

Festschrift für Bruno Kübler zum 70. Geburtstag

von

Prof. Dr. Reinhard Bork, Prof. Dr. Godehard Kayser, Dr. Frank Kebekus

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 67248 4

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

ergibt.⁸ Aus diesem Grunde hält der Bundesgerichtshof an dem Merkmal des ernsthaften Einforderns als Voraussetzung einer bei Prüfung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigenden Verbindlichkeit fest. Dabei dient dieses Merkmal nur dazu, auch solche Gläubigerforderungen, die nur rein tatsächlich – ohne rechtlichen Bindungswillen oder erkennbare Erklärung – gestundet worden sind, von der Gegenüberstellung auszunehmen.⁹ Eine früher ernsthaft eingeforderte Forderung darf daher nicht mehr berücksichtigt werden, wenn inzwischen ein Stillhalteabkommen mit dem Gläubiger – auch ein solches, das keine Stundung im Rechtssinne darstellt – zustande gekommen ist.¹⁰ Dagegen werden auch solche Forderungen in die Prüfung einbezogen, bei denen die Fälligkeit bereits kalendermäßig eingetreten ist. In solchen Fällen darf der Gläubiger schon im Hinblick auf den durch eine Fristüberschreitung bewirkten Verzugsbeginn (§ 286 Abs. 1 BGB) ohne weiteres von einer pünktlichen Erfüllung der Verbindlichkeit ausgehen.¹¹ Dasselbe gilt für Forderungen, die der Schuldner durch eine Kündigung selbst fällig gestellt hat.¹²

Forderungen, die in der Krise nicht geltend gemacht werden können, was etwa für eigenkapitalersetzende Gesellschafterhilfen nach früherem Recht zutrifft, sind nicht fällig i. S. von § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO.¹³ Vor allem dürfen Forderungen, deren Gläubiger sich für die Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden erklärt haben, nicht in die Liquidationsbilanz einbezogen werden.¹⁴ Dagegen sind Ansprüche auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei Fälligkeit uneingeschränkt durchsetzbar, sofern keine darüber hinaus gehende Nachrangvereinbarung geschlossen wurde; denn das Auszahlungsverbot für Gesellschafterdarlehen ist mit der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG) entfallen. Solche Forderungen sind demzufolge auf der Passivseite einzustellen, obwohl sie im Insolvenzfall nach Maßgabe von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig sind.¹⁵

2. Wirkung des Rangrücktritts

a) Gesetzlicher Wortlaut

Die Vorschrift des § 39 InsO behandelt nach ihrem Wortlaut sowie ihrer Stellung im Gesetz allein die Frage, in welcher Reihenfolge die nicht von § 38 InsO erfassten Forderungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu befriedigen sind. Der Inhalt der Bestimmung deutet danach in keiner Weise darauf hin, dass eine Vereinbarung des Nachrangs, wie sie in § 39 Abs. 2 InsO beschrieben ist, außer für den Rang der Befriedigung im eröffneten Verfahren auch für die Frage von Bedeutung sein soll, ob überhaupt Zahlungsunfähigkeit und damit ein Eröffnungsgrund vorliegt.

⁸ BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666; BGH, Urt. v. 14.5.2009 – IX ZR 63/08, BGHZ 181, 132 = ZIP 2009, 1235, Rz. 22.

⁹ BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666, Rz. 15.

¹⁰ BGH, Urt. v. 20.12.2007 – IX ZR 93/06, ZIP 2008, 420 = WM 2008, 452, Rz. 26.

¹¹ BGH, Urt. v. 14.5.2009 – IX ZR 63/08, BGHZ 181, 132 = ZIP 2009, 1235, Rz. 26.

¹² BGH, Urt. v. 14.5.2009 – IX ZR 63/08, BGHZ 181, 132 = ZIP 2009, 1235.

