



universität  
wien

# MASTERARBEIT / MASTER'S THESIS

Titel der Masterarbeit / Title of the Master's Thesis

„Rangrücktritt und Patronatserklärung als Mittel zur  
Insolvenzvermeidung von Unternehmen“

verfasst von / submitted by

Matthias Weisel, B.A.

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of  
**Master of Science (MSc)**

Wien, Mai 2019 / Vienna, May 2019

Studienkennzahl lt. Studienblatt /  
degree programme code as it appears on  
the student record sheet:

A 066 915

Studienrichtung lt. Studienblatt /  
degree programme as it appears on  
the student record sheet

Betriebswirtschaft (Version 2016)

Betreut von / Supervisor:

o. Univ.-Prof. Dr. Dr. Arthur Weilingner



## EHRENWÖRTLICHE ERKLÄRUNG

---

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die in den Quellen wörtlich und inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner inländischen oder ausländischen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

Wien, am 29. Mai 2019

.....



# INHALTSVERZEICHNIS

---

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| Ehrenwörtliche Erklärung .....                                           | I   |
| Abkürzungsverzeichnis .....                                              | VI  |
| Kurzfassung .....                                                        | XI  |
| Abstract .....                                                           | XII |
| Einführung in das Thema .....                                            | 1   |
| I Tatbestandsmerkmale der unternehmerischen Insolvenz.....               | 3   |
| 1 Zahlungsunfähigkeit gemäß § 66 IO.....                                 | 4   |
| 1.1 Geldschulden .....                                                   | 6   |
| 1.2 Fehlen bereiter Zahlungsmittel.....                                  | 6   |
| 1.3 Zahlungsfähigkeit .....                                              | 6   |
| 1.4 Fälligkeit von Verbindlichkeiten .....                               | 7   |
| 1.5 Zahlungsstockung .....                                               | 8   |
| 1.6 Drohende Zahlungsunfähigkeit .....                                   | 10  |
| 1.7 Feststellung der Zahlungsunfähigkeit .....                           | 10  |
| 2 Überschuldung gemäß § 67 IO.....                                       | 10  |
| 2.1 Buchmäßige Überschuldung .....                                       | 11  |
| 2.2 Rechnerische Überschuldung .....                                     | 11  |
| 2.3 Rechtliche Überschuldung .....                                       | 12  |
| 2.4 Fortbestehensprognose .....                                          | 12  |
| II Patronatserklärungen und Rangrücktritt im Überblick.....              | 14  |
| 1 Formen der Patronatserklärungen.....                                   | 14  |
| 1.1 Weiche und harte Patronatserklärungen.....                           | 15  |
| 1.1.1 Weiche Patronatserklärungen .....                                  | 15  |
| 1.1.2 Harte Patronatserklärungen .....                                   | 16  |
| 1.2 Interne und externe Patronatserklärungen.....                        | 16  |
| 1.2.1 Interne Patronatserklärungen .....                                 | 16  |
| 1.2.2 Externe Patronatserklärungen .....                                 | 18  |
| 1.2.3 Vergleich der internen mit der externen Patronatserklärung .....   | 19  |
| 2 Formen des Rangrücktritts .....                                        | 20  |
| 2.1 Der einfache Rangrücktritt .....                                     | 22  |
| 2.1.1 Wirtschaftsrechtlicher Kontext zum einfachen Rangrücktritt .....   | 22  |
| 2.1.2 Rechtliche Ausgestaltung einfacher Rangrücktrittserklärungen ..... | 23  |

|                                                                                                          |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1.3 Abgrenzung Novation und Schuldänderung .....                                                       | 25 |
| 2.2 Der qualifizierte Rangrücktritt.....                                                                 | 29 |
| 2.2.1 Rechtliche Anforderungen an den qualifizierten Rangrücktritt .....                                 | 29 |
| 2.2.2 Rechtsgeschäftliche Struktur des qualifizierten Rangrücktritts.....                                | 31 |
| 2.3 Conclusio Rangrücktrittserklärung .....                                                              | 33 |
| III Insolvenzvorsorge durch Patronats- und Rangrücktrittserklärung – Deutsche<br>Rechtsentwicklung ..... | 35 |
| 1 Zwei Urteile als Ausgangsbasis für eine kontroverse Diskussion.....                                    | 35 |
| 1.1 „Star 21“, BGH v 20.09.2010 II ZR 296/08 .....                                                       | 35 |
| 1.2 „Qualifizierter Rangrücktritt“, BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14 .....                                  | 37 |
| 2 Diskussion im Kontext zu den Entscheidungen .....                                                      | 39 |
| 2.1 Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, K. Schmidt.....                                              | 39 |
| 2.2 Patronatserklärungen mit Rangrücktritt, K. Schmidt .....                                             | 49 |
| 2.3 Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt & Patronatserklärung, Bitter ...                               | 51 |
| 2.4 Weitere Meinungen zu Star 21.....                                                                    | 54 |
| 2.4.1 Zur Kündbarkeit von Patronatserklärungen, Nassal.....                                              | 54 |
| 2.4.2 Kündigung einer Patronatserklärung, Tetzlaff .....                                                 | 55 |
| 2.4.3 Kündbarkeit einer Patronatserklärung, Cranshaw .....                                               | 57 |
| 2.5 Weitere Meinungen zum qualifizierten Rangrücktritt.....                                              | 58 |
| 2.5.1 Rechtsfolgen qualifizierten Rangrücktritts, Nassal .....                                           | 58 |
| 2.5.2 Strukturen des qualifizierten Rangrücktritts, Cranshaw.....                                        | 59 |
| 2.5.3 Rangrücktritt in der Handelsbilanz, Schulze-Osterloh .....                                         | 61 |
| 3 Konzept zur Vermeidung der Insolvenzantragspflicht nach Bitter .....                                   | 61 |
| 3.1 Rangrücktritt und vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre .....                                        | 61 |
| 3.1.1 Vermeidung der bilanziellen Überschuldung .....                                                    | 61 |
| 3.1.2 Vermeidung der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit .....                                               | 62 |
| 3.2 Patronatserklärung.....                                                                              | 63 |
| 3.2.1 Vermeidung der bilanziellen Überschuldung .....                                                    | 63 |
| 3.2.1.1 Interne Patronatserklärung .....                                                                 | 63 |
| 3.2.1.2 Externe Patronatserklärung.....                                                                  | 65 |
| 3.2.2 Überschuldungsvermeidung gemäß Fortführungsprognose .....                                          | 66 |
| 3.2.2.1 Interne Patronatserklärung .....                                                                 | 66 |
| 3.2.2.2 Externe Patronatserklärung.....                                                                  | 67 |
| 3.2.3 Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit.....                                                            | 68 |

|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.3 Auslegung unklarer Rangrücktritte und Patronatserklärungen ..... | 70  |
| IV Schlussfolgerung für die Österreichische Rechtsprechung .....     | 74  |
| Conclusio.....                                                       | 83  |
| Literaturverzeichnis .....                                           | 87  |
| Verzeichnis der zitierten Rechtsprechung .....                       | 100 |

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

---

|        |                                                                                            |
|--------|--------------------------------------------------------------------------------------------|
| ABGB   | Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1.6.1811 JGS 946 idgF                              |
| Abs    | Absatz                                                                                     |
| aF     | alte Fassung                                                                               |
| AktG   | Aktiengesetz 1965 BGBl 1965/98 (Legalabkürzung: BGBl I 2009/71)                            |
| Anm    | Anmerkung, -en                                                                             |
| BB     | Der Betriebsberater (deutsch; 1946 ff) [Jahr, Seite]                                       |
| begr   | begründet                                                                                  |
| BFH    | (deutscher) Bundesfinanzhof                                                                |
| BGB    | (deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch dRGBI 1896, 195                                        |
| BGBl   | Bundesgesetzblatt [österreichisch: Jahr/Nummer; ab 1977 Teil Jahr/Nummer]                  |
| BGH    | (österreichischer oder deutscher) Bundesgerichtshof                                        |
| BGHZ   | Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (1951 ff), [Band, Seite] |
| BlgNR  | Beilage, -n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates                          |
| bzw    | beziehungsweise                                                                            |
| ca     | circa oder zirka ( <i>ungefähr</i> )                                                       |
| d      | deutsch (vor einer anderen Abkürzung)                                                      |
| DB     | Der Betrieb (deutsch; 1948 ff) [Jahr, Seite]                                               |
| dGmbHG | (deutsches) GmbH-Gesetz                                                                    |

|                             |                                                                                                                                                       |
|-----------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| dInsO                       | Deutsche Insolvenzordnung<br>v 05.10.1994 dBGBl I S 2866                                                                                              |
| DZWIR                       | Deutsche Zeitschrift für<br>Wirtschafts- und Insolvenzrecht<br>(1988 ff; <i>früher: Deutsche Zeitschrift<br/>für Wirtschaftsrecht</i> ) [Jahr, Seite] |
| E                           | Entscheidung                                                                                                                                          |
| ecolex                      | Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht<br>(1990 ff) [Lit: Jahr, Seite; E: 1999 ff<br>Jahr/Nummer]                                                       |
| EKEG                        | Eigenkapitalersatz-Gesetz BGBl I<br>2003/92                                                                                                           |
| f                           | und der, die folgende                                                                                                                                 |
| ff                          | und der, die folgenden                                                                                                                                |
| FS                          | Festschrift                                                                                                                                           |
| GBU                         | GmbH-Bulletin (1997 – 2010) [Lit und<br>E: Jahr/Heft/Nummer]                                                                                          |
| gem                         | gemäß                                                                                                                                                 |
| ggf                         | gegebenenfalls                                                                                                                                        |
| GmbH                        | Gesellschaft mit beschränkter Haftung                                                                                                                 |
| GP                          | Gesetzgebungsperiode                                                                                                                                  |
| GWR                         | Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht<br>[Jahr, Seite]                                                                                                  |
| HGB ( <i>nunmehr: UGB</i> ) | Handelsgesetzbuch dRGBI 1897, 219                                                                                                                     |
| hM                          | herrschende Meinung                                                                                                                                   |
| Hrsg                        | Herausgeber                                                                                                                                           |
| IAS                         | International Accounting Standard                                                                                                                     |
| idgF                        | in der geltenden Fassung                                                                                                                              |
| IFRS                        | International Financial Reporting<br>Standard                                                                                                         |
| immolex-LS                  | Neues Miet- und Wohnrecht (1977 ff)<br>[Lit: Jahr, Seite; E: Jahr/Nummer]                                                                             |

|                           |                                                                                                                    |
|---------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| IO ( <i>früher: KO</i> )  | Insolvenzordnung ( <i>früher: Konkursordnung</i> ) RGBI 1914/337<br>(Legalabkürzung und Kurztitel: BGBl I 2010/29) |
| IRÄG 1997                 | Insolvenzrechtsänderungsgesetz<br>1997 vom 12.9.1997 BGBl I 1997/114                                               |
| IRÄG 2010                 | Insolvenzrechtsänderungsgesetz<br>2010 vom 20.5.2010 BGBl I 2010/29                                                |
| iSd                       | im Sinne des, – der                                                                                                |
| JB1                       | Juristische Blätter (1872 – 1938, 1946 ff) [Jahr, Seite]                                                           |
| JGS                       | Justizgesetzsammlung, Gesetze und Verordnungen im Justizfach (1780 - 1848)                                         |
| JZ                        | (deutsche) Juristenzeitung (1951 ff) [Jahr, Seite]                                                                 |
| KGaA                      | Kommanditgesellschaft auf Aktien                                                                                   |
| KO ( <i>nunmehr: IO</i> ) | Konkursordnung ( <i>nunmehr: Insolvenzordnung</i> ) vom 10.12.1914 RGBI 337                                        |
| KSV                       | Kreditschutzverband                                                                                                |
| KTS                       | Konkurs – Treuhand – Sanierung, Zeitschrift für Insolvenzrecht [Jahr, Seite]                                       |
| KWG                       | Kreditwesengesetz                                                                                                  |
| leg cit                   | legis citatæ ( <i>der zitierten Vorschrift</i> )                                                                   |
| Lit                       | Literatur                                                                                                          |
| Mio                       | Millionen                                                                                                          |
| mwN                       | mit weiteren Nachweisen                                                                                            |
| NJW                       | (deutsche) Neue juristische Wochenschrift (1947/48 ff) [Jahr, Seite]                                               |
| NZG                       | (deutsche) Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (1998 ff) [Jahr, Seite]                                         |

|                            |                                                                                                                                                                                 |
|----------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| NZI                        | Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung [Jahr, Seite]                                                                                                        |
| ÖBA                        | Österreichisches Bankarchiv (1953 ff) [Lit: Jahr, Seite; E: Jahr/Nummer]                                                                                                        |
| OGH                        | Oberster Gerichtshof                                                                                                                                                            |
| ÖJZ                        | Österreichische Juristen-Zeitung (1946 ff) [Lit 2002 ff: Jahr/Nummer oder Jahr, Seite; E 2002 ff: Jahr/Nummer]                                                                  |
| OLG                        | Oberlandesgericht                                                                                                                                                               |
| RGBI                       | Reichsgesetzblatt [deutsch: Jahr ggf Teil Seite; österreichisch: Jahr/Nummer]                                                                                                   |
| Rz                         | Randzahl                                                                                                                                                                        |
| S                          | a) Satz<br>b) Seite, -n                                                                                                                                                         |
| sog                        | sogenannt, -er, -e, -es                                                                                                                                                         |
| StGB                       | Strafgesetzbuch BGBl 1974/60                                                                                                                                                    |
| SWK ( <i>auch</i> ÖStWK)   | Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei (1925 ff) [Lit und E 1993 ff: Jahr Sachgebiet Seite; ab 2012 ohne Sachgebiet]                                                     |
| SZ                         | Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern (1919 – 1938, 1946 ff) [Band/Nummer] |
| TBM                        | Tatbestandsmerkmal                                                                                                                                                              |
| u                          | und                                                                                                                                                                             |
| UGB ( <i>früher: HGB</i> ) | Unternehmensgesetzbuch dRGBI 1897, 219 (Legalabkürzung: BGBl 2005/120)                                                                                                          |
| v                          | vom, von                                                                                                                                                                        |
| vgl                        | vergleiche                                                                                                                                                                      |

|       |                                                                                                                                                                                                                         |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| wbl   | wirtschaftsrechtliche blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht (1987 ff) [Lit: Jahr, Seite; E 1998 ff: Jahr/Nummer]                                                                  |
| WM    | (deutsche) Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (1947 ff) [Jahr, Seite]                                                                                                                                           |
| Z     | Zahl                                                                                                                                                                                                                    |
| ZHR   | (deutsche) Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, begr von <i>Goldschmidt</i> (1858 – 1944, 1948 ff; <i>bis 1961: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht</i> ) [Band, Seite] |
| ZIK   | Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz [Lit 2000 ff: Jahr/Nummer]                                                                                                                                              |
| ZIP   | (deutsche) Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1980 ff; <i>früher: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis</i> ) [Lit und E: Jahr, Seite]                                                                    |
| ZInsO | (deutsche) Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht [Jahr, Seite]                                                                                                                                                     |

## KURZFASSUNG

---

Diese Arbeit untersucht die Wirkung von Patronatserklärung und Rangrücktrittsvereinbarung als Instrument zur Insolvenzvorsorge von Unternehmen anhand sich ergebender Auslegungsänderungen auf Basis zweier in der jüngeren Vergangenheit ergangener Urteile des deutschen BGH und in deren Folge entstandener kontroverser Diskussion in der Literatur.

Dazu wird nach einer kurzen Einführung in die Thematik zunächst ein Überblick über die Tatbestandsmerkmale der Insolvenz und den Ablauf des Insolvenzverfahrens gegeben. Im Anschluss daran werden die Grundlagen der insolvenzvermeidenden Instrumente der Patronatserklärung und der Rangrücktrittsvereinbarung im Detail beleuchtet. Darauf aufbauend wird intensiv auf die beiden Urteile BGH vom 20.09.2010 II ZR 296/08, BGHZ 187, 69 und BGH vom 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 der deutschen Rechtsprechung und die daraus entstandene strittige Diskussion in der Literatur, federführend unter *Karsten Schmidt* und *Georg Bitter*, eingegangen, um abschließend beurteilen zu können, in wie weit sich Änderungen in der Wirksamkeit und Auslegung jener Instrumente für die Insolvenzvorsorge ergeben.

Aus der Analyse geht hervor, dass eine wirksame Insolvenzvermeidung nur dann erreicht werden kann, wenn eine Unumkehrbarkeit der vertraglichen Abreden gilt. Dies wird auch durch die Entscheidungen beider Senatskammern getragen.

Die bilanzielle Überschuldung ist durch den Abschluss einer Rangrücktrittsvereinbarung nur dann vermeidbar, wenn gleichzeitig auch eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre vertraglicher Bestandteil ist. Mit § 67 Abs 3 IO werden in Österreich umfassendere Anforderungen an den Rangrücktritt gestellt. Die Möglichkeit der Suspendierung besteht auch durch die Vereinbarung einer Patronatserklärung. Für beide Instrumente gilt aber, dass die vertraglichen Abreden nicht gegen den Willen aller Gläubiger kündbar sein dürfen und nur als Vertrag zugunsten Dritter volle Wirkung zeigen können.

In Bezug auf die Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit ist eine positive Fortbestehensprognose von höchster Priorität, die durch einen Bindungswillen des Verpflichteten für den gesamten Prognosezeitraum erreicht werden kann.

## ABSTRACT

---

This paper examines the effect of comfort letters and subordination agreements as a tool to prevent insolvency of companies in consequence of the resulting changes of interpreting those legal instruments because of two recent rulings of the German Federal Supreme Court (BGH) and the following controversial debate in literature.

After a brief introduction to the topic, an overview of the constituent elements of insolvency and the course of insolvency proceedings will be provided. Following this, the basics of the insolvency avoiding instruments of comfort letters and subordination agreements are examined in detail. Based on two judgments of the BGH of 20.09.2010 II ZR 296/08, BGHZ 187/69 and BGH of 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 and the resulting controversial discussion in the literature lead by *Karsten Schmidt* and *Georg Bitter* it is assessed to what extent changes in the effectiveness and interpretation of those legal instruments for insolvency provision result.

The analysis shows that an effective avoidance of bankruptcy can only be achieved if a fundamental irreversibility of the contractually agreed measures applies. This is also supported by the decisions of both Senate Chambers.

The over-indebtedness of the balance sheet can only be avoided by concluding a subordination agreement if at the same time a pre-bankruptcy enforcement block is a contractual component. With § 67 (3) IO, more extensive requirements for subordination are made in Austria. The possibility of suspension the over-indebtedness also exists through the agreement of a letter of comfort. For both instruments, however, the contractual agreements cannot be terminated or revoked against the will of all creditors and can only have full effect as a contract for the benefit of third parties.

Regarding the avoidance of illiquidity, a positive going-concern perspective is of the highest priority, which can be achieved by a commitment of the obligated party for the entire forecast period.

## EINFÜHRUNG IN DAS THEMA

---

Im Jahr 2018 verzeichnete Österreich 4.980 Unternehmensinsolvenzen, was einem Rückgang von 1,9 % im Vergleich zum Vorjahr entspricht.<sup>1</sup> Dies ist gleichzeitig der niedrigste Wert seit 20 Jahren. Im Jahr 1998 hatte es in Folge einer Insolvenzrechtsreform (IRÄG 1997) nur 4.816 Fälle gegeben.<sup>2</sup>

Entgegen der prozentualen Entwicklung ist die Höhe der Verbindlichkeiten aufgrund einiger Großinsolvenzen um 11,2 % auf 2,1 Milliarden Euro gestiegen. Der Schuldenbetrag erstreckte sich dabei auf 2.985 Betriebe, für die ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Für die verbleibenden 1.995 Firmen wurde mangels Kostendeckung kein Verfahren eröffnet, da nach Auffassung der Gerichte weder Schuldner noch Gläubiger im Stande bzw. bereit waren, einen Kostenvorschuss zu gewähren.<sup>3</sup>

Im Bereich der Privatinsolvenzen stieg die Zahl der Insolvenzverfahren auf den Höchstwert von 10.054 Fällen, da durch den Nachholeffekt des IRÄG die bisherige Mindestquote nicht mehr gilt und somit auch Schuldner mit hohen Verbindlichkeiten ohne größere Umstände ihre Schulden regulieren können. Damit einhergehend erhöhte sich auch die Höhe der gesamten Schulden im Jahr 2018 auf einen neuen Höchststand von 1,9 Milliarden Euro.<sup>4</sup>

Wie oben beschrieben, geht die Anzahl der unternehmerischen Insolvenzfälle mehr und mehr zurück. Dies wird vor allem durch die von den Unternehmen betriebene Insolvenzprophylaxe verdeutlicht, die nicht nur betriebswirtschaftlich notwendig ist, sondern auch seitens des Gesetzgebers gefordert wird.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> KSV1870, Unternehmenspleiten 2018 <https://www.ksv.at/media/940/download> (Stand 24.02.2019).

<sup>2</sup> KSV1870, All-time low bei Unternehmensinsolvenzen [https://www.ksv.at/sites/default/files/assets/documents/171231\\_ksv1870\\_insolvenzstatistik-unternehmen\\_2017.pdf](https://www.ksv.at/sites/default/files/assets/documents/171231_ksv1870_insolvenzstatistik-unternehmen_2017.pdf) (Stand 29.10.2018).

<sup>3</sup> KSV1870, Unternehmenspleiten 2018 <https://www.ksv.at/media/940/download> (Stand 24.02.2019).

<sup>4</sup> KSV1870, Privatkonkurs [https://www.ksv.at/Insolvenzstatistik/Private\\_2018\\_final.pdf](https://www.ksv.at/Insolvenzstatistik/Private_2018_final.pdf) (Stand 24.02.2019).

<sup>5</sup> Karollus/Huemer, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> (2006) 21.

Solche Instrumente zur Insolvenzvermeidung sind beispielsweise die Bürgschaft,<sup>6</sup> der Kreditauftrag,<sup>7</sup> Patronatserklärung<sup>8</sup> oder Rangrücktrittserklärung.<sup>9</sup>

Der Fokus dieser Arbeit soll hierbei auf den Sicherungsmitteln Patronatserklärung und Rangrücktrittserklärung liegen, da hierzu vor nicht allzu langer Zeit Rechtsurteile<sup>10</sup> ergangen sind, die erhebliche Auswirkungen auf die Auslegung solcher Vereinbarungen haben. Zur Rechtsnatur und Ausgestaltung beider Instrumente wird vertiefend in Kapitel II eingegangen.

Der Hauptteil dieser Arbeit widmet sich den ergangenen Urteilen zu Patronatserklärung und Rangrücktrittserklärung und deren Folgen für die Auslegung dieser Vereinbarungen. Dazu soll insbesondere auf die Diskussion in der Literatur eingegangen werden um im Anschluss eine Bewertung der aktuellen Sachlage vorzunehmen. Die Darstellung zu diesen Punkten befindet sich in Kapitel III.

Abschließend wird in der Conclusio ein Fazit gezogen, das die Kernaussage der angesprochenen Punkte dieser Arbeit herausarbeitet.

Im Folgenden sollen aber zunächst grundlegend relevante Informationen zum Thema Insolvenz aufgezeigt werden. Dazu zählen zunächst die Tatbestandsmerkmale für den Eintritt einer Insolvenz *Zahlungsunfähigkeit* gemäß § 66 IO und *Überschuldung* laut § 67 IO. Im Anschluss wird noch auf die unterschiedlichen Typen des Insolvenzverfahrens eingegangen.

---

<sup>6</sup> Hoffmann, Die Patronatserklärung im deutschen und österreichischen Recht (1988) 40.

<sup>7</sup> Lindner, Patronatserklärungen im österreichischen und deutschen Recht (2005) 138.

<sup>8</sup> Tödter, Bürgschaft und Patronatserklärung (2014) 22.

<sup>9</sup> Mayer, Der vertragliche Nachrang von Forderungen (2007) 140.

<sup>10</sup> BGH v 20.09.2010 II ZR 296/08, BGHZ 187, 69; BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14; zu den Urteilen ausführlichere Details in Kapitel III.

## I TATBESTANDSMERKMALE DER UNTERNEHMERISCHEN INSOLVENZ

---

Im Lebenszyklus unternehmerischer Tätigkeit kommt es immer wieder zu Krisensituationen, die unterschiedlich stark ausgeprägt sind. Dabei kann zwischen potentiellen, latenten und akuten Krisen unterschieden werden. Versagt das Krisenmanagement, das durch Früherkennung und Gegenmaßnahmen eine Krise vermeiden soll, bleibt oft nur noch der Weg in die Insolvenz.<sup>11</sup>

Kapitalgesellschaften sind davon in der Regel häufiger betroffen, da diese in der Praxis meist nicht über Eigenkapital, sondern über Fremdkapital finanziert sind.<sup>12</sup> Die erhöhte Anfälligkeit für eine Insolvenz ergibt sich aus der Tatsache, dass jene Finanzierungsmittel zu passivieren sind.<sup>13</sup>

Für den Fall, dass nicht ausreichend Eigenkapital zur Finanzierung der Gesellschaft vorhanden ist, kann die Insolvenz dennoch vermieden werden, indem entweder Aktiva erhöht oder Passiva reduziert werden. Dies kann beispielsweise auf der Aktivseite durch Abschluss einer Patronatserklärung und auf der Passivseite durch Vereinbarung einer Rangrücktrittserklärung für bereits gewährtes Fremdkapital erreicht werden.<sup>14</sup> Kritisch hierbei ist, dass die Gesellschafter im Rahmen der vertraglichen Insolvenzvorsorge den Gläubigern so wenig Risiken wie möglich abnehmen wollen, jedoch gerade ausreichend genug, um der Insolvenzantragspflicht zu entgehen.<sup>15</sup> In Hinblick auf die Auslegung der vertraglich getroffenen Finanzierungszusagen treten oft Schwierigkeiten auf, da diese von Gesellschaftern oder Dritten bewusst offen gehalten werden, um sich im Falle einer Inanspruchnahme wegen Insolvenzverschleppung auf eine weitgehende, die Antragspflicht vermeidende Vereinbarung berufen und beim Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters oder der Gläubiger auf einen möglichst geringen Umfang beschränken zu können. Die Wirksamkeit der Insolvenzvorsorge geht demnach aus der Auslegung der gesetzlichen Anforderungen oder dem privat-autonom gewollten Verpflichtungsumfang hervor.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise – Verantwortung und Haftung der Gesellschaftsorgane<sup>3</sup> (2014) 21.

<sup>12</sup> *Hölzle/Klopp*, Insolvenzvermeidende Patronatserklärungen, KTS 2016, 336.

<sup>13</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 429.

<sup>14</sup> *Ringstmeier*, Patronatserklärungen als Mittel der Suspendierung der Insolvenzantragspflicht, in FS für Wellensiek (2011) 142.

<sup>15</sup> *Meyer-Löwy/J. Schmidt/Shubina*, Der erforderliche Umfang der Gesellschafterfinanzierung zwecks Abwendung der Insolvenz, ZIP 2014, 2478.

<sup>16</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 429 f.

Dreh- und Angelpunkt bleibt aber immer die Privatautonomie, da der Verpflichtungsumfang stets maßgeblich vom Willen der Parteien abhängt. Dieser kann zwar durch gesetzliche Anforderungen beeinflusst werden, jedoch sein Fehlen nicht ersetzen.<sup>17</sup>

Der österreichische Gesetzgeber unterscheidet zwischen zwei Tatbeständen, die eine Insolvenz auslösen. Bei natürlichen Personen handelt es sich dabei um den Insolvenzgrund der *Zahlungsunfähigkeit* gemäß § 66 IO, bei juristischen Personen, Verlassenschaften und bei eingetragenen Personengesellschaften, bei denen keine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter auftritt, um den Tatbestand der *Überschuldung* laut § 67 IO.<sup>18</sup>

Im Folgenden sollen die zwei Tatbestände, die die Grundlage für das Auslösen einer Insolvenz sind, genauer beleuchtet werden.

## 1 ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT GEMÄß § 66 IO

Die Betriebswirtschaftslehre versteht unter dem Begriff der Liquidität eines Unternehmens die grundsätzliche Fähigkeit, seinen Zahlungsverpflichtungen fristgerecht nachzukommen. Andernfalls gilt das Unternehmen als illiquide.<sup>19</sup> Anders ausgedrückt, ist das Unternehmen mangels vorhandener Liquidität gemäß § 66 Abs 2 IO zahlungsunfähig, wenn es als Schuldner seine Zahlungen einstellt. Dies wiederum gilt als gültiger Insolvenzeröffnungsgrund für alle insolvenzfähigen Schuldner.<sup>20</sup> Die Insolvenzfähigkeit geht aus der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit hervor, somit sind alle Träger von Verbindlichkeiten in der Theorie auch insolvenzfähig.<sup>21</sup>

Gemäß der von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Standardformel zur Zahlungsunfähigkeit wird der Begriff der Zahlungsunfähigkeit so definiert, dass der Schuldner aufgrund fehlender Mittel nicht in der Lage ist, (alle) seine fälligen

---

<sup>17</sup> Westpfahl/Kresser, Rangrücktrittsvereinbarungen in der Beratungspraxis, DB 2016, 40; Haas in Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz<sup>21</sup> (2017) Vorbemerkung § 64 Rz 62.

<sup>18</sup> Buchegger, Insolvenzrecht (2010) 5.

<sup>19</sup> Egger/Egger/Schauer, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre<sup>27</sup> (2015) 75.

<sup>20</sup> Dellinger in Konieczny/Schubert (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1999) § 66 KO Rz 2 f.

<sup>21</sup> Buchegger, Insolvenzrecht 3.

Schulden auszugleichen und auch in absehbarer Zeit erforderliche Zahlungsmittel nicht beschaffen kann.<sup>22</sup>

Um die Gefahr einer mangelnden Elastizität gesetzlicher Begriffsbestimmungen gegenüber Einzelfällen zu vermeiden, hat der Gesetzgeber bis dato verzichtet, den Grundgedanken der Zahlungsunfähigkeit im Gesetz zu definieren. Als weitere Argumentation für eine nicht notwendige Definition dienen feststehende Ergebnisse der Wissenschaft über die Auslegung des Begriffs. In der deutschen Rechtsprechung hingegen ist gemäß § 17 Abs 2 dInsO Zahlungsunfähigkeit dann anzunehmen, wenn der Schuldner die Zahlungen einstellt bzw dann, wenn er nicht mehr in der Lage ist, fällige Zahlungsverpflichtungen zu bedienen.<sup>23</sup>

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit ist jedoch auch in anderen Gesetzestexten, wie zum Beispiel im EKEG, AktG und StGB zu finden. Vertiefend wird im Strafrecht gemäß §§ 158, 159 StGB von der ständigen Rechtsprechung weiter verlangt,<sup>24</sup> „dass der Schuldner nicht im Stande ist, alle seine fälligen Schulden bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung in angemessener Frist zu begleichen“.<sup>25</sup>

Die Zahlungsunfähigkeit ist insgesamt durch mehrere Kriterien charakterisiert. Neben der eingangs erwähnten Liquiditätsfrage, also ob Geldschulden vorhanden sind oder ein Mangel bereiter Zahlungsmittel vorliegt, können auch weitere Faktoren wie das „in der Lage sein“ Schulden zu begleichen, die Fälligkeit bei Geldschulden, oder die zulässige Dauer einer Zahlungsstockung bzw Deckungslücke eine Rolle spielen. Zudem muss eine klare Abgrenzung zur drohenden Zahlungsunfähigkeit gezogen werden und zusätzlich müssen Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern gesondert berücksichtigt werden.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Stellvertretend OGH v 28.06.1990, 8 Ob 624/88 SZ 63/124 = ecolex 1990, 675 = WBI 1990, 348; OGH v 07.11.2002, 8 Ob 87/02f ZIK 2003, 64; ebenso *Bartsch/Heil*, Grundriß des Insolvenzrechts<sup>4</sup> Rz 15; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 5; *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> II (2004) § 66 KO Rz 9.

<sup>23</sup> *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>3</sup> 43.

<sup>24</sup> OGH v 27.01.2004, 14 Os 160/03.

<sup>25</sup> *Dellinger in Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 5; *Kirchbacher in Höpfll/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB<sup>2</sup> § 159 Rz 60 (Stand September 2011, rdb.at); *Gurmann*, Grundzüge des Gesellschafts- und Insolvenzrechts<sup>2</sup> (2018) 213.

<sup>26</sup> *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>3</sup> 45.

## 1.1 Geldschulden

Während *Dellinger* in *Konecny/Schubert* die Meinung vertritt, dass Geldverbindlichkeiten sonstige Verpflichtungen wie Dienst-, Sachleistungs- oder Werkleistungsverpflichtungen außen vorlassen,<sup>27</sup> entgegnen *Bartsch/Pollak*<sup>28</sup> und *Pistauer*,<sup>29</sup> dass auch das reine Unvermögen Waren liefern zu können, auf eine Zahlungsunfähigkeit abzielen kann. Dies ist im Einklang mit § 1412 ABGB zu sehen, wonach unter Zahlung das zu verstehen ist, was man zu leisten schuldig ist.

## 1.2 Fehlen bereiter Zahlungsmittel

Bereite oder auch liquide Mittel sind in zwei Kategorien aufgeteilt. Auf der einen Seite stehen Bargeld, Giralgeld, offene Kreditlinien, also tatsächlich verfügbares Geld und auf der anderen Seite leicht verwertbares Vermögen. Dazu zählen unter anderem fällige und einbringliche Forderungen, Kapitalmarktpapiere oder Sparguthaben. Beide Arten dienen dazu, die Zahlungsfähigkeit bestehen zu lassen oder wiederherzustellen.<sup>30</sup>

## 1.3 Zahlungsfähigkeit

Um in der Lage zu sein, Gläubiger zu bedienen, kommt es rein objektiv auf das Verhältnis von bereiten Mitteln zu fälligen Schulden an. Ein Schuldner, der zahlen kann, aber nicht will, ist nicht zahlungsunfähig.<sup>31</sup> Ist die Nichterfüllung von Verbindlichkeiten durch den Zahlungsunwillen des Schuldners begründet, kann nicht von einer Zahlungsunfähigkeit ausgegangen werden.<sup>32</sup> Um solchen Nachlässigkeiten des Schuldners vorzubeugen, steht das Mittel des Exekutionsverfahrens

---

<sup>27</sup> *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze §66 KO Rz 8.

<sup>28</sup> *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz II<sup>3</sup> (1937) 59.

<sup>29</sup> OGH v 09.10.1968, 5 Ob 269, 274, 275/68.

<sup>30</sup> *Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel*, Handbuch des österreichischen Insolvenzrechts: Insolvenzverfahren – Grundzüge, Muster und Formulare, abgabenrechtliche Sonderprobleme (1986) 12.

