

## Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung

von

Christian Althaus, Dr. Andreas Beck, Dr. Jörg Bornheimer, Isabel Christiani, Dr. Anja Commandeur, Wolfgang Damaschke, Alexander Eckhardt, Christian Forcher, Frank-Michael Goebel, Knut Gras, Volker Henn-Anschütz, Dr. Hendrik Heye, Martin Janner, Dr. Jan Janßen, Georg Kreplin, Dr. Andreas Lachmann, Dr. Rolf Leithaus, Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Mincke, Nada Nasser, Dr. Jörg Nerlich, Holger Rhode, Dr. Berthold Riering, Dr. Michael Schaumann, Chris Tautorus, Petra von Vietinghoff, Thomas Vomfell

2. Auflage

[Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung – Althaus / Beck / Bornheimer / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Gesamtdarstellungen](#)



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 62619 7

Die Rangrücktrittserklärung ist eine vertragliche Vereinbarung zwischen Gesellschafter 109 und Gläubiger dahingehend, dass der Gläubiger die Geltendmachung seiner Forderung bis zur Sanierung der Gesellschaft zurückstellt, ohne aber auf sie gänzlich zu verzichten.<sup>185</sup> Er kann sie geltend machen, wenn es der Gesellschaft wieder besser geht.

Ein insolvenzrechtlich wirksamer Rangrücktritt erforderte vor der Geltung des MoMiG 110 nach Ansicht des BGH,<sup>186</sup> dass das Darlehen erst nachrangig nach Befriedigung aller fremden Gesellschaftsgläubiger und bis zur Abwendung der Krise zeitlich erst zusammen und gleichrangig mit den Einlagenrückgewähransprüchen der Gesellschafter gem. § 199 S. 2 InsO zurückverlangt werden durfte, sog. „qualifizierter Rangrücktritt“.

Für Gesellschafterdarlehen findet sich nach MoMiG erstmals eine kodifizierte Regelung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rangrücktritts in § 19 Abs. 2 InsO. Mit der Formulierung in § 19 Abs. 2 S. 2 InsO weicht der Gesetzgeber von der BGH-Entscheidung vom 8. 1. 2001 ab. Ausreichend ist danach der Rücktritt hinter sämtliche in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO bezeichneten Forderungen; nicht mehr erforderlich ist eine Gleichstellung mit statuarischem Eigenkapital.<sup>187</sup> Dies gilt auch für Forderungen, die einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen, also etwa gestundeten Forderungen aus Kauf-, Miet- oder Pachtverträgen.<sup>188</sup> Infolge der Rangrücktrittserklärung rückt der Gesellschafter-Kreditgeber nach § 39 Abs. 2 InsO einen Rang hinter die Gesellschafter, die keine solche Erklärung abgegeben haben. Das von der Rechtsprechung zum alten Recht aufgestellte Erfordernis einer **ausdrücklichen** Rangrücktrittserklärung gilt nach wie vor.<sup>189</sup>

Wird ein Darlehen trotz Rangrücktrittserklärung getilgt, begründet dies die Möglichkeit 111 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>190</sup>

Mit der Forderung bleiben trotz des Rangrücktritts auch die für diese bestellten Sicherheiten erhalten.<sup>191</sup> Entsprechend den Grundsätzen für Gesellschafterdarlehen ist jedoch bei Misslingen der Sanierung eine abgesonderte Befriedigung aus Sicherheiten der zu sanierenden GmbH nicht zulässig.<sup>192</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>193</sup>

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>194</sup>

*bb) Besserungsschein.* Als Besserungsschein bezeichnet man ein abstraktes Schuldnerkenntnis i. S. v. § 781 BGB mit dem Inhalt einer aufschiebenden Bedingung, dass den Gläubigern, die im Rahmen eines außergerichtlichen Vergleichs oder Insolvenzplans<sup>195</sup> auf einen Teil ihrer Forderungen verzichtet haben, die erlassenen Forderungen aus den zukünftigen Gewinnen der GmbH oder aus dem Liquidationserlös zurückzuzahlen sind.<sup>196</sup> 112

<sup>185</sup> Heybrock/Huntemann, Anh. „Insolvenzrecht“ Rdnr. 76.

<sup>186</sup> BGH NJW 2001, 1280.

<sup>187</sup> Hirte Kapitalgesellschaftsrecht, Rdnr. 5.122; dazu auch Blöse, GmbHR 2008, 71 (mit Muster).

<sup>188</sup> Heybrock/Huntemann, Anh. „Insolvenzrecht“ Rdnr. 80.

<sup>189</sup> Lorz/Pfisterer/Gerber/Ruegenberg, Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, K II Anm. Ziff. 9.

<sup>190</sup> Henle/Bruckner ZIP 2003, 1738.

<sup>191</sup> Vgl. Martinek/Omlor WM 2008, 617 ff. u. 665 ff.

<sup>192</sup> Schmidt/Uhlenbrück/Wittig Rdnr. 2.262.

<sup>193</sup> Teller/Steffan S. 111 f.; Schmidt/Uhlenbrück/Wittig Rdnr. 2.262.

