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666
- Sachverhalt: Zwischen der Gläubigerin und dem Schuldner war „vereinbart worden, dass er zahlen oder Forderungen abtreten sollte, wie es ihm möglich war“. Die Gläubigerin verzichtete auf Mahnungen; die jeweilige Restforderung wurde mit 8 Prozent verzinst.
 - Interpretation: Die Gläubigerin – die Steuerberaterin des Schuldners – wollte offenbar verhindern, dass aufgrund ihrer Honoraransprüche das Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit über das Vermögen ihres Mandanten eröffnet werden musste.
 - Folge: Die Gläubigerin unterlag einer liquiditätserhaltenden = die Zahlungsunfähigkeit vermeidenden Durchsetzungssperre

2. Zahlungsunfähigkeit

- d) Der Beschluss BGH v. 23.9.2010 – IX ZR 282/09, ZIP 2010, 2055
- Leitsatz: Der Insolvenzantrag eines nachrangigen Gläubigers ist auch dann zulässig, wenn dieser im eröffneten Verfahren keine Befriedigung erwarten kann.
 - Rn. 10: „Nachrangige Forderungen im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind – wenn keine weitergehende Nachrangvereinbarung getroffen (§ 39 Abs. 2 InsO) wurde (BGHZ 173, 286, 292 Rn. 18) – abweichend zu der für den früheren Rechtszustand überwiegend vertretenen Auffassung [...] nach jetziger Gesetzeslage bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) in die Liquiditätsprognose einzubeziehen, weil mit der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG) das präventive Auszahlungsverbot für Gesellschafterdarlehen entfallen ist.“

2. Zahlungsunfähigkeit

- d) Der Beschluss BGH v. 23.9.2010 – IX ZR 282/09, ZIP 2010, 2055
- Interpretation (eigene Ansicht):
 - ❖ Die Vereinbarung eines (auf das Insolvenzverfahren) beschränkten Nachrangs i.S.v. § 39 II InsO reicht nicht, um die Forderung im Liquiditätsstatus außen vor zu lassen.
 - ❖ Wenn ein sog. „qualifizierter“ Nachrang schon für § 19 II 2 InsO erforderlich ist (Folie 23), gilt dies erst recht für § 17 InsO.
 - ❖ Erforderlich ist (ggf. neben dem Nachrang) eine liquiditätsbezogene vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, die nicht notwendig in einer Nachrangvereinbarung enthalten ist.
 - Ergebnis: Parteiabrede im Einzelfall ist entscheidend.

2. Zahlungsunfähigkeit

e) Literatur (Auswahl)

- *Bitter/Rauhut*, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1005
- *Bork*, Genussrechte und Zahlungsunfähigkeit, ZIP 2014, 997
- *Mock*, Genussrechtsinhaber in der Insolvenz des Emittenten, NZI 2014, 102
- *Dittmer*, Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2013, S. 181
- *Kriegel*, in: Nickert/Lamberti, Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung, 1. Aufl. 2008 und 2. Aufl. 2011, Rn. 28 ff.
- *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 9; Anh. § 64 Rn. 363 ff.
- *Schultze*, in: Cranshaw/Paulus/Michel (Hrsg.), Bankenkomentar zum InsR, 2. Aufl. 2012, § 17 Rn. 23 ff.

1. Überschuldung

a) Relevanz für Fortführungsprognose i.S.v. § 19 II 1 InsO

- grundsätzlich (+), weil reine Zahlungsfähigkeitsprognose ⇒ Folie 11
- 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 (Folie 13), dass die Zahlungsfähigkeit im gesamten Prognosezeitraum (Folie 12) erhalten bleibt
 - ⇒ fehlt bei Beschränkung der Liquiditätszusage auf die Phase einer (völlig ergebnisoffenen) Prüfung der Sanierungsfähigkeit
- Problem: (jederzeitige) Aufhebbarkeit i.R.d. Privatautonomie ⇒ Folie 34

