

# Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung

4., überarbeitete und erweiterte Auflage 2023  
ISBN 978-3-406-77134-7  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

gerechnet werden und das Privileg entfallen lassen, insbesondere bei Treuhandverhältnissen.<sup>91</sup>

Probleme ergeben sich, wenn mehrere Kleingesellschafter einen Kredit koordiniert ausreichen. Hierbei können die unterschiedlichen Beteiligungen hinsichtlich des Schwellenwertes zusammenzurechnen sein. Nach überwiegender Ansicht ist dies dann der Fall, wenn die Gesellschafter in einer Interessenverbindung stehen, bzw. eine Risikogemeinschaft bilden.<sup>92</sup> Die unabgestimmte Kreditvergabe gefährdet das Privileg hingegen nicht.<sup>93</sup> Wann die jeweiligen Voraussetzungen, zB die „Interessenverbindung“ im Einzelnen vorliegen, ist schwer auszumachen.<sup>94</sup> Nach wie vor gilt daher, dass vor der Annahme, man könne durch geschickte Verteilung der Geschäftsanteile auf zehn 10 %-Gesellschafter dem Zugriff des Eigenkapitalrechts zuverlässig entgehen, zu warnen ist.<sup>95</sup> Allzu schnell kann man der oben erwähnten Zusammenrechnung unterliegen, insbesondere bei einer koordinierten Kreditvergabe, einem häufig anzutreffenden und geradezu typischem Szenario in Sanierungssituationen.

Der **faktische Geschäftsführer** kann sich nicht auf das Haftungsprivileg berufen.<sup>96</sup> Auch ein nicht geschäftsführender Gesellschafter kann wie ein geschäftsführender zu behandeln sein, wenn er einen gewissen Einfluss auf die Geschäftsführung ausübt.<sup>97</sup> Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der nicht geschäftsführende Gesellschafter das satzungsmäßige Recht hat, den Geschäftsführer zu bestellen, ihn abuberufen und/oder ihn zu kontrollieren oder sogar Weisungen zu erteilen.<sup>98</sup>

Des Weiteren ist eine **Zurechnung** möglich, wenn die Mindestbeteiligung von mehr als 10 % und die Geschäftsführerstellung zeitlich auseinanderfallen, der Zusammenhang mit der Kreditfinanzierung aber gewahrt bleibt.<sup>99</sup> So etwa, wenn ein Gesellschafter vor der Kreditgewährung sein Geschäftsführeram niederlegt oder seinen Anteil bis auf 10 % veräußert. Ein Gesellschafter, der lediglich als Handlungsbevollmächtigter oder Prokurist in der Gesellschaft tätig wird, verliert dadurch die Kleingesellschafterfreistellung aber nicht.<sup>100</sup>

**Veränderungen der Beteiligungsquote** sind folgendermaßen zu behandeln: Als entscheidender Zeitpunkt für die Quotenberechnung galt früher der Zeitpunkt für die Kreditvergabe. Nach MoMiG entscheidet nun allein der Zeitpunkt der Insolvenzverfahrenseröffnung und der durch die Anfechtungsfristen der § 135 InsO bzw. § 6 AnfG festgelegte Zeitraum. Ein Gesellschafter, der nach Kreditvergabe innerhalb des Anfechtungszeitraumes Anteile hinzu erwirbt, muss die Überschreitung der 10 %-Grenze gegen sich gelten lassen.<sup>101</sup> Die insolvenz- und anfechtungsrechtlichen Rechtsfolgen finden ab Zeitpunkt des „Herauswachsendens“ Anwendung.<sup>102</sup> Die Privilegierung erhält der Gesellschafter andererseits nicht, wenn seine Beteiligung nach der Kreditvergabe innerhalb der Jahresfrist unter den Schwellenwert absinkt.<sup>103</sup> Es kommt somit darauf an, ob der Gesellschafter im Anfechtungszeitraum die 10 %-Schwelle irgendwann einmal überschritten hat.<sup>104</sup> Eine Entstrickung kann nach allg. Auffassung mit Ablauf des Anfechtungszeitraumes eintreten.

<sup>91</sup> Vertiefend: Ganter NZI 2021, 1 ff.

<sup>92</sup> Zur Rechtslage vor MoMiG: Pentz GmbH 1999, 437; Hirte ZInsO 1998, 147; Dauner-Lieb DStR 1998, 609.

<sup>93</sup> BGH 9.5.2005 – II ZR 66/03, DStR 2005, 1416; Scholz/Schmidt Nachtrag MoMiG §§ 32a, b aF Rn. 26.

<sup>94</sup> Gottwald/Haas InsR-HdB/Haas/Kolmann/Kurz § 90 Rn. 445.

<sup>95</sup> Schmidt/Uhlenbruck/Schmidt, 3. Aufl. 2003, Rn. 396.

<sup>96</sup> MüKoInsO/Behme § 39 Rn. 66.

<sup>97</sup> Uhlenbruck/Hirte § 39 Rn. 73.

<sup>98</sup> Zur alten Rechtslage: Scholz/Schmidt MoMiG §§ 32a, b Rn. 185; Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff MoMiG §§ 32a, b Rn. 75; Michalski/Heidinger MoMiG § 32 Rn. 9 ff.

<sup>99</sup> Vgl. ebenfalls zur alten Rechtslage Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2000, MoMiG §§ 32a, b Rn. 188.

