

Lucas Lengersdorf

Der Nachrang von Gesellschafterdarlehen in
der Insolvenz bei der Konsortialfinanzierung
und der Mehrheit von Gläubigern



Nomos

Schriften zum Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln und
Prof. Dr. Christoph Paulus, Humboldt-Universität zu Berlin

Band 73

Lucas Lengersdorf

Der Nachrang von Gesellschafterdarlehen in
der Insolvenz bei der Konsortialfinanzierung
und der Mehrheit von Gläubigern



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-5842-5 (Print)

ISBN 978-3-8452-9976-1 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Relevante Rechtsprechung konnte bis einschließlich Juli 2018 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater Prof. Dr. Sebastian Mock für die hervorragende Betreuung. Während dieser hatte er jederzeit ein offenes Ohr für Rückfragen und begleitete das Projekt stets mit Begeisterung. Hervorzuheben ist dabei insbesondere seine bedingungslose Hingabe und Schnelligkeit, mit der er sich meinen Anliegen widmete. Ebenso gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Reinhard Bork für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Ferner möchte ich Herrn Prof. Dr. Ulrich Ehrlicke und Herrn Prof. Dr. Christoph Paulus für die Aufnahme in die Schriftenreihe meinen Dank aussprechen.

Schließlich bin ich auch meinen Eltern zum Dank verpflichtet. Sie haben mich seit jeher vorbehaltlos bei allen meinen Vorhaben unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Frankfurt am Main, den 22. Februar 2019

Lucas Nicolaus Lengersdorf

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	19
EINLEITUNG	21
A. Vorbemerkungen, Ziel der Arbeit	21
B. Aktueller Forschungsstand	22
C. Gang der Darstellung	23
ERSTER TEIL – § 39 ABS. 1 NR. 5 INSO UND DIE FINANZIERUNG DURCH MEHRERE	24
A. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO im Finanzierungszusammenhang	24
I. Fremd- und Eigenfinanzierung	24
1. Fremdfinanzierung und Fremdkapital	24
2. Eigenfinanzierung und Eigenkapital	25
a) Dauerhaftigkeit und Bindung	25
b) Erfolgsabhängigkeit der Vergütung	26
c) Systematischer Nachrang in der Insolvenz	26
II. Eigenkapitalähnliche Fremdfinanzierung	27
1. Novellen- und Rechtsprechungsregelungen des Eigenkapitalersatzrechts	27
2. Neuregelungen im MoMiG	28
B. Die Finanzierung durch Mehrere	29
I. Einleitung	29
1. Parteiinteressen hinter der Finanzierung durch Mehrere	29
2. Verbleibende Risiken	31
3. Begriffliche Unterscheidung	32
II. Das Kreditkonsortium	32
1. Begriffsbestimmung	32
2. Verschiedene Erscheinungsformen und rechtliche Bewertung	33
a) Risikoanfälligkeit von Konsortien	33
b) Grundsätzliche Gemeinsamkeiten	33
aa) Rechtsform	33
(1) Gemeinsamer Zweck	34

(2) Beitrags- und Zweckförderungspflicht	34
(3) Andere Rechtsformen	35
bb) Zeit- und Zweckbegrenzung	35
c) Arten der Konsortialfinanzierung	36
aa) Der echte Konsortialkredit – in Form der Außengesellschaft	36
(1) Inhaltliche Ausgestaltung	36
(2) Forderungsinhaberschaft	37
bb) Der echte Konsortialkredit – in Form der Innengesellschaft	38
(1) Inhaltliche Ausgestaltung	38
(2) Forderungsinhaberschaft	38
cc) Der unechte Konsortialkredit	39
(1) Inhaltliche Ausgestaltung	39
(2) Forderungsinhaberschaft	39
dd) Sonderfall – Sanierungskonsortium	40
d) Gründung	40
aa) Gesellschaftsvertrag	40
bb) Gesellschaftsvermögen	41
e) Handeln nach Außen – der Agent	41
aa) Aufgabenbereiche	42
bb) Rechtliche Einordnung des Agentenhandelns	42
f) Forderungsverdoppelung – das Parallel-Debt Modell	43
aa) Parteiinteresse	43
bb) Rechtliche Ausgestaltung und Forderungsinhaberschaft	43
cc) Stellungnahme	44
3. Zwischenergebnis	44
III. Gläubigermehrheiten	45
1. Begriffsbestimmung – Rechtsinhaberschaft Mehrerer	45
2. Die Teilbarkeit der Leistung als Ausgangspunkt	46
a) Teilbarkeit im natürlichen Sinne	47
b) Teilbarkeit im rechtlichen Sinne	47
c) Teilbarkeit durch Parteivereinbarung, Disposition	48
d) Stellungnahme	48
3. Abgrenzung zum unechten Konsortialkredit	49
4. Gläubigermehrheiten und rechtliche Ausgestaltung	49
a) Die Teilgläubigerschaft, § 420 BGB	49
aa) Inhalt	49

