

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Hybride Finanzierungsinstrumente und Anleihen in der Insolvenz

Deutscher Insolvenzverwalterkongress in Berlin
Vortrag am 6.11.2014

www.georg-bitter.de

Gliederung

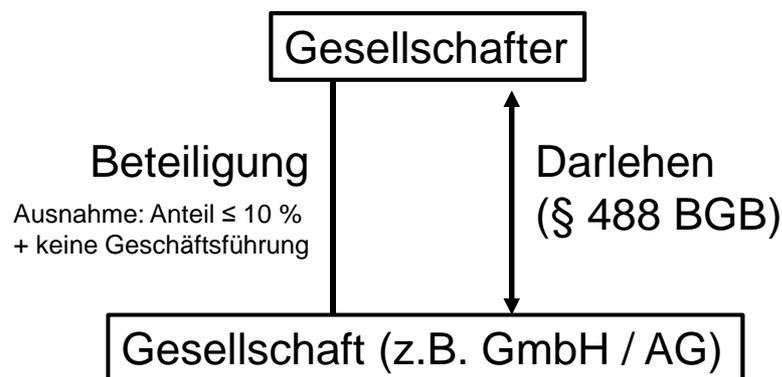
1. Schwerpunkt: Hybridkapital und Gesellschafterdarlehensrecht
 - Grundzüge + Telos des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen
 - Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung bei Hybridkapital
2. Schwerpunkt: Rangrücktritt und Insolvenzgründe
 - Nachrangkapital und Überschuldung
 - Nachrangkapital und Zahlungsunfähigkeit („Prokon“)
 - Wirksamkeit von Nachrangabreden
3. Sonstige Einzelfragen

1. Schwerpunkt:

Hybridkapital und Gesellschafterdarlehensrecht

- **Grundzüge + Telos des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen**
- Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung bei Hybridkapital

Grundzüge des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen



- Nachrang des Darlehensrückzahlungsanspruchs (§ 39 I Nr. 5 InsO)
- Insolvenzanfechtung gemäß § 135 I Nr. 2 InsO bei Befriedigung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag
- Insolvenzanfechtung gemäß § 135 I Nr. 1 InsO bei der Gewährung von Sicherheiten in den letzten 10 Jahren vor dem Eröffnungsantrag

1. Problem: Keine Lösung von Einzelfragen ohne Kenntnis der teleologischen Grundlagen

- *Eidenmüller*: Der Reformgesetzgeber verzichtet scheinbar gänzlich auf ein tragfähiges Wertungskriterium
- *Karsten Schmidt*: „Suche nach dem verlorenen Normzweck“

2. Grundfrage

- Was rechtfertigt die unterschiedliche Behandlung von Gesellschaftern und Dritten als Darlehensgeber?

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- These 1: Normzweck unverändert (Finanzierungsfolgenverantwortung), aber jetzt unwiderlegliche Vermutung der Krise
 - ❖ *Altmeyden, Bork, Marotzke, Hölzle, Haas*
- These 2: Einordnung von Gesellschafterdarlehen als Risikokapital als Korrelat der Haftungsbeschränkung, um Missbrauch zu verhindern
 - ❖ *Huber, Habersack, Gehrlein, präzisierend Grigoleit/Rieder*
- These 3: Erhöhte Verantwortung der Insider
 - ❖ *Karollus, Haas, Servatius, Grigoleit/Rieder, Eidenmüller (für Anfechtung)*

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- These 4: Risikoübernahmeverantwortung aus der Beteiligung an unternehmerischen Chancen und Risiken bei gleichzeitigem Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens (Kombination von „Mitunternehmerrisiko“ und „Mitunternehmerverantwortung“)
 - ❖ *Krolop; ähnlich Tillmann*
- These 5: Steuerungsfunktion des Eigenkapitalrisikos
 - ❖ *Fastrich*
- These 6: Konsequenz einer Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters
 - ❖ *Karsten Schmidt*

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 17.2.2011 – IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 = ZIP 2011, 575**
- *Rdn. 16*: „Die ... umstrittene Frage, welcher Grundgedanke der gesetzlichen Neuregelung der Gesellschafterdarlehen zugrunde liegt, braucht aus Anlass des Streitfalls nicht entschieden zu werden. ...“
- *Rdn. 17*: „Jedenfalls ist nicht **der typischerweise gegebene Informationsvorsprung des Gesellschafters** der maßgebliche Grund für den Nachrang des von ihm gewährten Darlehens (...). Ein solcher **vermag zwar die Insolvenzanfechtung (§ 135 Abs. 1 InsO), nicht aber den gesetzlichen Nachrang noch offener Forderungen zu rechtfertigen** (...). Ein Informationsvorsprung kann zur Folge haben, dass ein gewährtes Darlehen vor der offenbar werdenden Insolvenz abgezogen wird; er führt aber gerade nicht dazu, dass ein mit den Verhältnissen der Schuldnerin besonders vertrauter "Insider" der Gesellschaft ein Darlehen gewährt und er dieses vor der Insolvenz nicht mehr zurückfordert (...). Der Insidergedanke kann daher nicht herangezogen werden, um den Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO über eine Anwendung des § 138 InsO zu erweitern.“

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

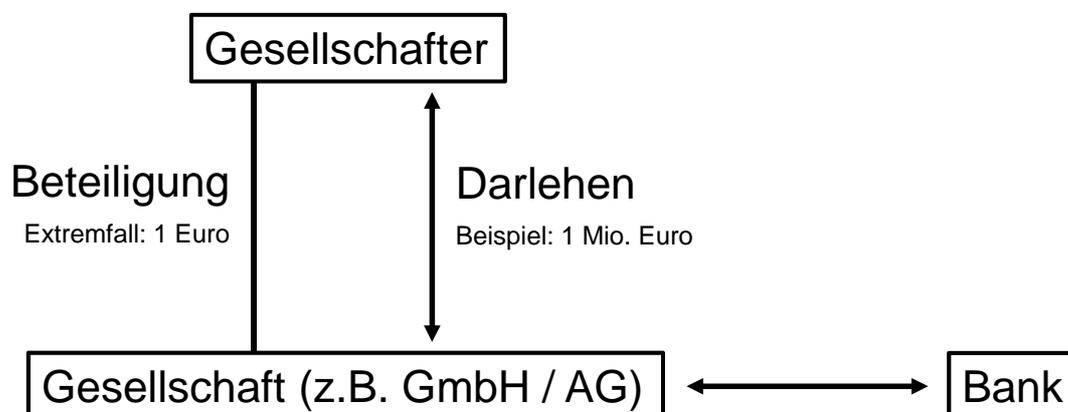
- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582**
- *Rdn. 18:* „Die ausdrückliche Bezugnahme des Gesetzgebers auf die Novellenregeln verbunden mit der Erläuterung, die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen in das Insolvenzrecht verlagert zu haben (BT-Drucks. 16/6140 S. 42), legt überdies die Annahme nahe, dass **das durch das MoMiG umgestaltete Recht** und damit auch § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO **mit der Legitimationsgrundlage des früheren Rechts im Sinne einer Finanzierungsfolgenverantwortung harmonisiert**. Diese Würdigung entspricht der Zielsetzung des Gesetzgebers, fragwürdige Auszahlungen an Gesellschafter in einer typischerweise kritischen Zeitspanne einem konsequenten Anfechtungsregime zu unterwerfen (vgl. BT-Drucks., aaO, S. 26). Der daraus ableitbare anfechtungsrechtliche **Regelungszweck**, infolge des gesellschaftsrechtlichen Näheverhältnisses über die finanzielle Lage ihres Betriebs regelmäßig **wohininformierten Gesellschaftern die Möglichkeit zu versagen, der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Kreditmittel zu Lasten der Gläubigergesamtheit zu entziehen** (...), gilt infolge der gesellschaftsrechtlichen Verflechtung gleichermaßen für verbundene Unternehmen.“

4. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen (eigene Ansicht)

Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Anh. § 64 Rn. 14 ff., 25 ff.;
Bitter, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2013, § 4 Rn. 262 ff.