<sup>100</sup> Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Dahl Linnenbrink, GmbH-Gesetz, Systematische Darstellung 6, Rn. 82.

<sup>101</sup> Scholz/Schmidt Nachtrag MoMiG §§ 32a, b aF Rn. 26; Altmeppen NJW 2008, 3601; HK-GmbHG/Kolmann Anh. § 30 Rn. 108 mwN.

<sup>102</sup> Wicke GmbHG Anh. § 30 Rn. 7.

<sup>103</sup> Allg. Meinung, zB HK-GmbHG/Kolmann Anh. § 30 Rn. 109 mwN; Haas ZInsO 2007, 617; Altmeppen GmbHG Anh. § 30 Rn. 91.

<sup>104</sup> Gottwald/Haas InsR-HdB/Haas/Kolmann/Kurz § 90 Rn. 442.

- 112 Der Wechsel in oder aus dem Amt des Geschäftsführers ist ähnlich zu bewerten: Wer als Kleingesellschafter aus dem Geschäftsführeramts ausscheidet, bleibt mit seinem bisher verstrickten Darlehen weiter gebunden. Andererseits bleibt das Kleinbeteiligungsprivileg für den unanwendbar, der innerhalb des Anfechtungszeitraumes geschäftsführender Gesellschafter wird.<sup>105</sup>
- 113 Das Kleinbeteiligtenprivileg erfasst nur die gesetzlichen Bindungstatbestände, nicht dagegen befreien sie von den Regeln über den Finanzplankredit, denn da bei diesem die Eigenkapitalersatzfunktion auf der Finanzierungsentscheidung der Gesellschafter und nicht auf dem zwingenden Recht beruht, kann das Gesetz auch Kleingesellschafter nicht davor schützen, dass sie an ihrer eigenen Finanzierungsentscheidung festgehalten werden.<sup>106</sup>
- 114 Es zeigt sich also, dass die Regelung des § 39 Abs. 5 InsO nicht unproblematisch zu handhaben ist. Ob die Bedeutung des Kleinbeteiligtenprivilegs in Zukunft steigen wird, bleibt abzuwarten.<sup>107</sup> Bislang hat das Kleinbeteiligtenprivileg kaum nennenswerte Bedeutung erringen können.
- 115 **b) Sanierungsprivileg, § 39 Abs. 4 S. 2 InsO.** Das Sanierungsprivileg wurde 1998 in das GmbHG eingeführt (§ 32a Abs. 3 S. 3 GmbHG aF) und sollte dem Vorwurf der Sanierungsfeindlichkeit des § 32a GmbHG aF entgegentreten.<sup>108</sup> Das aktuelle Recht hält an diesem Sanierungsprivileg<sup>109</sup> fest.
- 116 Erwirbt ein Darlehensgeber bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung der Gesellschaft Geschäftsanteile zum Zweck ihrer Sanierung, führt dies bis zur nachhaltigen Sanierung für Forderungen auf seine bestehenden oder neugewährten Kredite oder auf Forderungen auf Rechtshandlungen, die einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen, nicht zur Nachrangigkeit. Die Vorschrift befreit daneben auch von der Insolvenzanfechtung.<sup>110</sup> Ein Gläubiger kann somit Geschäftsanteile und unternehmerische Kontrolle übernehmen, ohne zugleich eine Rückstufung seiner möglicherweise gut gesicherten Darlehen bzw. die Anfechtbarkeit der Tilgungsleistungen gem. § 135 InsO riskieren zu müssen.<sup>111</sup> Anders als das Zwerganteilsprinzip hat diese Regelung einige praktische Bedeutung erlangt.
- 117 In den Genuss der Freistellung kommen auch nach MoMiG nur Neugesellschafter oder vor dem Hinzuwerb lediglich im Rahmen des Kleinbeteiligtenprivilegs an der Gesellschaft beteiligte Gesellschafter.<sup>112</sup> Unerheblich bleibt weiterhin, ob die Sanierungsbeteiligung von Banken, Turn-around-Financiers (professionelle Sanierer) oder „normalen“ Gesellschaftern erworben wird.<sup>113</sup>
- 118 Voraussetzung ist unverändert ein Beteiligungserwerb.<sup>114</sup> Die Voraussetzung des Anteilerwerbs ist erfüllt, wenn Anteile originär durch den Erwerb neuer Anteile im Wege der Kapitalerhöhung oder durch die Übernahme eines vorhandenen Anteils erworben werden.<sup>115</sup> Die Höhe der Beteiligung ist nicht relevant. Privilegiert wird nicht die Ausreichung eines Sanierungskredits, sondern allein der Erwerb einer Unternehmensbeteiligung.<sup>116</sup>
- 119 Ausdrücklich klargestellt ist, dass das Privileg nur **bis zur nachhaltigen Sanierung** andauert.<sup>117</sup> Nachhaltig ist die beabsichtigte Sanierung, wenn die ergriffenen Maßnahmen zur Si-

<sup>105</sup> HK-GmbHG/Kolmann Anh. § 30 Rn. 108 mwN.

<sup>106</sup> Schmidt/Uhlenbruck/Schmidt Rn. 2.71; zum alten Recht Schmidt ZIP 1996, 1584; Habersack ZHR 161, 1997, 461 f.

<sup>107</sup> Schmidt/Uhlenbruck/Schmidt Rn. 2.71 unter Verweis auf BGH 11.7.2005 – II ZR 285/03, ZIP 2005, 1638.