bb) Rechtliche Ausgestaltung und Forderungsinhaberschaft	50
(1) Grundsatz	50
(2) Ausnahmen	50
(3) Sonderfall – Konsortium?	51
(a) Der Nachteil gesamthänderischer Bindung	51
(b) Lösungsmodell bei der Konsortialfinanzierung	52
cc) Stellungnahme	53
b) Die Gesamtgläubigerschaft, § 428 BGB	54
aa) Inhalt und Begründung	54
bb) Rechtliche Ausgestaltung	54
(1) Allgemeines	54
(2) Forderungsinhaberschaft	55
(a) Eine Forderung für mehrere Gläubiger	55
(b) Mehrere Forderungen für mehrere Gläubiger	56
(c) Stellungnahme	57
(3) Atypische Gesamtgläubigerschaft (Joint-Creditor-Modell)	58
(a) Begriffsbestimmung	58
(b) Hintergrund und Parteiinteressen	58
(c) Rechtliche Ausgestaltung und Unterschiede zur typischen Gesamtgläubigerschaft	59
(d) Auswirkungen auf die Forderungsinhaberschaft	61
(i) Gesamtgläubigerschaft beim unechten Konsortialkredit	62
(ii) Gesamtgläubigerschaft beim echten Konsortialkredit	62
cc) Stellungnahme	62
c) Die Bruchteilsgläubigerschaft	63
aa) Inhalt und Abgrenzung	63
(1) Abgrenzung zur Gesamthandsgemeinschaft/GbR	63
(2) Abgrenzung zur Teilgläubigerschaft	64
(3) Abgrenzung zur Gesamtgläubigerschaft	64

bb) Rechtliche Ausgestaltung und Forderungsinhaberschaft	65
cc) Stellungnahme	65
d) Die Mitgläubigerschaft, § 432 BGB	66
aa) Inhalt und Begründung	66
bb) Rechtliche Ausgestaltung	66
(1) Allgemeines	66
(2) Forderungsinhaberschaft	67
(a) Wortlaut	67
(b) Eine Forderung für mehrere Gläubiger	68
(c) Mehrere Forderungen für mehrere Gläubiger	68
(d) Stellungnahme	69
(i) Die Natur der Bruchteilsgläubigerschaft	69
(ii) Die Systematik der Mitgläubigerschaft	70
5. Zwischenergebnis und Zusammenfassung	72
C. Der Schutzzweck von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	74
I. Relevanz für Mehrheiten von Gläubigern und Kreditkonsortien	74
II. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO als Ausgangspunkt der Überlegungen	74
1. Der Zusammenhang mit § 135 Abs. 1 InsO	74
2. Der Zusammenhang mit § 39 Abs. 5 InsO	75
III. Ansätze vor dem MoMiG	76
1. Finanzierungsfolgenverantwortung	76
2. Gläubigergefährdung	77
IV. Ansätze nach dem MoMiG	77
1. Festhalten am Merkmal der Krisenfinanzierung und der Finanzierungsfolgenverantwortung	78
a) Die Ansicht von Bork	78
b) Stellungnahme	78
2. Die Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters	80
a) Die Ansicht von K. Schmidt	80
b) Stellungnahme	81
3. Begründung mit der Haftungsbeschränkung bei Kapitalgesellschaften	82
a) Die Ansichten von Habersack und Huber	82
b) Stellungnahme	83

4. Informationsvorsprung des Gesellschafters – Insiderthese	84
a) Die Ansichten von Eidenmüller, Thole und Noack	84
b) Stellungnahme	85
5. Ansichten in der Rechtsprechung	86
a) Ansichten des BGH	86
b) Ansicht des BAG	88
c) Stellungnahme	89
V. Ergebnis zum Normzweck des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	90
1. Ablehnung der Finanzierungsfolgenverantwortung und der Informationsthese	91
2. Eigene Ansicht	92
D. Tatbestand und tatbestandliche Probleme des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO im Zusammenhang mit der Finanzierung durch Mehrere	95
I. Tatbestandliche Weite als Finanzierungsrisiko	95
II. Sachlicher Anwendungsbereich	96
1. Darlehen	96
2. Einem Darlehen wirtschaftlich entsprechende Forderungen	97
a) Grundsätze	97
b) Beispielfälle und Sonderkonstellationen	98
aa) Grenzfälle zum persönlichen Anwendungsbereich	98
bb) Mezzanine Finanzierungsformen	98
cc) Das sog. Stehenlassen von Forderungen	100
dd) Die Inhaberschuldverschreibung	100
ee) Die stille Beteiligung	101
(1) Die typische stille Gesellschaft	102
(2) Die atypische stille Gesellschaft	102
(3) Mehrheit stiller Gesellschafter	103
(4) Darlehensgewährung oder wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung	104
ff) Eigenkapitalausschüttungen	104
c) Zinsforderungen	105
3. Ausnahmen	106
a) Das Sanierungsprivileg	106
b) Kleinbeteiligtenprivileg	107
aa) Grundsatz	107
bb) Ausnahme zur Missbrauchsvermeidung?	108
4. Zwischenergebnis zum sachlichen Anwendungsbereich	108