¹³ BGH, Urt. v. 14.5.2009 – IX ZR 63/08, BGHZ 181, 132 = ZIP 2009, 1235, Rz. 20; BGH, Urt. v. 9.10.2012 – II ZR 298/11, ZIP 2012, 2391 = NZI 2012, 1009, Rz. 15.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666; BGH, Urt. v. 20.12.2007 – IX ZR 93/06, ZIP 2008, 420 = WM 2008, 452, Rz. 25 f.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 23.9.2010 – IX ZB 282/09, ZIP 2010, 2055 = NZI 2011, 58, Rz. 10; BGH, Urt. v. 9.10.2012 – II ZR 298/11, ZIP 2012, 2391 = NZI 2012, 1009; *Kirchhof* in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 17 Rz. 7; *K. Schmidt* in: K. Schmidt, InsO, 18. Aufl. 2013, § 17 Rz. 6; *Bitter* in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., Vor § 64 Rz. 7; *Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 17 Rz. 10.

b) Analoge Anwendung von § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO

Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO in der seit dem Inkrafttreten des MoMiG geltenden Fassung sind allerdings bei Prüfung der Überschuldung Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 InsO zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren vereinbart worden ist, nicht bei den Verbindlichkeiten zu berücksichtigen. Nach einer von Teilen der Literatur vertretenen Ansicht soll diese Vorschrift auf Drittgläubiger entsprechend anzuwenden sein.¹⁶ Umstritten ist außerdem, ob dafür ein einfacher, nur das Insolvenzverfahren betreffender Rangrücktritt genügt¹⁷ oder ob sich die Vereinbarung auch auf die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens beziehen, also eine jedenfalls faktische Stundung der Forderung zum Gegenstand haben muss.¹⁸

Die genannten Streitfragen können jedoch an dieser Stelle auf sich beruhen, weil eine entsprechende Anwendung von § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO i. R. der Prüfung, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt, nicht in Betracht kommt.¹⁹ Beide Insolvenzgründe unterscheiden sich voneinander nach Zweck und Struktur erheblich. Während es für die Zahlungsunfähigkeit darauf ankommt, ob der Schuldner in der Lage ist, die im maßgeblichen Zeitpunkt fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen, dient die Überschuldungsprüfung dazu, die Befriedigung aller Gläubiger bei einer Verwertung des Schuldnervermögens sicherzustellen. Die Überschuldung ist zudem nur bei juristischen Personen Eröffnungsgrund und soll dort ein Insolvenzverfahren schon ermöglichen, bevor Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. In Anbetracht dieser Verschiedenheiten ist nicht davon auszugehen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die in § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO enthaltene Regel auch bei Prüfung der Zahlungsunfähigkeit gelten soll.

c) Beseitigung der Fälligkeit

Da die in § 39 Abs. 2 InsO beschriebenen Wirkungen einer Nachrangvereinbarung sich nicht auf den Zeitraum vor Insolvenzeröffnung erstrecken, sind sie allein nicht geeignet, diesen Forderungen die Fälligkeit zu nehmen, wenn sie nach den Regeln, welche die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erarbeitet hat, als ernsthaft eingefordert anzusehen sind. Die Wirkungen des Rangrücktritts beziehen sich allein auf die Verteilung der Insolvenzmasse. Durch eine Nachrangvereinbarung i. S. von § 39 Abs. 2

¹⁶ Kirchhof in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 19 Rz. 24; Kadenbach in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Fachanwaltskommentar Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2014, § 19 Rz. 40; Kahlert/Gehrke, Der Rangrücktritt nach MoMiG im GmbH-Recht: Insolvenz- und steuerrechtliche Aspekte, DStR 2010, 227, 230; Leithaus/Schäfer, Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung anno 2010 – Unter welchen Voraussetzungen lässt sich eine Rangrücktrittsvereinbarung aufheben?, NZI 2010, 844, 846.

¹⁷ Bremen in: Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl. 2014, § 19 Rz. 34; Kadenbach in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Fachanwaltskommentar Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2014, § 19 Rz. 40; Uhlenbruck in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 19 Rz. 91; Gehrlein, BB-Rechtsprechungsreport zur Unternehmensinsolvenz 2010, BB 2011, 1539, 1540; Kahlert/Gehrke, DStR 2010, 227, 229; Geiser, Die zeitliche Reichweite der Rangrücktrittsvereinbarung in Bezug auf Forderungen aus Gesellschafterdarlehen nach § 19 II 2 InsO – Redaktionsversehen oder bewusste Abkehr?, NZI 2013, 1056.