<sup>108</sup> Dazu Schröter/Weber ZIP 1982, 1023 (1028); Rümker ZIP 1982, 1385 (1387); Claussen GmbHR 96, 316 (323).

<sup>109</sup> Zu den Voraussetzungen im Einzelnen: Blöse GmbHR 2010, 254.

<sup>110</sup> Verweis in § 135 Abs. 4 InsO.

<sup>111</sup> Gottwald/Haas InsR-HdB/Haas/Kolmann/Kurz § 90 Rn. 463.

<sup>112</sup> BT-Drs. 16/6140, 57.

<sup>113</sup> Gottwald/Haas InsR-HdB/Haas/Kolmann/Kurz § 90 Rn. 465; früher schon Pichler WM 1999, 411 (414).

<sup>114</sup> Uhlenbruck/Hirte InsO § 39 Rn. 68.

<sup>115</sup> K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen InsO § 39 Nr. 45; zum alten Recht schon OLG Düsseldorf 19.12.2003 – 17 U 77/03, ZIP 2004, 508 (510).

<sup>116</sup> Gottwald/Haas InsR-HdB/Haas/Kolmann/Kurz § 90 Rn. 464.

<sup>117</sup> Gottwald/Haas InsR-HdB/Haas/Kolmann/Kurz § 90 Rn. 472.

cherung der Fortführungsfähigkeit im Sinne einer positiven Fortführungsprognose dazu geführt haben, dass die Bestandsgefährdung des Unternehmens, also insbesondere die Gefahr des Eintritts von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, mindestens für das laufende und das gesamte folgende Geschäftsjahr abgewendet worden ist.<sup>118</sup>

**Praxistipp:**

Ohne ein Sachverständigengutachten, welches zugleich den subjektiven Tatbestand belegt, dürfte der ggf. erforderliche Nachweis kaum gelingen. Es ist daher anzuraten, die Sanierungsprognose auf ein schriftliches Sanierungskonzept zu stützen und dieses umfassend zu dokumentieren,<sup>119</sup> zumal das Sanierungsprivileg nicht vor der Haftung wegen sittenwidriger Gläubigergefährdung gem. § 826 BGB bewahrt.<sup>120</sup>

Rechtsfolge des Sanierungsprivilegs ist eine Freistellung sowohl der bisher schon gewährten als auch der künftigen Kredite.<sup>121</sup> Kommt es zu einer nachhaltigen Sanierung, sind die Darlehen bei einer neuerlich drohenden oder eingetretenen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung allerdings nicht mehr privilegiert. Ist das Privileg verbraucht, kann es nur dadurch wieder aufleben, dass der Gesellschafter in einer nachfolgenden Krise zu Sanierungszwecken weitere Anteile hinzu erwirbt, und zwar nicht vor dem Eintritt drohender Zahlungsunfähigkeit.<sup>122</sup>

**Praxistipp:**

Ist eine nachhaltige Sanierung gelungen und wird innerhalb eines Jahres nach diesem Zeitpunkt Insolvenzantrag gestellt, so sind dann erfolgende Tilgungsleistungen anfechtbar bzw. ist die Gesellschafterförderung nachrangig. Um dem zu entgegen, sollte der Gesellschafter sicherheitshalber sein Darlehen mit dem Eintritt der nachhaltigen Sanierung abziehen.<sup>123</sup>

Hat der Kreditgeber den Kredit demnach zurückgefordert und Tilgung erfahren, so kann er die Tilgungsleistung behalten. Bei einem Scheitern der Sanierung findet § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO keine Anwendung, da hierfür die Regelung des § 39 Abs. 4 S. 2 InsO gerade gedacht ist.<sup>124</sup>

c) **Überbrückungsdarlehen.** Insbesondere wenn bereits die Insolvenzgründe der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit (§§ 17, 19 InsO) eingetreten sind und damit die nach § 15a Abs. 1 S. 2 InsO äußert knapp bemessene Frist von drei Wochen für den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit bzw. sechs bzw. acht<sup>125</sup> Wochen nach Eintritt der Überschuldung zu laufen begonnen hat, nach deren Ablauf der Geschäftsführer Insolvenzantrag stellen muss, sind kurzfristige Sanierungsbeiträge gefragt, also solche, die die Zahlungsunfähigkeit und/oder ihre Überschuldung wieder beseitigen können und so die Stellung des Insolvenzantrags vermeiden. In dieser Lage kommt den Kreditinstituten eine Schlüsselstellung in dem Sinne zu, dass ohne ihre Mitwirkung eine Sanierung selten gelingt.<sup>126</sup>

<sup>118</sup> Uhlenbruck/Hirte InsO § 39 Rn. 67.

<sup>119</sup> HK-GmbHG/Kolmann Anh. § 30 Rn. 120, 121 mwN.

<sup>120</sup> Gottwald/Haas InsR-HdB/Haas/Kolmann/Kurz § 90 Rn. 470.

<sup>121</sup> Zu den Grenzen der Freistellungswirkung: Uhlenbruck/Hirte InsO § 39 Rn. 67.

<sup>122</sup> Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Dahl/Linnenbring Systematische Darstellung 6 Rn. 105 f.

<sup>123</sup> Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Dahl/Linnenbring Systematische Darstellung 6 Rn. 105.