III. Persönlicher Anwendungsbereich	109
1. Darlehensnehmer	109
2. Darlehensgeber	110
a) Gesellschafter	110
aa) Grundsätze	110
bb) Sonderfälle	111
(1) Abtretungskonstellationen	111
(2) Verpfändung	112
(3) Geplanter, aber nie vollzogener Anteilswerb / Wandelgenussrechte	113
b) Dritte	113
aa) Verwendung von Covenants	114
(1) Verschiedene Ausgestaltungen von Covenants	115
(2) Relevanz i.R.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	116
bb) Pfandnehmer – Verpfändung von Gesellschaftsanteilen	118
(1) Pfandrechtliche Befugnisse	119
(2) Verpfändung von Gesellschaftsanteilen als Nachrangrisiko	119
c) Sonderfall – Beteiligungen bei Kreditkonsortium und Gläubigermehrheiten	120
aa) Mehrheit nicht-relevanter Beteiligungen	121
(1) Addition der Beteiligungen	121
(2) Isolierte Betrachtung der Beteiligungen	122
(3) Stellungnahme	123
(4) Merkmale eines Umgehungsgeschäfts	124
(a) Das allgemeine Umgehungsgeschäft	124
(b) Insolvenzrechtliche Besonderheiten des Umgehungsgeschäfts	125
(c) Die Zwischenschaltung Unbeteiligter – das Strohmannesgeschäft	127
(d) Mehrheit nicht relevant beteiligter Kreditgeber	128
(i) Persönlicher Anwendungsbereich beim Konsortialkredit	128
a. Konsortialkredit	128
b. Der Agent als Dritter	137
(ii) Persönlicher Anwendungsbereich bei Gläubigermehrheiten	138
a. Gläubigerkumulation	139

b. Teilgläubigerschaft	139
c. Mitgläubigerschaft	140
d. Gesamtgläubigerschaft	141
(5) Addition von Beteiligung und sonstigen Sicherheiten	143
bb) Mittelbare Gesellschafterstellung und verbundene Unternehmen	144
(1) Horizontale Verbundenheit	145
(2) Vertikale Verbundenheit	146
3. Zwischenergebnis zum persönlichen Anwendungsbereich	147
IV. Zusammenfassung zum Tatbestand von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	148
ZWEITER TEIL – FOLGEN DES NACHRANGS FÜR KREDITKONSORTIEN UND GLÄUBIGERMEHRHEITEN AUF SCHULDRECHTLICHER EBENE	150
A. Gesellschafterdarlehen im System des insolvenzrechtlichen Nachrangs	150
I. Nachrang als Forderungsrisiko	150
II. Sinn und Zweck des insolvenzrechtlichen Nachrangs	151
1. Ursprünge des insolvenzrechtlichen Nachrangs	151
2. Funktion des insolvenzrechtlichen Nachrangs	152
3. Angeordneter Nachrang von Gesellschafterleistungen	153
III. Wirkung auf schuldrechtlicher Ebene	153
1. Nachrangwirkung beim Kreditkonsortium	153
a) Der unechte Konsortialkredit	154
aa) Gesamtwirkung des Nachrangs	154
bb) Einzelwirkung des Nachrangs	155
cc) Stellungnahme	155
b) Der echte Konsortialkredit – Innengesellschaft	157
aa) Relevante Beteiligung eines sonst. Konsortialmitglieds	157
(1) Anteilige Nachrangigkeit	157
(a) Literatur	158
(i) Anteilige Nachrangigkeit nach altem Recht	158
(ii) Anteilige Nachrangigkeit nach neuem Recht	159