¹⁸ K. Schmidt in: K Schmidt, InsO, 18. Aufl. 2013, § 19 Rz. 35; Frystatzki, Insolvenzzrechtliche Anforderungen an Rangrücktrittsvereinbarungen, NZI 2013, 609 ff.; Haas, Die Passivierung von Gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz nach MoMiG und FMStG, DStR 2009, 326, 327.

¹⁹ Bitter/Rauhut, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1005, 1012; Bork, ZIP 2014, 997, 1005.

InsO verlieren die davon betroffenen Forderungen ihre Fälligkeit nur, wenn zugleich deren Stundung für den Zeitraum vor der Entscheidung über die Zahlungsunfähigkeit vereinbart wird.²⁰

Diese Beurteilung steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Liegt eine Gläubigerhandlung vor, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt, ist grundsätzlich von einer Fälligkeit der Forderung auszugehen.²¹ Im zweiten Leitsatz des Beschlusses vom 19.7.2007 heißt es, Forderungen, deren Gläubiger sich für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens – also nicht lediglich hinsichtlich der Verteilung im eröffneten Verfahren – mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden erklärt haben, seien bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht zu berücksichtigen.²² Aus dem Sachverhalt und der Begründung der Entscheidung wird zudem deutlich, dass die Gläubigerin zum Ausdruck gebracht hatte, sie strebe weder eine bevorrechtigte Befriedigung i. R. des vollstreckungsrechtlichen Prioritätsprinzips noch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners an.²³ Folglich ist die Verbindlichkeit nur dann auf der Passivseite nicht einzustellen, wenn nach übereinstimmendem Willen von Schuldner und Gläubiger noch im für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit maßgeblichen Zeitpunkt wegen der betreffenden Forderung aktuell keine Leistung verlangt wird.

Entgegen der Ansicht von *Bork*²⁴ ergibt sich auch aus dem Beschluss vom 23.9.2010²⁵ nichts anderes. Die Entscheidung befasst sich mit der Frage, ob der Insolvenzantrag eines nachrangigen Gläubigers auch dann zulässig ist, wenn dieser im eröffneten Verfahren keine Befriedigung erwarten kann, und bejaht dies, weil der Gesetzgeber die nachrangigen Gläubiger von Anfang an in das Insolvenzverfahren einbeziehen wolle. Die nachrangigen seien ebenso Insolvenzgläubiger wie diejenigen im Rang des § 38 InsO.²⁶ Zwar heißt es anschließend, nachrangige Gläubiger i. S. des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO seien bei Prüfung der Zahlungsunfähigkeit in die Liquiditätsprognose einzubeziehen, wenn keine weitergehende Nachrangvereinbarung getroffen (§ 39 Abs. 2 InsO) worden sei.²⁷ Indem sich der Bundesgerichtshof, was die Nachrangvereinbarung angeht, aber ausdrücklich auf die Grundsatzentscheidung vom 19.7.2007 bezieht, bringt er hinreichend zum Ausdruck, dass nur solche Abreden gemeint sind, die eine mindestens faktische Stundung für die Zeit vor Insolvenzeröffnung umfassen.

3. Forderungen aus wirksamen Genussrechtsverträgen

Die Laufzeit von Genussrechtsverträgen kann in unterschiedlicher Weise geregelt werden. Hauptsächlich kommen zwei Alternativen in Betracht. Die Verträge können eine unbestimmte Dauer vorsehen und nach Ablauf einer vereinbarten Mindestzeit ein Kündigungsrecht gewähren. Die Genussrechte können aber auch in der Weise ausgestaltet werden, dass der Vertrag nach einer bestimmten Dauer automatisch endet.

²⁰ Zutreffend herausgearbeitet von *Bitter/Raubhut*, ZIP 2014, 1005, 1007 f.; im Ergebnis ebenso *Haas* in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 20. Aufl. 2013, § 64 Rz. 34b; *K. Schmidt* in: *K Schmidt, InsO*, 18. Aufl. 2013, § 17 Rz. 10, 13; *Mock*, Genussrechtinhaber in der Insolvenz des Emittenten, NZI 2014, 102, 103.