<sup>124</sup> Uhlenbruck/Hirte InsO § 39 Rn. 67.

<sup>125</sup> Ausschließlich im Zeitraum 9.11.2022–31.12.2023 gem. § 4a SanInsKG (Vormalige Bezeichnung: COVID-19-Insolvenzaussetzungsg, nunmehr G zur vorübergehenden Anpassung sanierungs- und insolvenzrechtlicher Vorschriften zur Abmilderung von Krisenfolgen vom 27.3.2020, zuletzt geändert durch G zur Abschaffung des Güterrechtsregisters und zur Änderung des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes, Art. 9 G v. 31.10.2022, BGBl. 2022 I 1966).

<sup>126</sup> Hess Sanierungs-HdB/Fechner/Freund/Körner E. Rn. 220; Groß Sanierung III. Kap. Rn. 47; Uhlenbruck GmbHR 1988, 141.

- 123 Die Kreditinstitute trifft keine Rechtspflicht, ihren Kreditnehmer in der Sanierung zu unterstützen. Oft beteiligen sie sich aber auch aus eigenem Interesse an einer solchen, zB um die von ihr bereits gewährten Kredite zu retten, das sich in der Krise befindende Unternehmen auch als künftigen Kunden zu erhalten oder um sich so vor Sekundärinsolvenzen von Unternehmen zu schützen, die auch Kunden ihres Instituts sind.<sup>127</sup>
- 124 Bei der Gewährung neuer Kreditmittel handelt es sich um den einfachsten Sanierungsbeitrag. Dies kann durch schlichte Duldung von Überziehungen, durch förmliche Zusage neuer Kreditlinien oder im Rahmen eines Sanierungskonzepts durch Konsortialkredite aller kreditgebenden Banken erfolgen.<sup>128</sup> Allerdings beseitigt die Zufuhr neuer liquider Mittel durch die Gewährung zusätzlicher Kredite bestenfalls die Zahlungsunfähigkeit, nicht aber die drohende oder eingetretene Überschuldung, denn dem durch die Zuführung der liquiden Mittel entstehenden Aktivposten steht auf der Passivseite der Bilanz bzw. des Überschuldungsstatus eine entsprechende Verbindlichkeit gegenüber.<sup>129</sup> Außerdem ist zu beachten, dass durch die zusätzlich anfallenden Zinsen – soweit auf diese nicht verzichtet wird – nunmehr auch die Kostenbelastung des Unternehmens wächst. Daher wird die Zuführung liquider Mittel durch Kredite regelmäßig nicht als einzige Maßnahme zur Sanierung ausreichend, sondern nur Bestandteil eines umfassenden Sanierungskonzepts sein können.
- 125 **d) Rangrücktritt/Besserungsschein.** Ein Sanierungsbeitrag kann von den Gläubigern auch dadurch geleistet werden, dass sie auf ihre Forderungen verzichten.<sup>130</sup> Dies ist ein einfaches und schnelles Mittel, um die Überschuldung des Unternehmens zu beseitigen. Häufig sind die Gläubiger aber nicht bereit, völlig auf ihre Forderungen zu verzichten, sondern nur dazu, die Geltendmachung der Kreditforderungen zurückzustellen, bis die Sanierung des Unternehmens erfolgreich ist. Um diesem Bedürfnis gerecht zu werden, gibt es die Institute der Rangrücktrittsvereinbarung und die Vereinbarung eines Forderungsverzichts mit Besserungsschein, die in der Praxis eine wesentlich höhere Bedeutung erfahren als ein klassischer Forderungsverzicht.
- 126 **aa) Rangrücktrittsvereinbarung.** Forderungen aus Gesellschafterdarlehen und ihnen wirtschaftlich entsprechende Forderungen sind bei der Überschuldungsfeststellung zu berücksichtigen und können die Insolvenzantragspflicht auslösen. Die Rangrücktrittsvereinbarung<sup>131</sup> beinhaltet die Möglichkeit, die insolvenzrechtliche Überschuldung zu verhindern und kann ein probates Mittel zur Vermeidung der Insolvenzantragspflicht der Geschäftsorgane darstellen.<sup>132</sup>
- 127 Die Rangrücktrittserklärung ist eine vertragliche Vereinbarung zwischen Gesellschafter und Gläubiger dahingehend, dass der Gläubiger die Geltendmachung seiner Forderung bis zur Sanierung der Gesellschaft zurückstellt, ohne aber auf sie gänzlich zu verzichten.<sup>133</sup> Er kann sie geltend machen, wenn es der Gesellschaft wieder besser geht.<sup>134</sup> Zivilrechtlich stellt die Rangrücktrittserklärung einen verfügenden Schuldänderungsvertrag nach § 311 BGB dar, der den Bestand der Forderung unberührt lässt.<sup>135</sup> Dies führt dazu, dass Zahlungen entgegen den Regelungen der Rangrücktrittserklärungen ohne Rechtsgrund iSv § 812 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgen und damit kondizierbar sein können.<sup>136</sup>
- 128 Für Gesellschafterdarlehen findet sich nach MoMiG erstmals eine kodifizierte Regelung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rangrücktritts in § 19 Abs. 2 S. 2 InsO. Ausrei-

<sup>127</sup> Groß Sanierung III. Kap. Rn. 51 ff.

<sup>128</sup> K. Schmidt/Uhlenbruck/Wittig, 3. Aufl., Rn. 482.

