

Saarbrücker Studien zum Privat- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Johann Paul Bauer, Michael Martinek
und Helmut Rößmann

Band 79

Max Jakob Rösch

Gesellschafterfremdfinanzierung, Gläubigerschutz und Gläubigerrisikoverantwortung

Die insolvenzrechtliche Sonderbehandlung
der Gesellschafterfremdfinanzierung
als Ausdruck von Gläubigerschutz und
Gläubigerrisikoverantwortung der Gesellschafter

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
Einleitung.....	1
Erster Teil: Wertungsgrundlagen des Sonderrechts	4
§ 1 Gläubigerschutz.....	5
§ 2 Gläubigerrisikoverantwortung der Gesellschafter.....	8
A. Meinungsstand zum bisherigen Eigenkapitalersatzrecht.....	8
I. Begründungsansätze des Bundesgerichtshofs	9
1. Widersprüchliches Verhalten	9
2. Die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters	9
II. Begründungsansätze der Literatur	10
B. Meinungsstand zum neuen Recht der Gesellschafterfremdfinanzierung	12
I. Unwiderleglich vermutete Krise.....	12
II. Sonderstellung des Gesellschafters (Näheverhältnis).....	13
III. Missbrauch der Haftungsbeschränkung	14
IV. Finanzierungszuständigkeit / Risikoübernahmeverantwortung	14
C. Stellungnahme.....	15
§ 3 Konsequenzen für den (erweiterten) Anwendungsbereich des Sonderrechts	18
Zweiter Teil: Gesellschafterdarlehen als Ausgangspunkt der weiteren Untersuchung	22
§ 4 Rechtsentwicklung.....	22
A. Die Rechtsprechungsregeln	22
B. Die Novellenregeln.....	23
I. Überblick	23
II. Zweistufiges Schutzsystem	24
C. Die Rechtslage seit dem 1.11.2008	25
§ 5 Regelungsgehalt von § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO und § 6 AnfG.....	27
A. Insolvenzzrechtlicher Nachrang – § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.....	27
I. Allgemein	27
II. Aufrechnung	28
III. Verwertung von Sicherheiten	30
B. Insolvenzanfechtung – § 135 Abs. 1 InsO.....	30
I. Gegenstand der Anfechtung	31

II. Zeitpunkt der Rechtshandlung – § 140 InsO.....	33
III. Auswirkungen des Bargeschäftsprivilegs – § 142 InsO	35
1. Grundsatz	36
2. Teleologische Reduktion	37
IV. Rechtsfolgen der Anfechtung – § 143 Abs. 1, § 144 Abs. 1 InsO	39
1. Anfechtbare Sicherheitenbestellung	40
2. Anfechtbare Befriedigungsleistung	41
V. Exkurs: Anfechtbarkeit nach § 133 InsO.....	43
1. Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Geschäftsführers	43
2. Kenntnis des Gesellschafters	44
C. Einzelanfechtung – § 6 AnfG	45
§ 6 Anwendungsbereich	46
A. Die Gesellschaft (insolvenzrechtlicher Anwendungsbereich)	46
B. Der Gesellschafter (persönlicher Anwendungsbereich)	47
I. Gesellschafterstellung	48
II. Maßgeblicher Zeitpunkt	48
1. Doppelrolle im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung.....	48
2. Auseinanderfallen von Gesellschafterstellung und Forderungsinhaberschaft	49
III. Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs	53
1. Gesellschafter als wirtschaftliche Kreditgeber (Umgehungsfälle).....	53
2. Dritte als wirtschaftliche Kreditgeber.....	55
a) Grundsätzlich restriktive Handhabung.....	55
b) Einzige Ausnahme: Treugeber	60
3. Verbundene Unternehmen	60
a) Kreditvergabe im horizontalen Konzern	61
b) Kreditvergabe im vertikalen Konzern	63
IV. Privilegierung von Kleinbeteiligten – § 39 Abs. 5 InsO.....	64
1. Regelungsgegenstand	64
2. Kritik.....	64
3. Berechnung der Anteilsgröße.....	66
a) Umgehungen.....	67
b) Weitere (mittelbare) Beteiligungen.....	68
c) Stimmrechtskonsortium; Koordinierte Kreditvergabe	68
d) Keine teleologische Reduktion	70
4. Geschäftsführerstellung	70
5. Maßgeblicher Zeitpunkt.....	71