<sup>194</sup> Heybrock/Huntemann, Anh. „Insolvenzrecht“ Rdnr. 81.

<sup>195</sup> Vgl. hierzu ausführlich Rdnr. 116 ff., 170.

<sup>196</sup> Uhlenbrück, S. 68; Teller S. 12 f.; Herlinghaus S. 121, 129 ff.; Küinne KTS 1968, 201, 202; s. unten § 7 Rdnr. 69 ff.

## § 4 113–116

### Teil A. Sanierungsrecht

- 113 Nach der herrschenden Auffassung handelt es sich bei der Vereinbarung eines Besserungsscheins im Grunde um einen Forderungsverzicht durch Erlassvertrag.<sup>197</sup> Jedoch steht der Erlass auf Grund des Besserungsscheins unter der auflösenden Bedingung, dass der Forderungerlass bei Besserung der Vermögensverhältnisse entfällt.<sup>198</sup> Demnach erlöschen 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>199</sup> Dementsprechend müssen die erlassenen Forderungen auch bis zu diesem Zeitpunkt nicht verzinst werden, sofern die Parteien nicht ausdrücklich eine andere Abrede treffen.<sup>200</sup>
- 114 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>201</sup> Eine Verbindlichkeit ist also erst dann wieder einzubuchen, wenn die Voraussetzungen für den Besserungsschein eingetreten sind.
- 115 *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 erbliche 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 z. B. 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>202</sup>

#### Praxistipp:

Die Bedingungen, unter denen der Forderungsverzicht wieder rückgängig gemacht werden sollen, muss besonders der Gläubiger(-berater) so präzise wie möglich zu formulieren suchen. Allgemeinplätze wie „erklärt sich der Schuldner zu Nachzahlungen bereit, soweit sich die Vermögensverhältnisse gebessert haben“ sind unbedingt zu vermeiden. 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>203</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 offen stehen, z. B. 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>204</sup>
- 116 *e) Außergerichtlicher Vergleich.* Der außergerichtliche Vergleich<sup>205</sup> kommt dadurch zu stande, dass sich Schuldner bzw. Schuldnerunternehmen und Gläubiger vertraglich zum ge-

<sup>197</sup> Schmidt/Uhlenbrück/Wittig Rdnr. 2.260.

<sup>198</sup> RFH v. 10. 4. 1940 – IV 633/39 – RStBl. 1940, 609, 610; BFH v. 18. 10. 1989 – IV B 149/88 – BStBl. II 1990, 71, 73; BFH v. 30. 5. 1990 – I R 41/87 – BStBl. II 1991, 588, 591; Künne KTS 1968, 201, 202; Priester DB 1991, 1917, 1921; Grob BB 1993, 1882, 1884.

<sup>199</sup> Herlinghaus S. 111; Schmidt GmbHHR 1999, 9, 11; Wittig NZI 2001, 169.

<sup>200</sup> Herlinghaus S. 136 f. m. w. N.; Schmidt/Uhlenbrück/Wittig Rdnr. 2.261.

<sup>201</sup> BFH v. 18. 10. 1989 – IV B 149/88; DB 1990, 564; Grob BB 1993, 1882, 1884; Gross/Fink BB 1991, 1379; a. A. Herlinghaus S. 147ff.

<sup>202</sup> Muster bei Lorz/Pfisterer/Gerber/Ruegenberg, Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, Form. K III 2.

<sup>203</sup> vgl. Gottwald/Drukarczyk/Schöntag § 3 Rdnr. 92.

<sup>204</sup> Schmidt/Uhlenbrück/Wittig Rdnr. 2.269; s. auch ausführlich unten § 7 Rdnr. 55 ff.

<sup>205</sup> Zur außergerichtlichen Sanierung umfassend z. B.: Eidenmüller, S. 261 ff.

genseitigen Nachgeben bereit erklären, 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>206</sup> Der außergerichtliche Vergleich ist – wo möglich – die grundsätzlich vorzuziehende Variante; die Vorteile überwiegen die Nachteile i. d. R. 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 vertrösten werden.

*aa) Vorteile.* Der außergerichtliche Vergleich kann für die Gläubiger aus folgenden Gründen<sup>207</sup> günstiger sein als die justizförmige Durchführung eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens: Die Einleitung des außergerichtlichen Vergleichs hängt nicht vom Vorliegen eines Insolvenzgrundes ab und kann so in einem frühen Stadium der Krise, in dem die Rettung des Unternehmens den größten Erfolg verspricht, durchgeführt werden. Mangels gesetzlicher Vorgaben betreffend die Durchführung einer sog. „freien Sanierung“ kann kurzfristig ein Sanierungsmanagement eingewechselt werden. Der außergerichtliche Sanierungsversuch greift auf Lösungsbeiträge der Altfinanziers zurück, die in der Regel ein überdurchschnittliches Engagement bei der Problembewältigung (und Kreditvergabe) zeigen.<sup>208</sup>

