

# Inhaltsübersicht

<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>XIX</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>XXIII</b>
<b>A. Einleitung und Problemaufriss.....</b>	<b>1</b>
<b>B. Die Rangrücktrittsvereinbarung – Grundlagen .....</b>	<b>5</b>
<b>C. Auswirkungen der Rangrücktrittsvereinbarung auf die Insolvenzeröffnung.....</b>	<b>37</b>
<b>D. Reichweite des Rangrücktritts.....</b>	<b>101</b>
<b>E. Grenzen der vertraglichen Gestaltung .....</b>	<b>129</b>
<b>F. Aufhebung von Rangrücktrittsvereinbarungen.....</b>	<b>143</b>
<b>G. Rückforderung vor der Insolvenzeröffnung geleisteter Zahlungen .....</b>	<b>161</b>
<b>H. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....</b>	<b>179</b>

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XIX
-----------------------------	-----

Literaturverzeichnis .....	XXIII
----------------------------	-------

A. Einleitung und Problemaufriss .....	1
--	---

B. Die Rangrücktrittsvereinbarung – Grundlagen .....	5
--	---

I.    Aufkommen und Entwicklung .....	5
---------------------------------------	---

II.   Hintergründe der Diskussion um die Rangrücktrittsvereinbarung in Gesetz und Rechtsprechung .....	6
---	---

1.  Entwicklung der gesetzlichen Regelungen des Rangrücktritts .....	6
--	---

a)  Gesetzliche Regelungen über den Nachrang im Konkurs- und Insolvenzverfahren .....	6
--	---

aa) Der Nachrang im Recht der Konkursordnung (KO) .....	6
---	---

bb) Die Einführung der Insolvenzordnung (InsO) .....	7
--	---

cc) Die Gesetzesnovelle des MoMiG .....	8
---	---

b)  Gesellschafterdarlehensrecht .....	9
--	---

aa) Rückzahlungssperre und Nachrang im Eigenkapitalersatzrecht .....	9
---	---

(1) Beschränkungen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens .....	9
---	---

(2) Beschränkungen im eröffneten Insolvenzverfahren .....	10
---	----

bb) Reformierung durch das MoMiG .....	11
--	----

2.  Durch den BGH aufgestellte Grundsätze betreffend den Rangrücktritt .....	13
---	----

a)  Die erforderliche Rangtiefe zum Zwecke der Vermeidung der Überschuldung (BGH, Urteil vom 08.01.2001 – II ZR 88/99) .....	13
--	----

aa)	Erfordernis der Vereinbarung eines Rangrücktritts.....	14
bb)	Inhaltliche Anforderungen an den überschuldungsvermeidenden Rangrücktritt .....	14
b)	Voraussetzungen des überschuldungsvermeidenden Rangrücktritts nach Inkrafttreten des MoMiG (BGH, Urteil vom 05.03.2015 – IX ZR 133/14) .....	15
aa)	Dem Urteil zugrunde liegender Sachverhalt.....	15
bb)	Inhaltliche Anforderungen an den überschuldungsvermeidenden Rangrücktritt .....	15
cc)	Rangrücktritt als Schuldänderungsvertrag gemäß § 311 Abs. 1 BGB.....	16
dd)	Zahlungen entgegen der Rangrücktrittsvereinbarung entsprechen einer Zahlung ohne Rechtsgrund i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 F. 1 BGB .....	16
ee)	Rangrücktrittsvereinbarung als Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 Abs. 1 BGB.....	17
ff)	Berichtigung einer rechtsgeschäftlich nachrangigen Forderung als unentgeltliche Leistung gemäß § 134 Abs. 1 InsO .....	17
III.	Arten von Rangrücktrittsvereinbarungen .....	17
I.	Der Rangrücktritt im Sachenrecht.....	18
2.	Der Rangrücktritt im Insolvenzrecht.....	18
3.	Die verschiedenen Bedeutungen des Rangrücktritts im Insolvenzrecht .....	19
a)	„Relativer Rangrücktritt“ .....	19
b)	Die insolvenzrechtliche Rangrücktrittsvereinbarung gemäß § 39 Abs. 2 InsO .....	20
c)	„Einfacher“ und „qualifizierter“ Rangrücktritt.....	21
IV.	Gründe für die Vereinbarung eines Rangrücktritts .....	22
V.	Rechtsnatur der Rangrücktrittsvereinbarung.....	24
1.	Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung .....	25
a)	Forderungserlass.....	25
b)	Pactum de non petendo .....	27