V. Privilegierung von Sanierungsgesellschaften – § 39 Abs. 4 Satz 2, § 135 Abs. 4 InsO	73
1. Erfasster Personenkreis	73
2. Zeitpunkt des Anteilerwerbs und der Kreditgewährung	74
3. Sanierungszweck	75
4. Dauer der Privilegierung	76
C. Das Darlehen (gegenständlicher Anwendungsbereich)	77
I. Grundsatz	77
II. Überbrückungskredite	79
III. Förderdarlehen („Durchleitungskredite“)	80
IV. Konsortialkredite	81
1. Grundlagen	82
a) Außenkonsortium (offenes Konsortium)	83
b) Innenkonsortium (stilles Konsortium)	84
c) Unterbeteiligung	85
d) Parallelkredite (unechtes Konsortium)	85
2. Anwendung der Sonderregeln auf Konsortialkredite	86
a) Persönlicher Anwendungsbereich	87
b) Sachlicher Anwendungsbereich	87
V. Europarechtswidrige Darlehen der öffentlichen Hand	90
1. Fehlen konkreter Anhaltspunkte in den Entscheidungen der Kommission sowie der Rechtsprechung des EuGH und des EuG	92
2. LG Erfurt, Urt. v. 8.8.2001 – 3 HK O 400/00	93
3. BGH, Urt. v. 5.7.2007 – IX ZR 221/05	94
4. BGH, Urt. v. 5.7.2007 – IX ZR 256/06	95
5. Meinungsstand in der Literatur	95
6. Stellungnahme	98
VI. Absteigende Darlehen im Rahmen konzerninterner Cash-Pool-Systeme („down- stream-loans“)	101
1. Grundlagen	101
a) Physisches Cash Pooling	101
b) Virtuelles Cash Pooling	102
c) Vor- und Nachteile von Cash-Pool-Systemen	103
d) Die rechtliche Einordnung Cash-Pool-interner Zahlungsströme als Darlehen ..	104
e) Exkurs: Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung	106
aa) Gründung eines Konzernunternehmens	106
bb) Barkapitalerhöhung in einem Konzernunternehmen	107

2. Anwendung der Sonderregeln auf down-stream-loans	108
a) § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	109
b) § 135 Abs. 1 InsO	110
aa) Das Bargeschäftsprivileg – § 142 InsO	110
bb) Anfechtungszeitraum	113
cc) Anfechtungshöhe; Gläubigerbenachteiligung	114
(1) Meinungsstand	115
(2) Stellungnahme	117
c) Zusammenfassung	118
VII. Darlehenszinsen	119
VIII. Noch nicht valutierte Darlehen (Darlehensversprechen)	121
1. Grundannahme: „Abzugsverbot, kein Nachschussgebot“	121
2. Kritische Überprüfung	122
a) Die Erfüllung schwebender Verträge in der Insolvenz nach § 103 InsO	122
b) Anwendung auf Darlehensverträge	123
c) Besonderheiten bei Gesellschafterdarlehen	125
aa) Verhältnis von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu § 38 InsO	125
(1) § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO als <i>lex specialis</i> (<i>Geißler</i>)	125
(2) Stellungnahme	126
bb) Verhältnis von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu § 55 Abs. 1 Nr. 2, Alt. 1 InsO	128
(1) § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO als <i>lex specialis</i> (<i>Geißler</i>)	128
(2) Stellungnahme	129
3. Ergebnis	132
Dritter Teil: Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen	133
§ 7 Grundlagen	135
A. Adressat	135
B. Das gesellschafterbesicherte Drittdarlehen als Grundvoraussetzung	135
I. Finanzierungsleistung eines Dritten	135
II. Sicherungsarten	137
§ 8 Anwendung von § 39 Abs. 1 Nr. 5 und § 135 Abs. 1 InsO auf gesellschafterbesicherte Drittdarlehen	139
A. Insolvenzrechtlicher Nachrang	140
B. Insolvenzanfechtung	141
§ 9 Die Sonderregeln der §§ 44a, 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO	143
A. Insolvenzanfechtung und Erstattungspflicht des Gesellschafters – § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO	143