Des Weiteren ist keine **Publizität** wie bei gerichtlichem Verfahren erforderlich, so dass – wenn der Vergleich nicht öffentlich bekannt ist – auch kein Vertrauensverlust bei Kunden und Lieferanten eintritt und die Geschäfte ungestört weiter laufen können.<sup>209</sup>

Auch kann ein außergerichtlicher Vergleich **kostengünstig** durchgeführt werden: Zum einen fallen auf Grund der schnelleren Abwicklung als im gerichtlichen Insolvenzverfahren geringere Transaktionskosten an. Zudem verursacht die „freie“ Sanierung weniger sog. „indirekte Kosten“, also solche, die durch die Reaktion der Marktpartner und der Reduktion des Unternehmenswertes entstehen.<sup>210</sup> Des Weiteren erspart man sowohl Verwalter- als auch Gerichtskosten, da der GmbH-Geschäftsführer beim Fortführungsvergleich hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens verfügbefugt bleibt. Daher ist der außergerichtliche Vergleich in der Regel auch billiger als die Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO im gerichtlichen Insolvenzverfahren.<sup>211</sup> Nicht unerwähnt bleiben sollte allerdings, dass im Einzelfall bei einer außergerichtlichen Sanierung Beraterhonorare anfallen können, die die Kosten eines Insolvenzverfahrens mitunter sogar übertreffen.

Für den Geschäftsführer bietet sich der Vorteil, dass er keine gesetzlich vorgeschriebenen Unterlagen einreichen muss, er kann das Sanierungskonzept nach seinen Vorstellungen präsentieren und muss eventuell nicht die gesamten Unternehmensverhältnisse offen legen. Des Weiteren hat der außergerichtliche Vergleich für die Gesellschafter den Vorteil, dass Rechts-handlungen nur nach dem AnfG anfechtbar sind und die Entdeckung von Strafbarkeiten in diesem Verfahren eher unwahrscheinlich ist.<sup>212</sup>

*bb) Probleme.* 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

<sup>206</sup> Künne, Außergerichtliche Vergleichsordnung, S. 39; Groß S. 489, XIV. Kap. Rdnr. 1.

<sup>207</sup> Eingehend Eidemann, S. 331 ff.; Krystek/Moldenhauer S. 259 ff.; Uhlenbrück BB 2001, 1641 ff.; Gottwald/Drukarczyk/Schöntag § 3 Rdnr. 42.

<sup>208</sup> Gottwald/Drukarczyk/Schöntag § 3 Rdnr. 1.

<sup>209</sup> Schneider/Waschk S. 65, 3.1.

<sup>210</sup> Gottwald/Drukarczyk/Schöntag § 3 Rdnr. 1.

<sup>211</sup> Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück 3. Aufl. Rdnr. 444.

<sup>212</sup> Schneider/Waschk S. 65, 3.1.

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:

- 122 Beim außergerichtlichen Vergleich gilt zwar der Grundsatz, dass alle Gläubiger gleich zu behandeln sind.<sup>213</sup> Ausnahmsweise ist jedoch eine Bevorzugung einzelner Gläubiger oder Gläubigergruppen mit Zustimmung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig. Auch können z. B. die nach §§ 123, 124 InsO als Masseverbindlichkeiten zu behandelnden Forderungen der Arbeitnehmer bevorzugt befriedigt werden.<sup>214</sup> Zudem werden im außergerichtlichen Vergleichsverfahren üblicherweise Kleinforderungen bis etwa 10% der Gesamtbeteiligungen vorweg befriedigt.<sup>215</sup>
- 123 Was die aussonderungsberechtigten Gläubiger nach § 47 InsO betrifft, so gilt dieses Recht auch im außergerichtlichen Vergleich. Ein aus dem Aussonderungsrecht resultierendes Herausgaberecht gemäß § 985 BGB kann jedoch die Sanierung des Unternehmens im Wege des außergerichtlichen Vergleich gefährden oder sogar gänzlich vereiteln, so dass es zweckmäßig ist, mit den aussonderungsberechtigten Gläubigern individuelle Sondervereinbarungen zu treffen oder sie in den außergerichtlichen Vergleich einzubeziehen. Das Gleiche gilt bezüglich dinglicher Mobiliarsicherheiten. Auch hier werden die Verwertungsrechte der Sicherungsgläubiger grundsätzlich nicht berührt, so dass die Gefahr besteht, dass bei Realisierung dieser die Sanierung scheitert. Auch hier empfiehlt es sich daher, entweder in den außergerichtlichen Sanierungsvorschlag eine Regelung einzufügen, die die Fälligkeit der Forderung und damit die Verwertungsreife hinausschiebt, oder eine solche Vereinbarung individuell mit den aussonderungsberechtigten Gläubigern zu treffen.<sup>216</sup>
- 124 Ein weiteres Problem ergibt sich oft daraus, dass die Gläubiger der GmbH – anders als beim gerichtlichen Verfahren – nicht dazu gezwungen werden können, dem außergerichtlichen Vergleich zuzustimmen.<sup>217</sup> Grundsätzlich müssen sämtliche Gläubiger der GmbH dem Vergleich zustimmen. Der außergerichtliche Vergleich entfaltet keinerlei Bindungswirkung für die Gläubiger, die diesem nicht zugestimmt haben (sog. *Akkordstörer*),<sup>218</sup> so dass diese auch nicht daran gehindert werden können, ihre Forderungen gegen die GmbH in vollem Umfang durchzusetzen.<sup>219</sup> Je mehr Gläubiger vorhanden sind, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, einen „unwilligen“ Gläubiger vorzufinden, der den Vergleich zu Fall bringen kann. Die Zustimmung der Akkordstörer zum außergerichtlichen Vergleich wird in praxi oftmals mit der Gewährung von Sondervorteilen „erkauf“t. Dies stellt regelmäßig einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar, mit der Folge der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des gesamten außergerichtlichen Vergleichs. Zudem berechtigt eine solche Handlung die Gläubiger zum Rücktritt.<sup>220</sup> Aus diesem Grund geschieht ein Aufkaufen von Forderungen „lästiger Gläubiger“ oft heimlich oder durch die Einschaltung von Strohmännern.