c)	Schuldänderungsvertrag.....	29
aa)	Befürworter aus Literatur und Rechtsprechung.....	29
bb)	Kritik .....	30
d)	Flexible Rechtsnatur .....	32
2.	Eigener Lösungsvorschlag.....	33
a)	Der Nachrang als verfahrensrechtliche Verteilungsregel.....	33
b)	Die Rangrücktrittsvereinbarung als Prozessvertrag.....	34
c)	Verbindung von Prozessvertrag und materiellrechtlichem Vertrag.....	36

## **C. Auswirkungen der Rangrücktrittsvereinbarung auf die Insolvenzeröffnung.....37**

I.	Passivierung nachrangiger Forderungen in der Überschuldungsbilanz .....	37
1.	Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund .....	37
a)	Zweck des Insolvenzeröffnungsgrundes der Überschuldung.....	37
b)	Die Feststellung der Überschuldung nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO .....	38
aa)	Jüngste Entwicklung des Überschuldungsbegriffs .....	38
bb)	Überschuldungsprüfung nach dem modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff.....	40
2.	Passivierungspflicht für insolvenzrechtlich nachrangige Forderungen .....	41
a)	Ausweisung gesetzlich nachrangiger Forderungen in der Überschuldungsbilanz.....	42
aa)	Forderungen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO.....	42
bb)	Forderungen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 3 und 4 InsO.....	42
cc)	Forderungen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.....	43
(1)	Passivierungspflicht von Forderungen aus Gesellschafterdarlehen während der Geltung der KO und mit Inkrafttreten der InsO .....	43

(2)	Der Regierungsentwurf der Bundesregierung zum MoMiG .....	45
(3)	Kritik am Regierungsentwurf und Reaktion des Gesetzgebers .....	45
(4)	Passivierung von Forderungen aus Gesellschafterdarlehen nach geltendem Recht .....	46
b)	Ausweisung vertraglich nachrangiger Forderungen in der Überschuldungsbilanz .....	47
aa)	Rechtslage während der Geltung der KO und nach Inkrafttreten der InsO .....	48
bb)	Passivierungspflicht gewillkürt nachrangiger Forderungen .....	50
(1)	Insolvenzrechtlicher Rangrücktritt eines Gesellschafters .....	50
(2)	Insolvenzrechtlicher Rangrücktritt eines außenstehenden Dritten .....	51
(a)	Meinungsstand .....	51
(aa)	Rücktritt „nur“ in den Rang des § 39 Abs. 2 InsO .....	51
(bb)	Gleichbehandlung mit Gesellschaftern und Rückzahlungssperre .....	52
(cc)	Freiwillige Unterwerfung unter das Anfechtungsrecht .....	53
(dd)	Gleichbehandlung mit Gesellschaftern aufgrund übereinstimmender Rechtsfolgen .....	54
(ee)	Kein Gleichrang mit Gesellschaftern erforderlich .....	55
(b)	Stellungnahme .....	55
(aa)	Vorliegen einer Regelungslücke .....	55
(bb)	Vergleichbarkeit der Interessenlage .....	57
(cc)	Ergebnis .....	59
3.	Notwendigkeit der Vereinbarung einer materiellrechtlichen Rechtsfolge .....	59
a)	Vereinbarung mit einem Gesellschafter .....	60
aa)	Meinungsstand vor Inkrafttreten des MoMiG .....	60
bb)	Meinungsstand nach Inkrafttreten des MoMiG .....	61