<sup>31</sup> LG Eisenstadt v 22.6.2004, 13 R 155/04y, ZIK 2005/152, 140; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 15; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II § 66 KO Rz 27.

<sup>32</sup> *Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel*, Handbuch Insolvenzrecht 6.

zur Verfügung.<sup>33</sup> Kommt es durch das Versäumnis des Schuldners dazu, dass liquide Mittel nicht zeitgerecht beschafft werden können, obwohl dies möglich gewesen wäre, kann der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit dennoch eintreten. Dies ist der Fall, wenn der Schuldner die zahlungsfälligen Verbindlichkeiten gegenüber dem Gläubiger auch unter Einhaltung der verkehrsauffassungsgemäßen Wartefrist nicht bedienen kann.<sup>34</sup> Wird hingegen eine Ratenzahlung vereinbart, die vorsieht, dass eine Rückführung der Schulden in einer üblichen Frist erfolgen kann, kann der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit wieder aufgehoben werden.<sup>35</sup>

Gemäß § 66 Abs 3 IO kann durch vereinzelte Zahlungen die Zahlungsfähigkeit nicht wiederhergestellt werden, da eine teilweise Befriedigung der Gläubiger als Annahme zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit nicht dienen kann.<sup>36</sup>

#### 1.4 Fälligkeit von Verbindlichkeiten

Für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit spielen nur Verbindlichkeiten eine Rolle, die auch fällig sind.<sup>37</sup> Fälligkeit tritt zu dem Zeitpunkt ein, in dem der Schuldner die Leistung erbringen muss und der Gläubiger sie auch annehmen soll. Man spricht also von einem zeitpunktbezogenen Begriff.<sup>38</sup> Möchte der Schuldner den Zeitpunkt der Fälligkeit hinauszögern, kann er unter anderem eine Stundung der Verbindlichkeiten mit dem Gläubiger vereinbaren.<sup>39</sup> Eine weitere Möglichkeit die Fälligkeit von Schulden aufzuschieben, ist der Abschluss einer Rangrücktrittserklärung des Gläubigers. Die Forderung verliert dadurch ihre Fälligkeit und die Zahlungsfähigkeit des Schuldners kann wiederhergestellt werden. Dafür muss aber die Nichtfälligkeit bzw Nichtdurchsetzbarkeit der Forderungen von beiden Parteien im Beurteilungszeitraum vereinbart werden.<sup>40</sup>

---

<sup>33</sup> LG Eisenstadt v 22.06.2004 13 R 155/04y, ZIK 2005/152, 140; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 15; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II § 66 KO Rz 27.

<sup>34</sup> *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 15.

<sup>35</sup> OGH v 16.12.2008, 8 Ob 133/08d.

<sup>36</sup> *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II § 66 KO Rz 77.

<sup>37</sup> *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 16.

<sup>38</sup> *Kozioł/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II<sup>13</sup> (2007) 37; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 17.

<sup>39</sup> *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung I<sup>2</sup> (1997);

*Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II § 66 KO Rz 38.

<sup>40</sup> *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II § 66 KO Rz 39.

Die Thematik rund um die Rangrücktrittsvereinbarung soll im weiteren Verlauf dieser Arbeit noch umfangreicher betrachtet werden.

Anders als bei dem Insolvenztatbestand der Überschuldung, spielen langfristige Verpflichtungen für die Überprüfung der Zahlungsunfähigkeit keine Rolle. Für Darlehensverbindlichkeiten, Pensions- und Abfertigungsrückstellungen oder andere vergleichbare Schuldtitel muss aus betriebswirtschaftlicher Sicht keine Liquidität bereitgestellt werden.<sup>41</sup>

## 1.5 Zahlungsstockung

Kann der Schuldner vorübergehend auf Grund von kurzzeitigem Mangel an liquiden Mitteln fällige Forderungen nicht bezahlen, spricht man von Zahlungsstockung. Durch Verwertung vorhandener Aktiva oder die Aufnahme eines Kredits zur Überbrückung der Situation kann eine Zahlungsstockung überwunden werden. Um die Zahlungsstockung von der Zahlungsunfähigkeit abgrenzen zu können, ist die Betrachtung des zeitlichen Ausmaßes des Nichtzahlenkönnens relevant. Es ist zwischen der Zeitraumilliquidität der Zahlungsstockung und der Zeitpunktilliquidität der Zahlungsunfähigkeit zu unterscheiden.<sup>42</sup> Mit einer kurzfristigen Finanzplanerstellung ist zu beweisen, dass geringfügige Liquiditätsengpässe überwunden werden können und unmittelbare Zahlungsfähigkeit hergestellt werden kann.<sup>43</sup> Die Finanzplanrechnung hat dabei der Vorgehensweise der Finanzplanung im Rahmen der Berechnung der Fortbestehensprognose zur insolvenzrechtlichen Überschuldungsrechnung zu entsprechen.<sup>44</sup>

In früheren Entscheidungen der Judikatur wurde die Frist einer Zahlungsstockung auf einen bestimmten Zeitpunkt festgelegt. So entschied beispielsweise das OLG Wien in seinem Urteil, dass die Zahlungsstockung einen Zeitraum von zwei Monaten nicht überschreiten dürfe.<sup>45</sup> In einer vorherigen Entscheidung des

---

<sup>41</sup> *Dellinger in Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 20; *Sprung/Schumacher*, Die Zahlungsunfähigkeit als Konkurseröffnungsgrund, JBL 1978, 130.

<sup>42</sup> *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 36; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 41; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/377.

<sup>43</sup> *Sprung/Schumacher*, JBL 1978, 132; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 40; *Uhlenbruck in K. Schmidt/Uhlenbruck GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*<sup>3</sup> (2003) Rz 863; *Gaedke/Jaufer*, Handlungsbedarf bei Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung, GBU 2008/03/07.

<sup>44</sup> *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>3</sup> 55.

<sup>45</sup> OLG Wien v 01.06.1994, 6 R 57/94.

OLG Wien wurde die Zahlungsstockung so definiert, dass innerhalb von 60 Tagen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit eine Rückzahlung der Schulden erfolgen müsse.<sup>46</sup> Anders urteilte der OGH in einer jüngeren Entscheidung zu diesem Thema. Demnach soll keine absolute Frist für die Definition der Zahlungsstockung gelten, sondern vielmehr eine Orientierungshilfe geschaffen werden, die in der Praxis angewendet werden kann und sich im Sinne des Gläubigerschutzes und der Rechtssicherheit verhält. Der OGH legte einen Richtwert fest, wonach eine Deckungslücke die 5-Prozent-Marke nicht überschreiten dürfe, damit man von Zahlungsfähigkeit ausgehen kann. Übersteigt die Zahlungslücke diesen Wert müsse grundsätzlich von Zahlungsunfähigkeit ausgegangen werden, es sei denn der Schuldner kann glaubhaft versichern, dass die Liquiditätslücke in einer Zeitspanne von höchstens drei Monaten geschlossen werden könne (Ex-ante-Prüfung).<sup>47</sup>

In der Literatur sind unterschiedliche Fristen von mehreren Tagen bis zu einigen Wochen zu finden. Andere halten sogar eine Frist von drei bis sechs Monaten für angemessen, um noch von einer Zahlungsstockung zu sprechen.<sup>48</sup> Nach hM ist jedoch hervorzuheben, dass in verschiedenen Branchen auch verschiedene Auffassungen von Zahlungsgepflogenheiten vorherrschen.<sup>49</sup>

Unterschiedliche Auffassungen von Judikatur und Literatur bezogen auf die verschiedenen Zeitangaben zur Illiquidität machen eine klare Abgrenzung zwischen der Zahlungsstockung und der Zahlungsunfähigkeit daher schwer.<sup>50</sup> Eine Abgrenzung ist aber deshalb wichtig, da die bloße Zahlungsstockung keinen Konkursgrund darstellt.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> OLG Wien 15.04.1993, 6 R 103/93.

<sup>47</sup> OGH v 19.01.2011, 3 Ob 99/10w, ÖBA 2011, 742; Schopper in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht (2016) Rz 16.49.

<sup>48</sup> Dellinger in *Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 47 und Rz 49 mwN.

<sup>49</sup> Chalupsky/Ennöckel/Holzapfel, Handbuch Insolvenzrecht 8 f; Dellinger in *Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 47 - Rz 50; Schumacher in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II § 66 KO Rz 23; Sprung in *Sprung/Schumacher*, JBL 126 f.

<sup>50</sup> Chalupsky/Ennöckel/Holzapfel, Handbuch Insolvenzrecht 8.

<sup>51</sup> Schopper in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 16.49.

## 1.6 Drohende Zahlungsunfähigkeit

Die drohende Zahlungsunfähigkeit ist im Gegensatz zur Zahlungsstockung von insolvenzrechtlicher Bedeutung, da hier der Schuldner gemäß § 167 Abs 2 IO ein Sanierungsverfahren eröffnen kann, aber nicht zwingend muss, solange kein Konkursverfahren anhängig ist. Die Legaldefinition der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 Abs 2 dInsO gibt vor, dass der Schuldner „voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen“. Bestehende Zahlungsverpflichtungen umfassen in diesem Fall sogar auch Verbindlichkeiten, die dem Grunde nach bestehen, aber noch nicht fällig sind.<sup>52</sup>

## 1.7 Feststellung der Zahlungsunfähigkeit

Ist der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit erfüllt, bleibt dem Schuldner gemäß § 69 Abs 2 IO eine Frist von 60 Tagen, in der dieser ohne schuldhaftes Zögern die Insolvenzeröffnung beantragen muss. Diese Frist verlängert sich auf 120 Tage, wenn die Zahlungsunfähigkeit durch eine Naturkatastrophe ausgelöst wurde (§ 69 Abs 2a IO).<sup>53</sup>

## 2 ÜBERSCHULDUNG GEMÄß § 67 IO

Die Überschuldung dient gemäß § 67 Abs 1 IO nur für das Vermögen juristischer Personen, Verlassenschaften und eingetragener Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, als Insolvenztatbestand.<sup>54</sup> Da dieser Tatbestand nur schwer objektivierbar ist, hat die Rechtsprechung eine Definition für den Begriff erarbeitet, wonach die Überschuldung erfüllt ist, wenn der Doppeltatbestand der rechnerischen Überschuldung und der negativen Fortbestehensprognose erfüllt ist.<sup>55</sup> Grundsätzlich ist der

---

<sup>52</sup> Drukarczyk in Kirchhof/Eidenmüller/Stürner (Hrsg), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung<sup>3</sup> I (2013) § 18 Rz 10; Pape in Kübler/Prütting/Bork (Hrsg), Kommentar zur Insolvenzordnung I (2012) § 18 Rz 9.

<sup>53</sup> Buchegger, Insolvenzrecht 5.

<sup>54</sup> Gurmman, Grundzüge Gesellschafts- und Insolvenzrecht<sup>2</sup> 214.

<sup>55</sup> Feil, Insolvenzordnung: Praxiskommentar<sup>8</sup> (2014) § 67 Rz 1; Mohr (Hrsg), Die Insolvenzordnung: samt Nebengesetzen, verweisenden und erläuternden Anmerkungen und ausführlichen Hinweisen auf die Rechtsprechung<sup>11</sup> (2012) § 67 Rz 8.

Begriff aber nicht im Gesetz definiert. Übersteigen jedoch alle fälligen und nicht-fälligen Schulden die aktiven Vermögensposten, kann von Insuffizienz (Überschuldung) ausgegangen werden.<sup>56</sup>

Die Überschuldung tritt in einer Vielzahl von Fällen früher ein als die Zahlungsunfähigkeit bzw kommt es oft ohne vorherige Überschuldung nicht zur Zahlungsunfähigkeit, da der Schuldner ohne Überschuldung in der Regel noch in der Lage ist sich einen Kredit zu nehmen, um nicht in Zahlungsschwierigkeiten zu kommen.<sup>57</sup>

Folgt man der Grundsatzentscheidung des OGH, tritt eine Überschuldung dann ein, wenn die Fortbestehensprognose ungewiss ist, sowie gleichzeitig unzureichend verfügbares Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger vorhanden ist, sodass eine Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlich ist.<sup>58</sup>

Wie oben bereits erwähnt, ist für die Überschuldung als Insolvenztatbestand die kumulative Erfüllung von rechnerischer Überschuldung und einer nicht vorhandenen positiven Fortbestehensprognose notwendig. Dazu ist es auch erforderlich, dass die rechnerische Überschuldung von der buchmäßigen Überschuldung abgegrenzt wird.<sup>59</sup>

## 2.1 Buchmäßige Überschuldung

Die buchmäßige Überschuldung wird dadurch definiert, dass das Eigenkapital durch unternehmerische Verluste aufgezehrt ist.<sup>60</sup> Wird in der Bilanz negatives Eigenkapital ausgewiesen, sind gemäß § 225 Abs 1 UGB zusätzliche Angaben im Anhang des Jahresabschlusses zu machen, die erläutern, ob eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts vorliegt.

## 2.2 Rechnerische Überschuldung

Anders ist die rechnerische Überschuldung zu sehen. Hier kann nicht einfach anhand von Bilanzpositionen im Jahresabschluss festgestellt werden, ob diese

---

<sup>56</sup> *Bartsch/Heil*, Grundriß<sup>4</sup> Rz, 18; *Rechenberger/Thurner* (Hrsg), Insolvenzrecht<sup>3</sup> (2018) Rz 64; *Harrer*, Haftungsprobleme 25.

<sup>57</sup> *Dellinger/Oberhammer/Koller* (Hrsg), Insolvenzrecht<sup>3</sup> (2014) Rz 70.

<sup>58</sup> OGH v 08.05.1984 4 Ob 599/83, JBL 1985/494.

<sup>59</sup> *Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>3</sup> 67.

<sup>60</sup> *Dellinger in Konecny/Schubert*, Kommentar Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 24.

zutrifft. Vielmehr ist diese Art das Ergebnis der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung, wonach der Vermögensstatus zu Liquidationswerten zu analysieren ist.<sup>61</sup> Demnach ist eine rechnerische Überschuldung dann anzunehmen, wenn die Unternehmensliquidation zum Stichtag eine Quote von weniger als 100 % für die Gläubiger ergeben würde.<sup>62</sup>

## 2.3 Rechtliche Überschuldung

Eine weitere Kategorie stellt die rechtliche Überschuldung dar. Diese ist gleichzeitig auch aus insolvenzrechtlicher Sicht als relevante Überschuldung anzusehen. Die rechtliche Überschuldung wird erreicht, wenn eine rechnerische Überschuldung in Verbindung mit einer negativen Fortbestehensprognose vorliegt.<sup>63</sup>

## 2.4 Fortbestehensprognose

Die Erfüllung des Überschuldungstatbestands dient dem Zweck, dass insolvenzgefährdete Unternehmen frühzeitig einen Insolvenzantrag stellen. Dies kann nur erfolgen, wenn auch eine negative Fortbestehensprognose besteht. Wird nämlich bei reiner rechnerischen Überschuldung über ein sonst lebensfähiges Unternehmen ein Insolvenzverfahren eröffnet, würde das dem Prinzip des Gläubigerschutzes widersprechen.<sup>64</sup>

Ziel der Fortbestehensprognose ist es, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festzustellen, ob das Unternehmen seine geschäftlichen Tätigkeiten weiterführen kann und dabei auch seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommen kann.<sup>65</sup>

Dazu muss in erster Linie eine entsprechende Finanzplanung sicherstellen, dass im beobachteten Zeitraum von sechs bis zwölf Monaten die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens und damit einhergehend auch die Überlebenschancen gewährleistet sind.<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> Reich-Rohrwig, I<sup>2</sup> Rz 2/371.

<sup>62</sup> Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger<sup>4</sup>, § 67 KO Rz 66.

<sup>63</sup> Jauffer, Unternehmen in der Krise<sup>3</sup> 69.

<sup>64</sup> Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht<sup>3</sup> Rz 78.

<sup>65</sup> Jauffer, Unternehmen in der Krise<sup>3</sup> 102.

<sup>66</sup> Dellinger in Konecny/Schubert, Kommentar Insolvenzgesetze §67 KO Rz 77 f, Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup> 87.

Zudem zielt die Fortbestehensprognose darauf ab, dass über den Prognosezeitraum hinaus eine künftige positive Entwicklung des Unternehmens festzustellen ist. Dadurch wird sichergestellt, dass die Zahlungsfähigkeit nicht nur durch kurzzeitige Zwischenfinanzierungen sichergestellt wird, sondern dass auch am Ende des Prognosezeitraums eine gesicherte Finanzierung vorhanden ist. Andernfalls würde es zu einer Verschleppung der Insolvenz kommen, was zwingend zu vermeiden ist.<sup>67</sup> Auch in der sog Sekundärprognose ist zu gewährleisten, dass die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens nach wie vor sichergestellt ist.<sup>68</sup>

Als dritter Punkt einer positiven Fortbestehensprognose wird gefordert, dass durch nachhaltige Turnaround-Aktivitäten negatives Eigenkapital beseitigt und damit auch die rechnerische Überschuldung aufgehoben werden kann. Dies hat innerhalb der Sekundärprognose in einem Zeitraum von zwei bis drei Jahren zu erfolgen.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup> 79; Dellinger in Konecny/Schubert, Kommentar Insolvenzgesetze § 67 Rz 78.

<sup>68</sup> Jaufer, Unternehmen in der Krise<sup>3</sup> 103.

<sup>69</sup> Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht<sup>3</sup> Rz 81; Dellinger in Konecny/Schubert, Kommentar Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 85.

## II PATRONATSERKLÄRUNGEN UND RANGRÜCKTRITT IM ÜBERBLICK

---

### 1 FORMEN DER PATRONATSERKLÄRUNGEN

Bei Patronatserklärungen handelt es sich um eine gesetzlich nicht geregelte Art von Kreditsicherheiten, die häufig innerhalb eines Konzerns verwendet wird, um die Kreditwürdigkeit eines verbundenen Unternehmens zu erhöhen.<sup>70</sup> Dabei unterstützt der Patron (Sicherungsgeber) den Protegé (Sicherungsnehmer), damit dieser seine Verbindlichkeiten zurückzahlen kann.<sup>71</sup> Gleichzeitig gewährt die Patronatserklärung dem Sicherungsgeber den Vorteil der Flexibilität, da dieser eine Vielzahl von Möglichkeiten hat, seine Verpflichtungen durch Leistung an den Sicherungsnehmer zu erfüllen.<sup>72</sup> Aus Sicht der Gläubiger ist die Patronatserklärung nicht die optimale Sicherungsvariante, da im Vergleich zu klassischen Absicherungsinstrumenten die Rückführung des Kredits mitunter verzögert oder gefährdet wird. Zusätzlich ist die Abgrenzung der rechtsverbindlichen Patronatserklärung von der unverbindlichen Kreditusage schwierig.<sup>73</sup> Patronatserklärungen weisen eine beachtenswerte Vielfalt auf. Es beginnt mit der einfachen Erklärung des Patrons, dass dieser Geldmittel zur Verfügung stellt oder für Schulden eintritt. Dies allein würde jedoch keine durchsetzbaren Ansprüche begründen, da dafür ein schuldrechtlicher Vertrag von Nöten wäre, der in diesem Fall jedoch nicht vorliegt.<sup>74</sup> Des Weiteren kann die Patronatserklärung auch im Sinne eines Vertragsbestands gesehen werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn dieses Instrument die Insolvenzstatbestände der Zahlungsunfähigkeit nach § 66 IO und der Überschuldung gemäß § 67 IO beseitigen soll. Demnach kann in diesem Fall auch nicht nur von einer einseitigen Absichts- oder Willenserklärung die Rede sein.<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> *La Corte*, Die harte Patronatserklärung: Zugleich ein Plädoyer für eine geänderte Anlassrechtsprechung (2006) 26; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten: Sachen und Rechte, Personen<sup>9</sup> (2017) Rz 1620; *Seiler*, Die Patronatserklärung im internationalen Wirtschaftsverkehr (1981) 4.

<sup>71</sup> *Gerth*, Atypische Kreditsicherheiten unter Berücksichtigung der Vorschriften über die Rechnungslegung (1977) 29.

<sup>72</sup> *Hantke*, Die Besicherung von Konzernkrediten über so genannte Ausstattungsverpflichtungen und andere Patronatserklärungen (2004) 55; *J. Schmidt* in *Buth/Hermanns*, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz<sup>4</sup> (2014) § 33 Rz 144.

<sup>73</sup> *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung<sup>5</sup> (2006) Rz 600; *Koch*, Die Patronatserklärung (2005) 77.

<sup>74</sup> *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärung als Instrument zur Insolvenzvorsorge (2015) 3.

<sup>75</sup> *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten<sup>9</sup> (2017) Rz 1622; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung<sup>5</sup> Rz 604; *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen 4.

Im weiteren Verlauf dieses Abschnitts soll eine begriffliche Abgrenzung zum einen zwischen der weichen und harten Patronatserklärung und zum anderen zwischen der internen und der externen Patronatserklärung vorgenommen werden.

## 1.1 Weiche und harte Patronatserklärungen

### 1.1.1 *Weiche Patronatserklärungen*

Das Kennzeichnungsmerkmal von weichen Patronatserklärungen wird dadurch beschrieben, dass diese in erster Linie keine primären Leistungsverpflichtungen des Patrons bewirken, sondern vielmehr als Stellungnahme zu sehen sind, die von der Muttergesellschaft an den Kreditgeber abgegeben wird, um dessen Vertrauen in den Protegé zu stärken.<sup>76</sup> Das Spektrum dieser Erklärungen kann reine Gefälligkeitsaussagen abdecken oder sogar umfangreiche Handlungs- und Eingriffspflichten in die Geschäftsführung des Protegés bedeuten. Für den Patron kann so unter Wahrung seiner Reputation der Eindruck erweckt werden, dass er zumindest die Absicht hat, seine Tochtergesellschaft mit Finanzmitteln auszustatten ohne direkte Einstandspflichten zu begründen.<sup>77</sup>

Konkret lassen sich weiche Patronatserklärungen in vier Kategorien unterteilen. Zum einen fallen darunter *Auskunftsklauseln*, die dazu dienen, dass der Patron gegenüber Gläubigern Erklärungen zur Kreditwürdigkeit, zu bestehenden Beteiligungen oder zu Geschäftspolitiken des Protegés abgibt. Zum anderen gehören *Informationsverpflichtungen* zu dieser Art der Patronatserklärungen. Demnach verpflichtet sich der Patron gegenüber den Kreditgebern, Änderungen der Verhältnisse im oder zum Tochterunternehmen bekannt zu geben. Als weitere Kategorie der weichen Patronatserklärungen sind die *Verhaltenspflichten* zu nennen. Dies bedeutet, dass die Muttergesellschaft sich dazu verpflichtet, durch geeignete Kontrollen und/oder Einflussnahmen die Rückzahlung der Verbindlichkeiten an die Gläubiger zu gewährleisten. Als letzter Punkt bleiben sogenannte *Managementklauseln*, wonach der Patron die Pflicht zur positiven Einflussnahme auf den Protegé hat.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Berthold, Patronatserklärungen im österreichischen und deutschen Recht (2005); Bülow, Recht der Kreditsicherheiten<sup>9</sup> Rz 1627.

<sup>77</sup> Keßler, Interne und externe Patronatserklärungen 5; Berthold, Patronatserklärungen 29.

<sup>78</sup> Berthold, Patronatserklärungen 29 f, 48 f, 55 f.

### 1.1.2 Harte Patronatserklärungen

Im Unterschied zur weichen Patronatserklärung beinhaltet die harte Patronatserklärung als garantieähnlicher Vertrag einklagbare Leistungsverpflichtungen.<sup>79</sup>

Dazu wird ein unechter Vertrag zugunsten Dritter entweder zwischen der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft oder dem Patron und dem Gläubiger des Protegés geschlossen.<sup>80</sup> Im Gegensatz zu anderen Sicherungsmitteln, wie der Bürgschaft oder der Garantie, zeichnet sich die harte Patronatserklärung durch die hohe Flexibilität aus.<sup>81</sup> Demnach ist es dem Patron selbst überlassen, in welcher Form die Unterstützung des Protegés stattfinden soll. Er hat nur zu gewährleisten, dass der Protegé in der Lage ist, seine Schulden ausgleichen zu können.<sup>82</sup> Die Muttergesellschaft hat dabei die Wahl, die Leistung etwa durch eine direkte Zahlung an die Tochtergesellschaft oder mit Hilfe einer Kapitalerhöhung zu erfüllen.<sup>83</sup>

In der Folge lassen sich harte Patronatserklärungen noch weiter im Detail in interne und externe Patronatserklärungen gliedern.<sup>84</sup>

## 1.2 Interne und externe Patronatserklärungen

### 1.2.1 Interne Patronatserklärungen

Weitere Bezeichnungen für die interne Patronatserklärung sind die Liquiditätszusage<sup>85</sup> oder Liquiditätsgarantie.<sup>86</sup> In der Praxis treten diese Begriffe sowohl als Synonyme,<sup>87</sup> als auch als Differenzierung zwischen den einzelnen Formen der internen Patronatserklärung auf.<sup>88</sup>

In der vorliegenden Ausarbeitung soll unter einer internen Patronatserklärung ein Vertragstatbestand verstanden werden, wonach sich der Patron verpflichtet, den

---

<sup>79</sup> *Berthold*, Patronatserklärungen 72; *Reinicke/Tiedtke* Kreditsicherung<sup>5</sup> Rz 604; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten<sup>9</sup> Rz 1622.

<sup>80</sup> *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen 6; *Berthold*, Patronatserklärungen 72.

<sup>81</sup> *Allstadt-Schmitz* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch II<sup>3</sup>, Bank- und Börsenrecht (2015) Rz IV 673.

<sup>82</sup> *La Corte*, Die harte Patronatserklärung 108; *Seiler*, Patronatserklärung im internationalen Wirtschaftsverkehr 23.

<sup>83</sup> *J. Schmidt* in *Buth/Hermanns*, Restrukturierung<sup>4</sup> § 33 Rz 144.

<sup>84</sup> *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen 7.

<sup>85</sup> *Böttger/Weimann*, Liquiditätszusagen von Gesellschaftern in der Krise der GmbH, DZWIR 2007, 309.

<sup>86</sup> *Koch*, Die Patronatserklärung 18.

<sup>87</sup> *La Corte*, Die harte Patronatserklärung 30.

<sup>88</sup> *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen 7.

Protegé soweit mit finanziellen Mitteln auszustatten, damit dieser seine Schulden ausgleichen kann.<sup>89</sup> Somit besteht auch ein Ausstattungsanspruch des Protegés gegenüber dem Patron.<sup>90</sup> Im Falle einer konzerninternen Patronatserklärung hat der Protegé über den Ausstattungsanspruch zusätzlich die Möglichkeit – dank Cash-Poolings – auf die Konten der Muttergesellschaft zuzugreifen und kann so ohne Mitwirkung des Patrons die Leistung des Ausstattungsanspruchs veranlassen.<sup>91</sup>

In der deutschen Rechtsprechung gilt die interne Patronatserklärung in vielen Fällen als aufschiebend bedingtes Darlehensversprechen<sup>92</sup>. Da sie jedoch durch ihre inhaltliche Flexibilität besticht, ist die interne Patronatserklärung mehr als Vertrag *sui generis*, also ein Vertrag, der nicht ausdrücklich im Gesetzbuch geregelt ist, zu verstehen.<sup>93</sup>

Ein weiterer Punkt, der für die Ausgestaltung der internen Patronatserklärung von Bedeutung ist, ist die Frage, über welchen Zeitraum Finanzmittel dem Protegé überlassen werden sollten. Demnach gibt es einerseits die Möglichkeit im Rahmen einer darlehensähnlichen Kreditzusage finanzielle Mittel bereitzustellen und andererseits als Zahlungsverpflichtung *à fonds perdu* zu arrangieren.<sup>94</sup> Im ersten Fall würde dies bedeuten, dass der Patron gegenüber dem Protegé einen Rückzahlungsanspruch innehat. In der Vertragsausgestaltung lässt sich diese Option recht schnell feststellen, wenn beispielsweise eine Stundung zur Zahlung oder eine Rangrücktrittserklärung vereinbart wird. Im zweiten Fall wird vereinbart, dass die überlassenen Finanzmittel dauerhaft im Vermögen des Protegés verbleiben. Dazu muss aber eine ausdrückliche Erklärung der Parteien vorliegen, damit nicht zusätzlich durch Auslegung der Wille der betroffenen Parteien ermittelt werden muss.<sup>95</sup>

Die Rechtsnatur der internen Patronatserklärung aus österreichischer Sicht lässt sich durch zwei charakteristische Leistungsmerkmale beschreiben.

---

<sup>89</sup> J. Schmidt in Buth/Hermanns, Restrukturierung<sup>4</sup> § 33 Rz 146.

<sup>90</sup> Keßler, Interne und externe Patronatserklärung 7.

<sup>91</sup> Krüger/Pape, Patronatserklärungen und Beseitigung von Zahlungsunfähigkeit, NZI 2011, 617; Keßler, Interne und externe Patronatserklärungen 8.

<sup>92</sup> Krüger/Pape, NZI 2011, 617.

<sup>93</sup> Keßler, Interne und externe Patronatserklärungen 8; Koch, Die Patronatserklärung 125.

<sup>94</sup> Gerth, Atypische Kreditsicherheiten 273.

<sup>95</sup> Keßler, Interne und externe Patronatserklärungen 9.

Einerseits steht als wesentlicher Punkt die Ausstattungsverpflichtung des Patrons gegenüber dem Protegé im Vordergrund. Diese kann im Zuge der Ausstattungsfreiheit<sup>96</sup> sowohl durch Eigen- als auch Fremdkapitalmaßnahmen sowie durch die Abgabe von Sachmitteln erfüllt werden. Ebenfalls möglich ist die Einordnung der internen Patronatserklärung als zweipersonale Garantie, bei der der Patron als Garant die Haftung für das Fortbestehen der Gesellschaft des Begünstigten übernimmt.<sup>97</sup>

Andererseits ist für die interne Patronatserklärung relevant, ob diese in der Form eines Dauerschuldverhältnisses geschlossen wird. Eine solche Vereinbarung liegt vor, wenn der Schuldner eine wiederkehrende Erfüllung leisten muss, ohne dass in der Folge das Schuldverhältnis beendet wird.<sup>98</sup>

### 1.2.2 Externe Patronatserklärungen

Die externe Patronatserklärung wird in den meisten Fällen als Kreditsicherheit charakterisiert, die zwischen dem Patron und zumindest einem Gläubiger des Protegés geschlossen wird.<sup>99</sup> Durch den Anspruch gegenüber dem Patron, dass dieser den Protegé finanziell in einem solchen Rahmen ausstattet, der ihm die Zahlung seiner Schulden gegenüber dem Gläubiger ermöglicht, ist der Gläubiger abgesichert.<sup>100</sup> Jedoch kann der Gläubiger nur Leistung an den Protegé und nicht direkt an sich selbst verlangen.<sup>101</sup> Das daraus entstehende Weiterleitungsrisiko wird allein durch den Patron getragen. Verwendet nämlich der Protegé die erhaltenen Finanzmittel nicht zur Begleichung der Forderungen des Gläubigers, ist der Patron dazu verpflichtet erneut zu leisten.<sup>102</sup> Daraus folgt, dass der Protegé

---

<sup>96</sup> Bollenberger/Kellner in Apathy/Iro/Kozioł (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht Band 8: Kreditsicherheiten Teil 1<sup>2</sup> (2012) Rz 4/42.

<sup>97</sup> Kozioł, Der Garantievertrag (1981) 1.

<sup>98</sup> Müller, Die außerordentliche Kündigung von internen Patronatserklärungen, ÖBA 2017, 543.

<sup>99</sup> Merkel/Tetzlaff in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>4</sup> (2011) § 98 Rz 16; Koch, Die Patronatserklärung 18; La Corte, Die harte Patronatserklärung 46; J. Schmidt in Buth/Hermanns, Restrukturierung<sup>4</sup> § 33 Rz 146.

<sup>100</sup> Bülow, Recht der Kreditsicherheiten<sup>9</sup> Rz 1722; Koch, Die Patronatserklärung 77; La Corte, Die harte Patronatserklärung 46.

<sup>101</sup> J. Schmidt in Buth/Hermanns, Restrukturierung<sup>4</sup> § 33 Rz 147; Merkel/Tetzlaff in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>4</sup> § 98 Rz 13.

<sup>102</sup> Allstadt-Schmitz in Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch II<sup>3</sup>, Bank- und Börsenrecht Rz IV 733; La Corte, Die harte Patronatserklärung 138; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten<sup>9</sup> Rz 1624.

selbst aus der Patronatserklärung keinen Ausstattungsanspruch hat, sondern nur reflexartig lanciert werden kann.<sup>103</sup>

Die externe Patronatserklärung geht somit aus der Grundlage eines unechten Vertrags zugunsten Dritter hervor.<sup>104</sup>

Ebenso wie die interne Patronatserklärung, kann auch die externe Patronatserklärung entweder als darlehensähnliche Kreditzusage oder als Zahlung *à fonds perdu* von den beteiligten Parteien abgeschlossen werden.<sup>105</sup> Zumeist wird die externe Patronatserklärung jedoch als darlehensähnliche Kreditzusage ausgestaltet, damit der Patron einen vertraglichen Rückzahlungsanspruch gegenüber dem Protegé erwirken kann.<sup>106</sup>

Auch in der österreichischen Rechtsprechung wird die externe Patronatserklärung als dreipersonales Verhältnis zwischen Patron, Protegé und Gläubiger charakterisiert. Deren konkrete Ausgestaltung ist mit den Anforderungen an die interne Patronatserklärung vergleichbar. Zentraler Aspekt ist auch hier die Ausstattung des Protegés mit Finanzmittel, dass dieser seinen Zahlungsverpflichtungen rechtzeitig nachkommen kann.<sup>107</sup>

### 1.2.3 Vergleich der internen mit der externen Patronatserklärung

In der Praxis werden interne und externe Patronatserklärungen als Sanierungsmittel verwendet.<sup>108</sup> Aus Sicht des Gläubigers liegt der Vorteil der externen Patronatserklärung gegenüber der internen Patronatserklärung darin, dass sie eben diesem einen unmittelbaren Anspruch auf Leistung gewährt, was diese gleichzeitig zu einem Sicherungsmittel macht.<sup>109</sup> Von größter Bedeutung für den Gläubiger ist nämlich die Tatsache, dass die Rückzahlung der Verbindlichkeiten des Protegés nicht von dem Innenverhältnis zwischen dem Patron und dem Protegé

---

<sup>103</sup> *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten<sup>9</sup> Rz 1622; *Koch*, Die Patronatserklärung 132; *La Corte*, Die harte Patronatserklärung 204.

