

gerechnet werden und das Privileg entfallen lassen, insbesondere bei Treuhandverhältnissen.⁹¹

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.⁹² Die unabgestimmte Kreditvergabe gefährdet das Privileg hingegen nicht.⁹³ Wann die jeweiligen Voraussetzungen, zB die „Interessenverbindung“ im Einzelnen vorliegen, ist schwer auszumachen.⁹⁴ 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.⁹⁵ 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.⁹⁶ Auch ein nicht geschäftsführender Gesellschafter kann wie ein geschäftsführender zu behandeln sein, wenn er einen gewissen Einfluss auf die Geschäftsführung ausübt.⁹⁷ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der nicht geschäftsführende Gesellschafter das satzungsmäßige Recht hat, den Geschäftsführer zu bestellen, ihn abzurufen und/oder ihn zu kontrollieren oder sogar Weisungen zu erteilen.⁹⁸

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.⁹⁹ So etwa, wenn ein Gesellschafter vor der Kreditgewährung sein Geschäftsführeramt 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.¹⁰⁰

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 hinzuerwirbt, muss die Überschreitung der 10 %-Grenze gegen sich gelten lassen.¹⁰¹ Die insolvenz- und anfechtungsrechtlichen Rechtsfolgen finden ab Zeitpunkt des „Herauswachsendens“ Anwendung.¹⁰² Die Privilegierung erhält der Gesellschafter andererseits nicht, wenn seine Beteiligung nach der Kreditvergabe innerhalb der Jahresfrist unter den Schwellenwert absinkt.¹⁰³ Es kommt somit darauf an, ob der Gesellschafter im Anfechtungszeitraum die 10 %-Schwelle irgendwann einmal überschritten hat.¹⁰⁴ Eine Entstrickung kann nach allg. Auffassung mit Ablauf des Anfechtungszeitraumes eintreten.

⁹¹ Vertiefend: Ganter NZI 2021, 1 ff.

⁹² Zur Rechtslage vor MoMiG: Pentz GmbHHR 1999, 437; Hirte ZInsO 1998, 147; Dauner-Lieb DStR 1998, 609.

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

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

⁹⁵ Schmidt/Uhlenbruck/Schmidt, 3. Aufl. 2003, Rn. 396.

⁹⁶ MüKoInsO/Behme § 39 Rn. 66.

⁹⁷ Uhlenbruck/Hirte § 39 Rn. 73.

⁹⁸ 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.

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

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

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

¹⁰² Wicke GmbHG Anh. § 30 Rn. 7.

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

¹⁰⁴ 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 Geschäftsführeramte ausscheidet, bleibt mit seinem bisher verstrickten Darlehen weiter gebunden. Andererseits bleibt das Kleinbeteiligungsprivileg für den unanwendbar, der innerhalb des Anfechtungszeitraumes geschäftsführender Gesellschafter wird.¹⁰⁵
- 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.¹⁰⁶
- 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.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ Das aktuelle Recht hält an diesem Sanierungsprivileg¹⁰⁹ 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.¹¹⁰ 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.¹¹¹ 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 Hinzuerwerb lediglich im Rahmen des Kleinbeteiligtenprivilegs an der Gesellschaft beteiligte Gesellschafter.¹¹² Unerheblich bleibt weiterhin, ob die Sanierungsbeteiligung von Banken, Turn-around-Financiers (professionelle Sanierer) oder „normalen“ Gesellschaftern erworben wird.¹¹³
- 118 Voraussetzung ist unverändert ein Beteiligungserwerb.¹¹⁴ Die Voraussetzung des Anteilserwerbs ist erfüllt, wenn Anteile originär durch den Erwerb neuer Anteile im Wege der Kapitalerhöhung oder durch die Übernahme eines vorhandenen Anteils erworben werden.¹¹⁵ Die Höhe der Beteiligung ist nicht relevant. Privilegiert wird nicht die Ausreichung eines Sanierungskredits, sondern allein der Erwerb einer Unternehmensbeteiligung.¹¹⁶
- 119 Ausdrücklich klargestellt ist, dass das Privileg nur **bis zur nachhaltigen Sanierung** andauert.¹¹⁷ Nachhaltig ist die beabsichtigte Sanierung, wenn die ergriffenen Maßnahmen zur Si-

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

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

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

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

¹⁰⁹ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen: Blöse GmbHR 2010, 254.

¹¹⁰ Verweis in § 135 Abs. 4 InsO.

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

¹¹² BT-Drs. 16/6140, 57.

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

¹¹⁴ Uhlenbruck/Hirte InsO § 39 Rn. 68.

¹¹⁵ 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).

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

¹¹⁷ 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.¹¹⁸

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,¹¹⁹ zumal das Sanierungsprivileg nicht vor der Haftung wegen sittenwidriger Gläubigergefährdung gem. § 826 BGB bewahrt.¹²⁰

Rechtsfolge des Sanierungsprivilegs ist eine Freistellung sowohl der bisher schon gewährten als auch der künftigen Kredite.¹²¹ 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 hinzuerwirbt, und zwar nicht vor dem Eintritt drohender Zahlungsunfähigkeit.¹²²

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 Gesellschaftsforderung nachrangig. Um dem zu entgegen, sollte der Gesellschafter sicherheitshalber sein Darlehen mit dem Eintritt der nachhaltigen Sanierung abziehen.¹²³

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.¹²⁴

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. acht¹²⁵ 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.¹²⁶

¹¹⁸ Uhlenbruck/Hirte InsO § 39 Rn. 67.