(b)	Rechtsprechung	160
(c)	Exkurs: Urteil des LG Waldshut-Tiengen	160
(i)	Kernaussagen	161
(ii)	Stellungnahme / Übertragbarkeit auf das gemischte Innenkonsortium	161
(2)	Gesamtwirkung des Nachrangs	163
(3)	Abschließende Stellungnahme / Eigener Ansatz	164
(a)	Stellungnahme	164
(b)	Eigener Begründungsansatz	166
(i)	Allgemeine Teilbarkeit von Forderungen	167
(ii)	Teilbarkeit und Teilwirkung im insolvenzrechtlichen Sinn	167
a.	Insolvenzrechtliche Teilbarkeit	167
b.	Bestimmtheit des Forderungsteils	168
c.	Teilnachrang	169
(iii)	Vergleichbarkeit mit verbundenen Unternehmen	171
(iv)	Zusammenfassung	171
bb)	Relevante Beteiligung des Konsortialführers	172
(1)	Anteilige Nachrangigkeit	172
(2)	Gesamtwirkung des Nachrangs	172
(3)	Stellungnahme	173
(a)	Erwägungen anhand des Normzwecks	173
(b)	Vergleichbarkeit mit Treuhandkonstellationen	175
c)	Der echte Konsortialkredit – Außengesellschaft	176
aa)	Ansichten in der Literatur	176
(1)	Ansichten nach der individualistischen Theorie	177
(2)	Ansichten zur teilrechtsfähigen Außen-GbR	177
bb)	Rechtsprechung	178
(1)	Einschlägige BGH-Rechtsprechung?	178
(2)	Entscheidung des LG Waldshut-Tiengen	179
(a)	Übertragbarkeit der Kernaussagen auf Außen-GbR	179
(b)	Subsumtion	180
cc)	Stellungnahme / Eigener Ansatz	180
(1)	Stellungnahme	180

(2) Eigener Ansatz	182
2. Auswirkungen auf das Agenten-Handeln	183
a) Befugnisse des Agenten in der Insolvenz	184
aa) Anmeldung von Konsortialforderungen im Insolvenzverfahren	184
(1) Grundsätze	184
(2) Besonderheiten bei Konsortialforderungen	184
bb) Folgerung für die Tätigkeit des Konsortialführers	185
(1) Anmeldung bei dezentralisiertem Konsortium	185
(2) Anmeldung bei zentralisiertem Konsortium	186
(3) Stellungnahme	186
b) Bedeutung für die Nachrangwirkung	187
3. Nachrangwirkung bei Gläubigermehrheiten	188
a) Gläubigerkumulation	188
b) Teilgläubigerschaft	189
aa) Forderungsspezifische Erwägungen	189
bb) Insolvenzspezifische Erwägungen	189
cc) Zusammenfassung	190
c) Gesamtgläubigerschaft	190
aa) Forderungsspezifische Erwägungen	190
bb) Insolvenzspezifische Erwägungen	190
(1) Norm- und Schutzzweckerwägungen	190
(2) Die Gesamtgläubiger in der Insolvenz	191
cc) Eigenes Lösungsmodell	192
dd) Auswirkungen auf das Agentenhandeln – Anmeldung von Doppelforderungen zur Tabelle?	193
ee) Zusammenfassung	194
d) Mitgläubigerschaft	194
aa) Forderungsspezifische Erwägungen	194
(1) Gesetzliche Einzelwirkung	194
(2) Rechtsprechung	195
(3) Stellungnahme	196
bb) Insolvenzspezifische Erwägungen	196
cc) Zusammenfassung	196
IV. Die Anfechtbarkeit von Darlehensrückzahlungen	197
1. Sinn und Zweck der schuldrechtlichen Anfechtungsregelung	197

2. Anfechtungsrechtliche Besonderheiten für Kreditkonsortien und Gläubigermehrheiten	198
a) Möglichkeit der Teilanfechtung	198
aa) Teilbarkeit der Befriedigungshandlung	198
bb) Teilanfechtung	199
b) Anfechtungsgegner bei Kreditkonsortien	199
c) Anfechtungsgegner bei Gläubigermehrheiten	199
aa) Teilgläubigerschaft	199
bb) Gesamtgläubigerschaft	200
cc) Mitgläubigerschaft	200
3. Zeitliche Grenzen des Anfechtungsrechts	201
4. Stellungnahme	201
B. Zusammenfassung schuldrechtliche Rechtsfolgen	201
DRITTER TEIL – FOLGEN DES NACHRANGS FÜR KREDITKONSORTIEN UND GLÄUBIGERMEHRHEITEN AUF SICHERHEITEN-EBENE	
	203
A. Sicherheiten und Verwertungsrisiken im Rahmen der Finanzierung durch Mehrere	203
I. Bestehende Sicherungsmöglichkeiten	203
1. Akzessorische Sicherheiten	203
a) Klassische Sicherheiten	204
b) Besonderheiten im Transaktionskontext	205
2. Nicht-akzessorische Sicherheiten	205
a) Klassische Sicherheiten	206
b) Besonderheiten im Transaktionskontext	206
3. Atypische Sicherheiten, Sicherungsregelungen	206
II. Besonderheiten beim Konsortialkredit	207
1. Interessenlage	207
2. Zentralisierung von Sicherheiten	208
a) Probleme bei Sicherheiten zugunsten Mehrerer	208
b) Lösungsmöglichkeiten bei akzessorischen Sicherheiten	209
aa) Sicherheitenbestellung beim echten Konsortialkredit	209
bb) Sicherheitenbestellung beim unechten Konsortialkredit	210