<sup>104</sup> *Allstadt-Schmitz* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch II<sup>3</sup>, Bank und Börsenrecht Rz IV 694.

<sup>105</sup> *Gerth*, Atypische Kreditsicherheiten 273.

<sup>106</sup> *Koch*, Die Patronatserklärung 313; *Gerth*, Atypische Kreditsicherheiten 151.

<sup>107</sup> *Müller*, Die außerordentliche Kündigung von internen Patronatserklärungen, ÖBA 2017, 542.

<sup>108</sup> *Tetzlaff*, Kurzfristig kündbare Patronatserklärungen, DZWIR 2011, 183; *Merkel/Tetzlaff* in *Schimanski/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch § 98 Rz 15.

<sup>109</sup> *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärung 18; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten<sup>9</sup> Rz 1620.

abhängt. Damit wird auch verhindert, dass zwischen dem Patron und dem Protegé Vereinbarungen getroffen werden, die über eine Stundung oder den Erlass der Ausstattungsansprüche entscheiden, ohne dass der Gläubiger dazu seine Einwilligung erteilen muss.<sup>110</sup> Durch die externe Patronatserklärung wird die Kreditwürdigkeit des Protegés entscheidend erhöht, was für die dauerhafte und eigenständige Vermeidung der Insolvenz von Relevanz ist. Dies folgt auch dem Interesse des Patrons, dass die Existenzsicherung des Protegés auch auf lange Sicht in Unabhängigkeit von dessen Leistung steht.<sup>111</sup>

Im Gegensatz dazu liefert aus Sicht des Unternehmens die interne Patronatserklärung einen Mehrwert gegenüber der externen Patronatserklärung, die als Sanierungsinstrument nur bedingt geeignet ist. Die interne Patronatserklärung findet insbesondere in Krisenzeiten Anwendung und dient als geeignetes Werkzeug zur Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit (§ 66 IO) bzw der Überschuldung (§ 67 IO) sowie zur Gewährleistung der Going-Concern-Prämisse (§ 201 Abs 2 Z 2 UGB).<sup>112</sup>

## 2 FORMEN DES RANGRÜCKTRITTS

Ein weiteres relevantes und in der Sanierungs- und Finanzierungspraxis stark verbreitetes Mittel zur Insolvenzvorsorge sind Rangrücktrittserklärungen. Diese sind in Literatur und Rechtsprechung auch unter den Begrifflichkeiten der Nachrangabrede, Forderungsrücktritt oder Subordination zu finden und synonymhaft zu verstehen.<sup>113</sup> In der vorliegenden Arbeit wird hauptsächlich der Begriff der Rangrücktrittserklärung für die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner über die Subordination von Verbindlichkeiten verwendet.

Die Idee solcher Rangrücktrittserklärungen ist es, Fremdkapital funktionell in Richtung Eigenkapital zu schieben und als sog Mezzaninkapital auszuweisen. Daher gilt die Rangrücktrittsvereinbarung als eigenkapitalersetzende Leistung.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> Bomhard/Haase, Gestaltung von Patronatserklärungen als Sicherungsmittel in Gewerberaummietverträgen, BB 2010, 2651.

<sup>111</sup> Keßler, Interne und externe Patronatserklärung 18.

<sup>112</sup> Müller, Die außerordentliche Kündigung von internen Patronatserklärungen, ÖBA 2017, 552.

<sup>113</sup> Schummer in Konecny, Insolvenz-Forum 2012 (2013) 120.

<sup>114</sup> Gleske/Laudenklos in Eilers (Hrsg), Unternehmensfinanzierung (2012) 467.

Dadurch kommt es zum Entfall der Passivierungspflicht eben jener Verbindlichkeiten und als Folge zur Reduzierung des Überschuldungsstatus, da eine rechnerische Überschuldung sowie die Insolvenzeröffnung vermieden wird. So kann eine außergerichtliche Sanierung der Gesellschaft ermöglicht werden.<sup>115</sup>

Die Rangrücktrittserklärung wird als zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger definiert und hat zur Folge, dass der Gläubiger seine Ansprüche in Folge einer Liquidation oder einer Insolvenz erst nach Befriedigung aller nicht im Rang zurückgestellten Gläubiger geltend machen kann.<sup>116</sup>

Weiter untergliedert sich der Rangrücktritt in einfache und qualifizierte Rangrücktrittserklärungen, wonach bei der einfachen Nachrangabrede nur die Befriedigungsreihenfolge der Gläubiger modifiziert wird, während bei der qualifizierten Nachrangabrede die betroffenen Verbindlichkeiten zusätzlich auch aus dem Überschuldungsstatus ausscheiden.<sup>117</sup>

Im Weiteren ist die Rangrücktrittserklärung von der Rückstehungsvereinbarung zu differenzieren. Diese beschreibt, dass sich der Gläubiger dazu verschreibt, seinen Anteil an der Sanierungsplanquote in einem bereits laufenden Insolvenzverfahren erst einzufordern, wenn alle übrigen Gläubiger ihre Quote zuvor erhalten haben.<sup>118</sup> Zusätzlich ist eine Abgrenzung zur individuellen Rückstehungsvereinbarung notwendig, die besagt, dass sich ein Gläubiger gegenüber einem weiteren (künftigen) verpflichtet, seine Ansprüche gegenüber dem Schuldner erst dann geltend zu machen, wenn der andere Gläubiger vollständig befriedigt wurde.<sup>119</sup>

Rangrücktrittsvereinbarungen sind in materiell-rechtlicher Hinsicht oftmals nicht ausdrücklich festgelegt, da die rechtsgeschäftliche Behandlung stark von den Besonderheiten des Einzelfalls abhängig ist. So variiert ihre Definition in erheblichem Maße. Die Einordnung kann als auflösend bedingter Verzicht auf den Anspruch bzw dessen Befriedigung,<sup>120</sup> als *pactum de non petendo*,<sup>121</sup> als Schuldänderungsvertrag, Stundung, Vertrag zugunsten Dritter oder als Vertrag *sui generis*

---

<sup>115</sup> Pateter/Pirker, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 217.

<sup>116</sup> Schummer in Konecny, Insolvenz-Forum 2012, 105.

<sup>117</sup> Pateter/Pirker, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 217.

<sup>118</sup> Riel in Konecny/Schubert, Kommentar Insolvenzgesetze § 150 KO Rz 22.

<sup>119</sup> Pateter/Pirker, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 217.

<sup>120</sup> Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II § 67 KO Rz 109.

<sup>121</sup> Schummer, Das Eigenkapitalersatzrecht (1998) 163.

erfolgen.<sup>122</sup> Ausschlaggebend für die rechtsgeschäftliche Wirkung ist der jeweilige Zweck der Vereinbarung.<sup>123</sup>

Im Folgenden soll nun vertiefend auf die Differenzierung zwischen der einfachen und qualifizierten Rangrücktrittserklärung eingegangen werden.

## 2.1 Der einfache Rangrücktritt

### 2.1.1 *Wirtschaftsrechtlicher Kontext zum einfachen Rangrücktritt*

Die einfache Rangrücktrittserklärung ist grundsätzlich nicht im Gesetz geregelt. Für eine korrekte Auslegung dieser ist jedoch sowohl der rechtliche als auch der wirtschaftliche Hintergrund entscheidend, in dem die Erklärung geschlossen wurde.

Aus gesetzlicher Sicht sind Regelungen für Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen gemäß § 57a IO vorgesehen. Diese sind zu erfüllen, sobald alle Insolvenzforderungen bedient wurden. Demnach stehen sie per Gesetz nachrangig zu allen Insolvenzforderungen, für die keine separate Nachrangabrede vereinbart wurde. Die Passivierungspflicht der eigenkapitalersetzenden Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus bleibt dennoch weiterhin bestehen, weil die Gesellschaft nicht auf gesetzlicher Grundlage und gegen den Willen des Finanziers weiterbestehen soll.<sup>124</sup>

In der Praxis kann diese Art der Rangrücktrittserklärung beispielsweise anhand eines Genussrechtsvertrags veranschaulicht werden. So kann in diesem Fall vereinbart werden, dass der Genussrechtskapitalgeber mit seinen Ansprüchen aus dem Vertrag hinter alle anderen Gläubiger tritt, falls es zu einer Liquidation oder einer Insolvenz kommen sollte. Demnach darf der nachrangige Genussrechtskapitalgeber erst Leistungen geltend machen, wenn alle nicht nachrangigen Gläubiger vollständig bedient worden sind. Diese Art der Rangrücktrittserklärung erfüllt jedoch nicht die Anforderungen gemäß § 67 Abs 3 IO. Die Passivierungspflicht kann nämlich nur dann entfallen, wenn durch die Durchsetzbarkeit der betreffenden Forderung auch außerhalb eines Liquidations- bzw Insolvenzverfahrens kein negatives Eigenkapital iSd § 225 Abs 1 UGB herbeigeführt wird bzw

---

<sup>122</sup> Thunshirn, Rangrücktrittsvereinbarungen im Steuerrecht, SWK 1997, 507.

<sup>123</sup> Thunshirn, Rangrücktrittsvereinbarungen im Steuerrecht, SWK 1997, 509; Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 155.

<sup>124</sup> Pateter/Pirker, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 218.

sofern dieses nicht bereits vorliegt. Zusätzlich darf die Forderung nicht insolvenztauglich sein. Im Falle der einfachen Rangrücktrittserklärung werden die gerade genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, wonach eine Beseitigung der Passivierungspflicht der jeweiligen Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus nicht überwunden werden kann.<sup>125</sup>

Die Funktion der einfachen Rangrücktrittserklärung beschränkt sich demnach darauf, dass entsprechende Verbindlichkeiten im Liquidations- oder Insolvenzfall funktionell Richtung Eigenkapital wandern. Somit ist es beispielsweise für den Schuldner möglich, durch Verlängerung der Laufzeit bereits gewährten Fremdkapitals oder Aufnahme zusätzlichen Fremdkapitals eine positive Fortbestehensprognose zu erhalten.<sup>126</sup>

### 2.1.2 Rechtliche Ausgestaltung einfacher Rangrücktrittserklärungen

Die charakteristische Absicht einer einfachen Rangrücktrittserklärung geht aus den soeben geschilderten Tatsachen hervor und ist maßgeblich für die rechtsgeschäftliche Qualifikation. Obwohl die Bedingungen zur Passivierungspflicht des § 67 Abs 3 IO nicht erfüllt werden, ist der Gläubiger gewillt die Gleichrangigkeit seiner Forderungen im Vergleich zu anderen Kreditgebern aufzugeben. Gleichzeitig ist er aber bestrebt, seine Gläubigerstellung und sonstiges Nebenrecht beizubehalten,<sup>127</sup> um nicht auf die Durchsetzbarkeit und Insolvenzantragstauglichkeit seiner Forderung verzichten zu müssen.<sup>128</sup> Ohne die Aufrechterhaltung des Gläubigerstatus würde der Gläubiger alle Möglichkeiten aufgeben im Falle einer Insolvenzeröffnung weitere Quotenminderungen abzuwenden. In Ergänzung greift hier auch § 915 ABGB, wonach eine weitergehende Schlechterstellung des Gläubigers nicht zu akzeptieren wäre. Eine durch einfache Rangrücktrittserklärung subordinierte Forderung ist ebenso wie die eigenkapitalersetzende Forderung insolvenzantragstauglich.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> Schummer in Konecny, Insolvenz-Forum 2012, 121; Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 161.

<sup>126</sup> Schummer, Eigenkapitalersatzrecht, 162.

<sup>127</sup> Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 156.

<sup>128</sup> Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 161.

<sup>129</sup> Pateter/Pirker, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 218; Schummer in Konecny, Insolvenz-Forum 2012, 121; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II § 70 KO Rz 19, 35.

Um eine korrekte rechtsgeschäftliche Einordnung zu ermöglichen, ist gemäß § 57a Abs 2 IO zu beachten, dass nur die Durchsetzung im Insolvenzverfahren per Gesetz geregelt ist, nicht aber die Befriedigungsreihenfolge der nachrangigen Forderungen festgesetzt wird. Diese ist demnach nur der geschlossenen Vereinbarung zu entnehmen.<sup>130</sup>

Aus den soeben dargelegten Eigenschaften der einfachen Rangrücktrittserklärung lässt sich die materiell-rechtliche Qualifikation maßgeblich ableiten. Da sich die Fälligkeit der Forderung nicht ändern soll, ist eine reine Stundung der Forderung nicht zielführend.<sup>131</sup> Im Falle der Liquidation oder der Insolvenzeröffnung ist die Annahme eines *pactum de non petendo* möglich, wonach ein Verzicht auf die gerichtliche Geltendmachung der Forderung des Gläubigers unter der auflösenden Bedingung, dass alle nicht nachrangigen Gläubiger vollständig befriedigt worden sind, vereinbart wird.<sup>132</sup> Dieses Resultat ließe sich auch mit einem gleichermaßen bedingten Forderungsverzicht erreichen, da in beiden Fällen zwei voneinander abhängige Maßgaben geschlossen werden. Wie bereits erwähnt, wird zunächst der Verzicht auf die Forderung bzw deren Durchsetzbarkeit im Falle von Liquidation oder Insolvenz durch den Gläubiger beschlossen. In der Folge kommt noch die auflösende Bedingung hinzu, zuvor alle Forderungen der nicht nachrangigen Gläubiger voll beglichen zu haben.<sup>133</sup>

*Pateter/Pirker*<sup>134</sup> folgen der Ansicht unter Berücksichtigung von §§ 914 f ABGB, dass die einfache Rangrücktrittserklärung als *pactum de non petendo* anzusehen ist, solange nichts Anderes vereinbart wurde. Dies wird mit der Tatsache begründet, dass nach deren Ansicht der Gläubiger bei Eintritt der Liquidation bzw Insolvenz nur auf die (eingeschränkte und bedingte) Durchsetzbarkeit der Forderung verzichtet und nicht grundsätzlich den vollständigen Ausfall der Forderung in Kauf nimmt. Ist eine einfache Rangrücktrittserklärung vereinbart, kann die Forderung bis zum Eintritt der Insolvenz bzw Liquidation regulär erfüllt werden. Gleiches gilt für deren Anfechtung. Daraus lässt sich folgern, dass weder die Fälligkeit einer entsprechenden Forderung hinausgezögert noch der Zinsenlauf oder

---

<sup>130</sup> *Pateter/Pirker*, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 218.

<sup>131</sup> *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 162.

<sup>132</sup> *Pateter/Pirker*, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 219.

<sup>133</sup> *Pateter/Pirker*, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 219.

<sup>134</sup> *Pateter/Pirker*, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 219.

die Verjährung eingeschränkt oder unterbrochen werden soll. Damit die Befriedigungsreihenfolge, die durch die einfache Rangrücktrittserklärung festgelegt wurde, nicht übergangen werden kann, ist eine Aufrechnung der nachrangigen Forderung in der Liquidation oder Insolvenz nicht möglich.<sup>135</sup>

Die Vereinbarung einer einfachen Rangrücktrittserklärung kann sowohl bereits bei Begründung der Forderung als auch zu einem späteren Zeitpunkt getroffen werden. Im Falle eines nachträglichen Beschlusses kann die Änderung entweder durch Schuldänderung im Sinne des § 1379 ABGB oder durch Novation gemäß §§ 1376 ff ABGB veranlasst werden.

Im Insolvenzverfahren wird für die durch einfache Rangrücktrittserklärung nachrangig gestellte Forderung gemäß § 57a Abs 2 IO eine Sachlage geschaffen, wie sie Abs 1 *leg cit* für eigenkapitalersetzende Forderungen erfordert.<sup>136</sup> Demzufolge ist diese Forderung erst nach allen nicht nachrangig gestellten Forderungen zu erfüllen. Im Falle einer Liquidation wird auf Basis einer solchen Vereinbarung ein identisches Ergebnis erreicht. Obwohl die einfach subordinierte Forderung als eine bedingte Forderung gemäß § 16 IO definiert ist, ist § 57a Abs 2 IO als *lex specialis* anzuwenden.<sup>137</sup>

### 2.1.3 Abgrenzung Novation und Schuldänderung

Je nach Ausprägung des Inhalts einer Vereinbarung ist diese als Novation oder Schuldänderung zu sehen. Dabei kommt es auf die Tatsache an, ob es zu einer Anpassung des Rechtsgrunds oder der Hauptschuld kommt oder ob nur eine Nebenbedingung adaptiert wird.<sup>138</sup> Eine Abgrenzung beider Vereinbarungen voneinander gestaltet sich aber mitunter schwierig.<sup>139</sup>

Folgt man *P. Bydlinksi*, ist für das Vorliegen der Novation die Erfüllung des Tatbestands gemäß § 1376 ABGB erforderlich. Es müsse also eine Verwechslung des Rechtsgrunds bzw des Hauptgegenstands der Forderung vorliegen.<sup>140</sup>

---

<sup>135</sup> *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>3</sup> Rz 181.

<sup>136</sup> *Schummer in Konecny*, Insolvenz-Forum 2012, 121.

<sup>137</sup> *Pateter/Pirker*, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 219.

<sup>138</sup> *Simsa/Wielinger*, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung?, ZIK 2017, 171.

<sup>139</sup> *Kajaba in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1376 Rz 16 (Stand 01.01.2018, rdb.at).

<sup>140</sup> *P. Bydlinksi*, Novation und Weiterhaftung – Versuch eines Resümees, JBL 1986, 298.

Durch die Vereinbarung einer Rangrücktrittserklärung wird der Forderung eine Bedingung hinzugefügt, die an gewisse wirtschaftliche Voraussetzungen anknüpft. Jedoch wird dadurch nicht automatisch auf die Forderung verzichtet, was sie im Wesentlichen von dem Forderungsverzicht mit Besserungsvereinbarung unterscheidet. Dieser wiederum würde tatsächlich zu einer Novation der Kreditsforderung zur Besserungsforderung führen.<sup>141</sup>

Die reine Ergänzung einer Bedingung hingegen führt zu einer Schuldänderung und nicht zu einer Novation, da dadurch der Hauptgegenstand nicht verändert wird.<sup>142</sup>

Folgt man der Argumentation von *Heidinger*, ergebe auch eine Änderung des Vertragstypus nicht zwingend eine Novation, da auch in diesem Falle der Parteiwille entscheidend sei.<sup>143</sup> Würden nämlich Sicherungsrechte ihre Gültigkeit behalten, sei weiterhin von einer Schuldänderung die Rede.<sup>144</sup>

Dem folgend bindet die Judikatur den *animus novandi* an den Willen der beteiligten Parteien, jedoch mit dem Hintergedanken, dass auf das bisherige Schuldverhältnis nicht mehr zurückgegriffen werden soll.<sup>145</sup>

Die Vereinbarung einer Rangrücktrittserklärung kommt in der Regel ohne Gegenleistung zustande. Ein unentgeltliches Geschäft darf gemäß den allgemeinen Auslegungsregeln nicht zu Lasten des zurücktretenden Gläubigers ausgelegt werden, sondern im Zweifel für den Verpflichtenden wirken.<sup>146</sup>

Damit ist festzustellen, dass durch den Rangrücktritt der Forderung lediglich eine zusätzliche Bedingung zugeschrieben wird, die aber weder den Rechtsgrund noch den Hauptgegenstand eben jener ändert und somit nur als Schuldänderung und nicht als Novation anzusehen ist.<sup>147</sup>

Folgt man dabei der Argumentation *Schummers*,<sup>148</sup> ist die einfache Rangrücktrittserklärung als Schuldänderung zu definieren, da nur eine Anpassung hinsichtlich des Erfüllungszeitpunktes einer bereits vorhandenen Verbindlichkeit erfolgt.

---

<sup>141</sup> *Simsa/Wielinger*, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung?, ZIK 2017, 172.

<sup>142</sup> *Heidinger* in *Schwimmann*, ABGB-Praxiskommentar: Band 6 (2006) § 1376 Rz 10; *Kajaba* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1379 Rz 2.

<sup>143</sup> *Reischauer*, Gedanken zur Novation, JBL 1982, 401; *Heidinger* in *Schwimmann*, ABGB-Praxiskommentar 6 § 1376 Rz 13.

<sup>144</sup> *Heidinger* in *Schwimmann*, ABGB-Praxiskommentar VI § 1376 Rz 13.

<sup>145</sup> *Heidinger* in *Schwimmann*, ABGB-Praxiskommentar VI § 1377 Rz 3.

<sup>146</sup> *Simsa/Wielinger*, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung?, ZIK 2017, 172.

<sup>147</sup> *Simsa/Wielinger*, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung?, ZIK 2017, 172.

<sup>148</sup> *Schummer* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2012, 121.

Lediglich im Falle einer qualifizierten Rangrücktrittserklärung würde eine Novation stattfinden, weil eine unbedingte Verpflichtung zur Rückzahlung einer Verbindlichkeit in eine bedingte Rückzahlungsverpflichtung umgewandelt und somit der Hauptgegenstand des Schuldverhältnisses verändert wird.<sup>149</sup> Bei einem Blick auf die Rechtsfolgen beider Anpassungen ist zusätzlich festzustellen, dass bei der Novation bei fehlender anderweitiger Vereinbarung akzessorische Sicherheiten gemäß § 1378 ABGB entfallen.

Im Gegensatz zu *Schummer*<sup>150</sup> sind *Pateter/Pirker* der Auffassung, dass die Novation mit einhergehender Änderung des Schuldverhältnisses nicht nur für die qualifizierte, sondern auch für die einfache Rangrücktrittserklärung gelte. Auch hier würde die unbedingte Hauptleistungsverpflichtung des Schuldners in eine bedingte gewandelt, da auch in diesem Fall die Leistungspflicht von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners abhängt. Der Unterschied bestünde lediglich darin, dass bei der einfachen Rangrücktrittserklärung erst im Falle einer Insolvenz bzw Liquidation eine solche Abhängigkeit zwingend in Kraft treten würde. Der Gläubiger übernehme aber auch hier ein deutlich höheres Ausfallrisiko und müsse in der Insolvenz bzw Liquidation nicht nur mit einer reinen Änderung von Ort, Zeit und Art der Leistung sowie anderen Nebenabreden rechnen, sondern sogar mit von einem gänzlichen Ausfall rechnen. Daher liege wohl in beiden Fällen der Rangrücktrittserklärung eine Novation vor.<sup>151</sup>

*Simsa/Wielinger*<sup>152</sup> widersprechen diesem aber vollständig. Ihrer Ansicht nach würde der Sicherheitengeber durch eine Rangrücktrittserklärung vielmehr begünstigt und nicht wie in der vorher aufgezeigten Meinung benachteiligt.

Akzessorische Sicherheiten seien von dem Bestehen der besicherten Forderung abhängig. Da in der Novation die bisherige Forderung durch eine neue ersetzt würde, würden demnach auch die zugehörigen Sicherheiten untergehen, was zudem durch § 1378 ABGB klargestellt wird. Diese Klarstellung sieht *P. Bydlinks*<sup>153</sup> insofern kritisch, dass dem Sicherheitengeber durchaus zugestehen werden könne, dass eine Sicherheit weiterbestehe, wenn die neue Forderung für ihn nicht schädlich sei.

---

<sup>149</sup> *Schummer* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2012, 123.

<sup>150</sup> *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 171.

<sup>151</sup> *Pateter/Pirker*, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 219.

<sup>152</sup> *Simsa/Wielinger*, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung?, ZIK 2017, 174.

<sup>153</sup> *P. Bydlinks*, Weitere Gedanken zur Novation, ÖJZ 1983, 489.

Auch bei einer reinen Schuldänderung stehen Sicherheitengeber vor einer Verschlechterung ihrer Situation. Dies wird allgemein festgehalten in § 880a ABGB, wonach Verträge nicht zu Lasten Dritter geschlossen werden dürfen. Somit ist der Sicherheitengeber schon per Gesetz vor eventuellen Benachteiligungen aufgrund von Rangrücktrittserklärungen geschützt. Weiter besteht für den Sicherheitengeber auch eine Besserstellung, die durch die Nachrangabrede begründet ist.<sup>154</sup>

Den gesetzlichen Anforderungen an die Rangrücktrittserklärung folgend, ist für den Zeitraum einer gültigen Vereinbarung eine Forderung nicht fällig, da dies erst dann eintreten kann, wenn die Krise des Schuldners beseitigt ist und ein negatives Eigenkapital gänzlich beseitigt worden ist. Voraussetzung für die Verwertung einer bestellten Sicherheit ist deren Fälligkeit. Durch den vereinbarten Rangrücktritt kann die erforderliche Pfandreife erst dann zustande kommen, wenn der Schuldner finanziell saniert ist und eigenständig jene Forderung bedienen kann. Aufgrund der getroffenen Rangrücktrittserklärung ist der Schuldner somit besser gestellt, als wenn er die Forderung zum Zeitpunkt der Krise hätte begleichen müssen.<sup>155</sup>

Weiter argumentieren *Simsa/Wielinger*<sup>156</sup>, dass der Ansicht *Schummers*,<sup>157</sup> wonach Rangrücktrittserklärungen als *pactum de non petendo* vereinbart werden können, zu folgen sei. Diese Auslegung führt zur dauerhaften Unklagbarkeit der Forderung und diese kann demnach im Überschuldungsstatus nicht passiviert werden. Dabei ist aber zu beachten, dass das zugrundeliegende Recht nicht geändert wird und die bestellten Sicherheiten folglich bestehen bleiben. Das Verbot zur Passivierung der Forderung folgt bereits aus den allgemeinen Grundsätzen der rechnerischen Überschuldung, wonach nicht einklagbare Schulden im Überschuldungsstatus nicht zu berücksichtigen sind.<sup>158</sup>

Jedoch sind die Autoren der Auffassung, dass dies für die Rangrücktrittserklärung per se nicht gelte, da nur durch die Spezialregelung des § 67 Abs 3 IO die Passivierung im Überschuldungsstatus eben jener Vereinbarung entfalle. Andernfalls wäre die Forderung weiterhin zu passivieren. Da beim *pactum de non*

---

<sup>154</sup> *Simsa/Wielinger*, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung?, ZIK 2017, 174.

<sup>155</sup> *Reischauer*, Gedanken zur Novation, JBL 1982, 404.

<sup>156</sup> *Simsa/Wielinger*, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung?, ZIK 2017.

<sup>157</sup> *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 166.

<sup>158</sup> *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II § 67 KO Rz 91.

*petendo* der dauerhafte Verzicht auf Klagbarkeit der Forderung im Mittelpunkt stehe, greife diese Vertragsart wesentlich umfangreicher in die Forderung ein, als im Vergleich dazu der Rangrücktritt dies machen würde, der die Fälligkeit der Forderung nur unter aufschiebende Bedingung stelle. Dem Größenschluss nachfolgend könne der kleinere Eingriff der Nachrangabrede nicht weitere Rechtsfolgen haben, als der größere Eingriff des *pactum de non petendo*, bei dem die Forderung grundsätzlich nicht berührt würde und Sicherheiten weiter bestehen blieben.<sup>159</sup>

Mit Ausgestaltung der Nachrangabrede als *pactum non de petendo* würde die gerichtliche Durchsetzung einer Forderung unter eine bestimmte Bedingung gestellt. Bei reiner Bedingung der Durchsetzbarkeit handele es sich um eine Modifikation der Vereinbarung, die Hauptschuld, also der primäre Leistungsinhalt,<sup>160</sup> bleibe im Sinne des § 1376 ABGB unverändert.<sup>161</sup>

## 2.2 Der qualifizierte Rangrücktritt

### 2.2.1 Rechtliche Anforderungen an den qualifizierten Rangrücktritt

Die Definition der qualifizierten Rangrücktrittserklärung gemäß § 67 Abs 3 IO übersteigt die Anforderungen der einfachen Nachrangabrede deutlich. Dem Gesetz folgend, kann durch den Gläubiger erwirkt werden, dass der Ansatz der Verbindlichkeit in der Überschuldungsbilanz hinfällig wird, wenn dieser versichern kann, dass er die Befriedigung seiner Forderung gegenüber dem Schuldner erst dann ersucht, wenn ein negatives Eigenkapital laut § 225 Abs 1 UGB beseitigt worden ist oder im Falle der Liquidation alle anderen Gläubiger zuerst befriedigt wurden. Zudem darf das Einfordern der Schuld nicht zu einem Insolvenzverfahren führen.

Durch die Definition eines klaren Inhalts der qualifizierten Rangrücktrittserklärung wollte der Gesetzgeber verdeutlichen, welche Anforderungen nötig sind, um die betreffende Verbindlichkeit nicht in der rechnerischen Überschuldung berücksichtigen zu müssen. Jedoch sind für die genaue Formulierung der qualifizierten Rangrücktrittserklärung keine allzu strengen Maßstäbe anzusetzen, da § 67

---

<sup>159</sup> Simsa/Wielinger, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung?, ZIK 2017, 173.

<sup>160</sup> OGH 2 Ob 210/13s, immolex-LS 2014, 340.

<sup>161</sup> Simsa/Wielinger, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung?, ZIK 2017, 173.

Abs 3 IO nur klärende Funktion hat.<sup>162</sup> In der Literatur wird die qualifizierte Rangrücktrittserklärung oft nur in Verbindung mit der Beseitigung der rechnerischen Überschuldung diskutiert. Sie ist jedoch auch als Instrument zur Auflösung der Zahlungsunfähigkeit geeignet, sofern diese dazu dient die Durchsetzung der Forderung zu beseitigen und dem Schuldner mehr Spielraum gewährt seine fälligen Verbindlichkeiten zu bedienen.<sup>163</sup> Dennoch ist die Verbindlichkeit weiterhin im Jahresabschluss zu passivieren.<sup>164</sup>

Aus dem § 67 Abs 3 IO gehen drei Tatbestandsmerkmale hervor, die in der getroffenen Vereinbarung kumulativ zu erfüllen sind:

- TBM1: Befriedigung der Verbindlichkeit nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals
- TBM2: Im Falle der Liquidation Befriedigung erst nach allen anderen Gläubigern
- TBM3: keine Notwendigkeit zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens aufgrund der betroffenen Verbindlichkeit<sup>165</sup>

TBM1 verbietet, dass die Befriedigung eines qualifiziert nachrangigen Kreditgebers erfolgt, sofern dies negatives Eigenkapital gemäß § 225 Abs 1 UGB auslösen würde und führt somit zu einem außerinsolvenzlichen Rangrücktritt. Ist am Überschuldungstichtag Vermögen verfügbar, darf dies nicht zur Tilgung einer entsprechenden Forderung verwendet werden, da dies den übrigen Gläubigern schaden würde.<sup>166</sup>

Durch TBM2 wird sowohl im Insolvenzverfahren als auch in der Liquidation der Rangrücktritt begründet.<sup>167</sup>

TBM3 bewirkt, dass der qualifiziert nachrangige Gläubiger nicht berechtigt ist, einen Insolvenzantrag zu stellen. Ihm bleibt nur die Möglichkeit seine Forderungen anzumelden, wenn durch den Schuldner selbst oder durch einen nicht nachrangigen Gläubiger ein Insolvenzantrag gestellt wird. Jedoch muss der nachrangige Gläubiger gemäß § 57a Abs 2 IO dazu aufgefordert werden, seine Ansprüche geltend zu machen. Bleibe dies aus, hätten nicht-nachrangige Gläubiger in

---

<sup>162</sup> OGH 6 Ob 282/03v, ZIK 2004, 171 = wbl 2004, 590.

<sup>163</sup> Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II § 66 KO Rz 39.

<sup>164</sup> Pateter/Pirker, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 220.

<sup>165</sup> OGH 8 Ob 85/10y, ZIK 2012, 94.

<sup>166</sup> Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel, Handbuch Insolvenzrecht 40.

<sup>167</sup> Pateter/Pirker, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 220.

der Liquidation nur Anspruch auf eine aliquote Abfindung, obwohl grundsätzlich durch einen Turnaround die Vermeidung der Insolvenz und somit der Ausfall der Forderungen möglich gewesen wäre. Bei solcher Beeinträchtigung der nicht nachrangigen Gläubiger wäre ein Entfall der Passivierungspflicht nicht statthaft. Nur durch das Erfüllen aller drei Tatbestandsmerkmale ist gewährleistet, dass die übrigen Gläubiger durch die qualifiziert nachrangig gestellten Gläubiger nicht benachteiligt werden.<sup>168</sup>

### 2.2.2 Rechtsgeschäftliche Struktur des qualifizierten Rangrücktritts

Können Verbindlichkeiten gegenüber dem Schuldner geltend gemacht werden und sind gerichtlich durchsetzbar, gelten diese als echte Verbindlichkeiten. Nur in dieser Form sind sie im Überschuldungsstatus passivseitig anzuführen.<sup>169</sup> Von der Passivierung ausgeschlossen sind erloschene und undurchsetzbare Verbindlichkeiten. Gleiches gilt für Verbindlichkeiten, die nur soweit zu begleichen sind, wie die Schulden übersteigendes Vermögen verfügbar ist bzw die Zahlung aus einem Liquidationsüberschuss oder einem Bilanzgewinn zu leisten ist.<sup>170</sup>

Ziel der qualifizierten Rangrücktrittserklärung ist es, eine bereits bestehende Überschuldung zu beseitigen, damit eine außergerichtliche Sanierung möglich ist. Die materiell-rechtliche Wirkung der qualifizierten Rangrücktrittserklärung folgt den Anforderungen der einfachen Nachrangabrede weitestgehend. Eine volle Stundung kommt hier noch weniger in Frage, da nicht fällige Forderungen im Zuge einer Insolvenzeröffnung gemäß § 14 Abs 2 IO fällig werden und eingefordert werden können. Dafür ist die Einordnung als *pactum de non petendo* oder Verzicht ebenso möglich wie bei der einfachen Rangrücktrittserklärung.<sup>171</sup> Ein auflösend bedingter Verzicht auf die Durchsetzbarkeit der Forderung ist solange notwendig, bis das negative Eigenkapital wegfällt, um die bestehende Überschul-

---

<sup>168</sup> Pateter/Pirker, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 220.

<sup>169</sup> Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 157; Dellinger in Konecny/Schubert, Kommentar Insolvenzrecht § 67 KO Rz 27.

<sup>170</sup> Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 156; Dellinger in Konecny/Schubert, Kommentar Insolvenzrecht § 67 KO Rz 27; OGH 9 Ob 58/11m, ZIK 2012, 216.