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

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

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

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

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

¹²⁴ Uhlenbruck/Hirte InsO § 39 Rn. 67.

¹²⁵ Ausschließlich im Zeitraum 9.11.2022–31.12.2023 gem. § 4a SanInsKG (Vormalige Bezeichnung: COVID-19-InsolvenzaussetzungsgG, 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).

¹²⁶ 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.¹²⁷
- 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.¹²⁸ 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.¹²⁹ 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.¹³⁰ 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 Verbesserungsschein, 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 Rangrücktrittsvereinbarung¹³¹ beinhaltet die Möglichkeit, die insolvenzrechtliche Überschuldung zu verhindern und kann ein probates Mittel zur Vermeidung der Insolvenzantragspflicht der Geschäftsorgane darstellen.¹³²
- 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.¹³³ Er kann sie geltend machen, wenn es der Gesellschaft wieder besser geht.¹³⁴ Zivilrechtlich stellt die Rangrücktrittserklärung einen verfügenden Schuldänderungsvertrag nach § 311 BGB dar, der den Bestand der Forderung unberührt lässt.¹³⁵ 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.¹³⁶
- 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-

¹²⁷ Groß Sanierung III. Kap. Rn. 51 ff.

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

¹²⁹ Obermüller InsR in der Bankpraxis Rn. 1.156.

¹³⁰ 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.

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

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

¹³³ Heybrock/Huntemann Anh. „Insolvenzrecht“ Rn. 76.

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

¹³⁵ Altmeyden/Altmeyden GmbHG § 42 Rn. 51 mwN.

¹³⁶ 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.¹³⁷ 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.¹³⁸

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.¹³⁹ 129

Mit der Forderung bleiben trotz des Rangrücktritts auch die für diese bestellten Sicherheiten erhalten.¹⁴⁰ Entsprechend den Grundsätzen für Gesellschafterdarlehen ist jedoch bei Misslingen der Sanierung eine abgesonderte Befriedigung aus Sicherheiten der zu sanierenden GmbH nicht zulässig.¹⁴¹ 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.¹⁴² 130

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.¹⁴³ 131

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

bb) Besserungsschein. Als Besserungsschein bezeichnet man ein abstraktes Schuldanerkennnis 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.¹⁴⁶ 133

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.¹⁴⁷ Demnach erlöschen 134

¹³⁷ Heybrock/Huntemann Anh. „Insolvenzrecht“ Rn. 80.

¹³⁸ MAH GmbHR/Selzner/Leuring § 7 Rn. 125.

¹³⁹ Henle/Bruckner ZIP 2003, 1738.

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

¹⁴¹ Schmidt/Uhlenbruck/Wittig Rn. 2.262.

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

¹⁴³ Heybrock/Huntemann Anh. „Insolvenzrecht“ Rn. 81.

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

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

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

¹⁴⁷ MAH PersGesR/Wei§ § 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.¹⁴⁸ Dementsprechend müssen die erlassenen Forderungen auch bis zu diesem Zeitpunkt nicht verzinst werden, sofern die Parteien nicht ausdrücklich eine andere Abrede treffen.¹⁴⁹

- 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.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹

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

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

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ 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.¹⁵²

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 entwerfen in der Praxis erheblich die theoretischen Vorteile, die Besserungsscheine und Rangrücktrittserklärungen gegenüber dem schlichten Forderungsverzicht haben.¹⁵³

e) **(Außergerichtlicher) Sanierungs-Vergleich.** Der außergerichtliche Vergleich¹⁵⁴ 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.¹⁵⁵ Er unterliegt keinen gesetzlichen Verfahrensvorschriften und braucht daher auch keine Mindestquote für die Befriedigung der Gläubigerforderungen.¹⁵⁶

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.¹⁵⁷

Mit der Einführung des StaRUG¹⁵⁸ Anfang des Jahres 2021 wurde eine sog. **Sanierungsmoderation** in Gesetzesform gegossen. Das StaRUG¹⁵⁹ 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.¹⁶⁰

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.¹⁶¹ Der Sanie-

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

¹⁵³ Schmidt/Uhlenbruck/Wittig Rn. 2.269.

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

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

¹⁵⁶ Picot/Aleth Unternehmenskrise Rn. 508.

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

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

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

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

¹⁶¹ 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 Vermögenswerten¹⁶²

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.¹⁶³

- 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.*¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ 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.¹⁶⁶ Zudem werden im außergerichtlichen Ver-

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

¹⁶³ Nerlich/Römermann/Schröder StaRUG § 97 Rn. 4.

¹⁶⁴ Schmidt/Uhlenbruck/Uhlenbruck Rn. 2.1 ff.

¹⁶⁵ Schneider/Waschk S. 67, 3.1.

¹⁶⁶ Schmidt/Uhlenbruck/Uhlenbruck, 3. Aufl., Rn. 439.