1. Überschuldung

b) Aktivierbarkeit im Überschuldungsstatus

- grundsätzlich auch Ansprüche gegen Gesellschafter aktivierbar
- Mindestbedingung: verbindlicher Zahlungsanspruch (= harte interne Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons (IDW S 11, Rn. 80)
- Problem: Kündbarkeit + Umfang der Verpflichtung ⇒ 2-stufige Prüfung:
 - (1) Wille der Vertragsparteien = Privatautonomie (BGHZ 187, 69 – „Star 21“)
 - ⇒ m.E. auch Kündbarkeit mit ex-tunc-Wirkung vereinbar (a.A. die h.L.)
 - (2) Aktivierbarkeit
 - ⇒ nicht bei Kündbarkeit mit ex-tunc-Wirkung
 - ⇒ bei Begrenzung der Haftung nach Kündigung auf fällige Forderungen nur in dieser Höhe (vgl. *Frystatzki*, NZI 2013, 161, 166)
- Problem: (jederzeitige) Aufhebbarkeit i.R.d. Privatautonomie ⇒ Folie 34

1. Überschuldung

- ### c) Auswirkungen des BGH-Urteils v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim* (oben Folien 23 f.) ?
- Einschränkung der freien Aufhebbarkeit gemäß § 328 BGB?
 - auch hier 2-stufige Prüfung:
 - (1) Privatautonomie: Drittwirkung kann ausgeschlossen werden
 - (2) bei fehlender Drittwirkung wohl negative Wirkung für § 19 InsO
 - ⇒ Überschuldungsstatus + Fortführungsprognose können kaum unterschiedlich behandelt werden (zu Folie 32)
 - ⇒ Aktiv- und Passivseite des Überschuldungsstatus sind gleich zu behandeln (zu Folie 33)

1. Überschuldung

d) Literatur (Auswahl)

- *Frystatzki*, Ansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter in der Überschuldungsbilanz der GmbH, NZI 2013, 161, 164-166
- *Kaiser*, Ist eine kündbare Patronatserklärung geeignet, die Überschuldung gem. § 19 InsO zu beseitigen?, ZIP 2011, 2136
- *Maier-Reimer/Etzbach*, Die Patronatserklärung, NJW 2011, 1110
- *Raeschke-Kessler/Christopeit*, Die harte Patronatserklärung als befristetes Sanierungsmittel, NZG 2010, 1361
- *Ringstmeier*, Patronatserklärungen als Mittel zur Suspendierung der Insolvenzantragspflicht – Zugleich Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.9.2010 – II ZR 296/08 – („Star 21“), in: FS Wellensiek, 2011, 133
- *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 40 f., 52
- *Tetzlaff*, Aufhebung von harten Patronatserklärungen, WM 2011, 1016

2. Zahlungsunfähigkeit

- Berücksichtigung in der Liquiditätsbilanz möglich, wenn verbindlicher Zahlungsanspruch besteht (harte interne Patronatserklärung) + ungehinderter Zugriff auf die Mittel oder tatsächliche Erfüllung der Ausstattungsverpflichtung
 - ❖ BGH v. 19.5.2011 – IX ZR 9/10, ZIP 2011, 1111 (Rn. 21)
 - ❖ BGH v. 19.9.2013 – IX ZR 232/12, WM 2013, 1999 (Rn. 7)
- bei externer Patronatserklärung ist tatsächliche Erfüllung erforderlich
 - ❖ BGH v. 19.5.2011 – IX ZR 9/10, ZIP 2011, 1111 (Rn. 22)
- Kündbarkeit + Aufhebbarkeit weniger problematisch wegen kurzfristiger Betrachtung (max. 3-Wochen-Zeitraum)

© 2015
Prof. Dr. Georg Bitter
Universität Mannheim
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht
Schloss, Westflügel
68131 Mannheim
www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V.
www.zis.uni-mannheim.de

Anhang zu IV. Rangrücktritt und Insolvenzgründe:

Ziff. 3.: Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten
und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

(siehe dazu den Aufsatz von *Bitter*, ZIP 2015, 345 ff.; ferner
Poelzig, WM 2014, 917, 920 ff.; *Poelzig*, BB 2015, 980;
Mock, JZ 2015, 525, 528)

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und 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) – „Klößner“ für Genussrechte; Argument: kein Mitgliedschaftsrecht, sondern schuldrechtliches Gläubigerrecht

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und 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

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und 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

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und 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.“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und 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

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und 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“?

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und 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

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und 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“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und 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“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und 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

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und 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. *Dörmer*, 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

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und 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

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Folge der fehlenden (wirksamen) Vereinbarung
 - a) eines Nachrangs:
 - Risikoerhöhung für sonstige Gläubiger (z.B. Banken)
 - ggf. Überschuldung (⇒ Folien 22, 25); 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