- Präzisierung des „Missbrauchs“ der Haftungsbeschränkung erforderlich
- Zweck der Haftungsbeschränkung: Ausschaltung der Risikoaversität der Gesellschafter
- Problem: Gefahr der Kostenexternalisierung
- Lösung: Angemessene Eigenkapitalbeteiligung als Ausgleich zwischen Investitionsanreiz und Gefahr der Kostenexternalisierung

- **These:** Die Haftungsbeschränkung soll die Risikoaversität der Gesellschafter mindern, damit riskante Projekte mit positivem Erwartungswert im Interesse der Gesamtwohlfahrt unternommen werden (Investitionsanreiz). Gesellschafter, deren Haftung beschränkt ist, können allerdings Kosten auf die Gläubiger externalisieren, wenn die Verlagerung ökonomischer Risiken von der Gesellschafter- auf die Gläubigerebene nicht kompensiert wird. Diese Gefahr der Risikoverlagerung sinkt, wenn die Gesellschafter angemessen mit Eigenkapital beteiligt sind.



- Gesellschafter kann die Rendite von Risikoerhöhungsstrategien über die Eigenkapitalposition abschöpfen.

- **These:** Der Gesellschafter kann im Gegensatz zu gewöhnlichen Gläubigern auch in Bezug auf sein Darlehensengagement variabel am Erfolg teilhaben, weil er die Rendite stets über seine Eigenkapitalposition abschöpfen kann. Um das Ungleichgewicht zwischen einem stets auf den Festbetragsanspruch beschränkten gewöhnlichen Gläubiger und dem nur scheinbar auf den Festbetragsanspruch beschränkten, in Wahrheit aber vollumfänglich variabel am Gewinn beteiligten Gesellschafter auszugleichen, ist es gerechtfertigt, die Darlehen derjenigen Personen, die zugleich Gesellschafter sind, im Rang hinter den Forderungen der gewöhnlichen Gläubiger gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zurückzustufen.
- **These:** Die Insolvenzanfechtung gemäß § 135 Abs. 1 InsO soll diesen Nachrang absichern.

1. Schwerpunkt:

Hybridkapital und Gesellschafterdarlehensrecht

- Grundzüge + Telos des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen
- **Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung bei Hybridkapital**

1. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt: § 39 I Nr. 5 InsO

(1) Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge, berichtigt:

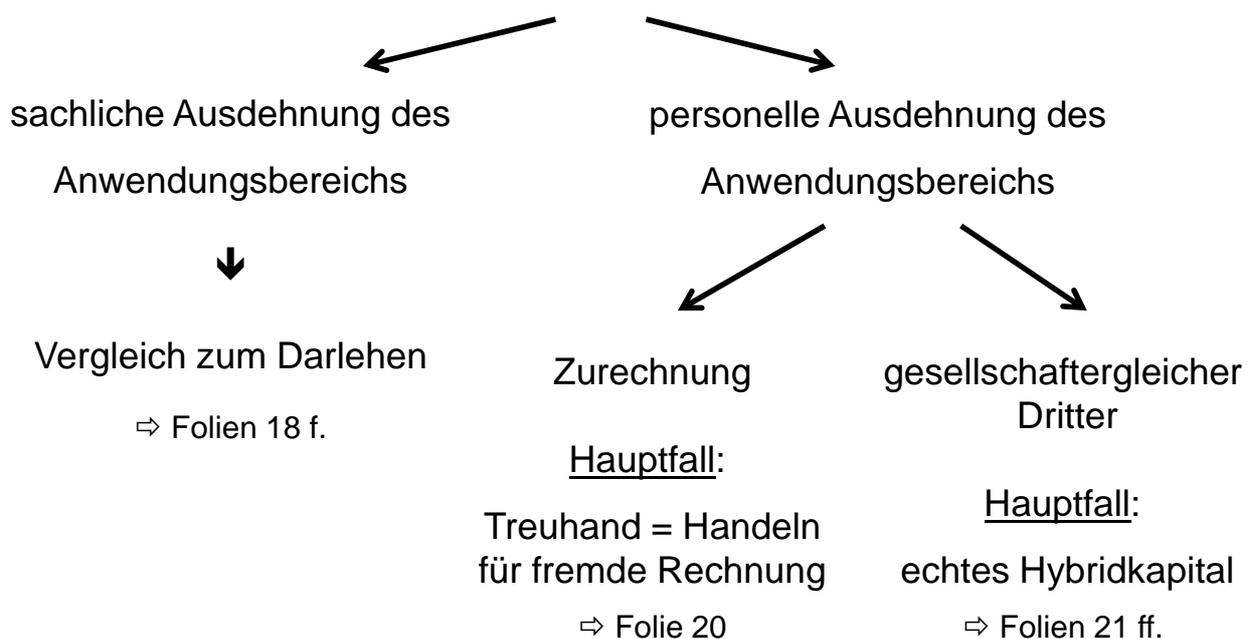
...

5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder **Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.**

2. Frühere Regelung im Eigenkapitalersatzrecht: § 32a III 1 GmbHG

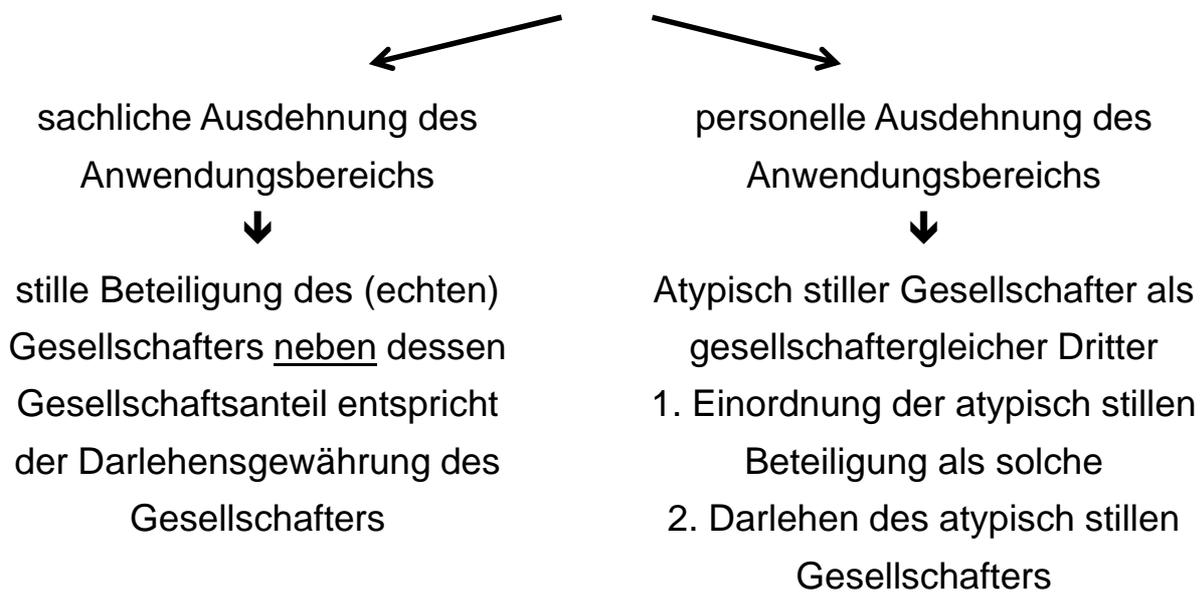
(3) Diese Vorschriften gelten sinngemäß für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehensgewährung nach Absatz 1 oder 2 wirtschaftlich entsprechen.