c) Lösungsmöglichkeiten bei nicht-akzessorischen Sicherheiten	211
aa) Sicherheitenbestellung beim echten Konsortialkredit	211
bb) Sicherheitenbestellung beim unechten Konsortialkredit	211
3. Zwischenergebnis	212
III. Besonderheiten bei Gläubigermehrheiten	212
1. Akzessorische Sicherheiten	212
a) Teilgläubigerschaft	212
b) Mitgläubigerschaft	213
c) Gesamtgläubigerschaft	213
2. Nicht-akzessorische Sicherheiten	213
a) Teilgläubigerschaft	213
b) Mitgläubigerschaft	214
c) Gesamtgläubigerschaft	214
3. Zwischenergebnis	214
IV. Besicherungsfähigkeit von Gesellschafterdarlehen	214
1. Problemstellung	214
2. Auffassungen vor dem MoMiG	215
3. Nachrang und Absonderungsrecht	215
a) Ansichten in der Literatur	216
aa) Keine Besicherung von Gesellschafterdarlehensforderungen möglich	216
bb) Grundsätzlich wirksame Besicherung von Gesellschafterdarlehensforderungen möglich	217
b) Ansichten in der Rechtsprechung	218
c) Stellungnahme	219
V. Rechtsfolgen bei akzessorischen Sicherheiten zugunsten Mehrerer	220
1. Akzessorietät als Ausgangspunkt der Beurteilung?	220
a) Der Nachrang als Einrede	221
b) Stellungnahme	221
2. Auswirkungen auf die Durchsetzbarkeit der Sicherheit	223
a) Einrede der Anfechtbarkeit aus § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO	223
b) Einrede aus Sicherungsabrede bzw. Sicherungsvertrag	223
c) Einwand aus rechtsökonomischen Gesichtspunkten	223
d) Stellungnahme / eigene Ansicht	224

3. Akzessorische Sicherheiten bei Kreditkonsortien	224
a) Anfechtbarkeit beim unechten Konsortialkredit	225
b) Anfechtbarkeit beim echten Konsortialkredit	226
aa) Gesamtwirkung der Anfechtbarkeit	226
bb) Einzelwirkung der Anfechtbarkeit	226
cc) Stellungnahme / eigener Ansatz – Probleme der Teilanfechtbarkeit	227
(1) Stellungnahme	227
(2) Eigene Ansicht – Probleme der Teilanfechtbarkeit	228
c) Anfechtbarkeit bei Forderungsverdoppelung	229
4. Akzessorische Sicherheiten bei Gläubigermehrheiten	230
a) Gesetzliche Grundlagen der Wirkung von Tatsachen	230
aa) Anfechtbarkeit bei Gläubigerkumulation	231
bb) Anfechtbarkeit bei Teilgläubigerschaft	232
cc) Anfechtbarkeit bei Mitgläubigerschaft	232
dd) Anfechtbarkeit bei Gesamtgläubigerschaft / Joint- Creditorship	233
b) Stellungnahme / eigener Ansatz	233
5. Zwischenergebnis	235
VI. Rechtsfolgen bei nicht-akzessorische Sicherheiten zugunsten Mehrerer	235
1. Auswirkungen auf nicht-akzessorische Sicherheiten	236
a) Anwendbarkeit der Grundsätze zu akzessorischen Sicherheiten	236
b) Stellungnahme	236
2. Nicht-akzessorische Sicherheiten bei Kreditkonsortien	237
3. Nicht-akzessorische Sicherheiten bei Gläubigermehrheiten	238
4. Eigenes Lösungsmodell	238
B. Auswirkungen auf das Handeln des Sicherheiten-Agenten	239
C. Abschließende Stellungnahme Sicherheitenebene	241
ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK	243
A. Risikoanfälligkeit der Finanzierung durch Mehrere	243
Praktische Gesichtspunkte	245
LITERATURVERZEICHNIS	247

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Alle in dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen sind entsprechend in *Duden, Konrad*, Die Deutsche Rechtschreibung, 27. Auflage, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2017 und *Kirchner, Hildebert*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Auflage, Berlin/New York 2015 aufgeführt.

EINLEITUNG

A. Vorbemerkungen, Ziel der Arbeit

Das Recht der Gesellschafterdarlehen ist seit jeher Sinnbild für einen der meist diskutierten Bereiche zwischen Kapitalgesellschafts- und Insolvenzrecht. Der wissenschaftliche Diskurs hierzu und die Menge an Beiträgen verdient inzwischen das Prädikat „uferlos“. Dabei blieben viele essentielle Scheidewege oftmals unbegangen und bedeutsame Fragen höchst umstritten, aber unbeantwortet. Insbesondere nach der Neuregelung des Kapitalsatzrechts durch das MoMiG begaben sich Zahlreiche auf die Suche nach Lösungen, wenngleich oftmals mehr Fragen als Antworten das Resultat dieser Vorhaben waren.¹ In der Folge wurde das Recht der Gesellschafterdarlehen zum Zankapfel² der Gesellschafts- und Insolvenzrechtler, ohne dass konkrete Lösungsansätze für die teils erheblich praxisrelevanten Komplexe erarbeitet wurden.