<sup>129</sup> Obermüller InsR in der Bankpraxis Rn. 1.156.

<sup>130</sup> Dazu ausf. Gottwald/Haas InsR-HdB/Drukarczyk/Schöntag § 3 Rn. 107 ff.; zur den Varianten der Bilanzierung nach HGB und IFRS von Forderungsverzichten durch Gesellschafter siehe: Zwirner/Boecker IRZ 2018, 417.

<sup>131</sup> Vertiefend mit Formulierungsbeispielen: Kahlert/Gehrke DStR 2010, 227.

<sup>132</sup> Vgl. Buth/Hermanns Restrukturierung/Buth/Hermanns § 46 Rn. 110; Brüggemann NZG 1999, 811.

<sup>133</sup> Heybrock/Huntemann Anh. „Insolvenzrecht“ Rn. 76.

<sup>134</sup> Meyer-Löwy/Schmidt/Shubina ZIP 2014, 2478, zu der Frage inwieweit Finanzierungsinstrumente (insolvenz-)rechtlich zulässig zeitlich begrenzt werden können.

<sup>135</sup> Altmeyden/Altmeyden GmbHG § 42 Rn. 51 mwN.

<sup>136</sup> BGH 5.3.2015 – IX ZR 133/14, NJW 2015, 1672.

chend ist danach der Rücktritt hinter sämtliche in § 39 Abs. 1 Nr. 1–5 InsO bezeichneten Forderungen. Dies gilt auch für Forderungen, die einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen, also etwa gestundeten Forderungen aus Kauf-, Miet- oder Pachtverträgen.<sup>137</sup> Das Gesetz in § 19 Abs. 2 S. 3 InsO durch den Verweis auf § 39 Abs. 2 InsO vor, welchen Inhalt eine Rangrücktrittserklärung haben muss. Ausreichend ist, wenn die Rangrücktrittserklärung – dem Gesetzeswortlaut entsprechend – besagt, „dass der Gesellschafter gem. § 39 Abs. 2 InsO mit seiner Forderung im Rang hinter die übrigen Gesellschafterkreditgeber, die keine Rangrücktrittserklärung abgegeben haben und daher nach § 39 Abs. 1 InsO befriedigt werden, tritt“. Solange der Wille des Erklärenden zur Herbeiführung dieser Rechtsfolge – ggf. auch im Wege der Auslegung – erkennbar ist, sind die betroffenen Forderungen nicht in das Überschuldungsstatut einzustellen.<sup>138</sup>

Wird ein Darlehen trotz Rangrücktrittserklärung getilgt, begründet dies die Möglichkeit der Insolvenzanfechtung gem. § 135 InsO. Für das Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander bleibt ein Rangrücktritt ohne Wirkung, solange die Gesellschafter nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben.<sup>139</sup> 129

Mit der Forderung bleiben trotz des Rangrücktritts auch die für diese bestellten Sicherheiten erhalten.<sup>140</sup> Entsprechend den Grundsätzen für Gesellschafterdarlehen ist jedoch bei Misslingen der Sanierung eine abgesonderte Befriedigung aus Sicherheiten der zu sanierenden GmbH nicht zulässig.<sup>141</sup> Ebenso bleibt, soweit nicht ausdrücklich eine abweichende Regelung getroffen wurde, die Zinspflicht des Kreditnehmers bei Rangrücktritt mit einer verzinslichen Kreditforderung bestehen. Wie den Anspruch auf das Kapital kann der Kreditgeber die Zinsen aber erst dann rückwirkend geltend machen, wenn und soweit das Aktivvermögen der zu sanierenden GmbH die Verbindlichkeiten übersteigt.<sup>142</sup> 130

Bei Rangrücktrittserklärungen ist darauf zu achten, dass die Darlehensverbindlichkeit, für die der Rangrücktritt erklärt wird, nur zulasten von Gewinnen, aus einem Liquidationsüberschuss oder aus einem die sonstigen Verbindlichkeiten des Darlehensunternehmens übersteigenden Vermögen bedient zu werden braucht. Nur wenn diese Formulierung gewählt wird, führt die Rangrücktrittserklärung nicht zu einem gewinnerhöhenden außerordentlichen Ertrag in der Handelsbilanz, der zu versteuern wäre.<sup>143</sup> 131

Da ein Rangrücktritt den Bestand der Forderung unberührt lässt, ist sie weiterhin in der Handels- und Steuerbilanz als Verbindlichkeit auszuweisen,<sup>144</sup> wobei ein entsprechender klarstellender Ausweis im Bilanzanhang oder durch einen Vermerk erfolgen kann.<sup>145</sup> Zur steuerlichen Behandlung des Rangrücktritts s. Gras/Epler in → § 5 Rn. 69 ff. 132

*bb) Besserungsschein.* Als Besserungsschein bezeichnet man ein abstraktes Schuldanerkenntnis iSv § 781 BGB mit dem Inhalt einer aufschiebenden Bedingung, dass den Gläubigern, die im Rahmen eines außergerichtlichen Vergleichs oder Insolvenzplans auf einen Teil ihrer Forderungen verzichtet haben, die erlassenen Forderungen aus den zukünftigen Gewinnen der GmbH oder aus dem Liquidationserlös zurückzuzahlen sind.<sup>146</sup> 133

Nach der herrschenden Auffassung handelt es sich bei der Vereinbarung eines Besserungsscheins im Grunde um einen Forderungsverzicht durch Erlassvertrag iSd § 397 BGB. Jedoch steht der Erlass auf Grund des Besserungsscheins unter der auflösenden Bedingung, dass der Forderungserlass bei Besserung der Vermögensverhältnisse entfällt.<sup>147</sup> Demnach erlöschen 134

<sup>137</sup> Heybrock/Huntemann Anh. „Insolvenzrecht“ Rn. 80.