Die Bevorzugung eines Gläubigers aus dem Vermögen von **Dritten** soll hingegen das Rücktrittsrecht von sich ungleich behandelnden Gläubigern entfallen lassen.<sup>221</sup> Die Bevorzugung erfolgt dann eben nicht aus der „Vergleichsmasse“, so dass sich der „benachteiligte“ Gläubiger nicht beschweren kann.<sup>222</sup>

Oftmals zwingt die fehlende Zustimmung eines oder weniger Gläubiger die GmbH auch, in das gerichtliche Insolvenzverfahren zu gehen, um über die erforderlichen Mehrheiten nach §§ 76 Abs. 2, 244 Abs. 1 InsO und das Obstruktionsverbot des § 245 InsO widersprechende Gläubiger der vergleichsweisen Regelung zu unterwerfen.<sup>223</sup> In der Praxis wird dann

<sup>213</sup> Schneider/Waschk S. 67, 3.1.

<sup>214</sup> Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück 3. Aufl. Rdnr. 439.

<sup>215</sup> GS Bruns/Habscheid, 1980, S. 261.

<sup>216</sup> Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück 3. Aufl. Rdnr. 440 f.

<sup>217</sup> Künne S. 356, 362 ff., 388 ff.; Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück Rdnr. 2.2.

<sup>218</sup> BGH v. 12. 12. 1991 – IX ZR 178/91 – NJW 1992, 976; Uhlenbrück BB 2001, 1641, 1645.

<sup>219</sup> BGH NJW 1992, 967; Uhlenbrück BB 2001, 1641, 1645.

<sup>220</sup> BGH NJW 1992, 967; Hutzschene reuter/Griess-Nega/Uhlenbrück S. 615 Rdnr. 4.1.2.4.

<sup>221</sup> Vgl. RGZ 153, 395, 400; Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück 3. Aufl. Rdnr. 452; GS Bruns/Habscheid 1980, S. 260.

<sup>222</sup> GS Bruns/Habscheid 1980, S. 260.

<sup>223</sup> Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück Rdnr. 2.2.

der bisherige außergerichtliche Vergleichsvorschlag als „*pre-packaged plan*“<sup>224</sup> mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH mit der Begründung drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) in das gerichtliche Insolvenzverfahren eingebracht.<sup>225</sup> Dadurch kann das Insolvenzverfahren deutlich verkürzt werden.

Des Weiteren besteht die Gefahr, dass der Geschäftsführer die tatsächliche wirtschaftliche Situation der GmbH verschleiert, z. B. indem er unzureichende oder gar falsche Rechnungsunterlagen vorlegt, aus denen sich die reale Situation für die Gläubiger nicht erkennen lässt.<sup>226</sup> Die Drohung, sonst sei eben ein gerichtliches Insolvenzverfahren erforderlich, veranlasst die Gläubiger oft zu erheblichen finanziellen Opfern, die mitunter gar nicht notwendig gewesen wären.<sup>227</sup> Ein Nachteil liegt auch darin, dass die Verjährung der Gläubigerforderung eintritt. Dem kann der Gläubiger jedoch dadurch entgehen, dass er darauf besteht, dass der Vergleich einen Verzicht auf die Einrede der Verjährung enthält. Auch kann die Geschäftsführerhaftung nach § 43 GmbHG in einem außerordentlichen Sanierungsverfahren meist nicht durchgesetzt werden.<sup>228</sup>

Besondere Risiken sind beim außergerichtlichen **Liquidationsvergleich** zu berücksichtigen:<sup>126</sup> Dabei wird regelmäßig das Gesellschaftsvermögen zur Verwertung auf einen Treuhänder übertragen. Die Verbindlichkeiten erlöschen mit Übergabe des zu liquidierenden Vermögens an den Treuhänder, diese hat schuldbefreiende Wirkung. Gerät der Treuhänder mit der Verwertung in Verzug (was nicht nur theoretisch vorkommt), ist dies dem Schuldner nicht zuzurechnen. Wird keine Mindestquote vereinbart, kann schlimmstenfalls die Quote „Null“ betragen. Es ist daher anzuraten, eine Wiederauflebensklausel zu vereinbaren, wonach die Forderungen wiederaufleben, wenn die angebotene Mindestquote nicht erbracht wird.<sup>229</sup>

**Praxistipp:**

Die Gesellschaftsgläubiger sollten darauf achten, dass Art und Umfang der Liquidationsmasse im außergerichtlichen Liquidationsvergleich genau bestimmt sind. Oftmals verschweigt der Geschäftsführer einer GmbH den tatsächlichen Umfang des Gesellschaftsvermögens.