<sup>171</sup> Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 173; Jud/Schummer, Anteilsrechte von Banken und Anlagenbegrenzung nach § 15 KWG (1992) 48.

dung zu beseitigen. Wird die Zahlung hingegen aus dem Überschuss der Liquidation oder einem Bilanzgewinn getätigt, sprechen *Jud/Schummer* von der Konstruktion einer Besserungsabrede.<sup>172</sup>

Durch die Vereinbarung eines *pactum de non petendo* wird die Beseitigung der Erfüllbarkeit einer Forderung bei negativem Eigenkapital nicht automatisch mitewirkt. Dies ist im Sinne von Gläubigerschutzerwägungen bei der qualifizierten Rangrücktrittserklärung von besonderer Bedeutung und zumindest konkludent zu vereinbaren. Somit kommt die Forderung vielmehr einer Naturalobligation gleich, was zur Folge hat, dass während des Zeitraums der fehlenden Durchsetzbarkeit auch die Verjährung gehemmt sein muss.<sup>173</sup> Bei Abschluss einer qualifizierten Rangrücktrittserklärung zum Zeitpunkt einer unkritischen Sachlage des Schuldners verzichtet der Gläubiger auf die Durchsetzbarkeit seiner Ansprüche unter aufschiebender Bedingung. Diese tritt in Kraft, falls es im späteren Verlauf zu einem negativen Eigenkapital beim Schuldner kommt. Jedoch enthält die Vereinbarung ebenso eine auflösende Bedingung, wenn das negative Eigenkapital des Schuldners entfällt oder ein Bilanzgewinn bzw ein Liquidationsüberschuss vorliegt.<sup>174</sup>

Die qualifizierte Rangrücktrittserklärung kann weiter als zyklische Verknüpfung der Zahlungsbedingung mit der ökonomischen Lage der involvierten Gesellschaft gesehen werden. Dies ist der Fall, wenn die Vereinbarung mit der gesunden Gesellschaft beispielsweise aus bilanziellen Gründen getroffen wurde und somit auch bei Eintritt einer Krise Gültigkeit behält. Anders ist die Situation, wenn die Übereinkunft explizit zu Sanierungszwecken getroffen wurde, da hier in der Regel keine Wirksamkeit nach der Krise intendiert wird. In diesem Fall ist es fraglich, ob ein Bestehen auch bei mehreren aufeinanderfolgenden Krisensituationen gültig ist. Letztendlich entscheidet darüber aber der Wille beider Parteien.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> *Jud/Schummer*, Anteilsrechte 48; *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 173.

<sup>173</sup> *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 178; *Pateter/Pirker*, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 221.

<sup>174</sup> *Pateter/Pirker*, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 221.

<sup>175</sup> *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 157; *Pateter/Pirker*, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 221.

## 2.3 Conclusio Rangrücktrittserklärung

Im Gegensatz zur qualifizierten Rangrücktrittserklärung erfüllt die einfache Nachrangabrede die Voraussetzungen des § 67 Abs 3 IO nicht und kann somit auch nicht dazu dienen, die Pflicht der Passivierung einer entsprechenden Verbindlichkeit im Überschuldungsstatus aufzuheben. Beide Arten des Rangrücktritts sind in ihrer rechtsgeschäftlichen Konstruktion ähnlich, verfolgen aber dennoch unterschiedliche Absichten.

Bestandteil der einfachen Rangrücktrittserklärung sind zwei voneinander abhängige Bestimmungen. Zum einen verzichtet der Gläubiger aufschiebend bedingt mit der Insolvenz bzw Liquidation auf die Durchsetzbarkeit seiner Forderungen. Diese erste Bedingung ist andererseits wiederum unter der auflösenden Bedingung zu sehen, dass zuerst alle nicht nachrangigen Gläubiger bedient werden, da die gesetzliche Befriedigungsreihenfolge gemäß § 57a Abs 1 IO nur solche Forderungen abdeckt, die eigenkapitalersetzend sind.<sup>176</sup> Das Ziel der einfachen Nachrangabrede besteht somit darin, Forderungen im Rang hinter die Ansprüche anderer Gläubiger zu stellen.<sup>177</sup>

Die qualifizierte Rangrücktrittserklärung hingegen dient dem Zweck, eine bereits bestehende Überschuldung zu beseitigen. Daher ist bis zu jenem Zeitpunkt von einem auflösend bedingten Verzicht auf Forderungsdurchsetzung auszugehen, bis das negative Eigenkapital wegfällt oder durch einen Bilanzgewinn bzw Liquiditätsüberschuss neue finanzielle Mittel bereitgestellt werden. Dies charakterisiert die qualifizierte Rangrücktrittserklärung als Besserungsabrede, solange ein Wegfall der Insolvenzantragstauglichkeit jener Forderung mit dieser bewirkt wird. Gleiches gilt auch, wenn die qualifizierte Nachrangabrede bereits vor einer Überschuldung geschlossen wird.<sup>178</sup>

Durch die Vereinbarung eines qualifizierten Rangrücktritts wird weder die Änderung des Rechtsgrundes noch der Hauptschuld bewirkt. Weiter kommt es auch zu keiner Wesensänderung eines Kreditvertrags, da dieser nicht als bedingungsfeindliches Geschäft auszulegen ist. Vergleicht man den Rangrücktritt gemäß § 67 Abs 3 IO mit dem *pactum de non petendo*, ist auch hier

---

<sup>176</sup> Pateter/Pirker, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 221.

<sup>177</sup> Frystatzki, Insolvenzrechtliche Anforderungen an Rangrücktrittsvereinbarungen, NZI 2013, 610.

<sup>178</sup> Pateter/Pirker, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 221.

festzustellen, dass es sich beim qualifizierten Rangrücktritt nicht um eine Novation, sondern um eine bloße Schuldänderung handelt. Dies bestätigt auch der BGH<sup>179</sup> in seinem Urteil. Der Sicherheitengeber wird durch die Vereinbarung einer Nachrangabrede begünstigt und nicht benachteiligt. Daher ist ein Wegfall der akzessorischen Sicherheiten nicht erforderlich, um dem Sicherheitengeber einen erhöhten Schutz zu gewähren.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231.

<sup>180</sup> *Simsa/Wielinger*, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung?, ZIK 2017, 175.

### III INSOLVENZVORSORGE DURCH PATRONATS- UND RANGRÜCK- TRITTSERKLÄRUNG – DEUTSCHE RECHTSENTWICKLUNG

---

#### 1 ZWEI URTEILE ALS AUSGANGSBASIS FÜR EINE KONTROVERSE DIS- KUSSION

##### 1.1 „Star 21“, BGH v 20.09.2010 II ZR 296/08

Das Urteil *Star 21*,<sup>181</sup> das im zeitlichen Ablauf früher erfolgte Urteil der beiden betrachteten Urteile, behandelt eine interne Patronatserklärung, die für den Prüfungszeitraum der Sanierungsreife einer Tochtergesellschaft von der Muttergesellschaft geschlossen wurde. Der II. Zivilsenat des BGH hielt es für schlüssig, dass diese Erklärung wirksam gekündigt werden konnte, da sich im Zuge der Prüfung eine fehlende Sanierungsfähigkeit herausstellte.<sup>182</sup>

Im genannten Fall tritt der Insolvenzverwalter der Star 21 KG als Kläger gegenüber deren mittelbaren Gesellschafterin als Beklagte auf. Die Star 21 KG als Schuldnerin ist mehrstufig über 100 %-ige Tochtergesellschaften von der Beklagten beherrscht. Zum 31.12.2001 war die Schuldnerin in Höhe von mehr als 6 Mio Euro handelsbilanziell überschuldet und kreditunwürdig.<sup>183</sup>

Die Beklagte und die Schuldnerin haben am 08.02.2002 eine Vereinbarung in Form einer Patronatserklärung getroffen, die zum Inhalt hatte, dass die Beklagte fällige Verbindlichkeiten der Star 21 KG bis zu einer Höhe von 8 Mio Euro übernehmen würde, soweit dies zur Vermeidung von Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit notwendig sei. Zusätzlich wurde eine Rangrücktrittsvereinbarung geschlossen, die besagte, dass die Beklagte mit allen Forderungen der Schuldnerin gegenüber allen anderen Gläubigern zurücktrat. Weiter bestand außerdem ein Cash-Pool-Vertrag zwischen der Beklagten und der Schuldnerin.<sup>184</sup>

---

<sup>181</sup> BGH v 20.09.2010 II ZR 296/08, BGHZ 187, 69.

<sup>182</sup> BGH v 20.09.2010 II ZR 296/08, BGHZ 187, 69.

<sup>183</sup> *Cranshaw*, Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-HaGesR 11/2010 Anm 3, 1.

<sup>184</sup> *Nassal*, Zur Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-BGHZivilR 24/2010 Anm 3, 2.

Die Patronatserklärung sowie der Cash-Pool-Vertrag wurden per 11.11.2002 gekündigt und einen Tag später stellte die Star 21 KG einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens.<sup>185</sup>

Vom Kläger wurden in der Folge Zahlungsansprüche in Höhe der zur Insolvenztabelle festgestellten Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten von der Beklagten eingefordert. Zudem wurde die seitens der Beklagten ausgesprochene Kündigung der Patronatserklärung gemäß § 135 dInsO angefochten. Grundsätzlich wurde die Zahlungsverpflichtung aus der Patronatserklärung von der Beklagten nicht in Frage gestellt, jedoch verlangte diese vom Insolvenzmasseverwalter eine Aufstellung der bis zur Kündigung fälligen und nach der Kündigung fällig werdenden Forderungen der Gläubiger.<sup>186</sup>

Die vorinstanzlichen Gerichte gaben der Klage des Insolvenzverwalters statt und verurteilten die Beklagte zur Zahlung in Höhe der gemäß Insolvenztabelle festgestellten Ansprüche. Dieses Urteil wurde durch den BGH aufgehoben und an das Berufungsgericht zurückverwiesen.<sup>187</sup>

Der BGH begründet in seiner Revision, dass die Patronatserklärung im Zuge von Sanierungsbemühungen abgegeben wurde und demnach die Vermeidung der Insolvenzantragstellung nur so lange aufrecht erhalten bleiben sollte, wie Sanierungsbemühungen Aussicht auf Erfolg gehabt hätten. Die Patronatserklärung sei demnach *ex nunc* kündbar und ihre Kündigung widerspreche auch nicht den Grundsätzen des Eigenkapitalersatzes, da die Beklagte lediglich die Freistellung von Verbindlichkeiten auf Andrängen der Schuldnerin in Aussicht gestellt und keine Leistung in das Vermögen ebenjener erbracht habe. Ziel der getroffenen Vereinbarung sei es gewesen, eine vorübergehende Vermeidung der Insolvenz zu erwirken, damit beispielsweise neue Investoren akquiriert werden konnten. Es hätte jedoch zu keinem Zeitpunkt die Absicht bestanden, eine Überlebensgarantie auszusprechen. Weiter sei die Patronatserklärung auch nicht nach Prinzipien des Finanzplankredits unkündbar, da weder eine einlagenähnliche Darlehenszu-

---

<sup>185</sup> Tetzlaff, Kündigung einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-InsR 24/2010 Anm 1, 2; Müller, Die außerordentliche Kündigung von internen Patronatserklärungen, ÖBA 2017, 547.

<sup>186</sup> Cranshaw, Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-HaGesR 11/2010 Anm 3, 2.

<sup>187</sup> Heeg, Die Kündigung von Patronatserklärungen in der Krise der Gesellschaft, BB 2011, 1160.

sage abgegeben, noch eine dauerhafte Vermeidung der Insolvenzreife verhindert werden sollte. Demnach könne die Beklagte nur für Verbindlichkeiten, die bis zur Kündigung der Patronatserklärung fällig geworden seien, aus ebenjener in Anspruch genommen werden.<sup>188</sup>

## 1.2 „Qualifizierter Rangrücktritt“, BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14

Im zweiten relevanten Urteil wird die Frage nach der Rechtsfolge erörtert, wenn eine Forderung, für die durch die Gläubiger ein qualifizierter Rangrücktritt vereinbart wurde, befriedigt wird, obwohl dies nicht vorgesehen war.<sup>189</sup> Demnach war bisher nicht vollumfänglich klargestellt, welche Konsequenzen eine Rückzahlung einer im Rang rückgestellten Forderung mit sich bringt. Dazu muss jedoch unterschieden werden, ob eine vereinbarte Nachrangabrede bereits vor dem Eintritt einer Krise für zuvor gewährte Finanzierungen oder, zur Absicht einer Sanierung des Schuldners in seiner unternehmerischen Bedrängnis, nach Eintritt der Krise getroffen wurde.<sup>190</sup>

Im beschriebenen Urteil wird genau dieser Fragestellung nachgegangen.

Der Insolvenzverwalter der J GmbH trat als Kläger gegenüber der H KGaA auf, die mit der J GmbH als Schuldnerin im Rahmen einer Mezzanine-Finanzierung eine Genussrechtsvereinbarung über ein Nominaldarlehen über 6 Mio Euro und ein nachrangiges Darlehen über 2 Mio Euro abgeschlossen hatte. Über beide Abmachungen wurde zusätzlich eine Rangrücktrittsvereinbarung geschlossen, sodass ein Anspruch auf Rück- bzw Zinszahlungen erst dann bestehen würde, wenn alle anderen Gesellschaftsgläubiger zuerst befriedigt wären und weiterhin ein Liquidationsüberschuss oder die sonstigen Verbindlichkeiten übersteigendes Vermögen verfügbar sei. Der Nachrang sollte auch im Insolvenzverfahren gelten und erst dann aufgehoben werden, wenn eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin überwunden sei.<sup>191</sup>

---

<sup>188</sup> Böcker, Patronatserklärung, Gesellschafterdarlehen, Finanzplankredit, DZWIR 2011, 94; Nassal, Zur Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-BGHZivilR 24/2010 Anm 3, 2; Cranshaw, Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-HaGesR 11/2010 Anm 3, 3.

<sup>189</sup> Nassal, Rechtsfolgen einer qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarung, jurisPR-BGHZivilR 9/2015 Anm 3, 1.

<sup>190</sup> Cranshaw, Strukturen des qualifizierten Rangrücktritts und Folgen der diesem zuwider erfolgten Zahlungen, jurisPR-InsR 8/2015 Anm 1, 1.

<sup>191</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204 Rz 1.

Trotz der vereinbarten Rangrücktrittserklärung wurden kurz vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus beiden Darlehen Zinszahlungen der Schuldnerin in Höhe von rund 341.000 Euro an die Beklagte geleistet, welche der Kläger zurückverlangte.<sup>192</sup>

In den Vorinstanzen wurde die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass die Beklagte mit ihren nachrangigen Ansprüchen nicht unter § 135 dInsO aF – also diese nicht den Tatbestand eines Gesellschafterdarlehens erfüllen würden – falle, da sie zu dem Zeitpunkt keine Gesellschafterin war. Ebenso sei § 134 dInsO, also die unentgeltliche Leistung, nicht erfüllt, da durch die Bereitstellung finanzieller Mittel eine Gegenleistung gegenüber der Zinszahlung erbracht wurde. Weiter argumentierte das OLG Düsseldorf, dass weder ein *pactum de non petendo* vereinbart worden wäre, da die Rangrücktrittserklärung lediglich auf das Insolvenzverfahren beschränkt wurde, noch ein Verlangen aus Leistungskondition aufgrund Leistung bei bestehender Einrede gültig wäre, weil erst durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens von einer dilatorischen zu einer peremptorischen Einrede übergegangen worden sei.<sup>193</sup>

Diesem Ansatz widerspricht der BGH vollständig. Der im Zuge der Krise vereinbarte Rangrücktritt sei grundsätzlich als Schuldänderungsvertrag anzusehen, der bereits vor Verfahrenseröffnung Gültigkeit besäße und dementsprechend auch mit einer Durchsetzungssperre versehen wäre.<sup>194</sup> Damit durch die Vereinbarung eines Rangrücktritts die Vermeidung der Insolvenz gewährleistet werden würde, müsse der Vertrag ein rechtsgeschäftliches Zahlungsverbot beinhalten, sodass eine Rückzahlung der Forderung des Gläubigers nur aus ungebundenem Vermögen außerhalb eines Insolvenzverfahrens oder in der Insolvenz nach vollständiger Befriedigung aller nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger erfolgen dürfe. Zusätzlich müsse für die Verhinderung der sonst unumgänglichen Insolvenzantragspflicht gewährleistet werden, dass diese Vereinbarung auch in der Zeitspanne vor Verfahrenseröffnung Gültigkeit besäße. Sind diese Voraussetzungen gegeben, habe der Gläubiger bei einer drohenden Überschuldung oder Zah-

---

<sup>192</sup> Nassal, Rechtsfolgen einer qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarung, jurisPR-BGHZivilR 9/2015 Anm 3, 1.

<sup>193</sup> Cranshaw, Strukturen des qualifizierten Rangrücktritts und Folgen der diesem zuwider erfolgten Zahlungen, jurisPR-InsR 8/2015 Anm 1, 2.

<sup>194</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204 Rz 26 f.

lungsunfähigkeit keinen Anspruch auf Zahlung. Für dennoch geleistete Zahlungen komme der Gesellschaft in der Folge ein Rückforderungsanspruch gemäß § 812 Abs 1 S 1 Fall 1 BGB zugute, da diese im Sinne des § 134 BGB als unentgeltliche Leistungen anzusehen seien.<sup>195</sup>

## 2 DISKUSSION IM KONTEXT ZU DEN ENTSCHEIDUNGEN

Aufgrund dieser beiden Urteile brach eine kontroverse Diskussion aus, die vor allem auf die Interpretationen zum Gläubigerschutz abzielte. Federführend sind hier vor allem *Karsten Schmidt*<sup>196</sup> und *Georg Bitter*<sup>197</sup> zu nennen, die in ihren Abhandlungen explizit Stellung zu den Hintergründen und Auslegungen des BGH nehmen und dabei in zahlreichen Punkten unterschiedlicher Meinung sind.

### 2.1 Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, K. Schmidt

*K. Schmidt* behandelt in seinem Beitrag das Urteil des IX. Zivilsenats vom 05.03.2015 und unterstellt dieser Rechtsprechung weitreichende Folgen, sowohl für Praxis und Literatur des Gesellschafts- und Insolvenzrechts, als auch für das Bilanz- und Steuerrecht.<sup>198</sup>

Nachrangiges Fremdkapital kann, der deutschen Rechtsprechung folgend, grundsätzlich aus zwei Ansätzen hervorgehen. Einerseits wird subordiniertes Fremdkapital durch zwingendes Recht gemäß § 39 Abs 1 dInsO begründet, oder andererseits durch Nachrangvereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner laut § 39 Abs 2 dInsO geschaffen. Da das Thema „Rangrücktritt“ an sich in unterschiedlichsten Formen diskutiert und ausgelegt wird, gibt es hierzu auch eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen und Stellungnahmen.<sup>199</sup> Das von *K. Schmidt* besprochene Urteil sticht jedoch in seiner Grundsätzlichkeit, dem methodischen/rechtsdogmatischen Ansatz der Begründung und der daraus resultierenden praktischen Folgen heraus.<sup>200</sup>

---

<sup>195</sup> Nassal, Rechtsfolgen einer qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarung, jurisPR-BGHZivilR 9/2015 Anm 3, 2.

<sup>196</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 901.

<sup>197</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 428.

<sup>198</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 901.

<sup>199</sup> *Kahlert in Kübler*, HRI – Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz<sup>2</sup> (2015) § 57 Rz 169.

<sup>200</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 901.

Die Tragweite des § 39 Abs 2 dInsO wird dahingehend festgesetzt, dass ebenjene Gesetzesstelle lediglich Auslegungsstatus besitzt,<sup>201</sup> da der Nachrang auch im Falle eines Rangrücktritts ausschließlich vertraglicher und nicht gesetzlicher Natur ist. Dementsprechend werden Forderungen nur nach dem vereinbarten Rang befriedigt. Im Insolvenzverfahren kann weiter nur das vollzogen werden, was vertraglich zuvor festgehalten wurde. § 39 Abs 2 dInsO kann zudem nicht herangezogen werden, um die Frage zu beantworten, ob ein Rangrücktritt bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Wirkung zeigt, da sich die Norm bestimmungsgemäß nur mit der Rangwirkung der Rangrücktrittsvereinbarung nach der Verfahrenseröffnung befasst.<sup>202</sup>

Weiter ist zu beachten, dass das Hauptaugenmerk des Rangrücktritts in der Praxis nicht auf dem Vollzug der Rangrücktrittsabrede, also der insolvenzverfahrensrechtlichen Behandlung subordinierter Forderungen liegt, sondern jenes Instrument vielmehr dazu dient, dass die materielle Insolvenz und die daraus folgende Insolvenzantragspflicht vermieden werden soll, indem die Fälligkeit von Forderungen beseitigt bzw aufgeschoben wird.<sup>203</sup> Als besonderer Aspekt gilt aber, dass durch die Rangrücktrittsvereinbarung die bilanzielle Überschuldung zumindest verringert, wenn nicht sogar vermieden werden kann.<sup>204</sup>

Neben der rein bilanziellen Überschuldung spielt für den Tatbestand der Überschuldung mittlerweile aber auch eine positive Fortbestehensprognose eine bedeutende Rolle, um die Überschuldung per se überwinden zu können.<sup>205</sup>

Damit der Rangrücktritt vollends Wirkung zeigen kann, müssen einige Kriterien beachtet werden. Es bedarf dazu ein gewisses Maß an zwingendem Recht zu befolgen. So darf es nämlich durch eine getroffene Vereinbarung nicht zu einer Insolvenzverschleppung gemäß § 15a dInsO kommen. Aus vertraglicher Perspektive gilt es, die Formulierung so zu gestalten, dass die Rangrücktrittserklärung tief genug geht, um eine Nicht-Passivierung im Überschuldungsstatus zu erreichen, aber gleichzeitig oberflächlich genug zu bleiben, dass ein Eingreifen

---

<sup>201</sup> *Jaeger/Henckel*, Insolvenzzordnung: Großkommentar zur Konkursordnung I (2004) § 39 Rz 97.

<sup>202</sup> *Ehricke* in *Kirchhof/Eidenmüller/Stürner*, MüKo zur InsO I<sup>3</sup> § 39 Rz 63.

<sup>203</sup> *Bork*, Genussrechte und Zahlungsunfähigkeit, ZIP 2014, 997.

<sup>204</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 902.

<sup>205</sup> *Frystatzki*, Insolvenzzrechtliche Anforderungen an Rangrücktrittsvereinbarungen, NZI 2013, 609.

des steuerrechtlichen Passivierungsverbotes laut § 5 Abs 2a dEStG vermieden wird.<sup>206</sup>

Rangrücktrittsvereinbarungen können laut dem Urteil des BGH nicht nur mit Gesellschaftern oder gesellschaftergleichen Dritten, sondern auch mit jedem Gläubiger (echte Nichtgesellschafter) vereinbart werden.<sup>207</sup> *K. Schmidt* folgt dieser Auffassung, da sich dieses aus § 39 Abs 2 dInsO folgern lasse. Gleiches gelte ebenso für die Annahme, dass der vereinbarte Rangrücktritt für die Abwendung der Überschuldung dienlich sei (§ 39 Abs 2 S 2 dInsO).<sup>208</sup>

In der Entscheidung zur Rangtiefe stimmt *K. Schmidt* ebenso mit der Auffassung des BGH überein, wonach der Inhalt des Rangrücktritts zumindest soweit festgelegt werden müsse, dass es ausreiche, hinter die kraft Gesetzes nachrangigen Forderungen gemäß § 39 Abs 1 Nr 5 dInsO zurückzutreten.<sup>209</sup>

Die vorinsolvenzliche Wirkung einer Rangrücktrittserklärung ist gemäß dem Autor und dem IX. Zivilsenat unstrittig. Eine Nachrangvereinbarung ohne den in § 39 Abs 2 S 2 dInsO beschriebenen überschuldungshemmenden Effekt wäre wertlos, da dies die Fortführung des Unternehmens ohne Verstoß gegen die Insolvenzverschleppung ermöglichen solle.<sup>210</sup> Durch den Rangrücktritt solle der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung vermieden oder mit *ex nunc*-Wirkung behoben werden. Dies könne aber nur erfolgen, wenn sich die Nachrangabrede nicht in der Rechtsfolge der Judikatur erschöpfe.<sup>211</sup>

Die vorinsolvenzliche Wirkung müsse aber zu jederzeit aus den vertraglichen Bestimmungen hervorgehen und dürfe auch nicht unter dem Vorwand der Auslegung zu einer gesetzlichen Wirkung modifiziert werden. *K. Schmidt* folgt damit der Begründung des Senats, wonach das Rechtsgeschäft nicht auf den Inhalt

---

<sup>206</sup> *K. Schmidt*, Rangrücktritt insolvenzrechtlich / Rangrücktritt steuerrechtlich, DB 2015, 600.

<sup>207</sup> *Bitter/Heim*, Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, ZIP 2015, 644.

<sup>208</sup> *Kahlert/Gehrke*, Der Rangrücktritt nach MoMiG im GmbH-Recht: Insolvenz- und steuerrechtliche Aspekte, DStR 2010, 227.

<sup>209</sup> *Bitter/Heim*, Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, ZIP 2015, 640 Rz 18.

<sup>210</sup> *Meyer-Löwy/J. Schmidt/Shubina*, Der erforderliche Umfang der Gesellschafterfinanzierung zwecks Abwendung der Insolvenz, ZIP 2014, 2478; *Leithaus/Schäfer*, Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung anno 2010 – Unter welchen Voraussetzungen lässt sich eine Rangrücktrittsvereinbarung aufheben?, NZI 2010, 844.

<sup>211</sup> *K. Schmidt/Herchen* in *K. Schmidt*, Insolvenzordnung<sup>18</sup> (2013) § 39 Rz 22.

ausgelegt werden dürfe, das dem Richter im Entscheidungszeitpunkt als interessengemäß erscheinen würde. Maßgeblich sei einzig und allein das Interesse der Parteien, die jene Vereinbarung geschlossen haben.<sup>212</sup> Der Verfasser erklärt damit die Entscheidung des Senats als Magna Charta der Vertragsauslegung und bedeutenden Punkt des Urteils.<sup>213</sup>

Die getroffenen Vereinbarungen zu einer Rangrücktrittserklärung sind ausschlaggebend für deren Inhalt<sup>214</sup> und folglich auch für die Tiefe des Rangrücktritts,<sup>215</sup> die vorinsolvenzliche Wirkung des Rangrücktritts und seiner gesetzlichen Ranghierarchie, der Dauer der Nachrangabrede sowie die Erstreckung auf Nebenforderungen wie beispielsweise Zinsen.<sup>216</sup>

*K. Schmidt* begrüßt die sinnvolle Auslegungsregel des Urteils, die auch für künftige Vertragsgestaltung und -auslegung exemplarisch anwendbar sei, da eine in Bezug auf die Vermeidung von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung ausgelegte Rangrücktrittsvereinbarung nur dann wirksam sei, wenn diese nicht hinter den sich aus Insolvenzverschleppung, Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung ergebenden Mindestanforderungen zurückbleiben würde. Dies gelte demnach für den Startzeitpunkt, die Tiefe und die Dauer der Nachrangabrede ebenso wie für die etwaige Berücksichtigung von Zinszahlungen.<sup>217</sup> Auch die Folgerung, dass selbst, wenn von der Kreditgeberin kein Forderungsverzicht explizit vereinbart wurde, diese ihre ausstehenden Ansprüche nur dann durchsetzen könne, wenn dies nicht dazu führen würde, dass die Schuldnerin Gefahr laufe in die Insolvenz zu fallen, sei zu bejahen.<sup>218</sup>

Für die im relevanten Fall beschriebene Rangrücktrittserklärung konnten also keine Zahlungsansprüche geltend gemacht werden, solange die Tatbestandsmerkmale der Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung vorlagen, durch Zahlung ebenjene ausgelöst werden konnten oder dies zumindest zu befürchten gewesen

---

<sup>212</sup> *Bitter/Heim*, Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, ZIP 2015, 640 Rz 21.

<sup>213</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 904.

<sup>214</sup> *Bitter/Heim*, Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, ZIP 2015, 642 Rz 38.

<sup>215</sup> *Uhlenbruck* in *K. Schmidt/Uhlenbruck GmbH in Krise*<sup>3</sup> Rz 5.183.

<sup>216</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 904.

<sup>217</sup> *Bitter/Heim*, Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, ZIP 2015, 639 Rz 16.

<sup>218</sup> *Frystatzki*, Insolvenzzrechtliche Anforderungen an Rangrücktrittsvereinbarungen, NZI 2013, 609.

wäre.<sup>219</sup> Da in der konkreten Rangrücktrittsvereinbarung viele der oben genannten Faktoren geregelt waren, blieb jedoch nicht viel Raum für Auslegungen. Lediglich die Kündbarkeit und Regelungen zur Rückzahlungen im beidseitigem Einverständnis wurden nicht in den Vertrag aufgenommen. Hier und nur hier bleibt jedenfalls Spielraum für Auslegungen. Der IX. Zivilsenat interpretierte demnach die vereinbarte Durchsetzungssperre als klares Zahlungsverbot, wonach alle Zahlungen, also auch Zinszahlungen, verboten<sup>220</sup> und in dessen Folge auch als unentgeltliche Leistung einzustufen waren, wonach sich eine Rückerstattungspflicht ergab.<sup>221</sup>

Aus dem ergangenen Urteil entstehen neue Folgerungen zum einen für Insolvenzverwalter als auch Insolvenzgläubiger und zum anderen für Geschäftsführer und im Rang zurückgetretene Gläubiger. Insolvenzverwalter haben von nun an die Möglichkeit, im Falle von vorher vereinbarten Nachrangabreden, Tilgungsleistungen sowie Zinszahlungen zurückzuverlangen, wenn diese trotz Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung getätigt wurden, da diese als unentgeltliche Leistungen einzustufen sind, denen es an Rechtsgültigkeit fehlt.<sup>222</sup>

Für die Gesellschafter hat dies zur Folge, dass aus der im Nachrang vereinbarten Durchsetzungssperre solange ein Zahlungsverbot wird, bis die materielle Insolvenz beseitigt worden ist. Dies kann als privatautonomer Kapitalschutz des Mezzaninkapitals gesehen werden.<sup>223</sup>

Für die Neuformulierung solcher Rangrücktrittsvereinbarungen bedeutet dies, dass diese insofern sehr präzise zu verfassen sind, damit der Rücktritt der Forderungen zumindest hinter die kraft Gesetzes nachrangigen Forderungen erfolgt, die Wirkung auch als vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre und nicht nur im eröffneten Insolvenzverfahren besteht, eine Unkündbarkeit im Zeitraum materieller bzw drohender Insolvenz gilt und eine Rückzahlungssperre im Sinne eines absoluten Zahlungsverbots bis zum Ende der unternehmerischen Krise vereinbart wird.<sup>224</sup>

---

<sup>219</sup> K. Schmidt, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 905.

<sup>220</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204 Rz 34.

<sup>221</sup> Haas, Kapitalerhaltung, Insolvenzanfechtung, Schadensersatz und Existenzvernichtung – wann wächst zusammen, was zusammengehört?, ZIP 2006, 1373.

<sup>222</sup> K. Schmidt, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 905.

<sup>223</sup> Bitter/Heim, Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, ZIP 2015, 639 Rz 14.

<sup>224</sup> Kahlert, Steuerbilanzielle Behandlung des Rangrücktritts nach dem Konzept des IX. Senats des BGH, DStR 2015, 734.

*K. Schmidt* schreibt in seinem Artikel vom „Anlauf zum großen Wurf“ über das Urteil des BGH. Der IX. Zivilsenat steuere schon sehr früh in seiner Entscheidungsfindung vom Recht der bloßen Leistungsverweigerung in Richtung Zahlungsverbot. Dabei verliere man recht zügig die Tatsache aus den Augen, dass grundsätzlich ein eher großzügiger Wortlaut, wie „der Forderungsbestand solle nicht angetastet werden“, festgehalten wurde. Es gelte „die Vereinbarung einer Durchsetzungssperre“ oder ein an die Beklagte gerichtetes „Nicht-Beanspruchen-Dürfen“.<sup>225</sup> Doch der Senat habe sogar noch ein weitergehendes Bestreben. Aus der getroffenen Durchsetzungssperre werde ein Zahlungsverbot, aus dem nicht angetasteten Forderungsrecht ein Nichtanspruch und aus der Gesellschaftsverbindlichkeit eine Nichtschuld.<sup>226</sup>

Dies sei jedoch nur mit Hilfe eines Schuldänderungsvertrags möglich, dass die Forderung mit dinglicher Kraft insofern zu modifizieren sei, dass diese nicht mehr zu passivieren wäre.<sup>227</sup> Da die Forderungen laut Vereinbarung nur aus freiem Vermögen der Schuldnerin beglichen werden durften, erlosch während der Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung zwar die Gesellschafterschuld nicht, jedoch sei der Zahlungsanspruch nicht vorhanden gewesen<sup>228</sup> und die fortbestehende Gesellschafterverbindlichkeit werde durch die Schuldänderung zur Nichtschuld.<sup>229</sup> Diese Auslegungsform des BGH ist Dreh- und Angelpunkt des Grundlagenurteils, da die wesentlichen Anspruchsgrundlagen der unentgeltlichen Leistung und des Herausgabeanspruchs von jenen Annahmen abhängig sind.<sup>230</sup>

Demnach bleiben aus dem ergangenen Urteil für *K. Schmidt* vier offene Fragen bestehen:

- Kann die Modifikation von der Durchsetzungssperre zum Zahlungsverbot durch einen Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger erreicht werden?
- Gibt es dafür zivilrechtliche Erklärungen?

---

<sup>225</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204 Rz 26 f.

<sup>226</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 907.

<sup>227</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638 Rz 32.

<sup>228</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204 Rz 29.

<sup>229</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638 Rz 34.

<sup>230</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 907

- Falls diese Wirkung zu erreichen ist, ist sie im genannten Fall überhaupt gewollt?
- Ist sie rechtlich notwendig?<sup>231</sup>

Im Folgenden soll noch vertiefender auf diese offenen Fragestellungen eingegangen werden, da vor dem Hintergrund der zuvor beschriebenen Magna Charta der Vertragsauslegung Zweifel an der Anwendung ebenjener für den Kernpunkt des Urteils vorliegen würden.<sup>232</sup>

Die Entscheidung des BGH gipfele in einem Instrument, das sich vollständig dem Gläubigerschutz verschreibe.<sup>233</sup> Unter rechtsdogmatischer Hinsicht sei das nur dann zu erreichen, wenn die Nachrangabrede als verfügender Schuldänderungsvertrag<sup>234</sup> die Gesellschafterverbindlichkeiten mit dinglicher Kraft dahingehend wandle, dass diese nicht mehr zu passivieren seien. Die Forderung würde demnach durch ein rechtsänderndes Verfügungsgeschäft nachrangig gestellt, sodass diese nur noch aus frei verfügbaren Vermögen befriedigt werden dürfte.<sup>235</sup> Diese Art der verdinglichten Verfügungswirkung sei grundsätzlich kein unbekanntes Mittel zum Zweck, ungewöhnlich sei aber, dass der BGH die Forderung mit drittwirkenden Verfügungsverboten ausstatte. Herstellbar sei eine solche dingliche Bindung grundsätzlich durch ein atypisches Verfügungsgeschäft, *K. Schmidt* hätte sich dazu aber eine genauere Begründung durch den Senat gewünscht.<sup>236</sup> Zustande käme diese die Gläubiger subjektivrechtlich begünstigende Drittwirkung durch einen Vertrag zugunsten Dritter, der sowohl alle bestehenden als auch künftig auftretenden Gläubiger mit vorteilhaften Rechten ausstatte, die auch nicht durch Abrede zwischen Schuldner und den Forderungsgläubigern aufgehoben werden könnten.<sup>237</sup> Nach *K. Schmidt* sei es grundsätzlich richtig, dass beim Vertrag zugunsten Dritter der begünstigte Personenkreis nicht schon *ex ante* bestimmt bzw. bekannt sein müsse, jedoch könne das Konzept des abstrakten Verkehrsschutzes nur schwer mit den Prinzipien individueller Leistungsrechte des

<sup>231</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 907.