(1)	Befürworter der Notwendigkeit der Vereinbarung einer materiellrechtlichen Rechtsfolge.....	61
(2)	Gegner der Notwendigkeit der Vereinbarung einer materiellrechtlichen Rechtsfolge.....	63
cc)	Eigene Stellungnahme.....	64
(1)	Analogieverbot.....	64
(2)	Vorwegnahme der Wirkungen des eröffneten Verfahrens.....	66
(3)	Systematik des Gesetzes nach Inkrafttreten des MoMiG .....	67
b)	Vereinbarung mit einem außenstehenden Dritten .....	68
aa)	Ansichten in Literatur und Rechtsprechung.....	68
bb)	Stellungnahme.....	70
(1)	Für außenstehende Dritte anwendbare Regelungsregime.....	70
(2)	Steuerrechtliche Risiken einer Vereinbarung mit materiellrechtlichen Rechtsfolgen .....	72
4.	Ergebnis .....	74
II.	Auswirkungen des Rangrücktritts auf den Insolvenzeröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit .....	75
1.	Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzeröffnungsgrund .....	75
a)	Definition der Zahlungsunfähigkeit.....	76
b)	Feststellung der insolvenzrechtlichen Fälligkeit einer Forderung .....	76
2.	Fälligkeit insolvenzrechtlich nachrangiger Forderungen.....	77
a)	Fälligkeit gesetzlich nachrangiger Forderungen.....	77
aa)	Forderungen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO .....	77
bb)	Forderungen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 3 und 4 InsO .....	78
cc)	Forderungen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO .....	78
(1)	Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG .....	78
(2)	Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG .....	80
b)	Fälligkeit vertraglich nachrangiger Forderungen.....	83

aa)	Begrifflichkeit .....	84
bb)	Wirkung der Rangrücktrittsvereinbarung gemäß § 39 Abs. 2 InsO .....	85
cc)	Anwendung des § 19 Abs. 2 S. 2 analog/doppelt analog .....	86
c)	Zwischenergebnis .....	87
3.	Notwendigkeit der Vereinbarung einer materiellrechtlichen Rechtsfolge .....	88
4.	Ergebnis .....	89
III.	Auswirkungen des Rangrücktritts auf die Zulässigkeit eines Insolvenzantrags.....	89
1.	Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Stellung eines Insolvenzantrags.....	90
2.	Auswirkungen des insolvenzrechtlichen Nachrangs auf das rechtliche Interesse.....	90
a)	Gesetzlicher Nachrang gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 1–5 InsO .....	91
b)	Vertraglicher Rangrücktritt gemäß § 39 Abs. 2 InsO.....	92
aa)	Verzicht auf das Antragsrecht .....	93
bb)	Widersprüchliches Verhalten .....	94
3.	Auswirkungen der ergänzenden Vereinbarung einer materiellrechtlichen Rechtsfolge auf das rechtliche Interesse .....	95
4.	Kongruenz zwischen Vermeidung eines Insolvenzeröffnungsgrundes und fehlender Antragsberechtigung des Gläubigers .....	97
5.	Ergebnis .....	99
<b>D.</b>	<b>Reichweite des Rangrücktritts.....</b>	<b>101</b>
I.	Erstreckung des Rangrücktritts auf Zinsansprüche.....	101
1.	Zinsbegriff .....	101
2.	Teilnahme am Schicksal der Hauptforderung.....	102
3.	Anwendungsbereich des § 39 Abs. 3 InsO .....	103

a)	Meinungsstand.....	103
b)	Eigene Stellungnahme.....	104
4.	Folgen für die Rangrücktrittsvereinbarung .....	104
II.	Erstreckung des Rangrücktritts auf etwaige Sekundäransprüche.....	106
1.	Vertragliche Schadensersatzansprüche.....	106
a)	Genussrechte .....	107
b)	Darlehensverträge.....	108
2.	Außervertragliche Schadensersatzansprüche .....	109
3.	Bereicherungsanspruch nach Anfechtung des Vertrags.....	111
4.	Ergebnis .....	111
III.	Auswirkungen des Rangrücktritts auf gewährte Sicherheiten.....	112
1.	Insolvenzrechtlicher Rangrücktritt .....	112
a)	Sicherheiten aus dem Vermögen der Schuldnergesellschaft .....	112
aa)	Auswirkungen auf das Recht auf abgesonderte Befriedigung.....	112
(1)	Akzessorische Sicherheiten .....	114
(2)	Nicht akzessorische Sicherheiten.....	116
bb)	Auswirkungen der Besicherung der Forderung auf die Passivierung in der Überschuldungsbilanz.....	117
b)	Sicherheiten aus dem Vermögen eines außenstehenden Dritten .....	118
aa)	Erstreckung des Rangrücktritts auf die Sicherheit des Dritten.....	119
bb)	Rang der Regressforderung des Dritten .....	121
(1)	Akzessorische Sicherheiten .....	121
(2)	Nicht akzessorische Sicherheiten.....	123
c)	Sicherheiten aus dem Vermögen eines Gesellschafters.....	124
2.	Ergänzende Vereinbarung einer materiellrechtlichen Rechtsfolge .....	124