²¹ BGH, Urt. v. 14.5.2009 – IX ZR 63/08, BGHZ 181, 132 = ZIP 2009, 1235, Rz. 22; BGH, Urt. v. 6.12.2012 – IX ZR 3/12, ZIP 2013, 228 = WM 2013, 174, Rz. 26 f.

²² BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666.

²³ BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666, Rz. 20.

²⁴ *Bork*, ZIP 2014, 997, 1001 f.

²⁵ BGH, Beschl. v. 23.9.2010 – IX ZB 282/09, ZIP 2010, 2055 = NZI 2011, 58.

²⁶ BGH, Beschl. v. 23.9.2010 – IX ZB 282/09, ZIP 2010, 2055 = NZI 2011, 58, Rz. 10.

²⁷ BGH, Beschl. v. 23.9.2010 – IX ZB 282/09, ZIP 2010, 2055 = NZI 2011, 58, Rz. 10.

a) Rückzahlungsansprüche vor Ablauf der vereinbarten Vertragszeit

Bei allen Verträgen, die nur durch Kündigung beendet werden können, fehlt es bei Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens an einem fälligen Anspruch des Genussrechtinhabers, wenn zu diesem Zeitpunkt die Mindestlaufzeit des Vertrages noch nicht erreicht oder nach deren Ende eine Kündigung nicht erklärt bzw. mangels Ablaufs der dafür vereinbarten Frist noch nicht wirksam geworden ist.

Zwar können Dauerschuldverhältnisse von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden (§ 314 Abs. 1 Satz 1 BGB). Genussrechtsverträge gehören zu den Dauerschuldverhältnissen i. S. dieser Vorschrift.²⁸ Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und bei Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Diese Voraussetzungen mögen etwa dann gegeben sein, wenn die Emittentin durch eine dem Unternehmenszweck nicht entsprechende oder aus sonstigen Gründen kaufmännisch verantwortungslose Geschäftstätigkeit ihre Pflicht zum Schutz des Genusskapitals in schwerwiegender Weise verletzt hat.²⁹

Der Umstand allein, dass die Gesellschaft Liquiditätsprobleme hat und daher die Zahlungsunfähigkeit droht oder schon eingetreten ist, rechtfertigt keine Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund. Typischerweise sind Genussrechtsverträge so gestaltet, dass das von den Anlegern zur Verfügung gestellte Kapital nach Aufzehrung der Rücklagen und des Stammkapitals der Gesellschaft am Verlust des Unternehmens teilnimmt. Die gesamte Vermögenseinlage der Genussrechtinhaber haftet dann nachrangig nach dem Eigenkapital der Emittentin für deren gesamte Verbindlichkeiten. Diese Regelung wäre wirkungslos, wenn der Genussrechtinhaber sein Kapital abziehen könnte, sobald eine den Fortbestand des Unternehmens bedrohende finanzielle Lage eintritt.

Ob die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Emittentin einen wichtigen Grund i. S. von § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB darstellt, wie dies in der Literatur teilweise vertreten wird,³⁰ kann dahingestellt bleiben; denn daraus ließe sich keine Fälligkeit bei Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ableiten. Die Wirkungen der §§ 41 ff. InsO werden erst durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgelöst. Rückzahlungsansprüche der Genussrechtinhaber können daher, bevor die vereinbarte Vertragsdauer abgelaufen oder das vertraglich vereinbarte Kündigungsrecht wirksam geworden ist, grundsätzlich nicht in die Liquiditätsbilanz auf der Passivseite eingestellt werden.³¹

b) Rückzahlungsansprüche nach Beendigung des Vertrages

In aller Regel bringt der Gläubiger mit der Kündigung eines Vertrages hinreichend zum Ausdruck, dass er die darauf beruhenden Ansprüche ernsthaft einfordert.³² Bei Rückzahlungsansprüchen, die nach Ablauf der Vertragszeit entstehen, sind diese Voraussetzungen jedenfalls dann gegeben, wenn der Anleger die Auszahlung verlangt. Eine andere Beurteilung ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Beteiligten sich gleichwohl darüber einig geworden sind, dass die Ansprüche, die dem nachrangigen Gläubiger zustehen, wie nicht fällige Forderungen behandelt werden sollen.³³

²⁸ BGH, Urt. v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 330 = ZIP 1992, 1542.

²⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 306, 330 ff. = ZIP 1992, 1542.

³⁰ Mock, NZI 2014, 102, 104.

³¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666; Kirchhof in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 17 Rz. 9 f.; K. Schmidt in: K Schmidt, InsO, 18. Aufl. 2013, § 17 Rz. 9 ff.

³² Vgl. BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666, Rz. 19; BGH, Urt. v. 14.5.2009 – IX ZR 63/08, BGHZ 181, 132 = ZIP 2009, 1235, Rz. 22 ff.

³³ K. Schmidt in: K Schmidt, InsO, 18. Aufl. 2013, § 17 Rz. 10, 13; Mock, NZI 2014, 102, 103.

Obwohl die Vertragsparteien den Ansprüchen aus Genussrechten einvernehmlich im Insolvenzverfahren den Nachrang nach den in § 39 Abs. 1 InsO genannten Ansprüchen zugewiesen haben, führt ein solcher Rangrücktritt nach § 39 Abs. 2 InsO, wie ausgeführt, nicht ohne weiteres dazu, die Rückzahlungsforderungen, die auf einer Beendigung des Vertrages beruhen, nicht als fällig i. S. von § 17 Abs. 2 InsO zu behandeln. Der auf einer Vereinbarung beruhende Rangrücktritt mit der Folge, dass die Forderung erst nach den in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO genannten Ansprüchen berichtigt werden soll, bewirkt nicht automatisch, dass die entsprechende Forderung für die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit bedeutungslos wird, weil der Begriff des Nachrangs sich nur auf die verfahrensmäßige Verteilung der Insolvenzmasse bezieht.³⁴ Keine Bedeutung für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit haben solche Forderungen erst dann, wenn zugleich eine vor der Insolvenz getroffene Stundungsvereinbarung vorliegt, die noch im Zeitpunkt der Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens Bestand hat.³⁵

Regeln die Genussrechtsbedingungen nicht ausdrücklich, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang der vereinbarte Nachrang eine Stundung der Forderungen der Genussrechtsinhaber zur Folge haben soll, so fragt sich, ob im Wege der Vertragsauslegung ein solcher übereinstimmender Wille der Parteien festgestellt werden kann. In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, die Vereinbarung eines Rangrücktritts enthalte grundsätzlich eine Stundungsabrede, obwohl durchaus gesehen wird, dass auch nachrangige Forderungen Zahlungsunfähigkeit begründen können.³⁶ Bei der Auslegung des Vertrages ist jedoch darauf abzustellen, ob für einen durchschnittlichen Anleger aus dem Vertragsinhalt hinreichend zu erkennen war, dass der Nachrangvereinbarung zugleich die Wirkung einer vorinsolvenzlichen Stundung zukommen sollte. Dies wird in aller Regel zu verneinen sein. Der Genussrechtsinhaber konnte, sofern der Vertrag keinen eindeutigen Hinweis enthält und er auch nicht in entsprechender Weise belehrt wurde, ohne grundlegende Kenntnisse im Insolvenzrecht oder einschlägige geschäftliche Erfahrung im Allgemeinen nicht erkennen, dass ein Einverständnis mit dem Nachrang zugleich die Stundung von Forderungen in der Krise sogar nach einer vertragsgemäß erklärten Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist oder nach dem Ende der vereinbarten Vertragsdauer bewirken sollte.