<sup>232</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 907.

<sup>233</sup> *Habersack*, Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten, ZGR 2000, 403.

<sup>234</sup> *Knobbe-Keuk*, Stille Beteiligung und Verbindlichkeiten mit Rangrücktrittsvereinbarungen im Überschuldungsstatus und in der Handelsbilanz des Geschäftsinhabers, ZIP 1983, 129.

<sup>235</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638 Rz 32.

<sup>236</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 908.

<sup>237</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204 Rz 36 f.

Vertrags zugunsten Dritter vereinbart werden.<sup>238</sup> Weiter würde der Senat durch die Rechtsfigur des Vertrags zugunsten Dritter gar nicht das Recht begründen, versprochene Leistung zu fordern, sondern sie nur dazu hernehmen, dass es die Zustimmung sämtlicher Gläubiger – also auch derjenigen, die erst in Zukunft auftreten würden – bedarf, falls die Verbindlichkeiten der Schuldnerin aus anderen als freien Mitteln beglichen werden sollten.<sup>239</sup> Jenes angebliche Zustimmungsbedürfnis könne nur als *probatio diabolica* gewertet werden, da eine Zustimmung aller wohl nie eintreten werde. Dem Senat ginge es einzig und allein um die Etablierung eines unüberwindbaren Verkehrsschutzes.<sup>240</sup>

Maßgeblich für die angewandte Methode der Vertragsauslegung sei seitens des BGH die Einschätzung, dass eine zwingend notwendige Unaufhebbarkeit der Nachrangabrede vorhanden sei. Vom erforderlichen Drittschutz könne jedoch nicht automatisch ausgegangen werden, wenn der Überschuldungstatbestand die Unumkehrbarkeit nicht vorsehe. So kommt *K. Schmidt* zu dem Urteil, dass ein Verbot der Rückzahlung bei beidseitigem Einverständnis weder gewollt noch vereinbart worden war.<sup>241</sup>

Die Deutung einer Rangrücktrittserklärung könne zwischen den Extremen des *pactum de non petendo*<sup>242</sup> und dem Forderungserlass bzw -verzicht schwanken.<sup>243</sup> Nach herrschender Ansicht und der Entscheidung des Senats folgend, sei die Vereinbarung als *pactum de non petendo* zu wenig, da ein reines Leistungsverweigerungsrecht nicht ausreichen könne, die Passivierung im Überschuldungsstatus zu vermeiden.<sup>244</sup>

Aus dem Überschuldungstatbestand ergebe sich hingegen die Frage, ob eine Durchsetzungssperre ohne Rückzahlungsverbot ausreiche, um den Entfall der Passivierung einer Verbindlichkeit zu ermöglichen. Laut BGH könne die mit einer Rangrücktrittserklärung verbundene Vorsorge gegen den Eintritt einer Insolvenz nur dann erreicht werden, wenn eine gesicherte Rechtsposition für alle Gläubiger eingesetzt werde. Aus der Rechtsnatur der Nachrangabrede, so der BGH, würde

---

<sup>238</sup> *Mayer*, Nachrang von Forderungen 248.

<sup>239</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638 Rz 42.

<sup>240</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 909.

<sup>241</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204 Rz 38; *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 908.

<sup>242</sup> *Uhlenbruck* in *K. Schmidt/Uhlenbruck GmbH in Krise*<sup>3</sup> Rz 2.218.

<sup>243</sup> *Priester*, Gläubigerrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, DB 1977, 2432.

<sup>244</sup> *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung<sup>8</sup> (2015) § 42 Rz 48.

eine Suspendierung der öffentlich-rechtlichen Insolvenzantragspflicht nur dann erreichbar sein, wenn die gesicherte Rechtsposition der Gläubiger vorhanden sei.<sup>245</sup> und dementsprechend folgere der IX. Zivilsenat, dass „die Begründung eines selbständigen Rechts der Gläubiger bei einem Rangrücktritt stets miterklärt“ sei.<sup>246</sup> Aus Sicht des Gläubigerschutzes sei dies zu begrüßen. Bei einer Befristung der Rangrücktrittserklärung gelte ebenso wie bei der Möglichkeit des Gläubigers, ein vereinbartes Lösungsrecht auszuüben, dass die überschuldungsvermeidende Wirkung der Nachrangabrede nicht auf bilanzieller Ebene anwendbar sei. Ein Vergleich mit einer nur durch Unterstützung der Gesellschafterorgane aufhebbaren Rangrücktrittserklärung stehe aber nicht zu, da hier nicht ein zwingendes Zahlungsverbot, sondern das Solvenzinteresse der Gesellschaft Schutzschild der Gläubiger sei.<sup>247</sup>

Weiter sei laut *K. Schmidt* zu beachten, dass eine Spontaninsolvenz weder durch die Insolvenzantragspflicht noch durch den Überschuldungstatbestand verhindert werden könne, wenn es zu einem Fehlverhalten der Gesellschafterorgane käme. Die Überschuldungsfeststellung würde demnach nicht von dem Einfluss der Gesellschafter auf das aktiv und passiv zu buchende Vermögen tangiert werden und müsse daher auch nicht mit Hilfe des Rangrücktritts abgewendet werden. Notwendig sei aus rechtsdogmatischer Sicht lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht, nicht aber ein Zahlungsverbot.<sup>248</sup>

Aus diesen aufgezeigten Punkten, die sich mit der Kernaussage des Urteils beschäftigen, könne das Urteil laut *K. Schmidt* nicht überzeugen. Die seitens des IX. Zivilsenats verlautbarte quasi-dingliche Drittschutzwirkung sei in dieser Ausprägung rechtsdogmatisch nur schwer begründbar, insolvenzrechtlich nicht erforderlich und von den Parteien unter Umständen gar nicht gewollt. In vielerlei Hinsicht würde die Gegenansicht, dass der drittschützenden Wirkung der Nach-

---

<sup>245</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638 Rz 38.

<sup>246</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204 Rz 38.

<sup>247</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 908.

<sup>248</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 908.

rangabrede nur Reflexcharakter zukomme und eine Zustimmungserfordernis Ablehnung erfahre, besser in das Bild der Rangrücktrittserklärung als Instrument zur Insolvenzvermeidung passen.<sup>249</sup>

Überspitzt zeigt *K. Schmidt* auf, dass es die gläubigerschützende Drittwirkung in der Rechtsauffassung gar nicht gebe, da der Rangrücktritt als schuldrechtliche Abrede zwischen der Gesellschaft und ihren Gläubigern in erster Linie zum Schutz des Unternehmens diene, aber vor allem Sanktionen gegenüber den Gesellschafterorganen, basierend auf dem gesetzlichen Gläubigerschutz, vermeide. Jedoch sei die ganze Thematik unter dem Aspekt des Gläubigerschutzkonzeptes zu führen. Doch auch dann sei die Annahme verfehlt, dass der Gläubigerschutzgedanke nur dann erreichbar sei, wenn die Unternehmensfortführung unter Rangrücktritt nur in Kombination mit einem quasi-gesetzlichen Aufhebungs- und Zahlungsverbot erwirkt werden könne.<sup>250</sup>

*K. Schmidt* kommt zu dem Schluss, dass der Rangrücktritt vorinsolvenzlich als *pactum de non petendo* Wirkung zeige, welches mit dem Einverständnis beider Seiten aufgehoben werden könne.<sup>251</sup> Einhergehend mit dieser Art der Vertragsform würde auch die Passivierung im Überschuldungsstatus wegfallen, ohne dass gleichzeitig die Steuerbilanz davon betroffen sein würde. Aufgrund der nur einseitig wirkenden Durchsetzungssperre könnten sogar Teil- oder Zinszahlungen weiter erfolgen, da diese Zahlungsformen nicht gegen die Durchsetzungssperre verstoßen würden. Jedoch sei es unwahrscheinlich, dass solche Zahlungen erfolgen würden, da im Falle einer Spontaninsolvenz die Geschäftsleiter die Sanktionen des Gläubigerschutzes zu spüren bekämen, falls diese pflichtwidrig handeln würden.<sup>252</sup>

---

<sup>249</sup> *Wittig*, Rangrücktritt – Antworten und offene Fragen nach dem Urteil des BGH vom 8.1.2001, NZI 2001, 175; *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 909.

<sup>250</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 909 f.

<sup>251</sup> *K. Schmidt*, Finanzplanfinanzierung, Rangrücktritt und Eigenkapitalersatz, ZIP 1999, 1247; *Kahlert* in *Kübler*, HRI<sup>2</sup> § 57 Rz 205; *Habersack*, Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten, ZGR 2000, 419; *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 910.

<sup>252</sup> *K. Schmidt*, Finanzplanfinanzierung, Rangrücktritt und Eigenkapitalersatz, ZIP 1999, 1247; *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 910.

## 2.2 Patronatserklärungen mit Rangrücktritt, K. Schmidt

In einem zweiten Beitrag widmet sich *K. Schmidt* dem Urteil zur Star 21 KG, wonach eine zur Überschuldungsvermeidung geschlossene Patronatserklärung aufgekündigt werden könne, wenn dies in beidseitigem Einverständnis erfolge und nicht im Gegensatz zur getroffene Abrede stehe. Der Autor richtet seine Analyse dahingehend aus, ob sich nicht durch die Urteilsentscheidung des IX. Zivilsenats zum Thema qualifizierter Rangrücktritt Änderungen ergeben.<sup>253</sup>

Fraglich sei nämlich, ob das fünf Jahre früher ergangene Urteil zur wirksamen Kündbarkeit von Patronatserklärungen auch noch nach dem Urteil des IX. Zivilsenats und des daraus abgeleiteten Gläubigerschutzkonzepts in Form des Vertrags zugunsten Dritter weiterhin Gültigkeit besäße.<sup>254</sup>

Mit dem abgeschlossenen Patronatsvertrag sollte gewährleistet werden, dass die sanierungsbedürftige Schuldnerin weiterhin ihr Unternehmen fortführen könne, ohne dass es zu einem Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht käme. Die dabei enthaltene Patronatserklärung könne lediglich die Zahlungsunfähigkeit vermeiden, für das zusätzliche Umgehen der Überschuldung sei zusätzlich die geschlossene Rangrücktrittserklärung erforderlich gewesen. Insofern sei die getroffene Vereinbarung bis zu ihrer Kündigung ein taugliches Sanierungsinstrument gewesen.<sup>255</sup>

Ebenso vertrat der Senat die Auffassung, dass das im Rahmen der Privatautonomie vereinbarte Kündigungsrecht *ex nunc* wirksam sei, da es sich bei der Vereinbarung um eine harte Patronatserklärung gehandelt habe. Auch wenn die Kündigung nicht explizit Bestandteil des Vertrags gewesen sei, habe die Beklagte verdeutlichen können, dass es sich bei der Patronatserklärung nicht um eine dau-

---

<sup>253</sup> *K. Schmidt*, Patronatserklärung mit Rangrücktritt: im Krisenstadium unauflösbar?, ZIP 2016, S066.

<sup>254</sup> *Berger*, Zahlungsverbote kraft Rangrücktritts, ZIP 2016, 1; *Commandeur/Hübler*, Qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarungen mit Nichtgesellschaftern, NZG 2015, 589; *Schäfer*, Voraussetzungen, Rechtsfolgen und Rechtsnatur qualifizierter Rangrücktrittsvereinbarungen, NZI 2015, 320.

<sup>255</sup> *K. Schmidt*, Patronatserklärung mit Rangrücktritt: im Krisenstadium unauflösbar?, ZIP 2016, S067.

erhafte Überlebensgarantie gehandelt habe. Damit hätte der Senat die Voraussetzungen für ein konkludent vereinbartes Kündigungsrecht als erwiesen angesehen.<sup>256</sup>

Die Argumentation des IX. Zivilsenats im Rangrücktrittsurteil vom 05.03.2015 würde sich auch grundsätzlich auf den Patronatsfall übertragen lassen. Die vereinbarte Patronatserklärung diene zur Vermeidung eines Insolvenzgrunds, sie sei auf alle gegenwärtigen und künftigen Gläubiger ausgerichtet und ohne die gesicherte Rechtsposition dieser würde sich eine Suspendierung der öffentlich-rechtlichen Insolvenzantragspflicht nicht rechtfertigen lassen.<sup>257</sup> Erst bei Vorhandensein einer ausreichenden Vermögensmasse zur Begleichung der Gesellschaftsverbindlichkeiten sei dieser vertraglich vereinbarte Schutz disponibel.<sup>258</sup>

Damit eine ordentliche Prüfung stattfinden könne, ob die Patronatsvertragspraxis nach dem Urteil nun zu überdenken wäre, müsse zunächst zwischen den zwei Elementen des Star-21-Vertrags unterschieden werden. Die Patronatszusage im ersten Teil betreffe nämlich nur die Zusage weiterer liquider Mittel und der im zweiten Teil enthaltene Rangrücktritt drehe sich um den Verbleib der bereits zugeflossenen Finanzmittel im Vermögen der Tochtergesellschaft.<sup>259</sup>

Gerade der Abschnitt zum Rangrücktritt sei aus Sicht *K. Schmidts* unkündbar, da eine solche Klausel die insolvenzvermeidende Wirkung obsolet machen würde, wenn ebenjener Rangrücktritt durch den Gläubiger kündbar sein würde.<sup>260</sup>

In Bezug auf die Ausstattungszusage sei es fraglich, ob der IX. Senat seine Ausführungen erweitern würde. Bei der Patronatserklärung und ihrer Kündbarkeit ginge es im Wesentlichen um die Fortführungsprognose und nicht um die Going-Concern-Prämisse.<sup>261</sup> Zudem sei sie Teil des Finanzplans und nicht der Überschuldungsbilanz.<sup>262</sup> Aus dem Star-21-Urteil sei demnach abzuleiten, dass eine

---

<sup>256</sup> *K. Schmidt*, Die isolierte Verlustdeckungszusage unter verbundenen Unternehmen als Insolvenzabwendungsinstrument, in FS für Werner (1984) 790; *K. Schmidt*, Patronatserklärung mit Rangrücktritt: im Krisenstadium unauflösbar?, ZIP 2016, S067.

<sup>257</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204 Rz 37 f.

<sup>258</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638 Rz 41.

<sup>259</sup> *Berger*, Zahlungsverbote kraft Rangrücktritts, ZIP 2016, 3.

<sup>260</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 908.

<sup>261</sup> *Kaiser*, Ist eine kündbare Patronatserklärung geeignet, die Überschuldung gem § 19 InsO zu beseitigen?, ZIP 2011, 2139.

<sup>262</sup> IDW S 11 Rz 32.

reine Kündigungsmöglichkeit eine positive Fortbestehensprognose nicht ausschließe und demnach die überschuldungsvermeidende Patronatswirkung nicht einschränke.<sup>263</sup>

Hier würden sich nach *K. Schmidt* die ungleichen Denkweisen des II. und IX. Senats zeigen. Der Star-21-Vertrag verdeutliche den Unterschied zwischen einem Abzugsverbot bereits gewährter Kredite und einem Auszahlungsgebot zugesagter Kreditmittel ohne Kündigungsmöglichkeit in der Krise.<sup>264</sup> Selbst, wenn anzunehmen sei, dass die Argumentation des IX. Senats in Bezug auf die Unumkehrbarkeit des Rangrücktritts gültig wäre, könne diese nicht auf Patronatserklärungen übertragen werden. Mehr als das Zahlungsverbot könne aus diesem Konstrukt nicht ergehen, da eine drittbegünstigende Ausstattungspflicht des Patrons unter dem Deckmantel der Privatautonomie nicht auf die freiwillig geschlossene Patronatserklärung übertragbar sei.<sup>265</sup>

In der Folge der aufgezeigten Argumentation sei laut *K. Schmidt* an den aus dem Urteil hervorgehenden Grundsätzen zur Kündbarkeit einer Patronatserklärung festzuhalten. So könne deren überschuldungsvermeidende Wirkung erreicht werden. Auch auf Basis des Urteils des IX. Zivilsenats werde durch den Drittgläubigerschutz nur die Aufhebung der mit der Liquiditätszusage verbundenen Nachrangabrede gesperrt. Die Liquiditätsverschaffungszusage bleibe davon aber unberührt.<sup>266</sup>

### 2.3 Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt & Patronatserklärung, Bitter

*Bitter* entwickelt in seinem Artikel eine uniformierte Konzeption zur vertraglichen Insolvenzvorsorge, die auf den Urteilen BGHZ 187, 69 „Star 21“ zur Kündigungswirkung von Patronatserklärungen und BGHZ 204, 231 zum „qualifizierten Rangrücktritt“ aufbauen. Der zentrale Punkt des Konzepts ist die privatautonome Selbstbindung des Verpflichteten gegenüber allen Gläubigern im Rahmen des

---

<sup>263</sup> *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen 128.

<sup>264</sup> BGH v 20.09.2010 II ZR 296/08, BGHZ 187, 76.

<sup>265</sup> *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen 35.

<sup>266</sup> *K. Schmidt*, Patronatserklärung mit Rangrücktritt: im Krisenstadium unauflösbar?, ZIP 2016, S069.

Vertrags zugunsten Dritter. Danach würden sich die Sicherheit der Insolvenzvermeidung und gleichzeitige Flexibilität der Gesellschafter oder Gläubiger jedoch ausschließen.<sup>267</sup>

Grundsätzlich stimmt *Bitter* den Entscheidungen beider Senatskammern zu und ist damit gerade in Bezug auf das Urteil zum qualifizierten Rangrücktritt anderer Meinung als *K. Schmidt*. *Bitter* folgt der Auffassung von *Mock*, der das Urteil des IX. Senats als Magna Charta der Unternehmensfinanzierung durch Fremdkapital einstuft.<sup>268</sup> Jedoch ist auch für *Bitter* der Vergleich der Entscheidungen beider Urteile relevant. Aber im Gegensatz zu *K. Schmidt*,<sup>269</sup> wonach durch den IX. Zivilsenat die Unaufhebbarkeit der insolvenzvermeidenden Nachrangabrede herausgestellt und die Kündigung der ebenfalls insolvenzvermeidenden Patronatserklärung laut dem II. Senat akzeptiert wird, könne die aufgezeigte Divergenz nur auf den ersten Blick bestehen. Doch im Prinzip würden beide Senate von der gleichen Grundidee ausgehen, dass eine wirksame vertragliche Insolvenzvermeidung nur durch eine Unumkehrbarkeit der eingesetzten Instrumente möglich sei.<sup>270</sup>

Aufgrund der der Patronatsklärung zugesprochenen Kündbarkeit sei diese These zunächst überraschend, jedoch würde die Kündigung durch den Senat nur begrenzte Wirkung zugesprochen. Die Kündigung sei nur *ex nunc* wirksam, so dass der Patron nur für die bereits entstandene Unterdeckung haftbar sei. Doch diese Form der Wirksamkeit sei nicht so selbstverständlich, wie es der Senat erklärt habe. Würden nämlich die Parteien ausdrücklich eine Vereinbarung treffen, die eine wirksame Kündigung mit sich bringen würde, dass der Patron keinerlei Zahlungsverpflichtungen mehr ausgesetzt sei, dann könne aufgrund der privatautonomen Vertragsabrede keine weitergehende Wirkung entstehen, als diejenige, die im Vertrag vereinbart wurde. Davon müsse aber unterschieden werden, dass damit auch die Wirkung der Insolvenzvermeidung untergehen würde.<sup>271</sup>

---

<sup>267</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 428.

<sup>268</sup> *Mock*, Anmerkung, JZ 2015, 526.

<sup>269</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 907 f.

<sup>270</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 433 f.

<sup>271</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 434.

Gleiches würde demnach auch für die Patronatserklärung gelten. Privatautonom wäre auch hier ein wirksames Kündigungsrecht vereinbar, jedoch mit der Folge, dass auch hier die insolvenzvermeidende Wirkung verloren gehen würde.<sup>272</sup>

Allerdings sei die Forthaftung für eine zuvor entstandene Unterdeckung, die vom BGH im Urteil der Star 21 KG angenommen werde, nicht nur durch ein explizit vereinbartes Kündigungsrecht, sondern auch auf Basis gesetzlicher Kündigungsrechte abzulehnen.<sup>273</sup> Der Senat berufe<sup>274</sup> sich in seiner Entscheidung für die Einschränkung der Kündigungswirkung einer *internen* Patronatserklärung auf zwei Fundstellen in der Literatur, wobei sich eine davon mit der Kündbarkeit *externer* Patronatserklärungen beschäftige<sup>275</sup> und die andere gebündelt über die Kündbarkeit von *interner und externer* Patronatserklärung schreibe.<sup>276</sup> Dies zeige laut *Bitter* die fehlende Differenziertheit in der ganzen Diskussion zur Insolvenzvermeidung.<sup>277</sup>

Richtigerweise müsse gelten, dass bei einer *externen* Patronatserklärung, die die Form einer Kreditsicherung annehme,<sup>278</sup> die Kündigungswirkung – ähnlich wie bei der Bürgschaft<sup>279</sup> – eingeschränkt sei, da einem Kreditgeber die Sicherheit, die jener im Austausch für sein Darlehen bekomme, durch nachträgliche Kündigung nicht mehr entzogen werden könne.<sup>280</sup> Die begrenzte Kündigungswirkung könne sich somit nur auf die Haftung späterer, also nach der Kündigung eintretender Krediterhöhungen auswirken und nicht auf bereits gewährte Kreditlinien. Für diese bestehe weiterhin eine Haftungspflicht.<sup>281</sup>

Anders sei stattdessen die Rechtslage bei der *internen* Patronatserklärung, da hier bei der Abmachung eines Erstattungsanspruchs ein Darlehensverhältnis entstehen würde. Bei dieser Art von Verträgen sei es durchaus möglich, dass eine Kündigung die Wirkung mit sich brächte, dass die Darlehensmittel gar nicht

---

<sup>272</sup> *Bitter* in *Scholz, GmbHG* III<sup>11</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 67.

<sup>273</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 435.

<sup>274</sup> BGH v 20.09.2010 II ZR 296/08, BGHZ 187, 80.

<sup>275</sup> *Rosenberg/Kruse*, Patronatserklärungen in der M&A-Praxis und in der Unternehmenskrise, BB 2003, 645.

<sup>276</sup> *Ziemons*, Patronatserklärungen im Gesellschaftsrecht – Risiken und Nebenwirkungen, GWR 2009, 411.

<sup>277</sup> BGH v 12.01.2017 IX ZR 95/16, ZIP 2017, 337 Rz 9, für die Kündbarkeit einer *externen* Patronatserklärung wird Bezug auf das, eine *interne* Patronatserklärung betreffende, BGH Urteil zur Star 21 genommen.

<sup>278</sup> *Maier-Reimer/Etzbach*, Die Patronatserklärung, NJW 2011, 1113.

<sup>279</sup> BGH v 10.06.1985 III ZR 63/84, NJW 1986, 253.

<sup>280</sup> *Rüßmann*, Harte Patronatserklärungen und Liquiditätszusagen (2006) 136.

<sup>281</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 435.

ausbezahlt werden müssten. Dies würde auch dann gelten, wenn der Finanzierungsbedarf des Kreditnehmers bereits vorhanden wäre oder er ohne entsprechenden Mittelzufluss die Insolvenzreife erreichen würde.<sup>282</sup>

Die vom II. Zivilsenat in seinem Urteil getroffene Annahme, dass der Patron trotz Kündigung für eine bereits entstandene Unterdeckung Haftung übernehmen müsse, sei mehr als Einschränkung der Lösungsmöglichkeit zu sehen. Diese wiederum gehe aber mit dem Gedankengang des IX. Senats im Urteil zum Rangrücktritt einher, wonach nur eine durch vertragliche Abrede erreichte Vermeidung der Insolvenzantragspflicht – egal, ob sie für die Patronatserklärung oder für den Rangrücktritt gelte – unumkehrbar sein müsse.<sup>283</sup>

Alleiniger Unterschied in den Entscheidungen bleibe jedoch, dass der IX. Senat für das Urteil mit dem Vertrag zugunsten Dritter eine valide Rechtfertigung liefere, während der II. Senat eine Rechtfertigung schuldig bleibe, da die bereits zuvor erwähnten Argumente aus der Literatur für die Begründung unzureichend seien.<sup>284</sup>

Laut *Bitter* sei eine Vermeidung der Insolvenzantragspflicht mit Hilfe von vertraglicher Insolvenzvorsorge nur dann wirksam, wenn im Sinne des Gläubigerschutzes eine Unumkehrbarkeit der Vereinbarung vorausgesetzt werden könne.<sup>285</sup>

## 2.4 Weitere Meinungen zu Star 21

### 2.4.1 Zur Kündbarkeit von Patronatserklärungen, Nassal

Wird die Patronatserklärung so abgeschlossen, dass diese sich auf das Innenverhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft beschränkt, verpflichten sich jene gegenüber der Schuldnerin deren fällige Verbindlichkeiten auszugleichen, ohne dass direkt ein Zahlungsanspruch der Gläubiger dieser Schulden entsteht. Die so vereinbarte Patronatsklärung ist damit in der Nähe des Finanzplankredits anzusiedeln. Dieser wird dadurch charakterisiert, dass der Gesellschafter der Gesellschaft neben seiner Einlage auch ein Darlehen gewährt, das aber zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten mit sich bringt.<sup>286</sup>

<sup>282</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 436.

<sup>283</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 436.

<sup>284</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 436.

<sup>285</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 462.

<sup>286</sup> *Nassal*, Zur Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-BGHZivilR 24/2010 Anm 3, 2.

Zum einen kann die Verpflichtung zur Darlehensgewährung gemäß § 3 Abs 2 dGmbHG eine beurkundungspflichtige Nebenleistungspflicht sein, sofern diese an einen Geschäftsanteil gebunden sein und auch zukünftige Gesellschafter betreffen soll. Für eine Aufhebung ist dann ein satzungsändernder Beschluss notwendig. Zum anderen kann die Darlehensgewährung auch nur schuldrechtliche Bestimmungen haben und sich nur auf bestimmte Gesellschafter beziehen. Hier ist nur eine Zustimmung aller Beteiligten erforderlich, falls diese aufgelöst werden soll.<sup>287</sup>

Welcher Fall jedoch zur Anwendung kommt, bleibt ebenso Auslegungssache, wie die Frage nach der Auflösung der Zusage im Krisenfall der Gesellschaft.

Der BGH folgt in seinem Urteil zur Kündbarkeit einer Patronatserklärung der Systematik des Finanzplankredits, da es sich in beiden Fällen um ein atypisches, nicht vom Gesetz reguliertes Instrument zur Verbesserung der Vermögenssituation handelt.<sup>288</sup>

Die Modalitäten jenes Instruments sind also reine Auslegungssache der getroffenen Vereinbarung, von der es abhängt, ob im Insolvenzfall nicht nur eine Rückzahlungssperre bereits erbrachter Leistungen, sondern auch eine Einzahlungsverpflichtung besteht und weiter, ab welchem Zeitpunkt diese kündbar ist.

Für die Praxis bedeutet dieses Urteil, dass für Patronatserklärungen weiter Gestaltungsfreiheit besteht und es somit auch rechtens ist, dass der Patron der Schuldnerin die Erfüllung deren Verbindlichkeiten verspricht, diese aber mit Wirkung *ex nunc* kündigen darf, auch wenn sich die Gesellschaft in der Krise befindet.<sup>289</sup>

*Nassal* stimmt in seiner Einschätzung mit den Überlegungen des BGH überein.

#### 2.4.2 Kündigung einer Patronatserklärung, *Tetzlaff*

Der BGH charakterisiert die im Urteil behandelte Vereinbarung als harte Patronatserklärung. Durch Auflösung der zweiseitigen Vereinbarung zwischen Patron

---

<sup>287</sup> *Nassal*, Zur Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-BGHZivilR 24/2010 Anm 3, 2.

<sup>288</sup> *Nassal*, Zur Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-BGHZivilR 24/2010 Anm 3, 3.

<sup>289</sup> *Nassal*, Zur Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-BGHZivilR 24/2010 Anm 3, 3.

und Protegé könne nicht einfach jegliche Haftung des Patrons beseitigt werden.<sup>290</sup>

Im genannten Fall wurde die Patronatserklärung erst während der Krise vereinbart, um die Sanierungsfähigkeit der betroffenen Gesellschaft festzustellen. Dies erfolgte jedoch mit der Einschränkung, die getroffene Vereinbarung kündigen zu können, falls die Sanierungsbemühungen scheitern sollten. In der Regel sei aber wohl davon auszugehen, dass eine bestimmte Kündigungsfrist eingehalten werden muss und die Kündigung nicht schon nach einem Tag Wirkung hat.<sup>291</sup>

Weiter überprüfte der Senat in seinem Urteil, ob der Sicherungsgeber eine eigenkapitalersetzende Verpflichtung durch die vereinbarte Patronatserklärung eingegangen sei und die Grundsätze des Eigenkapitalrechts heranzuziehen wären. Dies sei jedoch nur unter der Voraussetzung anwendbar, dass der Gesellschafter tatsächlich eine Leistung erbracht habe. Da es sich in diesem Fall aber nicht um eigenkapitalersetzende Gesellschafterhilfe gehandelt habe, schränkte der Senat die Wirksamkeit der Kündigung nicht ein.<sup>292</sup>

Auch im Rahmen des Finanzplankredits stellte der BGH keine Unkündbarkeit der Patronatserklärung fest, da es sich im vorliegenden Fall nicht um eine einlagenähnliche Darlehenszusage handelte. Relevant sei dabei der genaue Wortlaut der Erklärung. In der streitgegenständlichen Patronatserklärung wurde explizit festgehalten, dass die Haftungserklärung nur für den Zeitraum zur Feststellung der Sanierungsreife bestehen würde und bei einer negativen Beurteilung sich der Patron wieder aus der Vereinbarung lösen können sollte.<sup>293</sup>

Die betroffene Patronatserklärung zeigt in Bezug auf die Höhe der Haftung keine genaueren Details auf. Der BGH sei in seiner Entscheidung jedoch dahingehend derselben Auffassung wie der Patron gewesen, dass durch die *ex nunc* ausgesprochene Kündigungswirkung nur Haftung für bis zu diesem Zeitpunkt bereits fällige Verbindlichkeiten des schuldnerischen Unternehmens gegenüber seinen Gläubigern bestünde und nicht für solche, die zum Zeitpunkt der Kündigung bereits begründet worden waren.<sup>294</sup>

---

<sup>290</sup> Tetzlaff, Patronatserklärungen – ein unkalkulierbares Haftungsrisiko für den Patron, ZInsO 2008, 343.

<sup>291</sup> Tetzlaff, Patronatserklärungen – ein unkalkulierbares Haftungsrisiko für den Patron, ZInsO 2008, 342.

<sup>292</sup> Tetzlaff, Kündigung einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-InsR 24/2010 Anm 1, 3.

<sup>293</sup> Tetzlaff, Kurzfristig kündbare Patronatserklärungen, DZWIR 2011, 186.

<sup>294</sup> Tetzlaff, Kündigung einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-InsR 24/2010 Anm 1, 4.

*Tetzlaff* widerspricht dieser Auffassung, da es nicht darauf ankommen sollte, ob die Fälligkeit einer Verbindlichkeit vor oder nach dem Zeitpunkt der Kündigung eintritt. Die Beklagte und das schuldnerische Unternehmen hätten zwar eine interne Erklärung vereinbart, jedoch seien die Gläubiger der Schuldnerin in dem Glauben gewesen, dass der Patron ebenso für jene Verbindlichkeiten Haftung übernehmen würde. Deshalb würde bei der Kündigung der Patronatserklärung der Patron Haftung für alle bereits begründeten Schulden der Schuldnerin übernehmen müssen.<sup>295</sup>

#### 2.4.3 Kündbarkeit einer Patronatserklärung, *Cranshaw*

*Cranshaw* teilt die Auffassung, dass eine wirksame Anfechtung gemäß § 135 dInsO (Gesellschafterdarlehen) des Urteils zu verneinen sei, da die Beklagte weder Befriedigung noch Sicherheit erhalten habe. Zudem seien keine weiteren Anfechtungstatbestände zu erkennen.<sup>296</sup>

In Bezug auf die Haftungsbeschränkungen auf nur fällige Verbindlichkeiten der begünstigten Gesellschaft widerspricht dieser der Ansicht des BGH, da dies im Sinne des Gläubigerschutzes nicht hingenommen werden könne. Die Beseitigung des Insolvenztatbestandes der Überschuldung könne nicht erreicht werden, wenn der Patron nur für fällige Schulden das Haftungsrisiko trage. Um den Tatbestand der Überschuldung auflösen zu können, sei eine positive Fortbestehensprognose erforderlich, die jedoch nicht erteilt werden könne, solange die Feststellung der Sanierungsfähigkeit einer entsprechenden Gesellschaft erst in Zukunft abgeschlossen werden wird. Die insolvenzrechtliche Überschuldung sei aus diesem Grund auszugleichen. Weiter bleibt die offene Frage nach der bejahten Aktivierbarkeit der Patronatserklärung in der Bilanz, falls deren Wirkung auf lediglich fällige Ansprüche beschränkt bleibe. Zusätzlich würde der Abzug von Gesellschafterdarlehen in Verbindung mit einer Begrenzung der Haftungshöhe zu einer weiteren Einschränkung der Tauglichkeit der Patronatserklärung als Sanierungsinstrument führen.<sup>297</sup>

---

<sup>295</sup> *Tetzlaff*, Kurzfristig kündbare Patronatserklärungen, DZWIR 2011, 187.

<sup>296</sup> *Cranshaw*, Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-HaGesR 11/2010 Anm 3, 4.

<sup>297</sup> *Cranshaw*, Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-HaGesR 11/2010 Anm 3, 4.