3. Keine sachliche Änderung durch die Neuformulierung bezweckt



Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Anh. § 64 Rn. 165 ff., 180 ff.

Beispiel: stille Beteiligung



Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Anh. § 64 Rn. 176, 221 ff., 240 f.

- Warenkredite = Lieferungen mit deutlich hinausgeschobener Fälligkeit
 - ❖ OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936, 937
- Stundungen von zunächst nicht aus Kreditverträgen stammenden Forderungen
 - ❖ OLG Hamburg v. 27.7.2012 – 11 U 135/11, ZIP 2013, 74, 76
- Stehenlassen (von Gehaltsansprüchen)
 - ❖ LAG Hannover v. 27.01.2012 – 6 Sa 1145/11, ZIP 2012, 1925 (Arbeitnehmer einer GmbH, deren Mitgesellschafter er zu einem Drittel ist)
 - ❖ OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936 f. (Vergütungsanspruch eines Liquidators)
- Aber ggf. (unanfechtbare) Sicherheit, z.B. beim Eigentumsvorbehalt

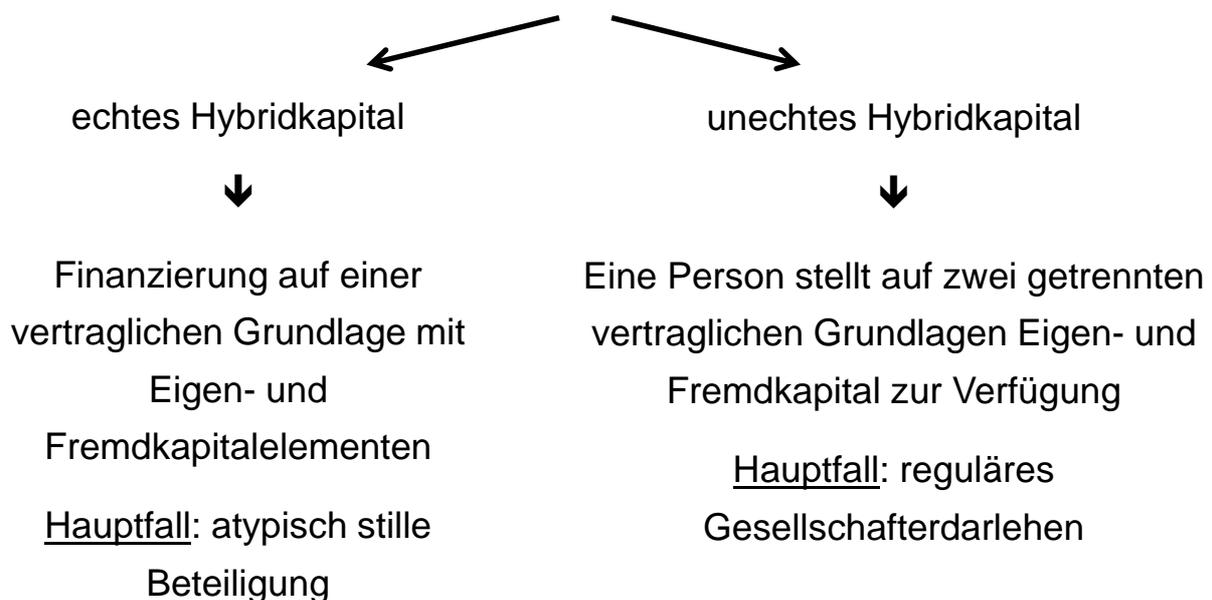
- Unechtes Factoring = Kreditgewährung gegen (unanfechtbare) Sicherheit
- Finanzierungsleasing = Kreditgewährung gegen (unanfechtbare) Sicherheit (a.A.: Nutzungsüberlassung i.S.v. § 135 III InsO)
- Stille Beteiligung neben dem Gesellschaftsanteil ⇨ Folie 17
- Kapital- und Gewinnrücklage
 - ❖ OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325 (Ausschüttung von Gewinnvorträgen); Anschluss an *Mylich*, ZGR 2009, 474, 492 ff. (dort Differenzierung zwischen „Finanzierungsertrag“ [Gewinn] und „Finanzierungsquelle“ [Rücklage]; Revision beim BGH unter IX ZR 252/13)
- Auszahlung nach ordentlicher Kapitalherabsetzung
- Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Anh. § 64 Rn. 165 ff.

1. Zurechnungsfälle

- zwei Richtungen der Zurechnung
 - Mittelüberlassung durch Dritten wird dem Verbandsmitglied zugerechnet
 - Gesellschafterposition eines Dritten wird dem Kreditgeber zugerechnet
- Hauptfall: Treuhand = Handeln für fremde Rechnung
 - Doppelrolle als Gesellschafter + Kreditgeber ist formal auf zwei Personen aufgespalten, liegt aber wirtschaftlich bei einer Person
 - Unterfall: nahestehende Personen i.S.v. § 138 InsO als „Stroh Männer“
- **Wichtig**: keine Prüfung erforderlich, ob der Dritte einem Gesellschafter vergleichbare Vermögens- und Mitwirkungsrechte hat

2. Gesellschaftergleicher Dritter

- Dritter ist kein Verbandsmitglied = kein (echter) Gesellschafter
 - Dritter handelt bei der Mittelüberlassung für eigene Rechnung
 - Prüfung erforderlich, ob der Dritte einem Gesellschafter vergleichbare Vermögens- und Mitwirkungsrechte hat
 - nur hier Relevanz des Streits um den Normzweck ⇒ Folien 5 ff.
 - gleiche Kriterien für Nachrang und Anfechtbarkeit (str., a.A. z.B. *Thole*)
 - **Doppeltatbestand: variable Erlösbeteiligung (Gewinn- und/oder Vermögensteilhabe) und (typisierte) Möglichkeit der Einflussnahme**
 - Irrelevanz der Insiderstellung
- ⇒ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Anh. § 64 Rn. 181 ff.



Literatur: *Laspeyres*, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft, 2013, S. 51 ff.
Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Anh. § 64 Rn. 218 ff.