I. Grundlagen	143
II. Voraussetzungen.....	145
III. Rechtsfolgen	147
1. Erstattungspflicht des Gesellschafters – § 143 Abs. 3 Satz 1 InsO.....	147
2. Höhe der Erstattungspflicht – § 143 Abs. 3 Satz 2 InsO	147
3. Ersetzungsbefugnis – § 143 Abs. 3 Satz 3 InsO	148
4. Absicherung des Rückerstattungsanspruchs durch die unverbrauchte Gesellschaftersicherheit	150
B. Sonderstellung des Kreditgebers im Insolvenzverfahren – § 44a InsO	151
I. Vorrangige Inanspruchnahme der Gesellschaftersicherheit.....	152
1. Übergang einer Gesellschaftssicherheit auf den Gesellschafter – Anfechtung analog § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO.....	152
2. Aufrechnung durch den Kreditgeber – Anfechtung analog § 135 Abs. 2 InsO.....	154
II. Berechnung der Quote im Verteilungsverfahren.....	155
1. Meinungsstand	156
a) Teilweise Berücksichtigung der Kreditforderung in Höhe des Ausfalls	156
b) Volle Berücksichtigung der Kreditforderung	157
2. Stellungnahme	159
III. Forderungsanmeldung und Befriedigung.....	161
C. Einzelanfechtung – §§ 6a, 11 Abs. 3 AnfG	163
I. Erstmalige Kodifizierung durch das MoMiG.....	163
II. Gläubigerschutz nach bisheriger Rechtslage.....	164
§ 10 Sonderfälle	166
A. Doppelbesicherung durch Gesellschaft und Gesellschafter	166
I. Meinungsstand zu § 32a Abs. 2 GmbHG a.F.	167
II. Meinungsstand zu § 44a InsO	168
III. Stellungnahme	169
1. Hypothetische Rechtslage bei Nichtanwendung von § 44a InsO	170
2. Anfechtung analog § 135 Abs. 2 InsO.....	171
3. Schlussfolgerung	173
IV. Mehrfachbesicherung durch verschiedene Gesellschafter	174
B. Verzicht des Kreditgebers auf die Gesellschaftersicherheit	176
I. Meinungsstand zu § 32a Abs. 2 GmbHG a.F.	176
II. Meinungsstand zu § 44a InsO	177
III. Stellungnahme	178
1. Die relevanten Grundwertungen	178
2. Hypothetische Rechtslage bei Nichtanwendung von § 44a InsO	180

3. Schlussfolgerung	181
C. Freistellungspflicht des Gesellschafters	182
I. Bisherige Rechtslage.....	182
II. Würdigung.....	184
III. Übertragung der gewonnen Erkenntnisse auf die neue Rechtslage	184
1. Freistellungspflicht nur noch in Fällen der Doppelbesicherung und bei Verzicht auf die Gesellschaftersicherheit	185
2. Inhalt	186
3. Keine Ersetzungsbefugnis des Gesellschafters analog § 143 Abs. 3 Satz 3 InsO ..	187
4. Durchsetzung.....	188
D. Erweiterter Sicherungszweck.....	190
I. Meinungsstand.....	190
II. Stellungnahme	191
III. Auswirkungen.....	193
 Vierter Teil: Gesellschaftsinterne Gebrauchsüberlassungen	195
§ 11 Rückschau: Rechtslage vor dem MoMiG	197
A. Die „Lagergrundstück“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	197
I. BGH, Urt. v. 16.10.1989 – II ZR 307/88 („Lagergrundstück I“).....	198
II. Fortentwicklung dieser Linie in weiteren Urteilen.....	199
III. Reaktionen in der Literatur	200
IV. Stellungnahme	202
B. Tatbestand.....	202
I. Nutzungsüberlassung durch einen Gesellschafter	203
II. Krise der Gesellschaft	203
III. Maßgeblicher Zeitpunkt; Stehenlassen	205
1. Kenntnis des Kriseneintritts.....	205
2. Möglichkeit zum Mittelabzug	206
C. Rechtsfolgen	207
I. Nutzungsentgelt	207
II. Sachsubstanz.....	209
1. Meinungsstand	209
2. Stellungnahme	210
III. Nutzungsrecht.....	212
1. Keine Kapitalisierung, sondern Verwertungsbefugnis	212
2. Zeitliche Bemessung.....	213