Weiter stellt *Cranshaw* fest, dass aus dogmatischer Sicht ein Schadensersatzanspruch entstehe, wenn eine harte Patronatserklärung mit Ausstattungsgarantie mit der schuldnerischen Gesellschaft vereinbart werden würde und diese Insolvenz anmelden müsse. Die Insolvenz wäre nämlich nicht eingetreten, wenn der Patron seine Pflicht erfüllt hätte.<sup>298</sup> Man müsse zudem zwischen der internen Patronatserklärung, die nur allein gegenüber der schuldnerischen Gesellschaft abgegeben wurde und der einer Patronatserklärung mit Außenwirkung, welche auch gegenüber den Gläubigern abgegeben wurde, unterscheiden. Die erstgenannte Version müsse nach dem Empfängerhorizont der begünstigten Gesellschaft ausgelegt werden.<sup>299</sup> Zusätzlich würde gelten, dass ein qualifizierter Rangrücktritt gemäß der Auffassung des BGH<sup>300</sup> Bestandteil dieser Vereinbarung sein müsse, damit die Entstehung einer Überschuldung vermieden werden könne und nicht sogar durch die getroffene Patronatserklärung aufgrund von Erfüllung von Ausstattungsverpflichtungen erst noch entstehender Rückzahlungsansprüche eine Überschuldung ausgelöst werden würde.<sup>301</sup>

Weiter ist *Cranshaw* der Auffassung, dass die alleinige Ausstattungsverpflichtung des Patrons nicht ausreichend sei, eine positive Fortführungsprognose der sonst überschuldeten Gesellschaft abzugeben.<sup>302</sup>

Aus Sicht des Autors könne dem Urteil des BGH zur Kündbarkeit der Patronatserklärung nicht vollständig gefolgt werden, da zu viele Fragen offenbleiben würden.

## 2.5 Weitere Meinungen zum qualifizierten Rangrücktritt

### 2.5.1 Rechtsfolgen qualifizierten Rangrücktritts, Nassal

Laut *Nassal* liege der Fokus von Rangrücktrittsvereinbarungen darauf, sie einzusetzen, um Insolvenzen zu vermeiden. Dies geschehe, indem Forderungen, für

---

<sup>298</sup> BGH v 30.01.1992 IX ZR 112/91, BGHZ 117, 127.

<sup>299</sup> OLG Frankfurt v 19.09.2007 4 U 22/07, BB 2008, 243.

<sup>300</sup> BGH v 08.01.2001 II ZR 88/99, BGHZ 146, 264.

<sup>301</sup> *Cranshaw*, Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-HaGesR 11/2010 Anm 3, 4.

<sup>302</sup> *Cranshaw*, Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-HaGesR 11/2010 Anm 3, 5.

die ein Nachrang vereinbart wurde, nicht in die Bilanz aufgenommen werden würden und daher auch keine bilanzielle Überschuldung auslösen könnten.<sup>303</sup>

Dies könne jedoch nur erreicht werden, wenn jene Forderungen wie statutarisches Kapital behandelt werden würden und die Gläubiger mit dem Rang hinter die gesetzliche Rangklasse treten würden.<sup>304</sup>

Jene Anforderungen müssten jeweils innerhalb als auch außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten, wobei die Einhaltung der Regelung vor einem Insolvenzverfahren die größere Rolle spiele, da eine Insolvenz nur dann vermieden werden könne, bevor diese eintrete.<sup>305</sup> Insoweit stimmt *Nassal* mit dem Urteil des BGH überein.

Streitbar hingegen sei die Rechtsnatur einer Rangrücktrittserklärung, wenn entgegen dieser Zahlungen erbracht würden. Hier ist *Nassal* der gleichen Auffassung wie der BGH, der in seinem Urteil einen Mittelweg zwischen einem bedingten Forderungserlass und einer Stundungsvereinbarung aus einem *pactum de non petendo* gehe. Gemäß der Entscheidung des IX. Zivilsenats würde eine Forderung auf Basis dinglicher Kraft umgewandelt werden, sodass diese nicht mehr zu passivieren sei und dementsprechend auch nicht mehr an den Forderungsinhaber ausbezahlt werden dürfe. Falls dennoch eine Rückzahlung erfolge, sei diese Leistung auf einer Nichtschuld zu begründen und führe daher außerhalb der Insolvenz zu einem Herausgabeanspruch. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ändere sich dies, dann würde jene Leistung als unentgeltliche Zahlung anfechtbar werden.<sup>306</sup> Auch diesem Aspekt steht *Nassal* positiv gegenüber.

### 2.5.2 Strukturen des qualifizierten Rangrücktritts, *Cranshaw*

Die vom BGH entschiedene Vertragsausgestaltungsmöglichkeit im Rahmen der Privatautonomie – die den Entscheidungsgründen des II. Zivilsenats zum Star-21-Urteil folgen – ist von *Cranshaw* ebenso akzeptiert, wie die Tatsache, dass

---

<sup>303</sup> *Nassal*, Rechtsfolgen einer qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarung, jurisPR-BGHZivilR 9/2015 Anm 3, 2.

<sup>304</sup> BGH v 08.01.2001 II ZR 88/99, BGHZ 146, 271.

<sup>305</sup> *Nassal*, Rechtsfolgen einer qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarung, jurisPR-BGHZivilR 9/2015 Anm 3, 2

<sup>306</sup> *Nassal*, Rechtsfolgen einer qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarung, jurisPR-BGHZivilR 9/2015 Anm 3, 2

der insolvenzvermeidende Rangrücktritt gewisse Kriterien erfüllen müsse, damit dessen Wirksamkeit garantiert werden könne.<sup>307</sup>

Auch die Gestaltungsform eines echten Vertrags zugunsten Dritter begrüßt der Verfasser, da nur so gewährleistet werden könne, dass Gläubiger im Insolvenzverfahren einen verlässlichen Schutz erfahren würden und ihnen eine Abwehrmöglichkeit gegenüber Ansprüchen anderer nachrangiger Gläubiger und/oder gegenüber Rückforderungsmöglichkeiten für erbrachte Leistungen gewährt werde.<sup>308</sup>

Die Entscheidung des BGH in der Annahme eines Schuldänderungsvertrags, der Kraft dinglicher Wirkung die Forderung wandle und deren Passivierungspflicht entfallen ließe, ist *Cranshaw* folgend zu bejahen. Das suggerierte Bild des haftenden Kapitals gegenüber Gläubigern harmonisiere weiter mit der bilanziellen Auffassung, wirtschaftliches Eigenkapital gemäß dHGB und IAS/IFRS zu generieren. Durch die Vereinbarung von Rangrücktrittserklärungen als Teil von mezzaninen Finanzierungsstrukturen, sei die Schaffung von wirtschaftlichem Eigenkapital ermöglicht.<sup>309</sup>

Für die mezzanine Finanzierung sei es von besonderer Relevanz, inwieweit ein privatautonomer Rangrücktritt Zahlungen verhindere oder Rückzahlungsansprüche generiere.<sup>310</sup> Denn es müsse gelten, dass vor einer Krise Zahlungen des Schuldners möglich sein müssen, ohne dass der Investor später einen Herausgabeanspruch befürchten müsse oder diese als unentgeltliche Leistungen einzustufen seien.<sup>311</sup>

Im Falle einer Unternehmenskrise müsse aber zwischen routinemäßigen Zahlungen, die beispielsweise auf Basis von SEPA-Lastschrift erfolgen, und gesondert getätigten Zahlungsvorgängen unterschieden werden. Nur solche Zahlungen, die außerhalb einer Routine anfallen würden, seien laut *Cranshaw* in der Erfassung als unentgeltliche Leistungen zu berücksichtigen.<sup>312</sup>

---

<sup>307</sup> *Cranshaw*, Strukturen des qualifizierten Rangrücktritts und Folgen der diesem zuwider erfolgten Zahlungen, jurisPR-InsR 8/2015 Anm 1, 5.

<sup>308</sup> *Cranshaw*, Strukturen des qualifizierten Rangrücktritts und Folgen der diesem zuwider erfolgten Zahlungen, jurisPR-InsR 8/2015 Anm 1, 5.

<sup>309</sup> *Cranshaw*, Strukturen des qualifizierten Rangrücktritts und Folgen der diesem zuwider erfolgten Zahlungen, jurisPR-InsR 8/2015 Anm 1, 5.

<sup>310</sup> *Cranshaw*, Genussrechte und Genussscheine, ZInsO 2015, 649.

<sup>311</sup> *Cranshaw*, Strukturen des qualifizierten Rangrücktritts und Folgen der diesem zuwider erfolgten Zahlungen, jurisPR-InsR 8/2015 Anm 1, 7.

<sup>312</sup> *Cranshaw*, Strukturen des qualifizierten Rangrücktritts und Folgen der diesem zuwider erfolgten Zahlungen, jurisPR-InsR 8/2015 Anm 1, 7.

### 2.5.3 Rangrücktritt in der Handelsbilanz, Schulze-Osterloh

Eine Passivierung der Verbindlichkeit im Jahresabschluss des Schuldners sei laut *Schulze-Osterloh* bei einem vereinbarten Rangrücktritt dann vereinbar, wenn dieser keine Begrenzung der Haftung des Schuldners mit sich bringe. Dazu müsse eine Vereinbarung getroffen werden, um dem Gläubiger Zugriff auf einen Liquidationsgewinn zu ermöglichen. Werde diese Zugriffsmöglichkeit auf den künftigen Jahresabschluss, künftig zugeführtes Eigenkapital oder künftigen Liquiditätsüberschuss nicht gewährt, könne eine Passivierung der Verbindlichkeiten nicht stattfinden.<sup>313</sup>

## 3 KONZEPT ZUR VERMEIDUNG DER INSOLVENZANTRAGSPFLICHT NACH BITTER

### 3.1 Rangrücktritt und vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre

#### 3.1.1 Vermeidung der bilanziellen Überschuldung

Der in der Finanzkrise wieder eingeführte zweistufige Überschuldungsbegriff<sup>314</sup> und die später dazu ergänzte Entfristung<sup>315</sup> habe für die bilanzielle Überschuldung geringe Auswirkungen, da die Abweisung der rechtlichen Überschuldung bereits durch Erteilen einer positiven Fortbestehensprognose erreicht werde.<sup>316</sup> Der bilanzielle Ausgleich gelte jedoch weiterhin als weitaus sicherere Vorgehensweise, um eine Überschuldung zu vermeiden, da eine gültige Fortführungsprognose durch die Gesellschafter zu beweisen sei.<sup>317</sup> Dies sei jedoch in vielen Fällen der dennoch eingetretenen Insolvenz mit der Problematik des *hindsight bias*, also einer Rückschauverzerrung, verbunden.<sup>318</sup>

Für die wirksame Ausgestaltung könne der Entscheidung des IX. Zivilsenats des BGH in seinem Urteil zum qualifizierten Rangrücktritt<sup>319</sup> gefolgt werden. Es bedürfe daher für eine wirksame Beseitigung der bilanziellen Überschuldung einer

---

<sup>313</sup> *Schulze-Osterloh*, Rangrücktritt in der Handelsbilanz zwischen BGH und BFH, BB 2017, 429.

<sup>314</sup> *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III<sup>11</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 25.

<sup>315</sup> *Bitter/Hommerich/Reiß*, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, ZIP 2012, 1201.

<sup>316</sup> *Kaiser*, Ist eine kündbare Patronatserklärung geeignet, die Überschuldung gem § 19 InsO zu beseitigen?, ZIP 2011, 2137.

<sup>317</sup> *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III<sup>11</sup> Anhang § 64 Rz 33.

<sup>318</sup> *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen 69.

<sup>319</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231.

Kombination aus Rangrücktritt für alle Verbindlichkeiten, die nicht durch die gesetzliche Rangstellung umrissen würden und einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre.<sup>320</sup> Dieses Konstrukt des qualifizierten Rangrücktritts müsse sich auf alle Forderungen beziehen, die sich als Differenz aus den Passivposten und den zu Liquidationswerten angesetzten Aktivposten ergeben würden und dürfe gleichzeitig nicht kündbar oder zeitlich befristet sein.<sup>321</sup> Als letzter Teilaspekt müsse zusätzlich gelten, dass die Vereinbarung als Vertrag zugunsten aller Dritten geschlossen werde, damit nachträgliche Änderungen oder eine Aufhebung nicht möglich seien. In der Folge sei diese Vereinbarung in ebenjener Form auch nicht steuerschädlich.<sup>322</sup> Gleiches gelte für den vollständigen Verzicht auf den Rückzahlungsanspruch, der ebenfalls für die Vermeidung einer Überschuldung geeignet sei.<sup>323</sup>

### 3.1.2 Vermeidung der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit

Der isoliert betrachtete Rangrücktritt habe für die (drohende) Zahlungsunfähigkeit keine Relevanz.<sup>324</sup> Die dazu ergangenen Formulierungen des IX. Senats in vorherigen Urteilen<sup>325</sup> habe nur Missverständnisse ausgelöst, da diese auf den Nachrang und nicht richtigerweise auf die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre ausgelegt worden seien.<sup>326</sup> Da der Nachrang im eröffneten Insolvenzverfahren nur eine Verteilungsregel bewirkt, die der Insolvenzverwalter zu beachten hat, kann sich jener nicht auf die (drohende) Zahlungsunfähigkeit auswirken und hat dementsprechend auch keinen Einfluss auf die Fälligkeit der Forderungen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens.<sup>327</sup>

---

<sup>320</sup> Geißler, Das zur Vermeidung der Überschuldung vereinbarte Nachrangdarlehen und die Folgen bei dessen rechtsverstößlicher Rückzahlung durch die Gesellschaft, DZWIR 2015, 347 f.

<sup>321</sup> Bitter, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 463; Berger, Zahlungsverbote kraft Rangrücktritts, ZIP 2016, 4.

<sup>322</sup> Bitter/Heim, Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, ZIP 2015, 647.

<sup>323</sup> Berger, Rangrücktrittsvereinbarungen zwischen Zivil- und Insolvenzrecht, ZInsO 2015, 1939.

<sup>324</sup> Bitter/Rauhut, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1005.

<sup>325</sup> BGH v 19.07.2007 IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286; BGH v 23.09.2010 IX ZB 282/09, ZIP 2010, 2056.

<sup>326</sup> Bitter/Rauhut, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1009 f.

<sup>327</sup> Bitter, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 464.

Richtigerweise sei laut *Bitter* nur die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre aufgrund ihrer Eigenschaft, die insolvenzrechtliche Fälligkeit zu verhindern, bedeutend für die Zahlungsfähigkeit.<sup>328</sup> Es sei jedoch im Einzelfall zu überprüfen, ob eine privatautonom vereinbarte vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre dazu geeignet ist, in der Zukunft auf die Zahlungsfähigkeit abstellende Tatbestände einzuwirken. Dabei gelte es, den Umfang, die zeitliche Befristung oder die Möglichkeit zur Kündigung und eine gegebenenfalls vorhandene bzw. fehlende Bindung im Interesse der Gläubiger jener Forderung zu beachten.<sup>329</sup>

## 3.2 Patronatserklärung

### 3.2.1 Vermeidung der bilanziellen Überschuldung

Durch die Berücksichtigung eines Zahlungsanspruchs auf der Aktivseite einer Bilanz kann eine bilanzielle Überschuldung vermieden werden. Dazu muss jedoch zwischen der internen und externen Patronatserklärung unterschieden werden.<sup>330</sup>

#### 3.2.1.1 Interne Patronatserklärung

Für die Aktivierung eines Zahlungsanspruchs müssen mehrere Voraussetzungen erfüllt werden.

Dazu zählt zunächst die Leistungsfähigkeit des Patrons, damit ein werthaltiger Anspruch entstehen kann.<sup>331</sup>

Da der Wertansatz bei einer negativen Fortbestehensprognose an den Liquidationswerten der Aktiva bemessen wird, gilt für den Wertansatz, dass dieser aus der Differenz aller Passiva und ebenjener hervorgeht.<sup>332</sup> Ist wie im Fall der Star 21 KG durch Abrede beschlossen, dass eine Begrenzung auf bis zum Zeitpunkt der Kündigung fällige Verbindlichkeiten vorliegt, kann der Anspruch auch

---

<sup>328</sup> *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III<sup>11</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 10.

<sup>329</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 465.

<sup>330</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 465.

<sup>331</sup> *Ganter*, Personalsicherheiten als positiver oder negativer Bestandteil des Vermögens, WM 2014, 1469.

<sup>332</sup> *K. Schmidt* in *K. Schmidt*, Insolvenzordnung<sup>18</sup> (2013) § 19 Rz 42; *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III<sup>11</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 42.

nur in dieser Höhe aktiviert werden.<sup>333</sup> Da im Überschuldungsstatus jedoch alle vorhandenen Passiva relevant sind, kann die Patronatserklärung für sich genommen nicht dazu dienen, die Unterdeckung vollständig zu beseitigen.<sup>334</sup> Zusätzlich kann die im Betrag begrenzte Patronatserklärung die bilanzielle Überschuldung nicht beseitigen, wenn die vorhandene Unterdeckung größer als der Höchstbetrag der Patronatserklärung ist.<sup>335</sup>

Die dritte zu erfüllende Voraussetzung ist, dass die Ausstattungszusage so ausgestaltet ist, dass diese auch im Insolvenzfall weiter wirksam ist und nicht nur der Finanzierung der laufenden Geschäftstätigkeit dient.<sup>336</sup>

Als weiterer Punkt muss gelten, dass, um die Herbeiführung einer Spontaninsolvenz vermeiden zu können, eine Kündigungsmöglichkeit mit gleichzeitig vollständiger Enthftungswirkung nicht vereinbart werden kann.<sup>337</sup> Eine Aktivierung des Zahlungsanspruchs kann also nicht erfolgen, wenn der Patron durch vertragliche Abrede von der Leistungspflicht für eine bereits entstandene Unterdeckung befreit ist<sup>338</sup> oder wenn eine ebenfalls privatautonome Vereinbarung getroffen wird, nach einer zeitlichen Befristung die Haftung vollständig entfallen zu lassen.<sup>339</sup>

Ebenso muss ein Verzicht auf den Rückzahlungsanspruch oder alternativ ein qualifizierter Rangrücktritt beschlossen werden, da die Patronatserklärung ansonsten als ein Nullsummenspiel zwischen der Aktivierung des Zahlungsanspruches und der Passivierung des Rückzahlungsanspruches wirkungslos wäre.<sup>340</sup>

Als letzter zu erfüllender Punkt ist die Ausgestaltung des Vertrags zugunsten aller Gläubiger notwendig. Nur so ist zu garantieren, dass es zu keiner Aufhebung oder Änderung des Vertrages kommt, da hierzu immer das Einverständnis aller Parteien Voraussetzung ist. Die Gläubiger würden demnach zwar keinen eigenen Leistungsanspruch erwirken können, aber es ist zumindest ausgeschlossen,

---

<sup>333</sup> *Frystatzki*, Ansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter in der Überschuldungsbilanz der GmbH, NZI 2013, 166.

<sup>334</sup> *Lange*, Formulierung von Patronatserklärungen sollte auch „Selbstverständlichkeiten“ erfassen, BB 2010, 2720.

<sup>335</sup> *Meyer-Löwy/J. Schmidt/Shubina*, Der erforderliche Umfang der Gesellschafterfinanzierung zwecks Abwendung der Insolvenz, ZIP 2014, 2482 f.

<sup>336</sup> *Kaiser*, Ist eine kündbare Patronatserklärung geeignet, die Überschuldung gem § 19 InsO zu beseitigen?, ZIP 2011, 2136.

<sup>337</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 467.

<sup>338</sup> *Maier-Reimer/Etzbach*, Die Patronatserklärung, NJW 2011, 1117.

<sup>339</sup> *Meyer-Löwy/J. Schmidt/Shubina*, Der erforderliche Umfang der Gesellschafterfinanzierung zwecks Abwendung der Insolvenz, ZIP 2014, 2483.

<sup>340</sup> *Hölzle/Klopp*, Insolvenzvermeidende Patronatserklärungen, KTS 2016, 360; *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen 70.

dass durch eine etwaige Änderung oder Aufhebung eine Insolvenz ausgelöst werden könnte.<sup>341</sup>

### 3.2.1.2 Externe Patronatserklärung

Der IX. Zivilsenat des BGH hat in seinem Urteil vom 19.05.2011 entschieden, dass eine externe Patronatserklärung für sich genommen nicht dazu geeignet ist, die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu beheben, da der Protegé hierbei keine eigenen Ansprüche vorweisen kann.<sup>342</sup> Dieser Umstand tritt erst dann ein, wenn der Patron den Protegé auf Basis seiner gegenüber dem Gläubiger eingegangenen Verpflichtung mit Finanzmitteln ausstattet.<sup>343</sup>

In einer älteren Entscheidung vom 09.02.1987 zu einer der externen Patronatserklärung vergleichbaren Kreditsicherheit – in Form einer Bürgschaft – bejahte der BGH jedoch die überschuldungsvermeidende Wirkung unter den Umständen, dass der Bürge sich im Verhältnis zum Hauptschuldner zur primären Leistung an den Gläubiger verpflichtet und gleichzeitig mit seinem Rückzahlungsanspruch im Rang zurücktritt. Demnach kann hier der Freistellungsanspruch im Überschuldungsstatus aktiviert werden.<sup>344</sup> Aus Gründen der Vergleichbarkeit beider Instrumente kann für die externe Patronatserklärung nichts anderes gelten.<sup>345</sup>

Jedoch muss seit dem Urteil zum qualifizierten Rangrücktritt<sup>346</sup> gelten, dass der Rangrücktritt in Kombination mit der externen Patronatserklärung vereinbart wird. Zusätzlich sind analog zur internen Patronatserklärung die Punkte festzuschreiben, dass die Freistellungsverpflichtung zwischen Patron und Protegé auch im Insolvenzfall wirksam bleibt, die Möglichkeit zur Kündigung oder Änderung des Vertrags – wenn dabei ein gänzlicher Entfall der Haftung bewirkt wird – ausgeschlossen wird und die gesamte Abrede privatautonom zugunsten aller Gläubiger getroffen wird.<sup>347</sup>

---

<sup>341</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 468.

<sup>342</sup> BGH v 19.05.2011 IX ZR 9/10, ZIP 2011, 1113.

<sup>343</sup> *Allstadt-Schmitz* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch II<sup>3</sup>, Bank- und Börserecht Rz IV 727.

<sup>344</sup> BGH v 09.02.1987 II ZR 104/86, ZIP 1987, 574; *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III<sup>11</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 55.

<sup>345</sup> *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen 102.

<sup>346</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231.

<sup>347</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 469.

Von besonderer Relevanz ist hierbei, dass die Aktivierung des Freistellungsanspruchs nur insoweit geschehen kann, wie dem die Verbindlichkeit des konkret gesicherten Gläubigers gegenübersteht. Es wird in der Überschuldungsbilanz also nur genau jene Einzelverbindlichkeit neutralisiert.<sup>348</sup>

Demnach muss bei Verwendung einer externen Patronatsklärung in jedem Einzelfall überprüft werden, ob durch deren Einsatz die bilanzielle Überschuldung vermieden werden kann.<sup>349</sup>

### 3.2.2 Überschuldungsvermeidung gemäß Fortführungsprognose

Soll durch eine Patronatsklärung die rein rechtliche Überschuldung durch Begründung einer positiven Fortführungsprognose aufgelassen werden, sind andere Voraussetzungen an jenes Instrument anzusetzen.<sup>350</sup>

Auch hierbei wird zwischen den Ausprägungsformen der internen und externen Patronatsklärung unterschieden.

#### 3.2.2.1 Interne Patronatsklärung

Wird eine interne Patronatsklärung vereinbart, hat der Protegé gegenüber dem Patron einen Anspruch auf Wertzuführung. Der daraus resultierende Liquiditätsgewinn, falls der Zugang von Zahlungsmitteln oder leicht zu verwertenden sonstigen Werten tatsächlich zu erwarten ist, kann als Grundlage für eine positive Fortbestehensprognose dienen. Dazu muss der Patron aber zusätzlich auf die Rückforderung vollständig verzichten oder zumindest eine langfristige Stundung des Rückzahlungsanspruchs gewähren.<sup>351</sup> Nur so wird garantiert, dass nicht eine fällige Forderung durch eine andere Forderung ausgetauscht wird.<sup>352</sup>

Ein zusätzlicher Rangrücktritt ist für die positive Fortführungsprognose hingegen irrelevant und muss daher auch nicht eingefordert werden.<sup>353</sup>

---

<sup>348</sup> Keßler, Interne und externe Patronatsklärungen 115.

<sup>349</sup> Keßler, Interne und externe Patronatsklärungen 116.

<sup>350</sup> Bitter, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 470.

<sup>351</sup> Hölzle/Klopp, Insolvenzvermeidende Patronatsklärungen, KTS 2016, 364.

<sup>352</sup> Bitter, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 470.

<sup>353</sup> Bitter/Rauhut, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1009 f; Hölzle/Klopp, Insolvenzvermeidende Patronatsklärungen, KTS 2016, 364.

Damit eine positive Prognose gegeben werden kann, ist es Voraussetzung, dass die Zahlungsfähigkeit über den gesamten Prognosezeitraum, also das laufende und das nächstfolgende Geschäftsjahr,<sup>354</sup> unter vernünftiger wirtschaftlicher Einschätzung<sup>355</sup> erreicht werden kann.<sup>356</sup>

Bezogen auf die im Fall der Star 21 KG abgegebene Patronatserklärung, wonach diese nur den Zweck zur Prüfung der Sanierungsfähigkeit hatte und demnach jederzeit kündbar war, konnte eine Versorgung mit ausreichenden finanziellen Mitteln im Prognosezeitraum nicht gewährleistet werden, da hier bei negativem Ausgang der Prüfung eine Kündigung zu erwarten war.<sup>357</sup>

In Anbetracht der straf- und zivilrechtlichen Sanktionen im Falle einer Insolvenzverschleppung ist dieser Weg auch nicht ratsam.<sup>358</sup>

Eine positive Prognose kann ebenfalls nicht erteilt werden, wenn die Ausstattungszusage nur auf eine kürzere Periode als den Prognosezeitraum ausgelegt ist, außer die Liquidität kann anderweitig im Anschluss an das Fristende gesichert werden.<sup>359</sup>

Ein weiterer Aspekt für die Abgabe einer positiven Prognose ist zudem der Faktor, ob der Verpflichtete eine mittel- oder langfristige Bindung zugunsten aller Gläubiger bei der Liquiditätszusage eingeht oder nicht.<sup>360</sup>

### 3.2.2.2 Externe Patronatserklärung

Für den zu erwartenden Zahlungsmittelzufluss gelten bei externen Patronatserklärungen grundsätzlich dieselben Prinzipien.<sup>361</sup> Wichtig hierbei jedoch ist, dass der Protegé in seiner Finanzplanung beachtet, dass eine Direktzahlung vom Patron an den Gläubiger erfolgt und der Protegé dementsprechend nicht anderweitig über die Finanzmittel verfügen kann. Weiter beschränkt sich der mittelbare Liquiditätszufluss auf die Höhe der Forderung des gesicherten Gläubigers.<sup>362</sup>

---

<sup>354</sup> *Bitter in Scholz*, GmbHG III<sup>11</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 36.

<sup>355</sup> *Bitter in Scholz*, GmbHG III<sup>11</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 39.

<sup>356</sup> *Bitter in Scholz*, GmbHG III<sup>11</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 40.

<sup>357</sup> *Kaiser*, Ist eine kündbare Patronatserklärung geeignet, die Überschuldung gem § 19 InsO zu beseitigen?, ZIP 2011, 2137 f.

<sup>358</sup> *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen 95.

<sup>359</sup> *Wollmert*, Rangrücktritts- und Patronatsvereinbarungen im Lichte der Jahresabschlussprüfung, in FS für *Wellensiek* (2011) 195 f.

<sup>360</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 471.

<sup>361</sup> *K. Schmidt in K. Schmidt*, Insolvenzordnung<sup>18</sup> § 19 Rz 42.

<sup>362</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 471.

Dabei gilt, dass je geringer die Forderung jenes Gläubigers im Verhältnis zu den anderen Forderungen ist, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit einer Direktzahlung. Dies ist begründet durch die Tatsache, dass der Patron Verantwortung für das Weiterleitungsrisiko trägt und bei Zahlungen nicht Gefahr läuft, dass die Zahlungsmittel für die Befriedigung anderer Forderungen verwendet werden.<sup>363</sup>

Das Bedürfnis einer zusätzlichen Absicherung der Patronatserklärung zugunsten aller Gläubiger ist nur reduziert vorhanden, da der geschützte Gläubiger einer rückwirkenden Aufhebung der Kreditsicherung zustimmen muss. Dies wird in der Regel jedoch nicht erfolgen.<sup>364</sup>

### 3.2.3 Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit

Die Grundsätze der eben beschriebenen Fortbestehensprognose gelten im gleichen Maße als Basis für die Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit durch die interne und externe Patronatserklärung. Der Prognosezeitraum ist für beide Formen der Patronatsvereinbarung im Vergleich zur Fortführungsprognose auf nur drei Wochen begrenzt.<sup>365</sup> Damit ein Liquiditätsgewinn erreicht werden kann, wird der Ausschluss bzw die Stundung des Rückzahlungsanspruchs vorausgesetzt,<sup>366</sup> jedoch kann ein privatautonom vereinbarter Rangrücktritt außen vorge lassen werden.<sup>367</sup>

Laut BGH Urteil vom 19.05.2011 reicht die externe Patronatserklärung für sich genommen nicht aus, die Zahlungsunfähigkeit vermeiden zu können. Dieser Aspekt in Verbindung mit der Entscheidung, dass für beide Formen der Patronatserklärung gelten muss, dass der Patron auch tatsächlich seiner Ausstattungsverpflichtung nachkommt,<sup>368</sup> da der Protegé nicht in allen Fällen über Cash-Pool-

---

<sup>363</sup> *La Corte*, Harte Patronatserklärung 202.

<sup>364</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 472.

<sup>365</sup> BGH v 24.05.2005 IX ZR 123/04, ZIP 2005, 1426.

<sup>366</sup> *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen 63.

<sup>367</sup> *Bitter/Rauhut*, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1005.

<sup>368</sup> *Ziemons* Patronatserklärungen im Gesellschaftsrecht – Risiken und Nebenwirkungen, GWR 2009, 413.

Verträge unmittelbaren Zugriff auf die Finanzmittel des Kreditgebers hat,<sup>369</sup> wurde in der Literatur überwiegend zustimmend aufgenommen.<sup>370</sup>

Für die Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit kommt es, wie der BGH anführt, nicht auf die Existenz eines Anspruchs an, sondern dass die erwarteten Zahlungen tatsächlich auch gewährt werden.<sup>371</sup>

Daher ist es auch unwesentlich, dass der Protegé bei einer externen Patronatserklärung keinen unmittelbaren Anspruch auf Ausstattungsleistung gegenüber dem Patron hat.<sup>372</sup> Die Zahlungsfähigkeit wird auch dadurch gewährleistet, dass der Patron seine Ausstattungsverpflichtung gegenüber dem gesicherten Gläubiger einhält und damit die Liquidität des Protegés sicherstellt.<sup>373</sup>

In Bezug auf die interne Patronatserklärung ist der bestehende mittelbare Anspruch des Protegés wertlos, wenn jene Erfüllung nicht zu erwarten ist.<sup>374</sup>

Sowohl für die interne als auch für die externe Patronatserklärung gilt, dass eine Kündigungsfrist von mindestens drei Wochen nicht automatisch die Zahlungsunfähigkeit beschränkt, da bei einer Kündigung der Vereinbarung durch den Patron grundsätzlich davon auszugehen ist, dass dieser unmittelbar im Anschluss daran die Zahlung einstellt und damit eine Zahlungsunfähigkeit begründet. Aus umgekehrter Perspektive suggeriert die generelle Vereinbarung einer kurzfristigen bzw. außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit zusätzlich, dass besonders in Krisenzeiten der Patron davon Abstand nehmen würde, die Zahlungsfähigkeit des Protegés aufrecht zu erhalten.<sup>375</sup>

Im Beispiel der Patronatserklärung im Fall Star 21 KG kann eine Zahlungsunfähigkeit nur dann ausgeschlossen werden, wenn der Prüfungszeitraum für die Sanierungsfähigkeit länger als drei Wochen andauert.<sup>376</sup>

---

<sup>369</sup> *Krüger/Pape*, Patronatserklärungen und Beseitigung von Zahlungsunfähigkeit, NZI 2011, 618.

<sup>370</sup> *Allstadt-Schmitz* in *Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch II<sup>3</sup>, Bank- und Börsenrecht Rz IV 751; *Lüke/Scherz*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19.05.2011, IX ZR 9/10 – Zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit durch eine Patronatserklärung, KTS 2011, 518; *K. Schmidt* in *K. Schmidt*, Insolvenzordnung<sup>18</sup> § 19 Rz 14.

<sup>371</sup> *Ziemons*, Patronatserklärungen im Gesellschaftsrecht – Risiken und Nebenwirkungen, GWR 2009, 413.

<sup>372</sup> *Maier-Reimer/Etzbach*, Die Patronatserklärung, NJW 2011, 1117.

<sup>373</sup> *Kaiser*, Ist eine kündbare Patronatserklärung geeignet, die Überschuldung gem § 19 InsO zu beseitigen?, ZIP 2011, 2137 f.

<sup>374</sup> *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen 60.

<sup>375</sup> *Kaiser*, Ist eine kündbare Patronatserklärung geeignet, die Überschuldung gem § 19 InsO zu beseitigen?, ZIP 2011, 2138.

<sup>376</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 474.

Falls die Zahlungsunfähigkeit bereits eingetreten ist, kann diese alleine durch das Instrument der Patronatserklärung nicht mehr hergestellt werden. Dazu würde es der Wiederaufnahme der tatsächlichen Zahlungsleistungen bedürfen.<sup>377</sup>

### 3.3 Auslegung unklarer Rangrücktritte und Patronatserklärungen

Bleibt noch die Frage, wie Verträge zu erfassen sind, die zwar auch das Ziel der Vermeidung einer Insolvenzantragspflicht verfolgen, aber nicht alle zuvor genannten erforderlichen Aspekte umfassen oder sogar gegenteilige Inhalte haben. Auch hier gilt es die Wirksamkeit jener Vereinbarungen zu bewerten.<sup>378</sup>

So kommt es vor, dass sowohl in Literatur als auch in der Rechtsprechung eine entsprechende Interpretation der Vereinbarungen stattfindet, die die für die Insolvenzabwendung benötigten Anforderungen im Zweifel in die vertraglichen Abreden hineinließt.<sup>379</sup>

Dies könne beispielsweise die unter Umständen erforderliche Vereinbarung als Vertrag zugunsten Dritter,<sup>380</sup> eine die Nachrangabrede ergänzende vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre,<sup>381</sup> eine Erweiterung der Patronatserklärung zur Deckung aller fälliger und nicht fälliger Verbindlichkeiten,<sup>382</sup> sowie die Begrenzung oder der Ausschluss von Kündigungsrechten sein.<sup>383</sup>

Grundsätzlich ist *Bitter* der Auffassung, dass eine Möglichkeit bestehen müsse, dass sowohl die Patronatserklärung als auch die Rangrücktrittserklärung als Instrumente zur Insolvenzvermeidung in beidseitigem Einverständnis gegebenenfalls ergänzend ausgelegt werden könnten.<sup>384</sup>

Von höchster Priorität müsse dabei aber sein, dass nur der privatautonom tatsächlich gewollte Umfang der Vereinbarung maßgeblich sei. Es käme somit nicht auf den Zweck der Insolvenzvermeidung im Vertragsinhalt an. Die Auslegung

---

<sup>377</sup> *Krüger/Pape*, Patronatserklärungen und Beseitigung von Zahlungsunfähigkeit, NZI 2011, 619.