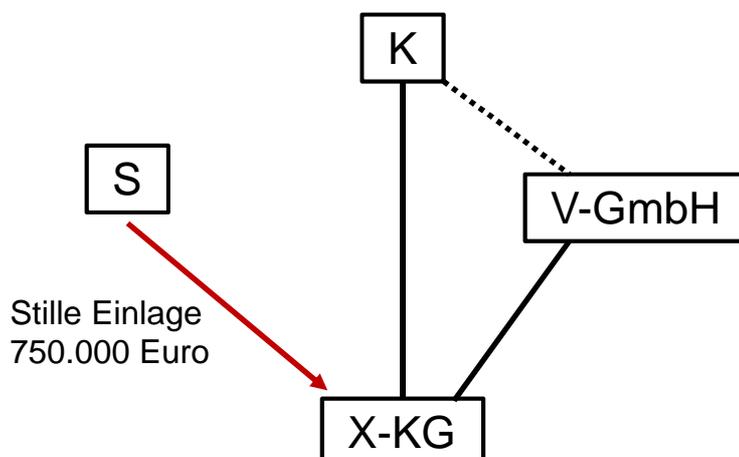
1. Erscheinungsformen echten Hybridkapitals

- atypisch stille Beteiligung
- mezzanine Finanzierungsinstrumente = Nachbildung von Vermögens- und Teilhaberechten eines Gesellschafters auf schuldrechtlicher Basis
- Kreditgeber mit Covenants (Informations- und Einflussrechte)

2. Erscheinungsformen unechten Hybridkapitals

- reguläres Gesellschafterdarlehen
- sog. atypischer Pfandgläubiger
- Darlehen eines Nießbrauchers/Unterbeteiligten
- Darlehen des (atypisch) stillen Gesellschafters

1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals



BGHZ 193, 378
(Innen-KG)

- Frage 1: Nachrang des (restlichen) Anspruchs auf Einlagenrückgewähr?
- Frage 2: Anfechtbarkeit der monatlichen Zahlungen aus dem letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?

1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- vor dem MoMiG: Einordnung als Eigenkapital = „doppelter Nachrang“
- seit dem MoMiG: Einordnung als dem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlung = „einfacher Nachrang“ (§§ 39 I Nr. 5, 135 InsO)
 - Abweichung wird regelmäßig nicht begründet
 - neue Einordnung ist aber richtig (a.A. *Mylich*, WM 2013, 1010 ff.)
 - ⇒ Für (reguläre) Insolvenzgläubiger ist unerheblich, ob der atypisch Stille in den Rang des § 39 InsO tritt oder für ihn § 199 InsO gilt.
 - ⇒ Den Gesellschaftern und Fremdkapitalgebern bleibt die Regelung des Rangverhältnisses untereinander privatautonom überlassen.
- Bedeutung insbesondere bei Sicherheiten für stille Einlagen

- **BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 = ZIP 2012, 1869**
- Leitsatz 1: „Der atypisch stille Gesellschafter einer GmbH & Co. KG steht mit seinen Ansprüchen wirtschaftlich dem Gläubiger eines Gesellschafterdarlehens insolvenzrechtlich gleich, wenn in einer Gesamtbetrachtung seine Rechtsposition nach dem Beteiligungsvertrag der eines Kommanditisten im Innenverhältnis weitgehend angenähert ist.“
- Leitsatz 2: „Der Nachrang von Ansprüchen des atypisch stillen Gesellschafters in der Insolvenz einer GmbH & Co. KG als Geschäftsinhaberin kann jedenfalls dann eintreten, wenn im Innenverhältnis das Vermögen der Geschäftsinhaberin und die Einlage des Stillen als gemeinschaftliches Vermögen behandelt werden, die Gewinnermittlung wie bei einem Kommanditisten stattfindet, die Mitwirkungsrechte des Stillen in der Kommanditgesellschaft der Beschlusskompetenz eines Kommanditisten in Grundlagenangelegenheiten zumindest in ihrer schuldrechtlichen Wirkung nahe kommen und die Informations- und Kontrollrechte des Stillen denen eines Kommanditisten nachgebildet sind.“

1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- Abgrenzung zur stillen Gesellschaft i.S.d. §§ 230 ff. HGB
 - Kreditverhältnis auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage
 - begrenzte Informations- und Kontrollrechte (§ 233 HGB)
 - kein Nachrang in der Insolvenz (§ 236 HGB)
 - begrenzter und rechtspolitisch umstrittener Anfechtungstatbestand (§ 136 InsO), der – anders als das Gesellschafterdarlehensrecht – auf dem Insidergedanken beruht

1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- Mittel der Abgrenzung: Doppeltatbestand aus variabler Erlösbeteiligung und Möglichkeit der Einflussnahme ⇒ Folie 21
 - Problem: Variantenvielfalt der atypisch stillen Gesellschaft
 - Gesamtbetrachtung erforderlich
- BGHZ 193, 378: rechtsformspezifische Lösung
 - stiller Gesellschafter unterfällt in einer KG (Vergleich zum Kommanditisten) oder AG (Vergleich zum Aktionär) leichter dem Gesellschafterdarlehensrecht als in einer GmbH (Vergleich zum GmbH-Gesellschafter)
 - Grund liegt im gesetzlichen System: Gesellschafterdarlehensrecht gilt für alle haftungsbeschränkten Gesellschaften und für alle Gesellschaftertypen
 - generelle Orientierung am einflusslosesten Gesellschaftertyp nicht sinnvoll

2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants

- Übertragbarkeit der Grundsätze zur atypisch stillen Gesellschaft
- Maßgeblichkeit des Doppeltatbestands in einer Gesamtbetrachtung
 - variable Erlösbeteiligung bedeutsamer als (typisierte) Einflussmacht
- Unanwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts bei
 - reinen (auch weitgehenden) Informationsrechten ⇔ Insiderthese
 - variabler Erlösbeteiligung ohne Einflussmacht

Beispiel: Genussrechtsinhaber ohne Stimmrecht

 - ⇔ Abgrenzung vom freiwilligen vertraglichen Nachrang
 - ⇒ § 135 InsO unanwendbar (⇒ Folie 41)
 - Einflussmacht ohne variable Erlösbeteiligung ⇒ b.w.

2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants

- Unanwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts bei
 - Einflussmacht ohne variable Erlösbeteiligung

Beispiel: Bank (mit Festbetragsanspruch) und Zustimmungsvorbehalten

 - ⇒ alleiniger Einfluss auf die Unternehmensleitung reicht nicht
 - ⇒ selbst ein Einfluss auf Grundlagenentscheidungen ist grundsätzlich unerheblich (sehr str.)
 - ⇒ Problem in der Krise: variable Beteiligung am „Gewinn“ durch Aufwertung der Kreditrückzahlungsforderung (z.B. doppelnützige Sanierungstreuhand mit Einfluss des Kreditgebers)
 - ⇒ Achtung: Einbeziehung aber als mittelbare Gesellschafter möglich
 - ⇒ wirtschaftliche – ggf. zusammengerechnete – Beteiligung > 10 %

➤ **Literatur (Auswahl):**

- *Breidenstein*, Covenantgestützte Bankdarlehen in der Insolvenz, ZInsO 2010, 273 ff.
- *Hoffmann*, Grenzen der Einflussnahme auf Unternehmensleitungsentscheidungen durch Kreditgläubiger, WM 2012, 10 ff.
- *Engert*, Drohende Subordination als Schranke einer Unternehmenskontrolle durch Kreditgeber – Zugleich zum Regelungszweck der Subordination von Gesellschafterdarlehen, ZGR 2012, 835 ff.
- ausführlich *Laspeyres*, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft – Ein Plädoyer für ein am Schädigungspotential hybrider Kapitalgeber ausgerichtetes insolvenz- und liquidationsrechtliches Rechtsfolgenregime, 2013

3. Kleinbeteiligtenprivileg beim echten Hybrid

- Problem: Bildung der Berechnungsgrundlage einschließlich oder ausschließlich des Hybridkapitals?
Beispiel: 950.000 Euro Stammkapital, 100.000 Euro atypisch stille Einlage
 - 100.000 Euro in Bezug auf 1.050.000 Euro < 10 %
 - 100.000 Euro in Bezug auf 950.000 Euro > 10 %
- bei Einbeziehung des Hybridkapitals in die Berechnungsgrundlage Rückwirkung auf die (Klein-)Beteiligung der regulären Gesellschafter
- Lösung: Hybridkapital wird allgemein nicht in die Berechnungsgrundlage einbezogen; Höhe des Finanzierungsbeitrags wird beim Doppeltatbestand (Gesamtbetrachtung) berücksichtigt