<sup>138</sup> MAH GmbHR/Selzner/Leuring § 7 Rn. 125.

<sup>139</sup> Henle/Bruckner ZIP 2003, 1738.

<sup>140</sup> Vgl. Martinek/Omlor WM 2008, 617 ff. (Teil I) u. 665 ff. (Teil II).

<sup>141</sup> Schmidt/Uhlenbruck/Wittig Rn. 2.262.

<sup>142</sup> Teller/Steffan S. 111 f.; Schmidt/Uhlenbruck/Wittig Rn. 2.262.

<sup>143</sup> Heybrock/Huntemann Anh. „Insolvenzrecht“ Rn. 81.

<sup>144</sup> BFH 18.10.1989 – IV B 149/88, NJW 1990, 535; BeBiKo/Schubert/Waubke HGB § 247 Rn. 232.

<sup>145</sup> So die hM: Groh BB 1993, 1882 (1884); Adler/Düring/Schmaltz Rechnungslegung § 246 Rn. 140 ff.

<sup>146</sup> Uhlenbruck/Meck InsO § 19 Rn. 255; Teller S. 12 f.; Herlinghaus S. 121, 129 ff.; Künne KTS 1968, 201 (202).

<sup>147</sup> MAH PersGesR/Weiß § 23 Sanierung Rn. 48, 51.

die im Vergleich erlassenen Forderungen im Moment der Vereinbarung des Erlassvertrags und wandeln sich erst beim Eintritt der besseren Vermögensumstände wieder in einklagbare Forderungen um.<sup>148</sup> Dementsprechend müssen die erlassenen Forderungen auch bis zu diesem Zeitpunkt nicht verzinst werden, sofern die Parteien nicht ausdrücklich eine andere Abrede treffen.<sup>149</sup>

- 135 Wegen des Forderungsverzichts sind die betroffenen Kreditverbindlichkeiten sowohl im Überschuldungsstatus als auch in der Handelsbilanz bis zum Zeitpunkt des Bedingungseintritts nicht zu passivieren. Dies folgt daraus, dass bis dahin keine Verbindlichkeit der Gesellschaft besteht, woran auch ein vereinbarter Besserungsschein nichts ändert.<sup>150</sup> Eine Verbindlichkeit ist also erst dann wieder einzubuchen, wenn die Voraussetzungen für den Besserungsschein eingetreten sind.

**Muster:**

- 136 Zwischen der A-GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer und dem Gläubiger X wird folgendes vereinbart:

Die A-GmbH schuldet dem Gläubiger X aus . . . . . (Vertrag oÄ) vom (Datum) einen Betrag von EUR . . . . . nebst . . . . .% Zinsen pa seit (Datum). Der Gläubiger X erlässt der A-GmbH diese Schuld nebst Zinsen.

Wenn und soweit es der A-GmbH auf Grund einer Besserung ihrer Vermögenslage möglich sein sollte, erhält der Gläubiger X ab dem Kalenderjahr . . . . . bis zu . . . . .% auf ihre jeweilige Forderung ausgezahlt (Besserungsbetrag).

Eine Besserung der Vermögenslage liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

- . . . . .
- . . . . .

Die A-GmbH ist berechtigt, den Besserungsbetrag entsprechend ihrer Vermögenslage in höchstens drei Jahresraten zu bezahlen.

Als Schiedsgutachter, deren Aufgabe es ist, verbindlich festzustellen, ob und in welchem Umfang die Voraussetzungen dieses Besserungsscheines vorliegen, werden folgende Personen eingesetzt:

1. . . . .
2. . . . . als Ersatzschiedsgutachter.

Tritt eine Besserung der Vermögenslage der A-GmbH nicht ein und kann deshalb mit Zahlungen nicht spätestens fünf Jahre nach Vergleichsabschluss begonnen werden, entfällt die über die nicht erlassenen Verbindlichkeiten hinausgehende Zahlungsverpflichtung der A-GmbH.

. . . . . (Ort), den . . . . . (Datum) . . . . . (Ort), den . . . . . (Datum)

. . . . . (Unterschrift des Geschäftsführers) (Unterschrift des Gläubigers)

- 137 *cc) Probleme bei Rangrücktritt und Besserungsschein.* Neben den soeben geschilderten dogmatischen Problemen, die Rangrücktritt und Besserungsschein mit sich bringen, ergeben sich in der Praxis häufig erhebliche Schwierigkeiten bei der Formulierung der Voraussetzungen, unter denen die erlassene oder subordinierte Forderung wieder getilgt werden soll. So sind Besserungsklauseln häufig schon wegen mangelnder Präzision unwirksam, weil zB die Bemessungsgrundlage nicht definiert ist. In der Praxis ist deshalb von enormer Bedeutung, dass die Voraussetzungen für das Eintreten des Besserungsfalls klar und eindeutig formuliert werden, um Streit hierüber zu vermeiden.<sup>151</sup>

<sup>148</sup> Herlinghaus S. 111; Schmidt GmbH 1999, 9 (11); Wittig NZI 2001, 169.