Ferner schreibt das außergerichtliche Sanierungsverfahren keine ordnungsgemäße Überwachung der Abwicklung vor. Folglich mangelt es häufig an einer sorgfältigen und wirksamen Überwachung des Vergleichsschuldners und der Vergleichsabwicklung.<sup>230</sup> Um dem entgegenzuwirken können die Gläubiger vor ihrer Zustimmung zur „freien“ Sanierung darauf bestehen, dass sowohl die wirtschaftliche Situation der GmbH als auch die Vergleichserfüllung durch eine Vertrauensperson der Gläubiger sorgfältig überprüft und überwacht wird und einen Treuhänder einsetzen, sog. **Treuhandvergleich**. Bei der echten Treuhand werden die zur Erfüllung des außergerichtlichen Vergleichs vorgesehenen Vermögensgegenstände (Forderungen etc.) auf den Treuhänder übertragen. Der Treuhänder zieht diese Forderungen ein, die er zur Erfüllung des Vergleichs benötigt. Demgegenüber verbleibt bei der so genannten unechten Treuhand das Vermögen beim Schuldner. Der Treuhänder erhält lediglich die Befugnis zur Verwaltung des Schuldnervermögens.

Für die GmbH und ihre Geschäftsführer liegt ein Nachteil des außergerichtlichen Vergleichs darin, dass die gesetzliche Frist zur Insolvenzantragstellung ab Kenntnis eines Insolvenzgrundes gemäß § 15 a Abs. 1 S. 1 InsO n. F. (zuvor § 64 GmbHG) lediglich drei Wochen beträgt und unter keinen Umständen verlängert werden kann, so dass bei einem schuldhaft-

<sup>224</sup> Einzelheiten dazu bei *Braun/Uhlenbrück* S. 600, 627, 669; *Oppenländer/Trölitzsch/Steffan* § 38 Rdnr. 120 ff.; *Kußmaul/Steffan*, DB 2000, 1849; Praxisbsp. liefert *Butt/Hermanns* § 38 Rdnr. 1 ff; *Gottwald/Braun* § 68 Rdnr. 1 ff.

<sup>225</sup> *Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück* 3. Aufl. Rdnr. 423.

<sup>226</sup> *Schneider/Waschk* S. 65, 3.1.; *Uhlenbrück BB* 2001, 1641, 1645.

<sup>227</sup> *Uhlenbrück*, Insolvenzrecht S. 61; *Uhlenbrück BB* 2001, 1641, 1645.

<sup>228</sup> *Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück* 3. Aufl. Rdnr. 454; *Uhlenbrück BB* 2001, 1641, 1645.

<sup>229</sup> *Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück* Rdnr. 2.5.

<sup>230</sup> *Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück* 3. Aufl. Rdnr. 455; *Uhlenbrück* S. 318; *Uhlenbrück BB* 2001, 1641, 1645.

- ten Überschreiten zivil- oder strafrechtliche Sanktionen drohen.<sup>231</sup> Daher bleibt für Sanierungsmaßnahmen wie dem außergerichtlichen Vergleich oft keine Zeit.<sup>232</sup>
- 129 Zudem besteht im außergerichtlichen Vergleich keine allgemeine Vollstreckungssperre, so dass die Gesellschaftsgläubiger in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken können.<sup>233</sup> Wenn die Sanierungsbemühungen jedoch Erfolg versprechen, sollte der Geschäftsführer die vollstreckenden Gläubiger darauf aufmerksam machen, dass die GmbH wegen der Vollstreckungen gezwungen sein könnte, Insolvenzantrag zu stellen, um die Rückschlagsperre des § 88 InsO auszulösen, denn eine solche Rückschlagsperre gibt es eben nur im gerichtlichen und nicht im außergerichtlichen Verfahren. Dinglich gesicherte Mobiliar sicherungsgläubiger müssen durch Einzelvereinbarungen daran gehindert werden, notwendiges Anlage- und Umlaufvermögen aus dem Unternehmen zwecks Verwertung herauszuholen.<sup>234</sup>
- 130 Der außergerichtliche Vergleich über das Vermögen der GmbH beschränkt oder beseitigt nicht ohne weiteres die persönliche **Haftung** von Gesellschaftern oder Geschäftsführern. Eine Ausfall- oder Differenzhaftung der Gesellschafter bleibt grundsätzlich ebenso bestehen wie eine Durchgriffshaftung oder eine Haftung wegen unzulässiger Einlagenrückgewähr nach § 30 Abs. 1 GmbHG. Gleichermaßen gilt für die Außenhaftung der Geschäftsführer. Soweit Gläubiger einen Quotenschaden durch Insolvenzverschleppung erlitten haben, haftet nach der Rechtsprechung des BGH der Geschäftsführer diesen Gläubigern deliktsmäßig nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 GmbHG.<sup>235</sup>

#### Praxistipp:

Die Gesellschafter sollten darauf achten, dass etwaige Ansprüche der Gläubiger gegen sie persönlich zwecks Enthaftung mit in die außergerichtliche Sanierung einbezogen werden.