4. Sanierungsprivileg beim echten Hybrid

- Problem: Sanierungsbeteiligung, nicht Sanierungskredit wird privilegiert und dabei auch nur der Kredit, nicht die Beteiligung selbst
- beim echtem Hybrid existiert aber kein Kredit neben der Beteiligung
- echtes Hybrid selbst kann nicht privilegiert werden; arg.: sonst Besserstellung des gesellschaftergleichen Dritten ggü. Gesellschafter (z.B. „Innen-Kommanditist“ im Vergleich zu regulärem Kommanditist)

5. Atypischer Pfandgläubiger (unechtes Hybrid)

- Ausgangspunkt der Diskussion: BGHZ 119, 191 (WestLB) zum alten Recht
 - Kreditvergabe + Pfandrecht am Gesellschaftsanteil
 - Sicherungsabtretung der Gewinn-, Abfindungs- und Liquidationsüberschussanteile
 - weite Einflussmacht auf die Geschäftspolitik (faktische Geschäftsführung)
 - oft übersehen: Sicherheit diente auch der Rückführung des notleidenden Kreditengagements bei einer anderen Konzerngesellschaft
 - BGH: „gewinnabhängige Ausgestaltung der Vermögensbeteiligung“
 - zutreffende Prüfung des Doppeltatbestands
- Ergebnis: Kredit + Sicherheit + weitgehender Einfluss reichen nicht aus

6. Nießbraucher und Unterbeteiligte (unechtes Hybrid)

- BGH v. 5.4.2011 – II ZR 173/10, ZIP 2011, 1411 (Rn. 4) zum alten Recht
- Gegenstand der Diskussion: Erfassung eines *neben* dem Nießbrauch/der Unterbeteiligung gewährten Darlehens
- Vergleich zw. Nießbraucher/Unterbeteiligtem + Gesellschafter erforderlich
- Maßgeblichkeit des Doppeltatbestands aus variabler Erlösbeteiligung und Möglichkeit der Einflussnahme ⇒ Folie 21

7. Darlehen des (atypisch) stillen Gesellschafters (unechtes Hybrid)

- Unterliegt die Einlage des atypisch Stillen (echtes Hybrid) dem Gesellschafterdarlehensrecht (Folien 24 ff.), gilt das Gleiche für ein daneben gewährtes Darlehen (unechtes Hybrid)

8. Kleinbeteiligtenprivileg beim unechten Hybrid

- Problem: Atypischer Pfandgläubiger, Nießbraucher + Unterbeteiligter gewähren nur Kredit, halten aber keine Einlage.
- Lösung: Maßgeblichkeit jener Beteiligung, von der sie ihr Recht ableiten
 - „Hintermann“ kann nicht schlechter stehen als „Vordermann“

9. Sanierungsprivileg beim unechten Hybrid

- Problem: Ohne Einlage des atypischen Pfandgläubigers, Nießbrauchers + Unterbeteiligten fehlt auch die Sanierungsbeteiligung.
- Lösung zum Kleinbeteiligtenprivileg kann nicht übernommen werden
 - ein Anteil kann nicht zwei Kreditgeber privilegieren (Hinter- + Vordermann)
 - Privileg nur bei Sanierungsbeteiligung für Rechnung des „Hintermanns“

2. Schwerpunkt:

Rangrücktritt und Insolvenzgründe

- Nachrangkapital und Überschuldung
- Nachrangkapital und Zahlungsunfähigkeit („Prokon“)
- Wirksamkeit von Nachrangabreden

Rangrücktritt und Insolvenzgründe

1. Überschuldung

- a) Regelung seit dem MoMiG in § 19 II 2 InsO: „Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.“
- Streit 1: Ist neben dem Rangrücktritt eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre erforderlich?
 - Streit 2: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?

1. Überschuldung

b) Streit 1: Anforderungen an den Rangrücktritt

- Vor dem MoMiG: BGHZ 146, 264, 271: „wird ... allgemein angenommen, daß sich die Frage der Passivierung von Gesellschafterforderungen mit eigenkapitalersetzendem Charakter auch beim Überschuldungsstatus dann nicht stellt, wenn der betreffende Gesellschafter seinen Rangrücktritt, also sinngemäß erklärt hat, er wolle wegen der genannten Forderungen erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handle es sich bei seiner Gesellschafterleistung um statutarisches Kapital (...). Stellt sich der Gesellschafter in dieser Weise wegen seiner Ansprüche aus einer in funktionales Eigenkapital umqualifizierten Drittleistung auf dieselbe Stufe, auf der er selbst und seine Mitgesellschafter hinsichtlich ihrer Einlagen stehen, besteht keine Notwendigkeit, diese Forderungen in den Schuldenstatus der Gesellschaft aufzunehmen. Einer darüber hinausgehenden Erklärung des Gesellschafters, insbesondere eines Verzichts auf die Forderung (...) bedarf es nicht.“

1. Überschuldung

b) Streit 1: Anforderungen an den Rangrücktritt

- Klärung der Rangtiefe durch das MoMiG: § 39 Abs. 2 InsO
 - streitig, ob Unterordnung für die Zeit vor Insolvenz erforderlich
 - Meinung 1: keine entsprechende Anforderung in § 19 II 2 InsO; Rangrücktritt (für das eröffnete Verfahren) allein ist ausreichend
 - Meinung 2: Schuldendeckungsfähigkeit wird nur dann richtig angezeigt, wenn die Forderung auch vorinsolvenzlich nicht durchgesetzt werden kann ⇒ Vereinbarung vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre erforderlich
- ⇒ Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 65 f.

1. Überschuldung

- c) Streit 2: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?
- § 19 II 2 InsO betrifft unmittelbar nur Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen
 - analoge Anwendung auf Dritte (z.B. Genussrechte)?
 - ❖ Problem Nr. 1: keine Sanktion bei vorzeitiger Rückzahlung, da § 135 I Nr. 2 InsO bei freiwilligem Rangrücktritt unanwendbar ist (*Bitter*, ZIP 2013, 2 ff. gegen *Bork*, ZIP 2012, 2277 ff.)
 - ⇒ Vorschlag von *Adolff*, FS Hellwig, 2010, S. 433, 442 f.: freiwillige Unterwerfung unter das Regime des § 135 InsO
 - ↔ keine privatautonome Schaffung von Anfechtungstatbeständen
 - ⇒ *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 69

1. Überschuldung

- c) Streit 2: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?
- analoge Anwendung auf Dritte (z.B. Genussrechte)?
 - ❖ Problem Nr. 2: Wenn – richtigerweise – neben dem Nachrang eine vorinsolvenzliche Sperre erforderlich ist (⇒ Folie 40), kann diese gegenüber gesellschaftsfremden Dritten zumindest in AGB kaum wirksam vereinbart werden (⇒ Folien 52 + 57)
 - ❖ Ergebnis: Erhebliche Bedenken gegen die Anwendung auf Dritte!!!

2. Zahlungsunfähigkeit

- a) Gesetzliche Ausgangslage: Es existiert keine dem § 19 II 2 InsO entsprechende Regelung in § 17 InsO.
- b) Probleme:
 - Sind „nachrangige“ Forderungen in der Liquiditätsbilanz zur Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen?
 - Welche Anforderungen gelten ggf. für einen Nachrang?
 - Gilt § 19 II 2 InsO analog bei der Zahlungsunfähigkeit?
 - Ist (neben dem Nachrang) die Vereinbarung einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre erforderlich?

