

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

Inhaltsverzeichnis

(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

Inhaltsverzeichnis

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

Inhaltsverzeichnis

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 Anteilerwerb / 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) Insolvenzzrechtliche 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

Inhaltsverzeichnis

(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

Inhaltsverzeichnis

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

Inhaltsverzeichnis

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