In Zeiten immer komplexer werdender und großvolumiger Fremdfinanzierungen steht an zentraler Stelle der Risikobewertung der Kapitalgeber stets die Gefahr des Forderungsausfalls. Da Fremdkapitalgeber zumindest aus insolvenzrechtlicher Sicht in einer komfortableren Situation sind als Eigenkapitalgeber, gewinnen auf Ebene der Gesellschafterdarlehen im Anwendungsbereich der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5; 135 Abs. 1 InsO viele ungeklärte Fragen neue Bedeutung. Der in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gesetzlich angeordnete Nachrang in der Insolvenz spielt bei der Risikobewertung durch Kapitalgeber eine zunehmend wichtige Rollen. Dies ergibt sich vor dem Hintergrund, dass sich in aktueller Zeit auch groß angelegte Restrukturierungen, Sanierungsfinanzierungen und eigenkapitalähnliche Mittelbereitstellungen immer größerer Beliebtheit erfreuen. Aus diesem Grund stellen sich viele bisher ungelöste Probleme im Zusammenhang mit §§ 39 Abs. 1 Nr. 5; 135 Abs. 1 InsO und der Finanzierung durch Mehrere dar. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es um Finanzierungsszenarien geht, an denen Gesellschafter sowie Unbeteiligte gleichermaßen teilhaben. Konsor-

1 „Der Strom in der Literatur sprengt Buchregale und Zeitschriftenspalten und will nicht enden. (...) Der Informationsstand ist hoch. Aber haben wir das neue Recht schon verstanden?“, *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009.

2 So auch: *Bitter*, ZIP 2013, 1998.

tialkredite und Kredite von sonstigen Gläubigermehrheiten bewegen sich in solchen Fällen stets auf einem schmalen Grat zwischen risikoärmerer Drittforderung und ausfallgefährdetem Gesellschafterdarlehen. Da weder das Schrifttum noch die Rechtsprechung wirklich überzeugende oder einheitliche Konzepte zur Behandlung dieser Themen vorgelegt hat, unternimmt diese Arbeit einen Versuch dies zu tun.

Ziel ist es dabei, die teils verfahrenen Positionen in Schrifttum und Rechtsprechung auf ihren Wesensgehalt zu reduzieren und dadurch die essentiellen Punkte herauszustellen, auf deren Basis konkrete Lösungen für die oben erwähnten Probleme erarbeitet werden können. Anschließend soll ein einheitliches und rechtssichereres Lösungsmodell entworfen werden, kraft dessen eine Risikobewertung durch Kreditkonsortien und Gläubigermehrheiten auf Ebene des Tatbestands, der schuldrechtlichen und Sicherheiten-rechtlichen Rechtsfolgen der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5; 135 Abs. 1 InsO möglich ist.

B. Aktueller Forschungsstand

Die Masse an Literatur rund um § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist wie erwähnt umfassend, wenn auch nur auf den ersten Blick. Zwar existieren zahlreiche Arbeiten zu den Grundsatzfragen³ des Rechts der Gesellschafterdarlehen vor und nach dem MoMiG. Allerdings sind vor dieser Aussage gleich zwei Feststellungen zu treffen: zum einen existiert wenig aktuelle⁴ Literatur zu den genannten Bereichen; es erweckt fast den Anschein, als hätte sich das Schrifttum an einem gewissen *status-quo* festgefahren, zu dem es nun keine aktuelleren Ansätze mehr zu geben scheint. Zum anderen existiert zu den essentiellen Problemen wenig aktuelle und insbesondere aufschlussreiche Rechtsprechung.

Speziell zum Themenkomplex des Nachrangs von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz bei Konsortialkrediten und Gläubigermehrheiten existieren nur wenige Bearbeitungen. Die in dieser Arbeit behandelten

3 Damit sind insbesondere Ansichten im Schrifttum zum Normzweck und dem generellen Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gemeint.

4 Ein Schwerpunkt der Literatur stammt nachvollziehbarerweise aus der Zeit nach dem MoMiG bis einschließlich in das Jahr 2010. Seither wurden die Themenbereiche allerdings nur noch vereinzelt wieder aufgegriffen bzw. alte Positionen ernsthaft in Frage gestellt.

Prunkte finden sich auch in der einschlägigen Praxisliteratur nur oberflächlich und ohne wissenschaftlichen Tiefgang wieder.