<sup>149</sup> Herlinghaus S. 136 f. mwN; Schmidt/Uhlenbruck/Wittig Rn. 2.261.

<sup>150</sup> BFH 18.10.1989 – IV B 149/88, DB 1990, 564; Groh BB 1993, 1882 (1884); Gross/Fink BB 1991, 1379; aA Herlinghaus S. 147 ff.

<sup>151</sup> Muster bei BeckFormB BHW/Meyer-Sparenberg Form. II. 13.



**Praxistipp:**

Die Bedingungen, unter denen der Forderungsverzicht wieder rückgängig gemacht werden sollen, muss besonders der Gläubiger(-berater) so präzise wie möglich zu formulieren suchen. Pauschale Bedingungen, wie zB „erklärt sich der Schuldner erklärt sich bereit, an den Gläubiger Nachzahlungen zu leisten, „wenn und soweit die Entwicklung seiner Vermögensverhältnisse dies gestattet“, oder „sobald sich seine Vermögensverhältnisse gebessert haben“ sind nicht praktikabel, da ein zu großer Auslegungsspielraum besteht. Besser ist es, die auflösende Bedingung an konkreten wirtschaftlichen Ereignissen festzumachen, die keinen übergroßen Auslegungsspielraum zulassen und das Risiko einer Manipulation des Eintrittskriteriums verringern.<sup>152</sup>

Doch selbst wenn der Besserungsschein bzw. die Voraussetzungen der Beendigung des Rangrücktritts sorgfältig formuliert worden sind, hat sich häufig gezeigt, dass dem sanierten Unternehmen in aller Regel Wege offenstehen, zB durch geschickte Bilanzierung, sich den Zahlungsverpflichtungen zu entziehen, zumal Besserungsklauseln häufig zeitlich begrenzt werden müssen, um nicht den Gesellschaftern für einen unübersehbaren Zeitraum jede Aussicht auf eine Gewinnausschüttung zu nehmen. Diese Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Besserungsklauseln entwerten in der Praxis erheblich die theoretischen Vorteile, die Besserungsscheine und Rangrücktrittserklärungen gegenüber dem schlichten Forderungsverzicht haben.<sup>153</sup>

e) **(Außergerichtlicher) Sanierungs-Vergleich.** Der außergerichtliche Vergleich<sup>154</sup> kommt dadurch zustande, dass sich Schuldner bzw. Schuldnerunternehmen und Gläubiger vertraglich zum gegenseitigen Nachgeben bereit erklären (§ 779 BGB), indem die Gläubiger ihre Forderungen mindern und/oder stunden, während der Schuldner sich zu bestimmten Verhaltensweisen und Maßnahmen, etwa zu Ratenzahlungen, Sicherheiten und zur Duldung der Überwachung seines Geschäfts verpflichtet.<sup>155</sup> Er unterliegt keinen gesetzlichen Verfahrensvorschriften und braucht daher auch keine Mindestquote für die Befriedigung der Gläubigerforderungen.<sup>156</sup>

aa) **Sanierungsvergleich.** Zustande kommt der außergerichtliche Sanierungsvergleich durch Individualvereinbarungen des Schuldners mit jedem einzelnen der Gläubiger. In aller Regel verständigen sich die Gläubiger dabei untereinander.<sup>157</sup>

Mit der Einführung des StaRUG<sup>158</sup> Anfang des Jahres 2021 wurde eine sog. **Sanierungsmoderation** in Gesetzesform gegossen. Das StaRUG<sup>159</sup> soll die Rahmenbedingungen für die Durchführung frühzeitig eingeleiteter und gut vorbereiteter Sanierungen verbessern. Bereits im Zustand der nur drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) und damit in einem **relativ frühen Krisenstadium** die Möglichkeit zu eröffnen, einen Sanierungsversucht unter Einbeziehung eines vom Gericht bestellten Dritten zu versuchen und damit die zwingenden Öffentlichkeitswirkungen eines Insolvenzverfahrens umgehen zu können.<sup>160</sup>

Mit der Sanierungsmoderation wurde ein neues dem eigentlichen Restrukturierungsverfahren vorgelagertes, nicht öffentliches Unterstützungsverfahren in der Krise geschaffen. Anschließend besteht über den **Sanierungsvergleich** die Möglichkeit, die Einigung gerichtlich weitgehend anfechtungsfest zu gestalten, vgl. § 97 Abs. 3 iVm § 90 StaRUG.<sup>161</sup> Der Sanie-

<sup>152</sup> Vgl. Gottwald/Haas InsR-HdB/Drukarczyk/Schöntag § 3 Rn. 108.

<sup>153</sup> Schmidt/Uhlenbruck/Wittig Rn. 2.269.

<sup>154</sup> Zur außergerichtlichen Sanierung umfassend zB: Knops/Bamberger/Lieser, Recht der Sanierungsfinanzierung, § 24 Rn. 24 ff.

<sup>155</sup> Künne Außergerichtliche Vergleichsordnung S. 39; Groß Sanierung S. 489, XIV. Kap. Rn. 1.

<sup>156</sup> Picot/Aleth Unternehmenskrise Rn. 508.

<sup>157</sup> BGH 12.12.1991 – IX ZR 178/91, NJW 1992, 967; Ebenroth/Grashoff BB 1992, 865 (868).