Die Ansprüche aus abgelaufenen Verträgen sind somit auf der Passivseite der Liquiditätsbilanz einzustellen. Dasselbe trifft für die Ansprüche aus gekündigten Verträgen zu, sofern zu dem Zeitpunkt, in dem die Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergeht, die Kündigung nicht nur erklärt, sondern infolge Fristablaufs bereits wirksam geworden ist. Ansprüche, deren Erfüllung dagegen noch nicht verlangt werden kann, sind auch dann nicht fällig i. S. von § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO, wenn die Kündigungsfrist schon wenige Tage nach dem für die Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens maßgeblichen Zeitpunkt abläuft.³⁷

c) Zinsansprüche

Die Zinsansprüche der Genussrechtsinhaber können unterschiedlich ausgestaltet sein. Häufig wird vereinbart, dass Zinsansprüche während der Laufzeit des Genussrechts in regelmäßigen Abständen – zumeist jährlich – entstehen. Der Anleger hat dann in der Regel die Wahl, Auszahlung der angefallenen Zinsen zu verlangen oder sie automatisch in weiteren Genussrechten anzulegen. Die Vertragsparteien können jedoch auch vereinbaren, dass ein Anspruch auf Zinsen erst mit Ablauf der Vertragszeit fällig wird.

³⁴ Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005, 1012; a. A. Bork, ZIP 2014, 997, 1001 ff.

³⁵ Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005, 1008; K. Schmidt in: K Schmidt, InsO, 18. Aufl. 2013, § 17 Rz. 10; siehe oben III. 2. c).

³⁶ Cranshaw/Paulus/Michel, Bankenkomentar zum Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2012, § 17 Rz. 23 ff.

³⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134, 138 = ZIP 2004, 1426.

Ist der Vertrag bei Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens schon aufgrund der Kündigung beendet, erstreckt sich der fällige Rückzahlungsanspruch auch auf die Genussrechte, die durch Wiederanlage von Zinsen begründet worden sind; denn es ist kein Grund ersichtlich, der eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnte. Sind die Voraussetzungen für eine Kündigung des Vertrages gegeben, dann bezieht sich dieses Recht auf den gesamten Kapitalbetrag, den der Anleger der Emittentin zur Verfügung gestellt hat.

Hat der Anleger dagegen die Auszahlung der entstandenen Zinsen vereinbart und stehen ihm insoweit noch Ansprüche zu, kommt es darauf an, ob der Gesellschaft ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, wenn die Vertragsbedingungen vorsehen, dass Voraussetzung für die Auszahlung der Ausschüttungen die Aufrechterhaltung einer ausreichenden Liquidität der Emittentin ist. Die Frage ist indes zu verneinen. Sind die infolge der Kündigung bestehenden Rückzahlungsansprüche trotz ihrer Nachrangigkeit i. S. von § 39 Abs. 2 InsO nach dem Willen der Vertragsparteien fällig, erstreckt sich diese Wirkung auch auf die Zinsansprüche, sofern aus dem Vertragsinhalt nicht eindeutig hervorgeht, dass diese, entgegen der für die Hauptforderung geltenden Regelung, gestundet sein sollen. Für die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit sind jedoch nur die Zinsansprüche bedeutsam, deren Auszahlung nach dem Vertrag im für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens maßgebenden Zeitpunkt bereits verlangt werden kann.

Ist der Genussrechtsvertrag nicht gekündigt worden, die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen oder der Zeitpunkt noch nicht erreicht, zu dem die fest vereinbarte Vertragszeit endet, so gilt Folgendes: Die wiederangelegten Zinsen sind Teil des Genussrechts und daher ebenso zu beurteilen wie die Hauptforderung. Die Auszahlung bereits entstandener Zinsansprüche kann die Gesellschaft vor dem Wirksamwerden der Kündigung aber nur verweigern, wenn vereinbart wurde, dass die Ausschüttung bei nicht ausreichender Liquidität der Schuldnerin nicht verlangt werden kann.