C. Gang der Darstellung

Teil 1 dieser Arbeit soll sich vornehmlich mit den systematischen Grundlegungen rund um § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, Konsortialkredite und Gläubigermehrheiten befassen. Zugleich widmet dieser Teil sich dem Normzweck des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, der von zentraler Bedeutung für die nachfolgenden Teile dieser Arbeit ist. Wie sich zeigen wird, existieren bereits auf Ebene des Tatbestands des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zahlreiche bisher ungelöste Probleme im Zusammenhang mit Konsortialfinanzierungen bzw. Finanzierungen durch Gläubigermehrheiten.

Teil 2 adressiert sodann ungeklärte Fragen der Auswirkungen des Nachrangs aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auf schuldrechtlicher Ebene. Hierfür ist einerseits die Ausgestaltung des Kreditkonsortiums bzw. die Forderungsinhaberschaft der jeweiligen Form der Gläubigermehrheit relevant. Andererseits muss geklärt werden, wie der gesetzliche Nachrang bei sog. gemischten Konsortien bzw. Gläubigermehrheiten wirkt, also in Fällen, in denen Teile der Gläubiger gesellschaftsrechtlich an der Schuldnerin beteiligt sind und andere dagegen nicht.

Teil 3 schließlich befasst sich mit den Rechtsfolgen der Nachrangigkeit bzw. Anfechtbarkeit auf Ebene der für die Kreditforderungen bestellten Sicherheiten gem. §§ 39 Abs. 1 Nr. 5; 135 Abs. 1 InsO. Dabei dreht es sich zum einen darum, ob und wie Forderungen aus Gesellschafterdarlehen wirksam oder gar insolvenzfest besichert werden können. Zum anderen stellen sich hierbei Fragen rund um die Durchsetzbarkeit der Sicherheiten zugunsten Kreditkonsortien bzw. Gläubigermehrheiten im Insolvenzfall. Diese Aspekte tangieren zudem auch die Handlungsweisen bzw. Rechte und Pflichten, die dem Konsortialführer im Falle einer Insolvenz obliegen.

Sowohl in Teil 2 als auch Teil 3 sollen ferner Hinweise auf praktischen Gestaltungsbedarf bzw. ggfs. Gestaltungshinweise gegeben werden. Dies bietet sich an, da auf dem Gebiet der syndizierten Kredite die *Loan Market Association* (LMA) als zentrale Stelle Musterfinanzierungsverträge herausgibt, anhand derer es zu prüfen gilt, ob die erarbeiteten Erkenntnisse auch bei der Vertragsgestaltung hinreichend berücksichtigt worden sind.

ERSTER TEIL – § 39 ABS. 1 NR. 5 INSO UND DIE FINANZIERUNG DURCH MEHRERE

A. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO im Finanzierungszusammenhang

Als mögliche Finanzierungsinstrumente kommen bei der Unternehmensfinanzierung mehrere Möglichkeiten in Betracht. Oftmals stehen hinter entsprechenden Finanzierungsweisen auch unternehmerische Entscheidungen und Interessen, die eine bestimmte Finanzierungsart besonders attraktiv für den Kapitalgeber machen. Die Finanzierungsarten reichen dabei von der Fremdfinanzierung über eigenkapitalähnliche Finanzierungen bis hin zur Eigenkapitalbereitstellung.

I. Fremd- und Eigenfinanzierung

1. Fremdfinanzierung und Fremdkapital

Fremdkapital kann in Form eines Kredits oder einer Anleihe (z.B. durch hochverzinsliche Risikoanleihen, sog. *High Yield Bonds*) von Investoren oder Banken zur Verfügung gestellt werden. Die Rechtsstellung des Fremdkapitalgebers zeichnet sich dabei dadurch aus, dass dieser bei Zurverfügungstellung von Kapital im Rahmen eines Kredits das Recht zur periodischen Verzinsung des Kapitalbetrags hat und nach Beendigung der Kreditlaufzeit Rückzahlung des Darlehensbetrags verlangen kann.⁵ Der Fremdkapitalgeber steht damit dem Kapitalnehmer, wie der Wortlaut bereits zum Ausdruck bringt, grundsätzlich als Gläubiger, also Gesellschafts-„Fremder“⁶ gegenüber.

5 BGH, NZI 2017, 24, 25; MüKoBGB/Berger, § 488, Rn. 42, 55; Renner/Hasselbarth, JuS 2014, 11; Volk, BB 2003, 1224.

6 So auch Duden, Wörterbuch: „Kapital, das von außen (durch Anleihe, langfristiges Darlehen o.Ä. zur Verfügung gestellt wird“, Stand: 8.03.2018, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Fremdkapital>.