- Auch für die Haftung der Gesellschafter empfiehlt es sich, jegliche Art von persönlicher Haftung in die Regelung des außergerichtlichen Vergleichs mit einzubeziehen.<sup>236</sup> Da dies in der Praxis oft versäumt wird, bleibt der Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf das Privatvermögen der Gesellschafter und Geschäftsführer zulässig.
- Etwas anderes gilt lediglich für die interne Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft z. B. nach § 43 GmbHG. Die interne Haftung wird vom außergerichtlichen Vergleich der Gesellschaft als externe Sanierung nicht berührt.<sup>237</sup>
- 131 Zuletzt dürfen die arbeitsrechtlichen Hürden nicht übersehen werden. Anders als im Insolvenzverfahren sind die Sozialplanansprüche der Arbeitnehmer unkalkulierbar. Der Pensions-Sicherungs-Verein (PSVaG) ist meist bei außergerichtlichen Sanierungen nicht bereit, die Verbindlichkeiten aus einer betrieblichen Ruhegeldzusage zu übernehmen.<sup>238</sup>
- 132 Scheitert der zustande gekommene außergerichtliche Vergleich dadurch, dass er durch die GmbH nicht oder verzögert erfüllt wird, ist der Schuldner gemäß §§ 323 ff. BGB berechtigt, vom Vergleich mit rückwirkender Kraft zurückzutreten. Die ursprüngliche Forderung lebt in voller Höhe wieder auf.<sup>239</sup>
- 133 f) Übertragende Sanierung und Auffanggesellschaften. In Abgrenzung zur Liquidation oder Zerschlagung von Unternehmen bzw. Unternehmensteilen setzen Fortführungsgesell-

<sup>231</sup> Z. B. nach §§ 823 II, 826 BGB i. V. m. § 15 a Abs. 4, 5 InsO.

<sup>232</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff § 64 Rdnr. 12 f.; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh § 64 Rdnr. 43 f.; Lutter/Hommelhoff § 64 Rdnr. 26; Roth/Altmeppen § 64 Rdnr. 10, 18; Scholz/Schmidt § 64 Rdnr. 16 ff.

<sup>233</sup> BGH NJW 1968, 700; BGH NJW 1992, 967; Ebenroth/Grashoff BB 92, 865 ff.; Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück Rdnr. 2.2.

<sup>234</sup> Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück Rdnr. 2.2.

<sup>235</sup> BGH v. 16. 12. 1958 – VI ZR 245, 57; BGH ZIP 1998, 776; Uhlenbrück ZIP 1994, 1153.

<sup>236</sup> K. Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück Rdnr. 2.3.

<sup>237</sup> K. Schmidt/Uhlenbrück/Uhlenbrück Rdnr. 2.3.

<sup>238</sup> Krystek/Moldenhauer S. 267 m. w. N.

<sup>239</sup> BGH v. 12. 12. 1991 – IX ZR 178/91 = NJW 1992, 976.

schaften<sup>240</sup> sanierungsfähige und sanierungswürdige (Teil-)Betriebe voraus.<sup>241</sup> Es gibt drei Arten von Fortführungsgesellschaften: Sanierungsgesellschaften, Betriebsübernahmegesellschaften und Auffanggesellschaften.<sup>242</sup>

Die eigentliche Aufgabe der Fortführungsgesellschaften ist die Sanierung. Die Schuldenregulierung ist in direkter Zuständigkeit alleine eine Aufgabe der Sanierungsgesellschaft. Weder die Betriebsübernahmegesellschaft noch die Auffanggesellschaft sind Schuldner der Altverbindlichkeiten. Sie nehmen allenfalls mittelbar über die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zum Krisenunternehmen Einfluss auf die Höhe der Gläubigerbefriedigung.<sup>243</sup> Die Gründung aller drei Typen der Fortführungsgesellschaft kann noch im Insolvenzverfahren erfolgen. Jedoch werden Sanierungsgesellschaften im Allgemeinen vor dessen Einleitung, Betriebsübernahme- und Auffanggesellschaften häufig auch danach gegründet.<sup>244</sup>

*aa) Sanierungsgesellschaft.* Die Sanierungsgesellschaft ist eine Fortführungsgesellschaft, die die Sanierung des Krisenunternehmens durch zusätzliche Kapitalbeteiligung und damit auch die Rettung seines Betriebs bezweckt.<sup>245</sup> Es muss um die Sanierung des Krisenunternehmens selbst gehen.<sup>246</sup> Ziel der Sanierungsgesellschaft ist es, dem Unternehmen weiteres Haftungskapital durch Änderung der Rechtsform und/oder durch Aufnahme neuer Gesellschafter zuzuführen.<sup>247</sup>