IV. Wirkung der Nachrangvereinbarung bei sonstigen Ansprüchen

Die Wirkung einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner über den Nachrang bestimmter Forderungen im Insolvenzverfahren betrifft, wie sich bei Behandlung der Genussrechte hat zeigen lassen, allein die Frage, an welcher Stelle diese Ansprüche bei Verteilung der Masse nach §§ 187 ff. InsO berücksichtigt werden sollen, wenn die Vertragsparteien keine darüber hinausgehenden Abreden getroffen haben. Diese Beurteilung beruht nicht auf der rechtlichen Struktur der Genussrechte, sondern folgt aus der Auslegung von § 39 InsO nach Wortlaut, Inhalt und Zweck der Norm sowie dem Verständnis des Begriffs der Fälligkeit gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO, das die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelt hat.³⁸ Folglich sind bei Feststellung der Zahlungsunfähigkeit auch die im Rang des § 39 Abs. 2 InsO zu berichtigenden Forderungen grundsätzlich als fällig anzusehen, wenn ein Verhalten des Gläubigers vorliegt, das nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als ernsthaftes Einfordern anzusehen ist. Eine Nachrangvereinbarung nach § 39 Abs. 2 InsO umfasst also nicht von Gesetzes wegen eine Stundungsabrede für die Zeit bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Vielmehr bedarf es insoweit immer einer Vereinbarung von Schuldner und Gläubiger.

Eine Vereinbarung, welche die Fälligkeit i. S. von § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ausschließt, bedarf keiner besonderen Form. Sie kann auch konkludent geschlossen werden. Daher ist in Fällen einer Vereinbarung nach § 39 Abs. 2 InsO grundsätzlich im Wege der Auslegung zu prüfen, ob sich ein entsprechender Parteiwille aus Sinn und Zweck der Nachrangvereinbarung entnehmen lässt. Handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, so sind

³⁸ Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005, 1007 f.; Bork, ZIP 2014, 997, 1001 ff.

diese nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind.³⁹ Bei allen Verträgen mit Verbrauchern, die eine Geldanlage betreffen, kann grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, dass der Anleger mit einer Stundung, welche die Fälligkeit i. S. von § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ausschließt, einverstanden ist, sofern ein Rückzahlungsanspruch aufgrund einer Kündigung oder nach Ablauf einer bestimmten Vertragsdauer besteht. Nur dann, wenn die Anlagebedingungen eine Bestimmung enthalten, die nach Inhalt und Form unmissverständlich zum Ausdruck bringt, im Falle einer finanziellen Krise seien alle Forderungen gestundet, oder mit dem Anleger in anderer Weise eine eindeutige Vereinbarung dieses Inhalts getroffen wurde, sind die Forderungen im Rang des § 39 Abs. 2 InsO bei Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen.

Rangrücktrittsvereinbarungen nach § 39 Abs. 2 InsO, welche die Schuldnerin mit einem ihrer Gesellschafter oder Geschäftsführer trifft und die ersichtlich bezwecken, die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung der Gesellschaft zu verhindern oder zu beseitigen, enthalten dagegen in aller Regel nach dem Willen der Beteiligten die konkludente Abrede, dass die davon betroffenen Gläubigerforderungen nicht im insolvenzrechtlichen Sinne fällig werden sollen.⁴⁰ Vereinbart die Schuldnerin mit Gläubigern, zu deren Geschäftsbereich es gehört, Investitionen für Dritte zu leisten oder ungesicherte nachrangige Kredite zu gewähren, einen solchen Nachrang, kann es gerechtfertigt sein, die Vereinbarung ebenfalls in dem Sinne auszulegen, dass sich die Parteien zugleich über eine Stundung einig sind. In solchen Fällen wird man allerdings nicht ohne weiteres davon ausgehen können, die Forderungen der Gläubiger seien wegen der Nachrangabrede gestundet. Dies wird vielmehr von Fall zu Fall nach Inhalt und Zweck der Vereinbarung sowie nach der für die Parteien ersichtlichen Interessenlage beurteilt werden müssen.

³⁹ St. Rspr.: BGH, Urt. v. 17.12.1987 – VII ZR 307/86, BGHZ 102, 384, 389 f.; BGH, Teil-Urt. v. 29.4.2008 – KZR 2/07, BGHZ 176, 244 = ZIP 2009, 329, Rz. 19; BGH, Urt. v. 21.4.2009 – XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 = ZIP 2009, 1106, Rz. 11; BGH, Vers.-Urt. v. 21.10.2009 – VIII ZR 244/08, NJW 2010, 293, Rz. 11; BGH, Urt. v. 3.5.2011 – XI ZR 373/08, WM 2011, 1465, Rz. 23.

⁴⁰ Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005, 1013.