2. Eigenfinanzierung und Eigenkapital

Eigenkapital wird im Rahmen der Unternehmensfinanzierung in Form der Kapitaleinlage in die Gesellschaft eingebracht. Dies kann auf verschiedenste Weisen z.B. durch einen Börsengang oder *Private-Equity* erfolgen.⁷ Der Begriff des Eigenkapitals ist dabei vielseitig geprägt.⁸ Für diese Ausarbeitung soll allerdings nur der allgemeine gesellschaftsrechtliche Eigenkapitalbegriff untersucht werden:

a) Dauerhaftigkeit und Bindung

Eines der Merkmale des Eigenkapitals ist dessen Dauerhaftigkeit und Bindungswirkung hinsichtlich des Verbleibs in der Gesellschaft. Abgesehen von den Möglichkeiten der Beendigung der Gesellschaft oder Kündigung der Gesellschafterstellung, besteht grundsätzlich nicht die Möglichkeit der Gesellschafter, einseitig Eigenkapital aus der Gesellschaft abzuführen.⁹ Modifiziert wird dieser Grundsatz freilich durch die jeweiligen Regelungen zur Ausschüttung, so dass bei der GmbH z.B. eine Auszahlung von Eigenkapitalmitteln, die über das Stammkapital hinausgehen möglich ist.¹⁰

Im Gegensatz hierzu besteht bei Fremdkapital z.B. in Form eines Darlehens grundsätzlich jederzeit die Möglichkeit des Darlehensgebers, das Darlehen gem. der Kündigungsfristen zu kündigen und fällig zu stellen oder von Anfang an bestimmte Fälligkeitsstichtage festzulegen. Darüber hinaus ist die Überlassung der Kreditmittel jedenfalls stets zeitlich begrenzt und nicht dauerhaft,¹¹ wenngleich Hybridmodelle¹² existieren, die trotz ihres Darlehenscharakters stark an traditionelles Eigenkapital angenähert sind

7 Hölters, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, Teil I, Rn. 85 f.; Bork/Hölzle/Niemann/Warneboldt, Kap. 28, Rn. 45 f.

8 Zu den weiteren spezielleren Begrifflichkeiten und Unterscheidungen: Baums, ZHR 2011, 160.

9 Für die GmbH: Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, S. 239; Saenger, Gesellschaftsrecht, Rn. 796; für die AG: MüKoAktG/Bayer, § 57, Rn. 1; auch allgemein: Diem, Akquisitionsfinanzierung, Rn. 2.

10 Roth/Altmeyen/Altmeyen, § 30, Rn. 7; Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, S. 239.

11 Sonst läge wegen fehlender Rückzahlungsverpflichtung z.B. eine Schenkung vor, MüKoBGB/Berger, § 488, Rn. 8.

12 Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankenpraxis, Erster Teil, 1.721.

(z.B. bei Darlehensgewährung unter extrem langen Laufzeiten und unter Stundung der Zinszahlungen).

b) Erfolgsabhängigkeit der Vergütung

Ein weiteres Wesensmerkmal des Eigenkapitals ist, dass es keine geregelte Vergütung z.B. in Form von periodischer Verzinsung des Kapitalbetrags gibt. Der Eigenkapitalgeber ist durch seine Beteiligung unmittelbar bezüglich der Entwicklung seines Anteils und der Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung am wirtschaftlichen Erfolg und Misserfolg der Gesellschaft beteiligt.¹³

Bei der Fremdfinanzierung dagegen stehen dem Darlehensgeber unabhängig von der wirtschaftlichen Performance der Gesellschaft Vergütungsansprüche in Form von Zinsen zu.

c) Systematischer Nachrang in der Insolvenz

Ferner sind Gesellschafterforderungen hinsichtlich des Eigenkapitals in der Insolvenz nachrangig. Dieser Nachrang lässt sich auf die systematische Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital stützen:

Der Fremdkapitalgeber tritt als Außenstehender der Gesellschaft als Insolvenzgläubiger gem. § 38 InsO gegenüber;¹⁴ dagegen hat der mit Eigenkapital beteiligte Gesellschafter eine solche Gläubigerstellung gerade nicht inne. Dabei sind Eigenkapital und Fremdkapital, wie oben gezeigt, ihrem Wesen nach grundverschieden¹⁵ und verdienen deshalb auch in der Insolvenz eine unterschiedliche Behandlung. Der Nachrang übernimmt in diesem Kontext eine kollisionsregelnde Aufgabe, um zu verhindern, dass Ansprüche von Insolvenzgläubigern mit solchen von Eigenkapitalgebern konkurrieren müssen. Der Insolvenzgläubiger soll also vorrangig aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden, bevor der Eigenkapitalgeber Zu-

13 *Diem*, Akquisitionsfinanzierung, Rn. 2.

14 K. Schmidt/*Büteröwe*, § 38, Rn. 1, 4; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankenpraxis, 1. Teil, 1.716.

15 *Diem*, Akquisitionsfinanzierung, Rn. 2.