3. Anfechtung einer vorzeitigen Rückgabe des überlassenen Gegenstandes	214
§ 12 Gesellschaftsinterne Gebrauchsüberlassungen im MoMiG-Gesetzgebungsverfahren	215
A. Regierungsentwurf MoMiG.....	215
B. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses	216
§ 13 Anwendung von § 39 Abs. 1 Nr. 5 und § 135 Abs. 1 InsO auf gesellschaftsinterne Gebrauchsüberlassungen	218
A. „Wirtschaftliche Vergleichbarkeit“ mit einem Darlehen	218
B. Konsequenz: Unmittelbare Anwendung von § 39 Abs. 1 Nr. 5 und § 135 Abs. 1 InsO.....	221
I. Insolvenzrechtlicher Nachrang	221
II. Insolvenzanfechtung	222
1. Anfechtung von Nutzungsentgeltzahlungen	222
2. Anfechtung einer vorinsolvenzlichen Rückgabe des Nutzungsgegenstandes	222
3. Abweichender Standpunkt Koutsos‘	223
4. Gläubigerbenachteiligung	224
a) Vorinsolvenzliche Zahlung von Nutzungsentgelten	225
b) Vorinsolvenzliche Rückgabe des Nutzungsgegenstandes.....	226
III. Auswirkungen des Bargeschäftsprivilegs – § 142 InsO	226
§ 14 Die Sonderregel des § 135 Abs. 3 InsO	228
A. Einführung	228
B. Regelungsgehalt	229
I. Persönlicher Anwendungsbereich	229
II. Sachlicher Anwendungsbereich	230
III. Fortführungserheblichkeit	231
1. Begriff.....	231
2. Auswirkung der Fortführungserheblichkeit auf die Anfechtbarkeit einer vorinsolvenzlichen Rückgabe des überlassenen Gegenstands	233
IV. Wahl des Insolvenzverwalters	235
V. Rechtsfolgen	236
1. Die Aussonderungssperre gemäß § 135 Abs. 3 Satz 1 InsO.....	236
2. Der Ausgleichsanspruch gemäß § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO	237
a) Berechnung.....	237
aa) Anfechtbare Zahlungen	237
bb) Aufgezwungene Nichtzahlungen – § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5, § 169 Satz 2 InsO	239
cc) Referenzzeitraum.....	241

b) Insolvenzrechtlicher Rang	242
VI. Zusammenfassung	243
C. Verhältnis zu den §§ 103 ff. InsO	244
I. Ausgangslage.....	244
II. Erste Möglichkeit: Eigener Anwendungsbereich (Ergänzung zu den §§ 103 ff. InsO)	245
1. Das Fortbestehen von Gebrauchsüberlassungsverträgen in der Insolvenz.....	246
a) Grundlagen	246
b) Überlassung beweglicher Sachen – § 103 InsO	247
aa) Positive Erfüllungswahl.....	247
bb) Negative Erfüllungswahl	248
cc) Keine Ausübung des Wahlrechts	250
c) Überlassung unbeweglicher Sachen – §§ 108, 109 InsO	251
d) Zwischenergebnis	252
e) Absicherung des Fortbestandes	252
aa) Die Kündigungssperre gemäß § 112 InsO.....	253
bb) Das Verbot abweichender Vereinbarungen gemäß § 119 InsO.....	255
cc) Zwischenergebnis	256
2. Schlussfolgerung für den Anwendungsbereich von § 135 Abs. 3 InsO.....	257
III. Zweite Möglichkeit: Gemeinsamer Anwendungsbereich (Modifikation der §§ 103 ff. InsO)	259
IV. Stellungnahme	260
§ 15 Leistungsstörungen	263
A. Grundlagen.....	263
I. Keine Geltung der Sonderregeln gegenüber Dritten.....	263
II. Die wechselseitigen (Leistungs-) Pflichten.....	265
1. „Gewährleistungspflicht“ des Gesellschafters	265
2. Zahlungs- und Herausgabepflichten der Gesellschaft	266
B. Leistungsstörungen auf Seiten des Gesellschafters.....	267
I. Unmöglichkeit der Herausgabe einer nach erfolgter Anfechtung erneut zu überlassenden Sache	267
1. Herausgabe – § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 818 Abs. 1 BGB.....	269
2. Wertersatz – § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB.....	270
a) Objektive und subjektive Unmöglichkeit.....	271
b) Teilunmöglichkeit	274
c) Berechnung des Wertersatzes	275