Der Grundtypus der Sanierungsgesellschaft ist durch die Identität mit dem ursprünglichen Unternehmensträger gekennzeichnet; z.B. werden Gesellschaftsanteile ganz oder teilweise von interessierten Personen oder Gesellschaftern übernommen, die ihr „frisches Geld“ durch Gesellschafterdarlehen und/oder im Wege der Kapitalerhöhung zur Verfügung stellen.<sup>248</sup> Wird lediglich das Haftungskapital aufgestockt ohne die Rechtsform bzw. die Gesellschaftsstruktur zu ändern, so liegt keine Sanierungsgesellschaft vor, sondern allein der Standardfall eines Verbesserungsversuches der Finanzausstattung durch die Altgesellschafter.<sup>249</sup>

Die Rechtsidentität von Sanierungsgesellschaft und Krisenunternehmen stellt aber eher den Ausnahmefall dar. Regelmäßig geht die Rechtsidentität durch eine Gesamtrechtsnachfolge im Wege der Verschmelzung, Umwandlung, Anwachsung oder Spaltung oder durch eine Einzelrechtsnachfolge verloren.<sup>250</sup>

Die Sanierungsgesellschaft bleibt für die Regulierung der Altverbindlichkeiten zuständig und verantwortlich.<sup>251</sup> Die Fortführung durch eine Sanierungsgesellschaft bietet sich daher vor allem dann an, wenn für die Inhaber/Gesellschafter des Krisenunternehmens noch Chancen bestehen, das Unternehmen selbst zu erhalten und wenigstens einen Teil ihres Kapitals, ihrer Geschäftsführungsbefugnisse und ihres Prestiges zu retten.<sup>252</sup>

*bb) Betriebsübernahmegesellschaft.* Die Betriebsübernahmegesellschaft (auch „unechte“ Auffanggesellschaft genannt) ist eine Fortführungsgesellschaft, deren Ziel die Rettung des Betriebs eines Krisenunternehmens ist, wobei ein anderes, bereits bestehendes oder neu zu gründendes Unternehmen einzelne funktionsfähige Unternehmensteile oder das ganze Unternehmen (Betrieb) von der notleidenden bzw. insolventen Gesellschaft (Rechtsträger) erwirbt, sog. **übertragende Sanierung**.<sup>253</sup>

<sup>240</sup> Grundlegend Groß Sanierung S. 131 ff.

<sup>241</sup> Butth/Hermanns § 17 Rdnr. 2.

<sup>242</sup> Nach Groß, S. 135; siehe auch Hess/Obermüller Rdnr. 747; Hommel/Knecht/Wohlenberg/Picot S. 462.

<sup>243</sup> Vgl. Groß S. 136.

<sup>244</sup> Groß S. 136.

<sup>245</sup> Hess/Obermüller Rdnr. 748; Knops/Bamberger/Maier-Reimer/Uhlenbrück Kap. I Rdnr. 35, S. 92.

<sup>246</sup> Groß S. 133.

<sup>247</sup> Hess/Obermüller Rdnr. 749.

<sup>248</sup> Vgl. Butth/Hermanns § 17 Rdnr. 5.

<sup>249</sup> Hess/Obermüller Rdnr. 748.

<sup>250</sup> Hess/Obermüller Rdnr. 751.

<sup>251</sup> Butth/Hermanns § 17 Rdnr. 3; Groß S. 133.

<sup>252</sup> Groß S. 133.

<sup>253</sup> Smid/Rattunde Rdnr. 42; Butth/Hermanns § 17 Rdnr. 3; Kölner Schrift zur Insolvenzordnung/Maus 2. Aufl., S. 935 ff.; Kautzsch S. 145 § 4; Schmidt ZIP 1980, 337 ff.; Wellensiek NZI 2002, 233; Sittel ZInsO 2009, 858 ff.; eingehend zur übertragenden Sanierung in der Insolvenz: Zipperer NZI 2008 S. 206 ff.; Schmerbach/Staufenbiel ZInsO 2009, 458 ff.; Handlungsleitfaden bei Fröhlich/Köchling ZInsO 2005, 1121 ff.