<sup>158</sup> G über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen vom 22.12.2002, BGBl. 2002 I 3256.

<sup>159</sup> Zum Überblick über das Restrukturierungsverfahren vgl. BeckMandatsHdB InsArbR/Fanselow/Kreplin § 2 Rn. 508 ff.

<sup>160</sup> Nerlich/Römermann/Schröder StaRUG vor § 94 Rn. 1; Pape/Reichelt/Schultz/Voigt-Salus InsR § 41 Rn. 3.

<sup>161</sup> Braun/Blümle/Erbe StaRUG Vorb vor §§ 94–100 Rn. 1, mwN.

rungsvergleich ist in § 97 StaRUG geregelt. Voraussetzung dafür ist ua ein schlüssiges und erfolversprechendes Sanierungskonzept. Gegenstand des Vergleichs kann jede Vereinbarung zwischen dem Schuldner, seinen Gläubigern oder sonstigen Beteiligten sein. Die Parteien vereinbaren in dem Vergleich ihre jeweiligen Sanierungsbeiträge.

143 Mögliche Sanierungsbeiträge können sein:

- Forderungsverzichte
- Stundungen, Prolongationen
- Neukredite
- Freigabe und Neubestellung von Sicherheiten
- Anpassung von Vertragsbedingungen
- Mittelzuführungen durch Gesellschafter
- Verkauf von Vermögenswerten<sup>162</sup>

**Praxistipp:**

Das Gesetz setzt dabei nicht voraus, dass ein Sanierungsvergleich zu einer materiell-rechtlichen Wirksamkeit der gerichtlichen Bestätigung bedarf. Auch ohne eine gerichtliche Bestätigung ist der Vergleichsvertrag (§ 779 BGB) daher grundsätzlich wirksam. Dies wird in der Praxis meist nicht gewollt sein. Daher sollten die Parteien den Sanierungsvergleich unter der aufschiebenden Bedingung der gerichtlichen Bestätigung schließen.<sup>163</sup>

144 Der außergerichtliche Vergleich ist – wo möglich – die grundsätzlich vorzuziehende Variante; die Vorteile überwiegen die Nachteile idR deutlich. So wird weniger in das Unternehmensgeschehen eingegriffen, die Entscheidungskompetenzen bleiben erhalten und die mannigfaltigen negativen Auswirkungen einer Veröffentlichung der Insolvenzbeschlüsse bleiben erspart. Grundvoraussetzung für außergerichtliche Vergleiche ist in aller Regel allerdings ein Grundstock an Liquidität, um den Gläubigern Forderungsnachlässe abkaufen und erfolgreich in Vergleichsverhandlungen einsteigen zu können. Ist die Zahlungsunfähigkeit einmal eingetreten, dürfte es für außergerichtliche Einigungen meistens zu spät sein. Die Gläubiger wollen endlich ernsthaft „Geld sehen“ und nicht weiter vertröstet werden.

145 *bb) Vorteile.*<sup>164</sup> Der größte Vorteil des außergerichtlichen Vergleichs ist aus Sicht der GmbH in der fehlenden Publizität zu sehen, so dass ein Vergleich diskret und nur unter Beteiligung der Gesellschaft und ihren Gläubigern erfolgen kann. Der Geschäftsführer der GmbH kann ein Sanierungskonzept erarbeiten und dieses den Gläubigern präsentieren, ohne gesetzlich vorgeschriebene Unterlagen einreichen zu müssen.

146 Die Gläubiger der GmbH haben ebenso wenig wie im Insolvenzverfahren Anspruch auf eine Mindestquote.

147 *cc) Probleme einer Vergleichslösung.* Die freie Sanierung muss jedoch nicht in jedem Fall günstiger für die Gläubiger sein als die Durchführung eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens. Fehler, die bei der außergerichtlichen Sanierung gemacht wurden, zeigen sich meist erst dann, wenn die Sanierung gescheitert ist. Deshalb muss der Gläubiger bei der Entscheidungsfindung, ob er der außergerichtlichen Sanierung zustimmen wird oder nicht, auch die Möglichkeit erwägen, dass es für ihn ökonomisch mit einem totalen „Reinfall“ enden kann. Der Gläubiger sollte daher auf Folgendes achten:

148 Beim außergerichtlichen Vergleich gilt zwar der Grundsatz, dass alle Gläubiger gleich zu behandeln sind.<sup>165</sup> Ausnahmsweise ist jedoch eine Bevorzugung einzelner Gläubiger oder Gläubigergruppen mit Zustimmung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig. Auch können zB die nach §§ 123, 124 InsO als Masseverbindlichkeiten zu behandelnden Forderungen der Arbeitnehmer bevorzugt befriedigt werden.<sup>166</sup> Zudem werden im außergerichtlichen Ver-

<sup>162</sup> Zum Ganzen: Nerlich/Römermann/Schröder StaRUG § 97 Rn. 4, 6, 7.

<sup>163</sup> Nerlich/Römermann/Schröder StaRUG § 97 Rn. 4.

<sup>164</sup> Schmidt/Uhlenbruck/Uhlenbruck Rn. 2.1 ff.

<sup>165</sup> Schneider/Waschk S. 67, 3.1.

<sup>166</sup> Schmidt/Uhlenbruck/Uhlenbruck, 3. Aufl., Rn. 439.