3. Nutzungs- und Schadensersatz – § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4 i.V.m. § 292 i.V.m. §§ 987 ff. BGB.....	276
4. Zusammenfassung	277
II. Überlassung einer fremden Sache	278
1. Herausgabeverlangen des Eigentümers zeitlich vor dem Eröffnungsantrag	278
2. Herausgabeverlangen des Eigentümers zwischen Eröffnungsantrag und Verfahrenseröffnung.....	279
3. Herausgabeverlangen des Eigentümers zeitlich nach der Verfahrenseröffnung....	280
a) Keine Anwendung von § 135 Abs. 3 InsO.....	280
b) Schadensersatz – §§ 280 ff. BGB	281
4. Sonderfall: Miteigentum	282
5. Zusammenfassung	283
III. Veräußerung einer überlassenen Sache.....	284
1. Nachrangigkeit und Anfechtbarkeit – § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO	285
2. Aussonderungssperre – § 135 Abs. 3 InsO.....	286
a) Nutzung aufgrund eines nach § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO fortgeführten Vertrages	287
b) Nutzung aufgrund § 135 Abs. 3 InsO	287
3. Schadensersatz – §§ 280 ff. BGB.....	289
4. Besonderheiten bei der Veräußerung beweglicher Sachen.....	289
a) Das Schicksal der Nutzungsentgeltforderungen	290
b) Die Aussonderungssperre nach § 135 Abs. 3 InsO	290
5. Zusammenfassung	292
IV. Überlassung eines dinglich belasteten Grundstücks.....	292
1. Rückschau: Rechtliche Bewältigung vor dem MoMiG	293
a) Zwangsverwaltung – §§ 146 ff. ZVG	293
b) Zwangsversteigerung – §§ 15 ff. ZVG	294
2. Rechtliche Bewältigung nach dem MoMiG	295
a) Zwangsvollstreckung vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens	296
aa) Zwangsversteigerung.....	296
bb) Zwangsverwaltung	297
b) Zwangsvollstreckung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens	299
c) Schadensersatz – §§ 280 ff. BGB	300
d) Zusammenfassung.....	301
V. Doppelinsolvenz	301
1. Rückschau: Rechtliche Bewältigung vor dem MoMiG	302
2. Rechtliche Bewältigung nach dem MoMiG	302

C. Leistungsstörungen auf Seiten der Gesellschaft	304
I. Entgeltzahlungspflicht gemäß § 535 Abs. 2 BGB (i.V.m. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO)	304
II. Ausgleichszahlungspflicht gemäß § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO (i.V.m. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO)	305
III. Rückgabepflicht gemäß § 546 Abs. 1 BGB, § 135 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 47 InsO	306
§ 16 Besondere Gebrauchsüberlassungsverhältnisse	307
Fünfter Teil: Sonstige Rechtshandlungen	310
§ 17 Forderungsstundung	311
A. Grundfall	311
I. Darlehensähnliche Wirkung der Forderungsstundung	312
II. Erfordernis einer Mindeststundungsdauer?	313
III. Rechtsfolgen	315
B. Stillhalteabkommen (Pactum de non petendo)	316
C. Erwerb einer gestundeten Forderung	317
D. Überziehungskredit	318
E. Eigentumsvorbehalt	320
I. Meinungsstand zum bisherigen Recht	320
II. Meinungsstand zum neuen Recht	322
III. Stellungnahme	323
1. Der Eigentumsvorbehalt als Rechtshandlung i.S.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO?	324
2. Der Eigentumsvorbehalt als Sicherung i.S.v. § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO?	325
3. Zwischenergebnis	326
4. (Analoge) Anwendung von § 135 Abs. 3 InsO?	326
5. Ergebnis	328
F. Vorauszahlungen	328
I. Meinungsstand	328
II. Stellungnahme	329
§ 18 Factoring und Wechseldiskontierung	331
§ 19 Pensionsgeschäfte	335
§ 20 Mezzanine-Kapital	338
A. Stille Beteiligung	339
B. Nachrangdarlehen (Rangrücktrittsvereinbarung)	341
C. Genussrechte	342
D. Wandel- und Optionsanleihen	343

§ 21 Sicherheiten345

 A. Meinungsstand345

 B. Stellungnahme.....346

§ 22 Dienstleistungen349

 A. Meinungsstand349

 B. Stellungnahme.....353

 C. Konsequenz: Unmittelbare Anwendung von § 39 Abs. 1 Nr. 5 und
 § 135 Abs. 1 InsO.....355

 D. Keine analoge Anwendung von § 135 Abs. 3 InsO355

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.....357

Literaturverzeichnis367