Die übertragende Sanierung sieht damit die Liquidation bzw. Zerstörung des insolventen Rechtsträgers vor, während das hinter dem Rechtsträger stehende betriebswirtschaftliche Unternehmen in der Form gestaltet wird, dass Vermögensgegenstände („Assets“) auf einen neuen rechtlichen Unternehmensträger im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen werden („Asset Deal“),<sup>254</sup> der für die Verbindlichkeiten der Vergangenheit des insolventen Rechtsträgers nicht einzustehen hat; diese verbleiben im insolventen Unternehmen.<sup>255</sup> Die Betriebsübernahmgesellschaft übernimmt also Sparten-, Teil- oder Gesamtbetriebe ohne Schulden.<sup>256</sup>

Diese Art der Fortführungsgesellschaft gilt bis heute als ein Hauptinstrument der Sanierung von Unternehmen<sup>257</sup> und wird von neuen Kapitalgebern vor allem gewählt, wenn sie die Verbindlichkeiten und Risiken des Krisenunternehmens nicht übernehmen wollen, sondern einen neuen Rechtsträger für die Realisierung des Sanierungskonzepts vorziehen.<sup>258</sup> Die Initiatoren wollen möglichst funktionsfähige Unternehmensteile herauslösen, um sie unter minimalem Finanzaufwand fortzuführen.<sup>259</sup>

- 137 Hauptproblem der übertragenden Sanierung auf Gläubigerseite ist die Preisfindung.<sup>260</sup> Da die Veräußerung des Unternehmens eine Art der Liquidation des Schuldnervermögens darstellt, muss untere Grenze des Preises der Zerschlagungswert sein, das heißt der Wert, der bei einer normalen Liquidation des Unternehmens erzielt werden würde.<sup>261</sup>

Anders als bei der Zerschlagung wird jedoch bei der übertragenden Sanierung ein fortlaufendes Unternehmen im Ganzen veräußert. Der Wert eines sog. „going concern“ übersteigt den Liquidationswert daher in der Regel erheblich. Erstrebenswert muss daher sein, diesen Fortführungswert bei einer Veräußerung zu erzielen,<sup>262</sup> was jedoch in der Praxis regelmäßig schwierig wird. Der potentielle Investor kennt den Zerschlagungswert nach durchgeföhrter Due Diligence ziemlich genau, weshalb sich der Kaufpreis dann auch oftmals daran orientiert.

Die übertragende Sanierung kommt regelmäßig im bereits eröffneten Insolvenzverfahren vor. Die Veräußerung erfolgt dann zumeist nicht nur unter erheblichem Zeitdruck,<sup>263</sup> sondern die Insolvenz schreckt auch Geschäftspartner ab, die dem künftigen Erwerber fehlen. Dadurch findet sich in der Regel nur eine kleine Zahl von Kaufinteressenten, so dass der Preis des Unternehmens nicht in die Höhe getrieben wird.<sup>264</sup> Daher haben die Gläubiger bei dieser Art der Sanierung oftmals große Opfer zu bringen. Nur der vom Erwerber gezahlte Preis für das Unternehmen fließt in die Insolvenzmasse und dient der Befriedigung der Gläubiger des insolventen Unternehmens.<sup>265</sup>

- 138 Die übertragende Sanierung kann jederzeit durchgeführt werden. Die Einleitung eines Insolvenzverfahrens ist dafür nicht notwendig, in einem solchen kann die Sanierung jedoch außergewöhnlich schnell umgesetzt werden.<sup>266</sup> Sie ist sogar schon im Insolvenzantragsverfahren möglich, wenn die Geschäftsleitung und der vorläufige Insolvenzverwalter sich einigen, dass unter den gegebenen Märkten eine Fortführung nur über einen neuen Unternehmensträger Erfolg verspricht. Auch kann sich das so entstandene neue, unbelastete Unternehmen quasi über Nacht etablieren.

<sup>254</sup> Vgl. Schmerbach InsOBüro 2008, 170, 171; van Betteray/Gass BB 2004, 2309, 2318; Vallender GmbHR 2004, 543.

<sup>255</sup> Vgl. Hess/Obermüller Rdnr. 752 f.; Bernsau/Höpfner/Rieger/Wahl, 1. Kap. Teil D, S. 30; Hagebusch/Oberle NZI 2006, 618, 619; Wellensiek NZI 2005, 603 FN 1; Tretow ZInsO 2000, 309; Knops/Bamberger/Maier-Reimer/Uhlenbrück, Kap. I Rdnr. 35., S. 93.

<sup>256</sup> Vgl. Bauer Die GmbH in der Krise, Rdnr. 1329.

<sup>257</sup> Hess/Fechner/Freund/Körner Rdnr. E III S. 250 ff.; Hagebusch/Oberle NZI 2006, 618, 622; Maus DStR 2002, 1104, 1105; Butth/Hermanns § 17 Rdnr. 16.

<sup>258</sup> Groß S. 133 f., IV. Kap. Rdnr. 5.

<sup>259</sup> Butth/Hermanns § 17 Rdnr. 14.

<sup>260</sup> Allg. Begründung zum RegE, BR-Drucks. 1/92, S. 94.

<sup>261</sup> Bork Insolvenzrecht Rdnr. 376; Schmidt, Übertragende Sanierung, S. 75.

<sup>262</sup> Allg. Begründung zum RegE, BR-Drucks. 1/92, S. 94.

<sup>263</sup> Bauer, Die GmbH in der Krise, Rdnr. 1330.

<sup>264</sup> Kautzsch S. 148.

<sup>265</sup> Kautzsch S. 145.

<sup>266</sup> Bernsau/Höpfner/Rieger/Wahl 1. Kap. Teil B, S. 5 f.