<sup>378</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 474.

<sup>379</sup> *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz<sup>19</sup> (2016) Anhang zu § 64 Rz 46.

<sup>380</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204, 245 f.

<sup>381</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 906.

<sup>382</sup> *Frystatzki*, Ansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter in der Überschuldungsbilanz der GmbH, NZI 2013, 166.

<sup>383</sup> BGH v 20.09.2010 II ZR 296/08, BGHZ 187, 69; vergleiche die dort selbstverständliche Annahme zur Begrenzung der Kündigungswirkung („ex nunc“).

<sup>384</sup> *Bitter/Röder*, BGB Allgemeiner Teil<sup>3</sup> (2016) § 7 Rz 31; *Bitter/Rauhut*, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1012; *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III<sup>11</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 68.

dürfe nicht zur gläubigerschützenden Fiktion geraten<sup>385</sup> und die verfolgte Absicht der Insolvenzvermeidung müsse dahingehend überprüft werden, ob die im Rahmen der Privatautonomie vereinbarte Vereinbarung erreicht werden könne.<sup>386</sup> Würde die Vertragsauslegung großzügig erfolgen, könne dies opportunistisches Verhalten des Patrons fördern. Drohe jenem straf- oder zivilrechtliche Sanktionen aufgrund von Insolvenzverschleppung, werde sich dieser auf eine möglichst weite Vereinbarung berufen, die eine gewollte vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre oder eine Drittwirkung beinhalte, um die gläubigerschützende Wirkung zu erreichen. Würden hingegen Leistungsansprüche aus der Patronatsklärung oder Rückzahlungsverpflichtungen aus einer Nachrangabrede geltend gemacht werden, werde sich der Sicherungsgeber auf eher begrenzte Regelungen berufen, um gerade die Gültigkeit einer nicht vereinbarten vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre oder einer wirksamen Kündigungsmöglichkeit hervorzuheben.<sup>387</sup>

Dieser Methodik folgend, wurden nach dem Urteil zum qualifizierten Rangrücktritt vermehrt Empfehlungen von beratender Seite abgegeben, wonach weder die Drittwirkung im Rahmen eines Vertrags zugunsten Dritter noch ein Ausschluss bzw. eine Begrenzung der Forderungserfüllbarkeit mit in die Vereinbarung mit aufgenommen werden sollten, um dem Mandanten später die Möglichkeit einzuräumen sich auf einen begrenzten Verpflichtungswillen berufen zu können.<sup>388</sup> Dies käme einem Rosinenpicken der Vertragsauslegung gleich und könne auch rasch das Gegenteil bewirken, dass beispielsweise Gerichte eine ergänzende Vertragsauslegung untersagen würden.<sup>389</sup> Dies hätte jedoch auch zur Folge, dass unter Umständen nicht nur der Patron, sondern auch der beratende Anwalt für zivil- bzw. strafrechtliche Sanktionen der Insolvenzverschleppung Haftung übernehmen müsse.<sup>390</sup>

---

<sup>385</sup> Grögler/Schneider, Neues vom BGH zum Thema „Rangrücktrittsvereinbarungen“, ZInsO 2015, 1531 f.

<sup>386</sup> Bitter/Heim, Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, ZIP 2015, 646; Bitter in Scholz, GmbHG III<sup>11</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 41, 67 f.

<sup>387</sup> Bitter, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 476.

<sup>388</sup> Westpfahl/Kresser, Rangrücktrittsvereinbarungen in der Beratungspraxis, DB 2016, 42.

<sup>389</sup> Geißler, Das zur Vermeidung der Überschuldung vereinbarte Nachrangdarlehen und die Folgen bei dessen rechtsverstößlicher Rückzahlung durch die Gesellschaft, DZWIR 2015, 348 f.

<sup>390</sup> Bitter, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 476.

Für die Patronatserklärung gelte, dass für diese Unwirksamkeit gelten könne, wenn ihr eine konkrete Bestimmung fehlt. So müsse hier klar ersichtlich sein, ob diese nur kurzfristig angesetzt sei, um Liquidität zu sichern bzw eine Zahlungsunfähigkeit zu vermeiden oder ob sie einen langfristigen Zweck verfolge und auf eine positive Fortbestehensprognose abziele.<sup>391</sup> Eine überschuldungsvermeidende Funktion könne auch nur erreicht werden, wenn eine konkrete Leistungsverpflichtung zur Differenz aller Passiva und den zu Liquidationswerten bewerteten Aktiva bestehen würde.<sup>392</sup>

Weiter müsse auch definiert werden, in welchem Rahmen der Patron seine Zahlungen an den Protegé ausgestalte. Diese können demnach entweder als Darlehen oder als verlorener Zuschuss erfolgen und dem Zweck der bilanziellen Überschuldungsvermeidung mit Rangrücktritt oder lediglich zur Gewährleistung von kurz- bzw langfristiger Liquidität mit einer Stundungsvereinbarung dienen.<sup>393</sup>

Auch solche Vertragsbestandteile, die nicht als *essentialia negotii* (notwendige Vertragspunkte) gelten würden, empfiehlt *Bitter* mit in die Vereinbarung mitaufzunehmen. Dazu zählten Klauseln, die den Fortbestand eines Anspruchs aus einer Patronatserklärung in der Insolvenz, die Aufhebbarkeit bzw Kündigung und die daraus folgende Wirkung sowohl bei Nachrangabreden als auch bei Patronatserklärungen, die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre und die Drittwirkung als Vertrag zugunsten Dritter regelten. Denn letztendlich hänge die Suspendierung von Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung davon ab, wie genau vertragliche Abreden getroffen worden seien, um die zuvor genannten Aspekte wirksam erfüllen zu können.<sup>394</sup>

Problematisch werde die Privatautonomie in vertraglichen Abreden, wenn dadurch die Insolvenzvermeidung nicht erreicht werden kann. So könne eine vertragliche Begrenzung einer Verpflichtung diesem Zweck gar nicht nachkommen, da der erklärte vertragliche Verpflichtungsumfang grundsätzlich vor dem von ihm verfolgten Zweck Vorrang habe. Der Patron könne nicht über einen vertraglich vereinbarten Höchstbetrag der Darlehensverpflichtung hinausgehend in An-

---

<sup>391</sup> *Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen 65.

<sup>392</sup> *Bitter in Scholz, GmbHG III*<sup>11</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 43, 45.

<sup>393</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 477.

<sup>394</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 477.

spruch genommen werden. Durch diese Begrenzung würde aber die insolvenzvermeidende Wirkung verfehlt werden und dementsprechend müsste dieser mit den Konsequenzen der Insolvenzverschleppung rechnen. Gleiches würde auch für eine die Insolvenzvermeidung schädliche Befristung bzw Kündigungsmöglichkeit gelten.<sup>395</sup>

Daher sei der Auffassung von *Hölzle/Klopp*<sup>396</sup> zu widersprechen, wonach eine Rangrücktrittsvereinbarung grundsätzlich wirksam bleibe, auch wenn eine Befristungs- bzw Kündigungsregelung Bestandteil des Vertrages sei.

Eine ausdrücklich befristete Nachrangabrede könne ebenso wenig durch Auslegung zu einer unbefristeten Rangrücktrittserklärung gewandelt werden, wie auch nicht über ein einseitiges Kündigungsrecht hinweggesehen werden könne. Dies würde nur zu einer Auslegungsfiktion führen und die insolvenzvermeidende Wirkung beschneiden, da der Fortbestand der Passivierungspflicht in einem solchen Fall nicht aufgehoben werden könne.<sup>397</sup> Genauso könne eine insolvenzvermeidende Wirkung nicht erreicht werden, wenn der Ausschluss der Drittwirkung Vertragsbestandteil sei.<sup>398</sup>

Eine wirksame Insolvenzvorsorge durch den Einsatz von Patronatserklärungen oder Rangrücktrittsvereinbarungen habe immer ihren Preis, das gelte sowohl für Gesellschafter als auch für beteiligte Dritte, wenn man die Aushöhlung gläubigerschützender Regelungen des Gesellschafts- und Insolvenzrechts vermeiden möchte. Um die Suspendierung der gesetzlichen Insolvenzantragspflicht durch vertragliche Abreden erreichen zu können, müssten zwingend alle Gläubiger im Sinne eines Vertrags zugunsten Dritter miteinbezogen werden.

Die Sicherheit einer Insolvenzvermeidung und gleichzeitige maximale Flexibilität von Gesellschaftern oder Dritten schließe sich laut *Bitter* aus, da eine sichere Insolvenzvermeidung sich nur durch ein Maximum an klaren vertraglichen Abreden erreichen lasse.<sup>399</sup>

---

<sup>395</sup> *Grögler/Schneider*, Neues vom BGH zum Thema „Rangrücktrittsvereinbarungen“, ZInsO 2015, 1532.

<sup>396</sup> *Hölzle/Klopp*, Insolvenzvermeidende Patronatserklärungen, KTS 2016, 362.

<sup>397</sup> *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III<sup>11</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 67.

<sup>398</sup> *Bitter/Heim*, Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, ZIP 2015, 646 f.

<sup>399</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 478.

## IV SCHLUSSFOLGERUNG FÜR DIE ÖSTERREICHISCHE RECHTSPRECHUNG

---

Die im vorherigen Kapitel aufgezeigten Auswirkungen der BGH-Urteile auf die Patronatserklärung und die Rangrücktrittsvereinbarung gilt es nun auf die österreichische Rechtsprechung zu übertragen.

Dazu soll in diesem Abschnitt insbesondere auf die rechtsdogmatischen Anforderungen an die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Österreich eingegangen werden, um im Anschluss die Folgen für die insolvenzvermeidenden Instrumente aus den in Deutschland ergangenen Urteilen auf den österreichischen Raum transferieren zu können. Abschließend soll eine Bewertung zur Wirksamkeit von Patronatserklärung und Rangrücktrittsvereinbarung als insolvenzvermeidende Mittel abgegeben werden.

Die österreichische Rechtsprechung liefert klare Vorgaben, die für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erfüllt werden müssen. Gemäß § 69 Abs 2, 3 IO muss der Antrag auf Verfahrenseröffnung spätestens 60 Tage nach Eintreten des allgemeinen Tatbestandsmerkmals der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit (§§ 66, 167 Abs 2 IO), sowie im Falle von juristischen Personen (insbesondere Kapitalgesellschaften), Personengesellschaften ohne unbeschränkt haftenden natürlichen Gesellschafter und Verlassenschaften, nach Eintritt der Überschuldung (§ 67 IO) eingereicht werden. Letztgenanntes Tatbestandsmerkmal tritt in der Regel vor der Zahlungsunfähigkeit ein.<sup>400</sup>

Die nationalen rechtsdogmatischen Anforderungen an die Zahlungsfähigkeit laut § 66 IO lassen sich mit den Voraussetzungen der deutschen Rechtsprechung gemäß § 17 dInsO sehr gut vergleichen. Aus beiden Gesetzestexten geht hervor, dass die Zahlungsunfähigkeit als Eröffnungsgrund für ein Insolvenzverfahren dient und diese vorliegt, wenn der Schuldner seinen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommen kann und daher die Zahlungen einstellt. Dementsprechend lässt sich die BGH-Rechtsprechung zu den Bedingungen für die Patro-

---

<sup>400</sup> Müller, Die außerordentliche Kündigung von internen Patronatserklärungen, ÖBA 2017, 545.

natserklärung nahezu uneingeschränkt auf Österreich übertragen, so lange gewährleistet wird, dass die Zahlungsunfähigkeit von der reinen Zahlungsstockung abgegrenzt wird.<sup>401</sup>

Im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung zur Überschuldung (§ 19 dInsO)<sup>402</sup> wird in der österreichischen Jurisdiktion bewusst keine genaue Definition für das Tatbestandsmerkmal der Überschuldung gegeben, da durch eine gesetzliche Definition nur die Elastizität gegenüber dem Einzelfall eingeschränkt werden würde.<sup>403</sup> § 67 IO besagt lediglich gemäß Absatz 1, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Basis jener Tatsache nur für juristische Personen, Personengesellschaften, bei denen keine natürliche Person in unbeschränkter Haftung ist und Verlassenschaften möglich ist. Ausschlaggebend ist aber § 67 Abs 3 IO, der insbesondere für die Wirksamkeit der Rangrücktrittsvereinbarung zur Beseitigung der Überschuldung zentrale Bedeutung hat. Demnach wird per Gesetz festgeschrieben, dass bei der Überprüfung der rechnerischen Überschuldung Verbindlichkeiten dann nicht zu berücksichtigen sind, wenn für diese ein Nachrang zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner vereinbart worden ist.

Für das Instrument der Patronatserklärung muss, bezogen auf die Anforderungen zur insolvenzvermeidenden Wirkung, zunächst zwischen der externen Patronatserklärung und der internen Patronatserklärung unterschieden werden. Beide Werkzeuge unterscheiden sich sowohl in der Rechtsnatur als auch in der Funktion.<sup>404</sup> Dies wurde oben bereits zur deutschen Rechtslage herausgearbeitet.<sup>405</sup>

Da die externe Variante für die Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit (§66 IO) und Überschuldung (§67 IO) sowie zur Absicherung der Going-Concern-Prämisse (§ 201 Abs 2 Z 2 UGB) im Gegensatz zur internen Patronatserklärung nur eingeschränkte wirkt,<sup>406</sup> soll der Fokus hier auf den Anforderungen an die interne Patronatserklärung liegen.<sup>407</sup>

---

<sup>401</sup> Müller, Die außerordentliche Kündigung von internen Patronatserklärungen, ÖBA 2017, 550.

<sup>402</sup> Der Tatbestand wird erfüllt, wenn bestehende Verbindlichkeiten nicht mehr durch das Vermögen des Schuldners abgedeckt werden. Eine Ausnahme besteht, wenn die Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich ist.

<sup>403</sup> Dellinger in Konecny/Schubert, Kommentar Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 1.

<sup>404</sup> Müller, Die außerordentliche Kündigung von internen Patronatserklärungen, ÖBA 2017, 552.

<sup>405</sup> Siehe auf S 53 f.

<sup>406</sup> Müller, Die außerordentliche Kündigung von internen Patronatserklärungen, ÖBA 2017, 552.

<sup>407</sup> Gleicher Ansicht ist die deutsche Rechtsprechung, dazu ausführlicher auf S 65f.

Die interne Patronatserklärung<sup>408</sup> ist grundsätzlich als Dauerschuldverhältnis einzustufen, da der Patron den Protegé auf die Dauer der Vertragslaufzeit mit Finanzmitteln ausstatten muss, sodass dieser seine Verbindlichkeiten ausgleichen kann. Die Leistungspflicht wiederholt sich, wenn die bisherigen Mittel nicht ausreichend waren.<sup>409</sup> Mit dem Dauerschuldverhältnis geht einher, dass prinzipiell ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen besteht. Jedoch darf dadurch der Vertragszweck nicht vereitelt werden.<sup>410</sup>

Ebenso können vertragliche Kündigungsmöglichkeiten in die Vereinbarung aufgenommen werden, was in jedem Falle aber Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Instruments hat. In Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 66 IO ist zunächst festzuhalten, dass der Begriff in der österreichischen Rechtslehre zeitpunktbezogen ist.<sup>411</sup> Aus insolvenzrechtlicher Sicht ist die interne Patronatserklärung wirksam, da trotz *ex nunc*-Wirkung einer Kündigung alle fälligen Verbindlichkeiten bis zum Zeitpunkt der Kündigung abgedeckt sind. Bezugnehmend auf den Gläubigerschutz ist ein solches Kündigungsrecht hingegen schädlich.<sup>412</sup> Verbindlichkeiten, die der Protegé im Zuge seiner Sanierungsbemühungen neu eingeht, sind bei einer Kündigung durch den Patron auf Grund der *ex nunc*-Wirkung nicht von der Patronatserklärung abgedeckt, da sie noch nicht fällig sind. Dies könnte im weitesten Sinne einer Insolvenzsverschleppung gleichkommen, sollte der Patron die Vereinbarung kündigen, wenn ihm zum Beispiel die Sanierung zu kostspielig werden würde.<sup>413</sup>

Für das zweite Tatbestandsmerkmal der Überschuldung gemäß § 67 IO gilt, dass eine interne Patronatserklärung mit Kündigungsmöglichkeit nicht dazu geeignet ist, eine positive Fortbestehensprognose zu begründen, da die Gewährleistung von finanziellen Mitteln nicht für den notwendigen Prognosezeitraum vorhanden ist.<sup>414</sup>

---

<sup>408</sup> Zu den Anforderungen der deutschen Rechtsprechung siehe S 17.

<sup>409</sup> Bollenberger/Kellner in Apathy/Iro/Kozioł (Hrsg), Bankvertragsrecht<sup>2</sup> Rz 4/74.

<sup>410</sup> Müller, Die außerordentliche Kündigung von internen Patronatserklärungen, ÖBA 2017, 550 f.

<sup>411</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup> 22.

<sup>412</sup> Ebenso in der deutschen Rechtsprechung siehe S 52 f.

<sup>413</sup> Müller, Die außerordentliche Kündigung von internen Patronatserklärungen, ÖBA 2017, 552.

<sup>414</sup> Dazu genauere Erläuterungen zur Auffassung in Deutschland siehe S 64.

Die Wirksamkeit des insolvenzvermeidenden Instruments kann nur dann gesichert werden, wenn die Erklärung volle Gültigkeit bis zum Zeitpunkt der Auflösung der insolvenzrechtlichen Überschuldung hat.<sup>415</sup> Für die Aktivierbarkeit einer internen Patronatserklärung im Überschuldungsstatus wird eine rechtsverbindliche Zusage des Patrons für den gesamten Prognosezeitraum benötigt, damit die strengen österreichischen Anforderungen an Sanierungsmaßnahmen erfüllt werden können.<sup>416</sup>

Ausgangsbasis für die konkrete Ausgestaltung von qualifizierten Rangrücktritten ist § 67 Abs 3 IO.<sup>417</sup> Die Nachrangvereinbarungen werden oftmals weit formuliert, da eine Insolvenzantragspflicht durch rechtmäßige Absicherung zwar vermieden werden soll,<sup>418</sup> gleichzeitig soll aber durch den qualifizierten Rangrücktritt kein steuerpflichtiger Ertrag bei der krisenbetroffenen Gesellschaft entstehen.<sup>419</sup> Bei der Auslegung einer solchen Vereinbarung ist aber zu beachten, dass den privatautonom vereinbarten Klauseln im Vergleich zu den Rechtsvorschriften höhere Bedeutung zu kommen.<sup>420</sup> Diese Auffassung teilt auch der OGH in seiner Entscheidung zum Eigenkapitalcharakter einer atypischen stillen Gesellschaft.<sup>421</sup> Das zweiseitige Rechtsgeschäft wird in der Regel nicht als Novation oder bedingter Forderungserlass eingeordnet, sondern gilt als allgemeiner Schuldänderungsvertrag.<sup>422</sup> Demnach entfallen weder akzessorische Sicherheiten noch der Zinsanspruch des Gläubigers,<sup>423</sup> und weiter kann im Fall der Insolvenzabwicklung direkt per Modifikation bzw Beschränkung als Verfügungsgeschäft auf das Rechtsverhältnis eingewirkt werden.<sup>424</sup>

---

<sup>415</sup> *Kammer der Wirtschaftstreuhänder*, Stellungnahme zur Behandlung von Patronatserklärungen 5.

<sup>416</sup> *Müller*, Die außerordentliche Kündigung von internen Patronatserklärungen, ÖBA 2017, 548.

<sup>417</sup> Im Vergleich dazu siehe die deutsche Rechtsprechung auf S 33 f.

<sup>418</sup> *Meyer-Löwy/J. Schmidt/Shubina*, Der erforderliche Umfang der Gesellschafterfinanzierung zwecks Abwendung der Insolvenz, ZIP 2014, 2478.

<sup>419</sup> *K. Schmidt*, Rangrücktritt insolvenzrechtlich / Rangrücktritt steuerrechtlich, DB 2015, 600.

<sup>420</sup> *K. Schmidt*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 901.

<sup>421</sup> OGH v 26.09.2017 6 Ob 204/16t, wbl 2018, 49.

<sup>422</sup> *Simsa/Wielinger*, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung?, ZIK 2017, 171.

<sup>423</sup> *Habersack*, Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten, ZGR 2000, 403.

<sup>424</sup> *Kletečka in Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I<sup>15</sup> (2018) Rz 385; *Teller/Steffan*, Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH<sup>3</sup> (2003) Rz 305.

Auf den ersten Blick gehen aus § 67 Abs 3 IO zwei Anforderungen an den qualifizierten Rangrücktritt hervor. Zum einen fordert der Gesetzgeber eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, die besagt, dass erstens Zahlungen solange nicht erfolgen dürfen, als dass ein negatives Eigenkapital gemäß § 225 Abs 1 UGB besteht und zweitens im Fall einer Liquidation alle nicht-nachrangigen Gläubiger zuerst befriedigt werden. Zum anderen muss der Gläubiger (zumindest implizit) auf seine Insolvenzantragsrechte verzichten.<sup>425</sup>

Bei genauerer Untersuchung ist jedoch festzustellen, dass für eine volle Wirksamkeit zusätzlich drei weitere Punkte zu erfüllen sind. Dazu zählen das Fortbestehen des Nachrangs auch bei Eintritt der Insolvenz, der Verzicht auf eine betragsmäßige Fixierung sowie der Verzicht auf eine vertragliche Kündigungsmöglichkeit. Nur wenn alle Punkte kumulativ erfüllt werden, kann die Rangrücktrittsvereinbarung als Instrument zur Insolvenzvermeidung wirksam eingesetzt werden. Diese Aspekte sollen im Folgenden genauer dargestellt werden.

Zunächst muss in der getroffenen Vereinbarung eine vorinsolvenzliche Befriedigungssperre (§ 67 Abs 3 IO) enthalten sein, die zwei aufschiebende Bedingungen enthält. Demnach darf einerseits keine Zahlungsverpflichtung des Schuldners entstehen, solange negatives Eigenkapital gemäß § 225 Abs 1 UGB vorliegt oder dieses durch eine Rückzahlung entstehen würde. Andererseits beschreibt die zweite Bedingung, dass in der Liquidation der Gesellschaft alle nicht-nachrangigen Gläubiger zuerst befriedigt werden müssen und nachrangige Verbindlichkeiten erst dann ausgeglichen werden dürfen, wenn die Sperrfrist gemäß § 91 Abs 3 GmbHG iVm § 213 Abs 1 AktG abgelaufen ist.

Weiter fordert der Gesetzgeber, dass zur Absicherung der außerinsolvenzlichen Wirkung der Gläubiger auf sein Insolvenzantragsrecht gemäß § 70 IO verzichtet.<sup>426</sup> Der Schuldner wird mit einer solchen Klausel in der Nachrangabrede jedoch nicht automatisch von seiner gesetzlichen Insolvenzantragspflicht befreit. Sollte der qualifizierte Rangrücktritt seine Wirkung verfehlen, sind die Leitungsorgane der Kapitalgesellschaft weiterhin verpflichtet einen Insolvenzantrag zu stellen.<sup>427</sup>

---

<sup>425</sup> Dies trifft auch auf die deutsche Rechtsauffassung zu. Dazu ausführlicher siehe S 39 ff.

<sup>426</sup> *Simsa/Wielinger*, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung?, ZIK 2017, 171.

<sup>427</sup> *K. Schmidt/Herchen* in *K. Schmidt*, Insolvenzordnung<sup>18</sup> § 15a Rz 29.

Dritte Anforderung an den qualifizierten Rangrücktritt ist der Aspekt, dass der Nachrang auch im Falle einer Insolvenz bestehen muss. Dieses Merkmal geht nicht aus § 67 Abs 3 IO hervor, sondern wird durch das GIRÄG 2003<sup>428</sup> festgesetzt. Im Zuge dessen werden alle anderen Gläubiger bessergestellt, was dem Zweck jener Norm entspricht. So ist die betroffene Forderung im Insolvenzverfahren erst nach allen nicht-nachrangigen Forderungen auszugleichen. Im Unterschied zur deutschen Rechtslage (§ 39 dInsO) gibt es in Österreich gemäß § 57 IO keine weitere Rangordnung innerhalb der nachrangigen Forderungen. Ergänzend ist es ebenso wichtig, dass der Umfang des Rangrücktritts im Vertrag festgehalten wird. Dabei muss sichergestellt werden, dass die Nachrangabrede nicht auf einen bestimmten Betrag fixiert ist, sondern für den Differenzwert aus sämtlichen Verbindlichkeiten (zu Liquidationswerten)<sup>429</sup> und den berechneten Vermögenswerten auf der Aktivseite der Bilanz ausgestellt ist. Andernfalls kann ein im Betrag beschränkter qualifizierter Rangrücktritt seine insolvenzvermeidende Wirkung nicht erfüllen.<sup>430</sup> Um die Passivierung von nicht-akzessorischen Sicherheiten und Zinsen im Überschuldungsstatus zu vermeiden,<sup>431</sup> empfiehlt es sich diese im Zuge der Privatautonomie mit in den Vertrag aufzunehmen.<sup>432</sup> Als fünfter zu erfüllender Punkt ist zu nennen, dass qualifizierte Rangrücktrittserklärungen frei von Befristungen und/oder einseitigen Kündigungsmöglichkeiten seitens des Gläubigers sind, denn sie haben schädliche Effekte für die insolvenzvermeidende Wirkung.<sup>433</sup> Im Gegensatz zur Patronatserklärung sind bei der Kündigung der Rangrücktrittsvereinbarung neben den künftigen Gläubigern auch Altgläubiger betroffen.<sup>434</sup> Wird die Auflösungsmöglichkeit der Nachrangabrede hingegen einvernehmlich gestaltet, stellt sich die Frage, ob diese Klausel ebenfalls schädlich für die Insolvenzvermeidung ist. Aus zivilrechtlicher Perspektive ist die einvernehmliche Auflösung von Rangrücktrittserklärungen grundsätzlich möglich – es sei denn, andere Gläubiger würden gemäß § 879 ABGB eine sittenwidrige Benachteiligung erfahren – und mit der Privatautonomie der Vertragsgestaltung

<sup>428</sup> GIRÄG 2003, 124 BlgNr XXII. GP 23.

<sup>429</sup> Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 43.

<sup>430</sup> Frystatzki, Ansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter in der Überschuldungsbilanz der GmbH 166.

<sup>431</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14 Rz 17.

<sup>432</sup> K. Schmidt in K. Schmidt/Uhlenbruck GmbH in Krise<sup>3</sup> Rz 2.1.

<sup>433</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup> 72.

<sup>434</sup> K. Schmidt, Patronatserklärung mit Rangrücktritt: im Krisenstadium unauflösbar?, ZIP 2016, S066.

vereinbar. Eine vollumfängliche Wirkung im Sinne des Gläubigerschutzes kann aber nur bei einer Unumkehrbarkeit des Vertrags erreicht werden. Daraus folgt, dass ein Kündigungsrecht während der (drohenden) materiellen Insolvenz nicht gelten darf.<sup>435</sup> Wird die Nachrangabrede hingegen – wie durch den BGH in seinem Urteil zum qualifizierten Rangrücktritt<sup>436</sup> – als Vertrag zugunsten Dritter eingestuft, entfällt die oben beschriebene Kündigungsmöglichkeit. In der Regel kommt man im Zuge der Vertragsauslegung aber zu dem Ergebnis, dass es sich nicht um einen Vertrag zugunsten Dritter (§§ 881 f ABGB) handelt und die ursprüngliche Absicht bei der Vertragsgestaltung nicht das Ziel hatte, ein vollumfassendes Gläubigerschutzkonzept zu gestalten. Eine solche Vertragsauslegung ist mehr als Willensfiktion denn als Absicht der Parteien auszulegen.<sup>437</sup> In der Praxis wird der Gläubigerschutz nur insofern von den Vertragsparteien berücksichtigt, als dass er das Fortbestehen der insolvenzbedrohten Gesellschaft sichert. Dies hat für die Gläubiger zur Folge, dass sie über die begünstigte Gesellschaft nur reflexartig eine Schutzwirkung erfahren.<sup>438</sup> Aus der Zweifelsregel des § 881 Abs 2 S 2 ABGB lässt sich ableiten, dass der Vorteil nicht grundsätzlich für alle anderen Gläubiger gilt, sondern nur für die im Vertrag enthaltenen Parteien. Unterstützt wird diese Argumentation durch § 1404 ABGB. Die Norm besagt, dass ein Sicherungsgeber durch Erfüllungsübernahme, also das Versprechen zur Leistung an den Gläubiger des Schuldners, dafür haftet, dass der Schuldner nicht durch den Gläubiger in Anspruch genommen wird. Dem Gläubiger ergibt sich daraus aber nicht automatisch ein unmittelbares Recht auf Leistung. Daher kann aus einem qualifizierten Rangrücktritt auf Basis reiner Vertragsauslegung keine fiktiv gläubigerschützende Komponente abgeleitet werden.<sup>439</sup> In der Folge dessen ist ein qualifizierter Rangrücktritt zwingend als allgemeiner Schuldänderungsvertrag einzuordnen, da in dieser Form den anderen Gläubigern keine Rechte gegeben werden. Eine zivilrechtlich vereinbarte Lösungsmöglichkeit ist

---

<sup>435</sup> *Bitter*, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 433.

<sup>436</sup> BGH v 05.03.2015 IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231.

<sup>437</sup> Haas in *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz<sup>21</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 80.

<sup>438</sup> *Altmeppen*, Zum Anspruch einer GmbH auf Auszahlung eines sogenannten Finanzplankredits in der Krise und in der Insolvenz der Gesellschaft, NJW 1999, 2812.

<sup>439</sup> *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1404 Rz 6.

also dem Grundsatz nach möglich, jedoch aber schädlich für die Überschuldungsprüfung, da es bei Erfüllung einer solchen Klausel zur Insolvenz kommen kann.<sup>440</sup>

Für die zivilrechtliche Möglichkeit zur Aufhebung der Rangrücktrittserklärung gilt es aber zu beachten, dass diese durch das Insolvenzanfechtungsrecht (§§ 27 ff IO) bei Vorliegen einer materiellen Insolvenz auch im Nachhinein angefochten werden kann.<sup>441</sup> Weitere Einschränkung erfährt die Kündigungsmöglichkeit durch das Verbot der Einlagenrückgewähr (§§82 f GmbHG, §§ 52 f AktG) sowie angesichts möglicher Haftung der Gesellschafter wegen Insolvenzverschleppung oder unrechtmäßiger Zahlungen in der Insolvenz gemäß § 25 Abs 3 Z2 GmbHG oder § 84 Abs 3 Z 6 AktG.<sup>442</sup>

Der Einsatz von Patronatserklärung und qualifizierter Rangrücktrittsvereinbarung als Instrumente zur Insolvenzvermeidung ist in Österreich grundsätzlich möglich. Jedoch sind an jene Werkzeuge einige Anforderungen geknüpft, damit diese ihre volle Wirkung ausüben können.

Seitens der Patronatserklärung schreibt das Gesetz keine klaren Anforderungen vor. Damit eine Insolvenzvermeidung erzielt werden kann, muss jedoch durch privatautonome Vereinbarung dafür Sorge getragen werden, dass das Instrument ohne Kündigungsmöglichkeit ausgestattet wird und damit unumkehrbar ist. Die in Deutschland getroffene Entscheidung im Star-21-Urteil enthält ebenjene Bedingung zur Unumkehrbarkeit der Patronatserklärung, damit die gewünschte Wirkung erzielt werden kann. Die BGH-Rechtsprechung lässt sich aufgrund von ähnlicher Anforderungen an die Zahlungsunfähigkeit gemäß der österreichischen und deutschen Jurisdiktion auch auf Österreich übertragen. Insolvenzvermeidung hat jedoch nur die interne Patronatserklärung, wenn entweder das tatsächliche Erfüllen der Ausstattungspflicht gewährleistet ist oder ein unmittelbarer Zugriff auf Finanzmittel garantiert wird. Die externe Patronatserklärung kann dies nicht erfüllen, da hier der Protegé keinen eigenen Anspruch gegenüber dem Sicherungsgeber hat und somit die Zahlungsunfähigkeit nicht beseitigen kann.

---

<sup>440</sup> Haas in *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz<sup>21</sup> Vorbemerkung § 64 Rz 79.

<sup>441</sup> *Kleindieck* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz<sup>19</sup> Anhang § 64 Rz 144.

<sup>442</sup> K. Schmidt, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 910.

Auch für die qualifizierte Rangrücktrittserklärung gilt der Grundsatz der Unumkehrbarkeit, der aus dem BGH-Urteil jenem insolvenzvermeidenden Instrument in Deutschland ergangen ist. Diese Entscheidung ist ebenso auf Österreich übertragen. Aufgrund der nationalen rechtsdogmatischen Anforderungen des § 67 Abs 3 IO zur Überschuldung ist es zwingend erforderlich, die Nachrangabrede in Österreich umfassender zu gestalten, damit die insolvenzvermeidende Wirkung erreicht wird. Dazu bedarf es neben der auch in Deutschland erforderlichen vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre, dem Verzicht auf Kündigung bzw Aufhebung, sowie der Abdeckung sämtlicher Verbindlichkeiten zu Liquidationswerten abzüglich der Aktiva, zusätzlich der Vereinbarung, dass der Gläubiger auf sein Insolvenzantragsrecht verzichtet und außerdem die Verbindlichkeiten auch bei Eintritt der Insolvenz weiter nachrangig sind. Nur wenn diese fünf Bedingungen kumulativ erfüllt sind, hat die getroffene Nachrangabrede volle insolvenzvermeidende Wirkung.