2. Zahlungsunfähigkeit

- c) Der Beschluss BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666
 - Leitsatz 1: Eine Forderung ist in der Regel dann i.S.v. § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt.
 - Leitsatz 2: Forderungen, deren Gläubiger sich **für die Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden erklärt haben, sind bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht zu berücksichtigen.

2. Zahlungsunfähigkeit

- c) Der Beschluss BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666
- Sachverhalt: Zwischen der Gläubigerin und dem Schuldner war „vereinbart worden, dass er zahlen oder Forderungen abtreten sollte, wie es ihm möglich war“. Die Gläubigerin verzichtete auf Mahnungen; die jeweilige Restforderung wurde mit 8 Prozent verzinst.
 - Interpretation: Die Gläubigerin – die Steuerberaterin des Schuldners – wollte offenbar verhindern, dass aufgrund ihrer Honoraransprüche das Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit über das Vermögen ihres Mandanten eröffnet werden musste.
 - Folge: Die Gläubigerin unterlag einer liquiditätserhaltenden = die Zahlungsunfähigkeit vermeidenden Durchsetzungssperre

2. Zahlungsunfähigkeit

- d) Der Beschluss BGH v. 23.9.2010 – IX ZR 282/09, ZIP 2010, 2055
- Leitsatz: Der Insolvenzantrag eines nachrangigen Gläubigers ist auch dann zulässig, wenn dieser im eröffneten Verfahren keine Befriedigung erwarten kann.
 - Rn. 10: „Nachrangige Forderungen im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind – wenn keine weitergehende Nachrangvereinbarung getroffen (§ 39 Abs. 2 InsO) wurde (BGHZ 173, 286, 292 Rn. 18) – abweichend zu der für den früheren Rechtszustand überwiegend vertretenen Auffassung [...] nach jetziger Gesetzeslage bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) in die Liquiditätsprognose einzubeziehen, weil mit der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG) das präventive Auszahlungsverbot für Gesellschafterdarlehen entfallen ist.“

2. Zahlungsunfähigkeit

d) Der Beschluss BGH v. 23.9.2010 – IX ZR 282/09, ZIP 2010, 2055

- Interpretation (eigene Ansicht):
 - ❖ Die Vereinbarung eines (auf das Insolvenzverfahren) beschränkten Nachrangs i.S.v. § 39 II InsO reicht nicht, um die Forderung im Liquiditätsstatus außen vor zu lassen.
 - ❖ Erforderlich ist neben dem Nachrang eine liquiditätsbezogene vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, die nicht notwendig in einer Nachrangvereinbarung enthalten ist.
 - ❖ keine Analogie zu § 19 II 2 InsO im Rahmen des § 17 InsO wegen fehlender vergleichbarer Interessenlage
- Ergebnis: Parteiabrede im Einzelfall ist entscheidend.

2. Zahlungsunfähigkeit

e) Literatur (Auswahl)

- *Bitter/Rauhut*, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1005
- *Bork*, Genussrechte und Zahlungsunfähigkeit, ZIP 2014, 997
- *Mock*, Genussrechtinhaber in der Insolvenz des Emittenten, NZI 2014, 102
- *Dittmer*, Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2013, S. 181
- *Kriegel*, in: Nickert/Lamberti, Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung, 1. Aufl. 2008 und 2. Aufl. 2011, Rn. 28 ff.
- *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 9; Anh. § 64 Rn. 363 ff.
- *Schultze*, in: Cranshaw/Paulus/Michel (Hrsg.), Bankenkomentar zum InsR, 2. Aufl. 2012, § 17 Rn. 23 ff.

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Frage des Einzelfalls = keine allgemeine Aussage möglich
- Literatur zur AGB-Prüfung: *Poelzig*, WM 2014, 917, 920 ff.
- Anwendbarkeit des AGB-Rechts?

Ausschluss gemäß § 310 IV BGB (Gebiet des Gesellschaftsrechts)?

(+) BGH v. 10.10.1994 – II ZR 32/94, BGHZ 127, 176 = ZIP 1994, 1847 für stille Beteiligung; Argument: gemeinsamer Zweck = Gesellschaft (streitig)

❖ keine Übertragbarkeit auf Nachrangdarlehen

(–) BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 312 = ZIP 1992, 1542 (juris-Rn. 13) – „Klöckner“ für Genussrechte; Argument: kein Mitgliedschaftsrecht, sondern schuldrechtliches Gläubigerrecht

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)
 - ⇒ Problem: Anlegerhorizont? ⇒ Parallele zum Prospektrecht?
 - ❖ BGH v. 12.7. 1982 – II ZR 175/81, NJW 1982, 2823, 2824 – BuM: durchschnittlicher Anleger, der zwar eine Bilanz lesen kann, aber nicht mit der in Fachkreisen verwendeten Schlüsselsprache vertraut ist
 - ❖ BGH v. 18.9.2012 – XI ZR 344/11, BGHZ 195, 1 = ZIP 2012, 2199: durchschnittlicher Kleinanleger, wenn sich der Emittent ausdrücklich auch an das unkundige und börsenunerfahrene Publikum wendet
 - ⇒ Parallelproblem bei Intransparenz ⇒ Folie 58

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)
 - ⇒ keine Überraschung bei Erkennbarkeit des unternehmerischen Risikos
 - ❖ BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 11 ff.) für ein „Zinsloses nachrangiges Darlehen“ von Eltern der Schüler an einen Schulträger
 - ❖ OLG Schleswig v. 5.2.2009 – 5 U 106/08, GmbHR 2009, 374 für Rangrücktritt bei Gesellschafterdarlehen; Berücksichtigung von Werbeprospekten
 - ⇒ Überraschung bei Nachrang + vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, wenn der Eindruck eines „normalen“ Kreditverhältnisses erzeugt wird
 - ⇒ Überraschungseffekt einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre bei kurzfristig liquidierbarem Anlagetyp
 - ❖ *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1015

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)
 - ⇒ Überraschung bei (umfassender) vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, wenn sich das besonders hohe (Insolvenz-)Risiko nicht aus der Bezeichnung des Darlehens / der Anleihe oder sonst aus einem hervorgehobenen Hinweis ergibt
 - ⇒ Beispiel: „Das Risiko dieser Geldanlage ist im Vergleich zum allgemeinen Insolvenzrisiko deutlich erhöht. Die Geschäftsleitung ist berechtigt, das Nachrangkapital komplett zugunsten anderer Gläubiger zu verbrauchen, ohne Insolvenz anmelden und ohne den Anleger vor dem Totalverlust informieren zu müssen. Es besteht – anders als bei einer Gesellschaftsbeteiligung – nicht einmal die Möglichkeit, auf die Realisierung jenes Risikos des Totalverlustes durch Mitwirkungs- und Kontrollrechte Einfluss zu nehmen.“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

➤ Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)

⇒ Problem: Eröffnung der Inhaltskontrolle (§ 307 III BGB)

- (-) BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 314 ff. = ZIP 1992, 1542 (juris-Rn. 16 ff.) – „Klöckner“: bei „Genussrechten mit Eigenkapitalcharakter“ keine Kontrolle der Möglichkeit, das Genusskapital analog dem Grundkapital bei Verlusten herabzusetzen; Argument: Beteiligung am Verlust = Hauptleistungsinhalt; aber: Art + Weise der Herabsetzung kontrollfähig
- (-) BGH v. 29.4.2014 – II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 (Rn. 29) für Verlustteilnahme bei Genussrecht; Art + Weise der Herabsetzung kontrollfähig
- (?) Übertragbarkeit auf *Rangrücktritt* in Genussrechtsbedingungen?
dafür *Bork*, ZIP 2014, 997 m.w.N.
dagegen *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1015 in Fn. 67