IV. Zusätzliche Beschränkungen im Insolvenzverfahren .....	125
1. Anmeldung nachrangiger Forderungen zur Insolvenztabelle.....	125
2. Einschränkungen im Insolvenzplanverfahren.....	127
<b>E. Grenzen der vertraglichen Gestaltung .....</b>	<b>129</b>
I. AGB-Kontrolle .....	129
1. Überraschende Klausel gemäß § 305c Abs. 1 BGB.....	130
a) Insolvenzrechtlicher Rangrücktritt .....	130
b) Materiellrechtlich wirkende Vereinbarung.....	131
2. Eröffnung der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB.....	132
3. Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.....	137
4. Unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.....	138
5. Folgen der neuen Rechtsprechung des BGH .....	139
II. Sittenwidrigkeit oder Wuchergeschäft .....	140
<b>F. Aufhebung von Rangrücktrittsvereinbarungen.....</b>	<b>143</b>
I. Möglichkeit und Grenzen der Aufhebbarkeit einer Rangrücktrittsvereinbarung .....	143
1. Grundsatz der Privatautonomie .....	143
2. Begrenzung aufgrund Vertrauensschutzes oder Bestehen eines Vertrags zugunsten der übrigen Gläubiger.....	145
II. Vergleich mit weiteren Sanierungsinstrumenten .....	146
1. Finanzplankredit .....	147
2. Patronatserklärung.....	148
III. Eigene Stellungnahme.....	150
1. Insolvenzrechtlicher Rangrücktritt .....	150
2. Vereinbarung einer materiellrechtlichen Rechtsfolge .....	151
a) Einräumung eines materiellrechtlichen Anspruchs .....	152
b) Bestimmtheit des eingeräumten Drittanspruchs.....	153

c)	Widersprüche in der Begründung des Urteils des BGH vom 05.03.2015.....	155
d)	Widerspruch zu bisheriger Rechtsprechung .....	157
e)	Abschließende Beurteilung .....	158
IV.	Anfechtbarkeit der vertraglichen Aufhebung .....	159

## **G. Rückforderung vor der Insolvenzeröffnung**

	<b>geleisteter Zahlungen .....</b>	<b>161</b>
I.	Anfechtung vor der Insolvenzeröffnung geleisteter Zahlungen .....	161
1.	Anfechtung bei insolvenzrechtlichem Rangrücktritt .....	161
a)	Anfechtung nach §§ 130–133 InsO .....	161
b)	Anfechtung nach § 134 InsO.....	162
c)	Anfechtung nach § 135 InsO.....	164
aa)	Gesetzlicher Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 InsO .....	164
(1)	Persönlicher Anwendungsbereich .....	164
(2)	Sachlicher Anwendungsbereich.....	165
bb)	Unterwerfung unter den Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 InsO durch Vereinbarung eines freiwilligen Rangrücktritts.....	168
d)	Anfechtung nach § 136 InsO.....	171
2.	Anfechtung bei ergänzender Vereinbarung einer materiellrechtlichen Rechtsfolge.....	171
a)	Anfechtung nach § 131 InsO.....	171
b)	Anfechtung nach § 134 InsO.....	172
II.	Rückforderung vor der Insolvenzeröffnung geleisteter Zahlungen nach Bereicherungsrecht .....	173
1.	Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 F. 1 BGB aufgrund Vorliegens einer Nichtschuld .....	174
2.	Anspruch aus § 813 Abs. 1 S. 1 BGB.....	175
III.	Ergebnis und Ausblick .....	176

## **H. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse..... 179**