## CONCLUSIO

---

Aus dem erwerbswirtschaftlichen Prinzip geht hervor, dass das oberste Unternehmensziel die Erzielung eines möglichst hohen Gewinns ist, der das Fortbestehen des Unternehmens sichern soll. Bei jedem wirtschaftlichen Handeln besteht jedoch auch immer die Bedrohung einer Insolvenz, die wie ein Damoklesschwert über den Unternehmen hängt.

Um dieser Gefahr zu entgehen, sind Unternehmen dazu angehalten ein gewisses Maß an Insolvenzvorsorge zu betreiben, um in Phasen einer Rezession oder einer Unternehmenskrise nicht Gefahr zu laufen, die Tatbestände der Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung auszulösen.

Um eine wirksame Insolvenzvorsorge zu erreichen, ist der Einsatz von Instrumenten wie der Patronatserklärung oder der Rangrücktrittsvereinbarung geeignet, da so zum einen eine Mehrung der Aktivposten (mit Hilfe der Patronatserklärung) und zum anderen ein Entfall der Passivierungspflicht von Verbindlichkeiten (auf Basis einer Nachrangabrede) erreicht werden kann.

In jüngerer Vergangenheit sind in der deutschen Rechtsprechung zwei Urteile ergangen, die die Auslegung jener Instrumente im Rahmen der Insolvenzvorsorge maßgeblich beeinflusst haben. In beiden Entscheidungen steht dabei der Gläubigerschutz im Vordergrund.

In Folge der ergangenen Urteile entbrannte eine kontroverse Diskussion in Lehre und Literatur, die federführend durch *Karsten Schmidt* und *Georg Bitter*, mit jeweils unterschiedlichen Auffassungen zu den Entscheidungen, vorgetragen wird.

Wie in dieser Arbeit ausgeführt, erscheint die Argumentation von *Bitter* valider, weshalb dessen Vorstellung eines wirksamen Konzepts zur Insolvenzvermeidung im Zuge des Gläubigerschutzes zu folgen ist.

Dies wird folgendermaßen begründet:

Das Urteil im Fall der Star 21 KG des II. Zivilsenats vom 20.09.2010 sowie das Urteil zum sogenannten qualifizierten Rangrücktritt vom IX. Zivilsenat vom 05.03.2015 setzt eine grundsätzliche Unumkehrbarkeit der vertraglichen Abreden voraus, damit eine wirksame Insolvenzvorsorge erreicht werden kann.

Mit Vereinbarung eines Rangrücktritts, der auch mit einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre ausgestattet ist, wird die Passivierungspflicht von Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus ausgeblendet. Ebenso kann durch eine einseitige Mehrung der Aktivposten im Zuge einer Patronatserklärung die bilanzielle Überschuldung vermieden werden. Dies wird aber nur erreicht, wenn beide Instrumente durch privatautonom vereinbarte Abreden vor der Kündigung bzw. Aufhebung geschützt sind. Durch eine vertragliche Ausgestaltung im Rahmen eines Vertrages zugunsten Dritter kann dies zugunsten aller Gläubiger erreicht werden. In Bezug auf die zukünftige Zahlungsfähigkeit muss sowohl eine positive Liquiditätsbilanz für einen Prognosezeitraum von drei Wochen ebenso wie eine positive Fortbestehensprognose vorhanden sein. Dazu wird jedoch nicht gezwungenermaßen eine Vertragsvereinbarung zugunsten Dritter benötigt, ein Fehlen jener Abrede ist jedoch negativ für die Abgabe einer solchen Prognose zu bewerten. Dies gilt insbesondere für die Fortführungsprognose, da ein fehlender Bindungswille im Sinne aller Gläubiger im Zweifel gegen das Erreichen einer Zahlungsfähigkeit spricht.

Für Österreich ist auf Basis der gesonderten Anforderungen an den Überschuldungstatbestand gemäß § 67 Abs 3 IO eine umfangreichere Ausgestaltung der Nachrangabrede im Vergleich zu Deutschland notwendig. Neben den drei erforderlichen Merkmalen der vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre, der Unumkehrbarkeit des Rangrücktritts und der Abdeckung sämtlicher Verbindlichkeiten abzüglich der Aktiva ist es zusätzlich notwendig, dass der Gläubiger auf sein Insolvenzantragsrecht verzichtet und außerdem die Verbindlichkeiten auch bei Eintritt der Insolvenz weiter nachrangig sind.

Weiter gilt, dass eine weiche Patronatserklärung als Instrument für die Vermeidung einer Insolvenz nicht herangezogen werden kann, da aus jener keine Zahlungsverpflichtung hervorgeht. Im Gegensatz dazu sind harte Patronatsvereinbarungen ein wirksames Mittel, weil jener Vertrag auf Wertzuführung an den Protegé abzielt. Dieser kann in externer Form als Kreditsicherheit mit mindestens einem Gläubiger oder als Finanzierungsmittel intern mit der Schuldnerin abgeschlossen werden.

Um die bilanzielle Überschuldung zu vermeiden, ist eine rein externe Patronatserklärung nicht geeignet. Dazu wäre zusätzlich notwendig, dass der Patron sich

gegenüber dem Protegé der Leistung verpflichtet oder ergänzend einen qualifizierten Rangrücktritt vereinbart. Nur so kann der Freistellungsanspruch im Überschuldungsstatus aktiviert werden. Dies behält jedoch nur dann Gültigkeit, wenn die weiteren Abreden nicht kündbar sind und als Vertrag zugunsten aller Gläubiger vereinbart wurden.

Auch die Frage nach dem Liquiditätszufluss kann bei diesem Instrument nur begrenzt befriedigen, da durch Direktzahlungen an den gesicherten Gläubiger die Insolvenzvermeidung nur eingeschränkt vorliegt.

Für die interne Variante der Patronatserklärung gilt, dass auf Basis eines Zahlungsanspruchs eine Aktivierung um die bilanzielle Überschuldung zu vermeiden nur dann möglich ist, wenn eine Werthaltigkeit der Zuwendung gegeben ist, diese im Insolvenzfall weiter wirksam bleibt und nicht mit vollständiger Aufhebung der Haftungspflicht gekündigt werden kann, der Anspruch in Höhe der Differenz aller (auch zukünftigen) Passiva und den zu Liquidationswerten bewerteten Aktiva vorliegt, der Patron auf einen Rückzahlungsanspruch verzichtet und für alle Gläubiger gilt. Insbesondere die Voraussetzung eines Verzichts auf Rückzahlung muss erfüllt sein, damit eine positive Fortbestehensprognose abgegeben werden kann, die zur Ausschließung einer rechtlichen Überschuldung notwendig ist. Diese Argumentation zur Patronatserklärung lässt sich ohne Einschränkungen auf Österreich übertragen, da die gesetzlichen Normen zur Zahlungsunfähigkeit in beiden Ländern nahezu identisch sind.

Der Rangrücktritt, sowohl gesetzlicher als auch vertraglicher Natur, hat keine unmittelbare Wirkung auf eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit. Nur wenn zusätzlich eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre vorliegt, kann die Berücksichtigung von Forderungen bei der Ermittlung der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit vermieden werden.

Damit ein opportunistisches Verhalten des Patrons vermieden wird, ist für die Suspendierung von Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung von höchster Bedeutung, dass alle relevanten Anforderungen möglichst detailliert in der getroffenen Vereinbarung geregelt sind. Nur so wird eine Berufung auf eine Begrenzung der Verpflichtung, wenn Leistungsansprüchen eingefordert werden, vermieden. Ebenso wird gewährleistet, dass sich der Patron nicht auf eine weitergehende Vereinbarung berufen kann, wenn Sanktionen wegen Insolvenzverschleppung drohen.

Vertragliche Vereinbarungen, die nicht alle Voraussetzungen zur Insolvenzvorsorge beinhalten, aber gerade zu diesem Zweck getroffen wurden, sind ebenso für die Vermeidung der Insolvenzantragspflicht als unwirksam anzusehen. In der Auslegung solcher Abreden steht der getroffene Verpflichtungsumfang über dem verfolgten Zweck jenes Vertrags. Beschlossene Höchstbeträge, Kündigungsrechte oder der Ausschluss der Drittwirkung verfehlen ihren Zweck für die Insolvenzvorsorge.

Auf Basis dieser Analyse ist der Auffassung von *Bitter* zu den ergangenen Urteilen zu folgen, während *K. Schmidt* besonders im Hinblick auf die Meinung zu Star 21 zu widersprechen ist.

## LITERATURVERZEICHNIS

---

### **Selbstständige Werke und Kommentare**

*Apathy Peter/Iro Gert Michael/Koziol Helmut* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht Band 8: Kreditsicherheiten Teil 1, 2. Auflage (2012) (*Bearbeiter in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht*<sup>2</sup> Randzahl)

*Bartsch Robert/Heil Rudolf*, Grundriß des Insolvenzrechts, 4. Auflage (1983) (*Bartsch/Heil, Grundriß*<sup>4</sup> Randzahl)

*Bartsch Robert/Pollak Rudolf*, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz II, 3. Auflage (1937) (*Bartsch/Pollak, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz II*<sup>3</sup> Seite)

*Bartsch Robert/Pollak Rudolf/Buchegger Walter* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht – Kommentar, 4. Auflage (ab 2000) (*Bearbeiter in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht*<sup>4</sup> Band/Teilband Gesetzesstelle Randzahl)

*Baumbach Adolf/Hueck Alfred* (Hrsg), Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 21. Auflage (2017) (*Bearbeiter in Baumbach/Hueck, GmbHG*<sup>21</sup> Gesetzesstelle Randzahl)

*Bitter Georg/Röder Sebastian*, BGB Allgemeiner Teil, 3. Auflage (2016) (*Bitter/Röder, BGB AT*<sup>3</sup> Gesetzesstelle Randzahl)

*Buchegger Walter*, Insolvenzrecht (2010) (*Buchegger, Insolvenzrecht* Seite)

*Bülow Peter*, Recht der Kreditsicherheiten: Sachen und Rechte, Personen, 9. Auflage (2017) (*Bülow, Recht der Kreditsicherheiten*<sup>9</sup> Randzahl)

*Buth Andrea/Hermanns Michael*, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz: Handbuch, 4. Auflage (2014) (*Bearbeiter in Buth/Hermanns, Restrukturierung*<sup>4</sup> Gesetzesstelle Randzahl)

*Chalupsky Enst/Ennöckl Wolfgang/Holzapfel Werner*, Handbuch des österreichischen Insolvenzrechts: Insolvenzverfahren – Grundzüge, Muster und Formulare, abgabenrechtliche Sonderfragen (1986) (*Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel*, Handbuch Insolvenzrecht Seite)

*Dellinger Markus/Oberhammer Paul/Koller Christian*, Insolvenzrecht, 3. Auflage (2014) (*Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>3</sup> Randzahl)

*Ebenroth Carsten Thomas/Boujong Karlheinz/Joost Detlev/Strohn Lutz* (Hrsg), Handelsgesetzbuch Band 2, Bank- und Börserecht, 3. Auflage (2015) (*Bearbeiter in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch II<sup>3</sup>, Bank- und Börserecht Randzahl)

*Egger Anton/Egger Walter/Schauer Reinbert*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 27. Auflage (2016) (*Egger/Egger/Schauer*, Betriebswirtschaftslehre<sup>27</sup> Seite)

*Eilers Stephan*, Unternehmensfinanzierung: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Rechnungslegung, 2. Auflage (2014) (*Bearbeiter in Eilers*, Unternehmensfinanzierung Seite)

*Feil, Erich*, Insolvenzordnung: Praxiskommentar, 8. Auflage (2014) (*Feil*, Insolvenzordnung<sup>8</sup> Gesetzesstelle Randzahl)

*Gerth Axel*, Atypische Kreditsicherheiten unter Berücksichtigung der Vorschriften über die Rechnungslegung: Patronatserklärungen und Liquiditätsgarantien deutscher Muttergesellschaften (1977) (*Gerth*, Atypische Kreditsicherheiten Seite)

*Gurmann Stefan*, Grundzüge des Gesellschafts- und Insolvenzrechts, 2. Auflage (2018) (*Gurmann*, Grundzüge Gesellschafts- und Insolvenzrecht<sup>2</sup> Seite)

*Haberer Thomas/Krejci Heinz*, Konzernrecht (2016) (*Bearbeiter in Haberer/Krejci*, Konzernrecht Randzahl)

*Hantke* Till, Die Besicherung von Konzernkrediten über so genannte Ausstattungsverpflichtungen und andere Patronatserklärungen (2004) (*Hantke*, Besicherung Konzernkredite Seite)

*Harrer* Friedrich, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) (*Harrer*, Haftungsprobleme Seite)

*Hoffmann* Dirk, Die Patronatserklärung im deutschen und österreichischen Recht (1988) (*Hoffmann*, Patronatserklärung Seite)

*Höpfel* Frank/*Ratz* Eckart (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>2</sup> – StGB 1. – 209. Lieferung (Stand September 2011) (*Bearbeiter* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum StGB Gesetzesstelle Randzahl)

*Jaeger* Ernst/*Henckel* Wolfram (Hrsg), Insolvenzordnung: Großkommentar zur Konkursordnung I §§ 1 - 55, 1. Auflage (2004) (*Jaeger/Henckel*, InsO Gesetzesstelle Randzahl)

*Jaufer* Clemens, Das Unternehmen in der Krise – Verantwortung und Haftung der Gesellschaftsorgane, 3. Auflage (2014) (*Jaufer*, Unternehmen in der Krise<sup>3</sup> Seite)

*Jud* Waldemar/*Schummer* Gerhard, Anteilsrechte von Banken und Anlagenbegrenzung nach § 15 KWG (1992) (*Jud/Schummer*, Anteilsrechte Seite)

*Karollus* Martin/*Huemer* Daniela, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung, 2. Auflage (2006) (*Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose<sup>2</sup> Seite)

*Keßler* Janina, Interne und externe Patronatserklärungen als Instrumente zur Insolvenzvorsorge (2015) (*Keßler*, Interne und externe Patronatserklärungen Seite)

*Kirchhof* Hans-Peter/*Eidenmüller* Horst/*Stürner* Rolf (Hrsg), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung Band I, 3. Auflage (2013) (*Bearbeiter* in *Kirchhof/Eidenmüller/Stürner*, MüKo zur InsO I<sup>3</sup> Band Gesetzesstelle Randzahl)

*Kletečka* Andreas/*Schauer* Martin (Hrsg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (ab 2010) (*Bearbeiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> Gesetzesstelle Randzahl)

*Koch* Jens, Die Patronatserklärung (2005) (*Koch*, Die Patronatserklärung Seite)

*Konecny* Andreas (Hrsg), Insolvenz-Forum 2012: Vorträge anlässlich des 19. Insolvenz-Forums Grundlsee im November 2012 (2013) (*Bearbeiter* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2012 Seite)

*Konecny* Andreas/*Schubert* Günther (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, ab 2010 herausgegeben von Andreas *Konecny* (ab 1997) (*Bearbeiter* in *Konecny/[Schubert]*, Kommentar Insolvenzgesetze Gesetzesstelle Randzahl)

*Koziol* Helmut, Der Garantievertrag (1981) (*Koziol*, Garantievertrag Seite)

*Koziol* Helmut/*Welser* Rudolf (Hrsg), Grundriss des Bürgerlichen Rechts Band I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 15. Auflage (2018) (*Bearbeiter* in *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I<sup>15</sup> Randzahl)

*Koziol* Helmut/*Welser* Rudolf (Hrsg), Grundriss des Bürgerlichen Rechts Band II: Schuldrecht allgemeiner Teil, Schuldrecht besonderer Teil, Erbrecht, 13. Auflage (2007) (*Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II<sup>13</sup> Seite)

*Kübler* Bruno (Hrsg), HRI – Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz: Eigenverwaltung und Insolvenzplan, 2. Auflage (2015) (*Bearbeiter* in *Kübler*, HRI<sup>2</sup> Gesetzesstelle Randzahl)

*Kübler* Bruno/*Prütting* Hanns/*Bork* Reinhard (Hrsg), Kommentar zur Insolvenzordnung 77. Lieferung (Stand August 2018) (*Kübler/Prütting/Bork*, Kommentar zur InsO Gesetzesstelle Randzahl)

*La Corte* Nicola, Die harte Patronatserklärung: Zugleich Plädoyer für eine geänderte Anlassrechtsprechung (2006) (*La Corte*, Harte Patronatserklärung Seite)

*Lindner* Berthold, Patronatserklärungen im österreichischen und deutschen Recht (2005) (*Lindner*, Patronatserklärungen Seite)

*Lutter Marcus/Hommelhoff Peter (Hrsg), GmbH-Gesetz, 19.Auflage (2016) (Bearbeiter in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>19</sup> Gesetzesstelle Randzahl)*

*Mayer Christian, Der vertragliche Nachrang von Forderungen – Über Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Forderungssubordination bei Nachrangdarlehen, Finanzplankredit, Mezzanine-Finance und Rangrücktritt (2007) (Mayer, Nachrang von Forderungen Seite)*

*Mohr Franz (Hrsg), Die Insolvenzordnung: samt Nebengesetzen, verweisenden und erläuternden Anmerkungen und ausführlichen Hinweisen auf die Rechtsprechung, 11. Auflage (2012) (Mohr, Die Insolvenzordnung<sup>11</sup> Gesetzesstelle Randzahl)*

*Rechenberger Walter/Thurner Mario (Hrsg), Insolvenzrecht, 3. Auflage (2018) (Rechenberger/Thurner, Insolvenzrecht<sup>3</sup> Randzahl)*

*Reich-Rohrwig Johannes, Das österreichische GmbH-Recht: in systematischer Darstellung I, 2. Auflage (1997) (Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Seite)*

*Reinicke Dietrich/Tiedtke Klaus, Kreditsicherung: durch Schuldbeitritt, Bürgschaft, Patronatserklärung, Garantie, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Eigentumsvorbehalt, Pool-Vereinbarungen, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, Hypotheken und Grundschuld, 5. Auflage (2006) (Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung<sup>5</sup> Randzahl)*

*Roth Günter/Altmeppen Holger (Hrsg), Gesetz betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 8. Auflage (2015) (Bearbeiter in Roth/Altmeppen GmbHG<sup>8</sup> Gesetzesstelle Randzahl)*

*Rüßmann Martin, Harte Patronatserklärungen und Liquiditätszusagen (2006) (Rüßmann, Harte Patronatserklärungen Seite)*

*Schimansky Herbert/Bunte Hermann-Josef/Lwowski Hans-Jürgen (Hrsg), Bankrechts-Handbuch, 4. Auflage (2011) (Bearbeiter in Schimansky, Bankrechts-Handbuch<sup>4</sup> Gesetzesstelle Randzahl)*

*Schmidt* Karsten (Hrsg), Insolvenzordnung, 18. Auflage (2013) (*Bearbeiter in K. Schmidt, Insolvenzordnung*<sup>18</sup> Gesetzesstelle Randzahl)

*Schmidt* Karsten/*Uhlenbruck* Wilhelm (Hrsg), Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz: Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Bankrecht und Organisation bei Krisenvermeidung, Krisenbewältigung und Abwicklung, 3. Auflage (2003) (*Bearbeiter in K. Schmidt/Uhlenbruck, GmbH in Krise*<sup>3</sup> Randzahl)

*Scholz* Franz (Hrsg), Kommentar zum GmbH-Gesetz Band 3: §§ 53 – 85, 11. Auflage (2015) (*Bearbeiter in Scholz, GmbHG III*<sup>11</sup> Gesetzesstelle Randzahl)

*Schummer* Gerhard, Das Eigenkapitalersatzrecht: notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998) (*Schummer, Eigenkapitalersatzrecht* Seite)

*Schwimmann* Micheal (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar Band 6: §§ 1293 – 1502 ABGB (2006) (*Bearbeiter in Schwimmann, ABGB-Praxiskommentar VI* Gesetzesstelle Randzahl)

*Seiler* Ilke, Die Patronatserklärung im internationalen Wirtschaftsverkehr: aus bankenrechtlicher Sicht, und zwar im Wirtschaftsverkehr mit England, Frankreich und der Schweiz (1981) (*Seiler, Patronatserklärung im internationalen Wirtschaftsverkehr* Seite)

*Teller* Horst/*Steffan* Bernhard (Hrsg), Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH 3. Auflage (2003) (*Teller/Steffan, Rangrücktrittsvereinbarungen*<sup>3</sup> Randzahl)

*Tödter* Christin, Bürgschaft und Patronatserklärung: Ein wirtschaftlicher und juristischer Vergleich (2014) (*Tödter, Bürgschaft und Patronatserklärung* Seite)

## **Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken**

*Altmeppen* Holger, Zum Anspruch einer GmbH auf Auszahlung eines sogenannten Finanzplankredits in der Krise und in der Insolvenz der Gesellschaft, NJW 1999, 2812

*Berger* Christian, Rangrücktrittsvereinbarungen zwischen Zivil- und Insolvenzrecht, ZInsO 2015, 1938

*Berger* Christian, Zahlungsverbote kraft Rangrücktritts, ZIP 2016, 1

*Bitter* Georg, Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181, 428

*Bitter* Georg/*Heim* Sebastian, Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, ZIP 2015, 638

*Bitter* Georg/*Hommerich* Christoph/*Reiß* Nicole, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, ZIP 2012, 1201

*Bitter* Georg/*Rauhut* Tilmann, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1005

*Böcker* Philipp, Patronatserklärung, Gesellschafterdarlehen, Finanzplankredit – Harmonischer Dreiklang oder schiefer Akkord? – Besprechung des BGH-Urteil vom 20.09.2010 – II ZR 296/08, DZWIR 2011, 93

*Bomhard* Roland/*Haase* Martin, Gestaltung von Patronatserklärungen als Sicherungsmittel in Gewerberaummietverträgen, BB 2010, 2651

*Bork* Reinhard, Genussrechte und Zahlungsunfähigkeit, ZIP 2014, 997

*Böttger* Dirk/*Weimann* Stephan, Liquiditätszusagen von Gesellschaftern in der Krise der GmbH, DZWIR 2007, 309

*Bydlinski* Peter, Weitere Gedanken zur Novation, ÖJZ 1983, 484

*Bydlinski* Peter, Novation und Weiterhaftung – Versuch eines Resümees, JBL 1986, 298

*Commandeur Anja/Hübler* Jana, Qualifizierte Rangrücktrittserklärungen mit Nichtgesellschaftern – Insolvenzrechtliche Anforderungen, Rechtsnatur und Rechtsfolgen, NZG 2015, 589

*Cranshaw* Friedrich, Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-HaGesR 11/2010 Anm 3

*Cranshaw* Friedrich, Genussrechte und Genussscheine – Finanzierungsbau-  
steine von Unternehmen und ihr Schicksal in der Unternehmenskrise, ZInsO  
2015, 649

*Cranshaw* Friedrich, Strukturen des qualifizierten Rangrücktritts und Folgen der  
diesem zuwider erfolgten Zahlungen, jurisPR-InsR 8/2015 Anm 1

*Frystatzki* Christian, Ansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter in der  
Überschuldungsbilanz der GmbH, NZI 2013, 161

*Frystatzki* Christian, Insolvenzrechtliche Anforderungen an Rangrücktrittsverein-  
barungen, NZI 2013, 609

*Gaedke* Klaus/*Jaufer* Clemens, Handlungsbedarf bei der Zahlungsunfähig-  
keit/Überschuldung, GBU, 2008/03/07

*Ganter*, Gerhard, Personalsicherheiten als positiver oder negativer Bestandteil  
des Vermögens, WM 2014, 1457

*Geißler* Markus, Das zur Vermeidung der Überschuldung vereinbarte Nachrang-  
darlehen und die Folgen bei dessen rechtsverstößlicher Rückzahlung durch die  
Gesellschaft, DZWIR 2015, 345

*Grögler* Herbert/*Schneider* Petra, Neues vom BGH zum Thema „Rangrücktritts-  
vereinbarungen“: Eine Herausforderung für die Angehörigen der rechts- und  
steuerberatenden Berufe!, ZInsO 2015, 1528

*Haas* Ulrich, Kapitalerhaltung, Insolvenzanfechtung, Schadensersatz und Exis-  
tenzvernichtung – wann wächst zusammen, was zusammengehört?,  
ZIP 2006, 1373

*Habersack Mathias*, Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten, ZGR 2000, 384

*Heeg Volker*, Die Kündigung von Patronatserklärungen in der Krise der Gesellschaft, BB 2011, 1160

*Hölzle Gerrit/Klopp Annika*, Insolvenzvermeidende Patronatserklärungen, KTS 2016, 335

*IDW*, Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen, IDW S11, 56. Ergänzungslieferung (2016)

*Jelinek Wolfgang*, Insolvenzrechtsreform 2010, wbl 2010, 380

*Kahlert Günter*, Steuerbilanzielle Behandlung des Rangrücktritts nach dem Konzept des IX. Senats des BGH, DStR 2015, 734

*Kahlert Günter/Gehrke Hans Dieter*, Der Rangrücktritt nach MoMiG im GmbH-Recht: Insolvenz- und steuerrechtliche Aspekte, DStR 2010, 227

*Kaiser Thomas*, Ist eine kündbare Patronatserklärung geeignet, die Überschuldung gem § 19 InsO zu beseitigen?, ZIP 2011, 2136

*Knobbe-Keuk Brigitte*, Stille Beteiligung und Verbindlichkeiten mit Rangrücktrittsvereinbarungen im Überschuldungsstatus und in der Handelsbilanz des Geschäftsinhabers, ZIP 1983, 127

*Krüger Stefan/Pape Maximilian*, Patronatserklärungen und Beseitigung von Zahlungsunfähigkeit, NZI 2011, 617

*Lange Andreas*, Formulierung von Patronatserklärungen sollte auch „Selbstverständlichkeiten“ erfasse, BB 2010, 2720

*Leithaus Rolf/Schäfer Thiemo*, Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung anno 2010 – Unter welchen Voraussetzungen lässt sich eine Rangrücktrittsvereinbarung aufheben?, NZI 2010, 844

*Lüke Wolfgang/Scherz Alexander*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19.05.2011, IX ZR 9/10 – Zur Beseitigung der Zahlungsfähigkeit durch eine Patronatserklärung, KTS 2011, 514

*Maier-Reimer Georg/Etzbach Peter*, Die Patronatserklärung, NJW 2011, 1110

*Meyer-Löwy Bernd/Schmidt Jens/Shubina Ksenia*, Der erforderliche Umfang der Gesellschafterfinanzierung zwecks Abwendung einer Insolvenz, ZIP 2014, 2478

*Mock Sebastian*, Anmerkung, JZ 2015, 525

*Müller Christoph*, Die außerordentliche Kündigung von internen Patronatserklärungen, ÖBA 2017, 541

*Nassal Wendt*, Zur Kündbarkeit einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-BGHZivilR 24/2010 Anm 3

*Nassal Wendt*, Rechtsfolgen einer qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarung, jurisPR-BGHZivilR 9/2015 Anm 3

*Pateter Klaus/Pirker Elisabeth*, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 217

*Priester Hans-Joachim*, Gläubigerrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, DB 1977, 2428

*Reischauer Rudolf*, Gedanken zur Novation, JBL 1982, 393

*Ringstmeier Andreas*, Patronatserklärungen als Mittel zur Suspendierung der Insolvenzantragspflicht – Zugleich Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.09.2010 – II ZR 196/08 – („Star21“), in FS Wellensiek (2011) 133

*Rosenberg Oliver von/Kruse Tilmann*, Patronatserklärungen in der M&A-Praxis und in der Unternehmenskrise, BB 2003, 641

*Schäfer Thiemo*, Voraussetzungen, Rechtsfolgen und Rechtsnatur qualifizierter Rangrücktrittsvereinbarungen, NZI 2015, 320

*Schmidt* Karsten, Die isolierte Verlustdeckungszusage unter verbundenen Unternehmen als Insolvenzvermeidungsinstrument – Eine Studie über Voraussetzungen und Inhalt der Zusage sowie über die Rechtsfolgen ihres Fehlschlags, in FS Werner (1984) 777

*Schmidt* Karsten, Finanzplanfinanzierung, Rangrücktritt und Eigenkapitalersatz, ZIP 1999, 1241

*Schmidt* Karsten, Rangrücktritt insolvenzrechtlich / Rangrücktritt steuerrechtlich – Aktueller Hinweis auf eine „Bringschuld“ von Gesetzgebung und Rechtsprechung, DB 2015, 600

*Schmidt* Karsten, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts, ZIP 2015, 901

*Schulze-Osterloh* Joachim, Rangrücktritt in der Handelsbilanz zwischen BGH und BFH, BB 2017, 427

*Simsa* Miriam/*Wielinger* Georg, Der Rangrücktritt – Novation oder bloße Schuldänderung?, ZIK 2017, 171

*Sprung* Rainer/*Schumacher* Hubertus, Die Zahlungsunfähigkeit als Konkursöffnungsgrund (§68 KO), JBL 1978/122

*Tetzlaff* Christian, Patronatserklärungen – ein unkalkulierbares Haftungsrisiko für den Patron, ZInsO 2008, 337

*Tetzlaff* Christian, Kündigung einer Patronatserklärung („Star 21“), jurisPR-InsR 24/2010 Anm 1

*Tetzlaff* Christian, Kurzfristig kündbare Patronatserklärungen – ein untaugliches Sanierungsinstrument, DZWIR 2011, 181

*Thunshirn* Roman, Rangrücktrittsvereinbarungen im Steuerrecht, SWK 1997, 501

*Westpfahl* Lars/*Kresser* Matthias, Rangrücktrittsvereinbarungen in der Beratungspraxis – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 05.03.2015 – IX ZR 133/14, DB 2016, 33

*Wittig* Arne, Rangrücktritt – Antworten und offene Fragen nach dem Urteil des BGH vom 8.1.2001, NZI 2001, 169

*Wollmert* Peter, Rangrücktritts- und Patronatsvereinbarung im Lichte der Jahresabschlussprüfung, in FS für Wellensiek (2011) 171

*Ziemons* Hildegard, Patronatserklärungen im Gesellschaftsrecht – Risiken und Nebenwirkungen, GWR 2009, 411

## **Gesetzesmaterialien und Stellungnahmen**

Regierungsvorlage zum Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003, GIRÄG 2003, 124 BlgNr XXII. GP

*Kammer der Wirtschaftstreuhänder*, Stellungnahme zur Behandlung von Patronatserklärungen im Zusammenhang mit der unternehmensrechtlichen Rechnungslegung – KFS/RL 24 (2008 idF 2015): [https://www.ksw.or.at/PortalData/1/Resources/fachgutachten/RL24\\_KFS\\_26112015\\_RF1.pdf](https://www.ksw.or.at/PortalData/1/Resources/fachgutachten/RL24_KFS_26112015_RF1.pdf) (Stand 14.04.2019)

## **Pressemitteilungen**

KSV 1870, All-time low bei Unternehmensinsolvenzen [https://www.ksv.at/sites/default/files/assets/documents/171231\\_ksv1870\\_insolvenzstatistik-unternehmen\\_2017.pdf](https://www.ksv.at/sites/default/files/assets/documents/171231_ksv1870_insolvenzstatistik-unternehmen_2017.pdf) (Stand 29.10.2018)

KSV 1870, Unternehmenspleiten 2018: Entwicklung deutlich abgeflacht <https://www.ksv.at/media/940/download> (Stand 24.02.2019)

KSV 1870, Privatkonkurs: das Jahr der Superlative [https://www.ksv.at/Insolvenzstatistik\\_Private\\_2018\\_final.pdf](https://www.ksv.at/Insolvenzstatistik_Private_2018_final.pdf) (Stand 24.02.2019)

## VERZEICHNIS DER ZITIERTEN RECHTSPRECHUNG

---

Die Entscheidungen sind nach den Gerichten/Behörden innerhalb jeder Gruppe nach Datum gereiht. Geschäftszahl, Datum und Veröffentlichungsstellen sind angegeben.

### Rechtsprechung Österreich

#### Rechtsprechung des OGH

|                       |            |                                                |
|-----------------------|------------|------------------------------------------------|
| 5 Ob 269, 274, 275/68 | 09.10.1968 | RIS-Justiz RS0065080                           |
| 4 Ob 559/83           | 08.05.1984 | JBL 1985/494                                   |
| 8 Ob 624/88           | 28.06.1990 | SZ 63/124 = ecolex 1990, 675<br>= wbl 1990/348 |
| 8 Ob 87/02f           | 07.11.2002 | ZIK 2003, 64                                   |
| 14 OS 160/03          | 27.01.2004 | RIS-Justiz RS0118268                           |
| 6 Ob 282/03v          | 19.02.2004 | ZIK 2004, 171 = wbl 2004, 590                  |
| 8 Ob 133/08d          | 16.12.2008 | RIS-Justiz RS0124451                           |
| 3 Ob 99/10w           | 19.01.2011 | ÖBA 2011/1747                                  |
| 8 Ob 85/10y           | 29.06.2011 | ZIK 2012, 86                                   |
| 8 Ob 85/11m           | 30.04.2012 | ZIK 2012, 147                                  |
| 2 Ob 210/13s          | 02.10.2014 | immolex-LS 2014, 340                           |
| 6 Ob 204/16t          | 26.09.2017 | wbl 2018, 49                                   |

#### Rechtsprechung des OLG Wien

|            |            |                  |
|------------|------------|------------------|
| 6 R 103/93 | 15.04.1993 | unveröffentlicht |
| 6 R 57/94  | 01.06.1994 | unveröffentlicht |

#### Rechtsprechung des LG Eisenstadt

|              |            |                   |
|--------------|------------|-------------------|
| 13 R 155/04y | 22.06.2004 | ZIK 2005/152, 140 |
|--------------|------------|-------------------|

## **Rechtsprechung Deutschland**

### **Rechtsprechung des BGH**

|              |            |                |
|--------------|------------|----------------|
| III ZR 63/84 | 10.06.1985 | NJW 1986, 252  |
| IX ZR 112/91 | 30.01.1992 | BGHZ 117, 127  |
| II ZR 88/99  | 08.01.2001 | BGHZ 146, 264  |
| IX ZR 123/04 | 24.05.2005 | ZIP 2005, 1426 |
| IX ZB 36/07  | 19.07.2007 | BGHZ 173, 286  |
| II ZR 296/08 | 20.09.2010 | BGHZ 187, 69   |
| IX ZB 282/09 | 23.09.2010 | ZIP 2010, 2055 |
| IX ZR 9/10   | 19.05.2011 | ZIP 2011, 1111 |
| IX ZR 133/14 | 05.03.2015 | BGHZ 204, 231  |
| IX ZR 95/14  | 12.01.2017 | ZIP 2017, 337  |

### **Rechtsprechung des OLG Frankfurt**

|           |            |              |
|-----------|------------|--------------|
| 4 U 22/07 | 19.09.2007 | BB 2008, 243 |
|-----------|------------|--------------|