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

➤ Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)

⇒ Problem: Eröffnung der Inhaltskontrolle (§ 307 III BGB)

- (+) inzident BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 20): Nachrang beim *Darlehen* als Abweichung von §§ 38, 174 I InsO
- (+) inzident (ohne Begründung) OLG Schleswig v. 5.2.2009 – 5 U 106/08, GmbHR 2009, 374 für Rangrücktritt bei Gesellschafterdarlehen
- (?) Relevanz der Bezeichnung als „Genussrecht“ bzw. „Nachrangdarlehen“?
Frage: Privilegierung des für den Anleger positiv = weniger gefährlich klingenden „Genussrechts“ gegenüber dem immerhin einen Nachteil andeutenden „Nachrangdarlehen“?

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)
 - ⇒ Unwirksamkeit beim Nachrang umso weniger denkbar, je klarer dieser in der Bezeichnung des Finanzierungsverhältnisses, im Vertrag und/oder den „Begleitdokumenten“ zum Ausdruck kommt
 - ❖ Argumente: Rangrücktritt ist im Gesetz vorgesehen (§ 39 II InsO) und nach § 5 III Nr. 4 SchVG 2009 sogar mit Mehrheit beschließbar
 - ❖ BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 20 ff.): offen, ob ein Nachrang gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung verstößt; jedenfalls keine unangemessene Benachteiligung bei einem betragsmäßig begrenzten zinslosen nachrangigen Darlehen von Eltern der Schüler an einen Schulträger zur Ermöglichung des Schulbetriebs
- krit. Anm. Matz, NZI 2014, 506: „gewichtige Gründe“ für Wirksamkeit erforderlich

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)
 - ⇒ Unwirksamkeit einer Kombination aus Nachrang und insolvenzvermeidender vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, wenn sie in einem Vertrag über den Ankauf von Lebensversicherungen mit Stundung des Kaufpreises enthalten ist
 - ❖ LG Hamburg v. 16.1.2013 – 332 O 72/12 (juris-Rn. 43 ff.): Unwirksamkeit eines sog. „qualifizierten Rangrücktritts“ im Zusammenhang mit einer sog. „Policenaufwertung“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)
 - ⇒ m.E. Unwirksamkeit einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre, wenn sie umfassend gilt und sich nicht auf einen begrenzten Zeitraum der Liquiditätsbeschaffung durch die Geschäftsführung beschränkt
 - ❖ Argumente: Ausstiegsoption als Leitbild des Darlehens (§ 490 BGB); Insolvenzantragsrecht der §§ 13, 14 InsO gilt auch für nachrangige Gläubiger (gesetzlicher Regelfall); „Notbremse“ sogar bei Eigenkapital (§ 49 II GmbHG, § 92 I AktG)
 - ❖ zulässiger Zeitraum der Sperre abhängig von der Kündigungsfrist
 - ❖ *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1015; *Kaler/Kneuer*, NVwZ 2012, 791, 795
 - ❖ daneben auch § 138 BGB denkbar wegen „Selbstentmündigung“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)
 - ⇒ Anlegerhorizont?
 - ❖ BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 312 f. = ZIP 1992, 1542 (juris-Rn. 14) – „Klößner“: durchschnittlicher Erwerber von Genussscheinen
 - ❖ BGH v. 29.4.2014 – II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 (Rn. 27): Durchschnittskunde
 - ❖ Parallelproblem bei § 305c BGB ⇒ Folie 50
 - ⇒ Transparenz des Begriffs „Bilanzverlust“ für Verlustzuweisung
 - ❖ BGH v. 29.4.2014 – II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 (Rn. 27 f.): gesetzliche Bestimmung des Begriffs „Bilanzverlust“ in § 158 I 1 Nr. 5 AktG

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)
 - ⇒ Transparenz der Formulierung „nachrangiges Darlehen“
 - ❖ BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 25 f.): Erläuterung gängiger Rechtsbegriffe nicht erforderlich; zust. *Dörmer*, EWiR 2014, 424
 - ⇒ Intransparenz, wenn durch Bezugnahme auf unklare Begriffe wie „sonstiges Eigenkapital“ nicht deutlich wird, in welchem Rang genau der Anspruch bedient wird
 - ❖ AG Itzehoe v. 1.5.2014 – 28 IE 1/14, 28 IN 1/14, ZIP 2014, 1038, 1040
 - ⇒ Intransparenz, wenn die Bedeutung von Nachrang + vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre durch risikoverschleiende Zusätze unklar wird
 - ⇒ Intransparenz, wenn die rechtliche Wirkung *unrichtig* erläutert wird

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Unklarheiten gehen zu Lasten des Verwenders (§ 305c II BGB)
 - ⇒ wird neben einem „Nachrang“ nicht deutlich eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre vereinbart, hat der „Nachrang“ nur die gesetzliche Wirkung des § 39 InsO = Verteilungsregel im Insolvenzverfahren
 - ❖ *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1012 f. + 1015

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Folge der fehlenden (wirksamen) Vereinbarung
 - a) eines Nachrangs:
 - Risikoerhöhung für sonstige Gläubiger (z.B. Banken)
 - ggf. Überschuldung (⇒ Folien 41 f.); Folge: Insolvenzverschleppung
 - ggf. unrichtige Bilanzierung / Besteuerung
 - erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft (s.u.)
 - b) einer insolvenzvermeidenden vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre:
 - erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft bei fehlender Verbriefung des Rückzahlungsanspruchs (§ 1 I 2 Nr. 1 KWG), str.
 - ⇒ LG Hamburg v. 16.1.2013 – 332 O 72/12 (juris)
 - ⇒ *Poelzig*, WM 2014, 917, 919 f. m.N. auch zur Gegenansicht
- http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2014/fa_bj_1408_qualifizierte_nachrangklauseln.html

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Beispiel „Prokon“ – Nachrang in § 10 GRB

„Die Forderungen aus den Genussrechten der PROKON Regenerative Energien GmbH **treten** gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern der PROKON Regenerative Energien GmbH **im Rang zurück**. Die gesamte Vermögenseinlage der Genussrechtsinhaber haftet jedoch nachrangig **nach dem sonstigen Eigenkapital der Emittentin**, insbesondere nach dem Stammkapital, für Verbindlichkeiten der Emittentin. Eine über die Nominaleinlage hinausgehende Nachschusspflicht besteht nicht.“
- ähnlich § 9 GRB der German Pellets Genussrechte GmbH

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Beispiel „Prokon“ – vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre in § 8 Abs. 2 GRB a.F.

„Sollte aufgrund der eingehenden Kündigungen absehbar sein, dass die Liquidität der Emittentin für die Rückzahlung des gekündigten Kapitals nicht ausreicht, ist der geschäftsführende Kommanditist verpflichtet, alles zu unternehmen, um bis zum Rückzahlungstermin eine ausreichende Liquidität bei der Emittentin aufzubauen. Hierzu können insbesondere Projekte der Emittentin verkauft werden, sofern mindestens ein Kaufpreis in Höhe ihres Verkehrswertes erzielt werden kann. Der geschäftsführende Kommanditist ist darüber hinaus angehalten, die Investitionen in neue Projekte aus vorhandener Liquidität einzuschränken. Sollte die Liquidität der Emittentin zum Rückzahlungstermin dennoch nicht ausreichen, **kann die Rückzahlung des gekündigten Genussrechtskapitals ausgesetzt werden, bis der Emittentin die notwendige Liquidität zur Verfügung steht.**“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Beispiel Württembergische Hypothekenbank AG – § 8 GRB

„Die Genussrechte **treten** gegenüber allen anderen nicht nachrangigen Gläubigern der Württembergische Hypothekenbank AG **im Rang zurück**. **Im Falle eines Insolvenzverfahrens** über das Vermögen oder der Liquidation der Württembergische Hypothekenbank AG werden die Genussrechte nach allen anderen nicht nachrangigen Gläubigern, gleichrangig mit weiteren Genussrechten und vorrangig vor den Aktionären bedient; die Genussrechte gewähren keinen Anteil am Liquidationserlös.“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

➤ Beispiel DeinBus.de – Nachrang in § 11 GRB

„1. Der Anspruch des Zeichners ist gegenüber den Ansprüchen anderer Gesellschaftsgläubiger **im Insolvenzfall nachrangig**.

2. Das Kapital wird **im Fall des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen der Gesellschaft oder der Liquidation der Gesellschaft erst nach Befriedigung aller nicht nachrangigen Gläubiger zurückgezahlt.

3. Die Genussrechte begründen keinen Anspruch auf Teilnahme am Liquidationserlös im Fall der Auflösung der Gesellschaft.“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

➤ Beispiel SeniVita Sozial gGmbH – Nachrang + Sperre in § 10 GRB

10.1 Die Forderungen aus den Genussrechten **treten** gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern der SeniVita Sozial gGmbH, die nicht ebenfalls nachrangig sind, **im Rang zurück**.

10.2 Die Geltendmachung der Ansprüche auf Auszahlung der Genussrechtsvergütung oder der Rückzahlung des Genussrechtskapitals sind **solange und soweit ausgeschlossen, als sie einen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens herbeiführen würden**.

10.3 **Im Falle des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen oder der Liquidation der SeniVita Sozial gGmbH werden die Genussrechte erst nach Befriedigung aller nicht nachrangigen Gläubiger und vorrangig vor den Gesellschaftern der SeniVita Sozial gGmbH bedient.

10.4 Die Genussrechte gewähren keinen Anteil am Liquidationserlös. Eine Nachschusspflicht der Genussrechtsinhaber besteht nicht.

10.5 ...

3. Widerrufsrecht nach Fernabsatzrecht

- Fortbestand des Widerrufsrechts bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung
 - ⇒ Früher: zeitlich nicht begrenztes Widerrufsrecht
 - ❖ Beginn der Widerrufsfrist nur bei Mitteilung einer deutlich gestalteten Belehrung über das Widerrufsrecht (§ 355 III 1 BGB) + Erfüllung der Informationspflichten (§ 312d II BGB)
 - ❖ bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung / Nichterfüllung der Informationspflichten auch kein Erlöschen des Widerrufsrechts nach sechs Monaten (§ 355 IV 3 BGB)
 - ⇒ jetzt zwar zeitliche Befristung in § 356 III BGB (12 Monate + 14 Tage), aber Ausnahme für Finanzdienstleistungen (Satz 3)
 - ⇒ Möglichkeit des Widerrufs verhindert die Wirkungen des Nachrangs und der vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre ⇒ Folie 61

3. Sonstige Einzelfragen

- Auslegung des Nachrangs bei Bezugnahme auf die Eigenkapitalregeln des Bankaufsichtsrechts
- Forderung im Rang des „§ 39 I Nr. 0 InsO“ im Insolvenzverfahren
- Nachrang und Schuldverschreibungsgesetz

1. Auslegung des Nachrangs bei Bezugnahme auf die Eigenkapitalregeln des Bankaufsichtsrechts

- Frage: In welchem Rang sind Gläubiger einzuordnen, in deren Finanzierungsinstrument auf § 10 KWG a.F. Bezug genommen wird?
 - sonstiges Kapital als Kernkapital (Abs. 4 Satz 1 Nr. 2): „Kapital ... nach Befriedigung aller Gläubiger zurückzuzahlen ist“
 - Ergänzungskapital (Abs. 5 Satz 1 Nr. 2): „Kapital ... nach Befriedigung aller nicht nachrangigen Gläubiger zurückgezahlt wird“
- Auslegung kann ergeben, dass bei Kernkapital der Rang des § 39 II InsO (bzw. vor § 199 InsO) gemeint ist, während bei Ergänzungskapital der Rang des „§ 39 I Nr. 0 InsO“ (= nach § 38 InsO und vor § 39 InsO) gewollt ist

1. Auslegung des Nachrangs bei Bezugnahme auf die Eigenkapitalregeln des Bankaufsichtsrechts

- Gleiches Auslegungsproblem nach Inkrafttreten der VERORDNUNG (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012
 - „zusätzliches Kernkapital“ i.S.v. Art. 52 I 1 lit. d) Verordnung (EU) 575/2013: „die Instrumente sind bei Insolvenz des Instituts nachrangig gegenüber Instrumenten des Ergänzungskapitals“
 - „Ergänzungskapital“ i.S.v. Art. 63 lit d) Verordnung (EU) 575/2013: „den Ansprüchen aller nichtnachrangigen Gläubiger vollständig nachrangig“

2. Forderung im Rang des „§ 39 I Nr. 0 InsO“ im Insolvenzverfahren

- Ausgangspunkt: Rücktritt hinter die regulären Insolvenzgläubiger, aber vor die Gläubiger des § 39 I Nr. 1 bis 5 InsO.
- m.E. verfahrensmäßige Gleichbehandlung mit sonstigen nachrangigen Forderungen, da wahrscheinlicher Ausfall entscheidend ist
 - Anmeldung nur auf Aufforderung (§§ 28 I, 174 III InsO)
 - kein Stimmrecht (§ 77 I 2 InsO)
 - Erlassfiktion beim Insolvenzplan (§ 225 InsO)
 - analoge Anwendung des § 206 BGB (Hemmung der Verjährung)

3. Nachrang und Schuldverschreibungsgesetz (SchuVG 2009)

- Einberufung einer Gläubigerversammlung gemäß § 19 SchuVG 2009
 - LG Bonn v. 30.1.2014 – 6 T 22/14, ZIP 2014, 983: teleologische Reduktion bei festgestellter Überschuldung + unstreitigem Nachrang
 - ebenso *Thole*, ZIP 2014, 293, 296; *Kessler/Rühle*, BB 2014, 907 m.w.N.

4. Literatur zu allgemeinen Fragen der Restrukturierung von Anleihen

- *Thole*, Die Restrukturierung von Schuldverschreibungen im Insolvenzverfahren, ZIP 2014, 293 ff.
- *Kessler/Rühle*, Die Restrukturierung von Anleihen in Zeiten des SchuVG 2009, BB 2014, 907 ff.

Hinweis:

Der Foliensatz zu diesem und vielen anderen Vorträgen ist als PDF-Datei über meine Homepage www.georg-bitter.de unter „Lehrstuhlinhaber“ ⇒ „Vorträge“ erhältlich.

© 2014
Prof. Dr. Georg Bitter
Universität Mannheim
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht
Schloss, Westflügel W 241/242
68131 Mannheim
www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V. (ZIS)
www.zis.uni-mannheim.de