

TOM DITTMAR

Der überschuldungs- vermeidende Rangrücktritt

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

64



Tom Dittmar

Der überschuldungs- vermeidende Rangrücktritt

Ein Plädoyer für die insolvenzrechtliche Regulierung
von Gesellschafter-Fremdkapital

Mohr Siebeck

Tom Dittmar, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg; 2013 Erste Juristische Staatsprüfung; 2016 LL.M. an der Columbia Law School in New York; Rechtsreferendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht mit Stationen u. a. beim Insolvenzgericht, bei der Hamburger Wertpapierbörse und bei einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Hamburg und in Hong Kong; 2018 Zweite Juristische Staatsprüfung und Promotion.
orcid.org/0000-0003-1120-2540

ISBN 978-3-16-156719-3 / eISBN 978-3-16-156720-9
DOI 10.1628/978-3-16-156720-9

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480
(Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die juristische Fakultät der Universität Hamburg hat die vorliegende Arbeit unter dem Titel „Der überschuldungsvermeidende Rangrücktritt nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO im neuen Recht der Gesellschafterdarlehen – Ein Plädoyer für die insolvenzrechtliche Regulierung von vertraglich subordiniertem Gesellschafter-Fremdkapital –“ im Wintersemester 2018/2019 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis März 2018 berücksichtigt.

Meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Heribert Hirte danke ich ganz herzlich für die Betreuung dieser Arbeit und die vielen wertvollen inhaltlichen Anregungen. Seine Veranstaltungen im Schwerpunktstudium und seine Art zu lehren waren es, die meine wissenschaftliche Begeisterung für das Gesellschafts- und Insolvenzrecht geweckt haben. Für seine konstruktive und bereichernde Begleitung der Dissertation neben seiner Arbeit im Deutschen Bundestag bin ich ihm zu tiefstem Dank verpflichtet.

Herrn Professor Dr. Reinhard Bork danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die gewinnbringenden Denkanstöße, welche in der Drucklegung berücksichtigt wurden.

Bei den Herausgebern der Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt und Prof. Dr. Rüdiger Veil bedanke ich mich für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe.

Nicht zuletzt gebührt ein herzlicher Dank auch meiner Familie und meinen Freunden, die mich während des Promotionsvorhabens so hilfreich unterstützt haben.

Besonders bedanken möchte ich mich bei meinem Studienfreund Simon für seine tatkräftige Hilfe bei der Durchsicht des Manuskripts und für die vielen gewinnbringenden Diskussionen rund um das Promotionsvorhaben. Gleichfalls möchte ich meinem Bruder Moritz und meiner Großmutter Elisabeth für ihre großartige und liebevolle jahrelange Unterstützung danken.

Innigster Dank gilt meiner Freundin Janina, die mich während des Promotionsvorhabens mit viel Liebe und Fürsorge fachlich und moralisch unterstützt hat. Ihr Optimismus und ihr Vertrauen in meine Fähigkeiten waren und sind für mich von unschätzbarem Wert. Sie haben mir sehr geholfen, auch die beschwerlichen Phasen der Promotion zu überstehen.

Mein größter Dank gilt meinen Eltern Christiana und Rolf, die mich auf meinem Weg so bedingungslos und uneingeschränkt unterstützen. Ohne ihren Rückhalt wäre diese Arbeit undenkbar und mein Auslandsaufenthalt in New York nicht möglich gewesen. Ihnen ist diese Arbeit in tiefer Dankbarkeit gewidmet.

Hamburg, im Dezember 2018

Tom Dittmar

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Einleitung	1
§ 1 Thematische Einführung	1
§ 2 Untersuchungsziel und Gang der Darstellung	5
Kapitel 1: Die Grundlagen der nachrangigen Gesellschaftsfinanzierung im Überblick	7
§ 1 Die Gesellschaftsfremdfinanzierung und die gesetzliche Nachrangigkeit	7
A. Die Gesellschafterfremdfinanzierung unter Geltung des Eigenkapitalersatzrechts	8
B. Die Gesellschafterfremdfinanzierung nach Inkrafttreten des MoMiG	9
§ 2 Die vertragliche Nachrangigkeit	10
A. Die Eingrenzung der hier gegenständlichen, vertraglichen Subordination von Forderungen	11
B. Der überschuldungsvermeidende Rangrücktritt nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO	12
I. Die Besonderheit der Rangklasse unterhalb des Rangs des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	14
II. Der „qualifizierte“ Rangrücktritt im Eigenkapitalersatzrecht	14
III. Die Änderung der Rechtslage durch das MoMiG	16
IV. Drittgläubiger und der Überschuldungsstatus	18
C. Die umstrittenen Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 InsO im Überblick	18

§ 3 Begriffsverwendungen in dieser Arbeit.....	20
--	----

Kapitel 2: Die Rechtsprechung zu § 19 Abs. 2 S. 2 InsO nach Inkrafttreten des MoMiG.....	25
---	-----------

§ 1 Der Fall.....	25
-------------------	----

§ 2 Die rechtliche Würdigung des OLG Düsseldorf.....	26
--	----

A. Der Anspruch aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO a. F.	26
--	----

B. Der Anspruch aus §§ 134 Abs. 1, 143 Abs. 1 InsO.....	27
---	----

C. Der Anspruch aus § 813 Abs. 1 S. 1 BGB	27
---	----

D. Zusammenfassung	28
--------------------------	----

§ 3 Die rechtliche Würdigung des BGH.....	28
---	----

A. Die Voraussetzungen und die Rechtsnatur des Rangrücktritts nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO	29
---	----

I. Die erforderliche Rangtiefe	29
--------------------------------------	----

II. Die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre	29
---	----

III. Die Rechtsnatur und Drittwirkung des Rangrücktritts	30
--	----

B. Der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB	30
--	----

I. Die Rechtsgrundlosigkeit der Zinszahlungen	31
---	----

II. Die Einrede des § 814 BGB.....	31
------------------------------------	----

C. Der Anspruch aus § 134 Abs. 1 InsO.....	32
--	----

§ 4 Zusammenfassung	32
---------------------------	----

Kapitel 3: Die „neuen Rechtsprechungsregeln“ zu überschuldungsvermeidenden Rangvereinbarungen nach der Entscheidung des BGH vom 5.3.2015 (BGHZ 204, 231).....	33
--	-----------

§ 1 Der Anwendungsbereich der „neuen Rechtsprechungsregeln“	34
---	----

A. Der zeitliche Anwendungsbereich	34
--	----

I. Die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts	34
---	----

II. Die Grundsatzentscheidung für das alte und neue Recht	35
---	----

B. Der persönliche Anwendungsbereich.....	36
---	----

I. Rangrücktritte von Gesellschaftern nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO	37
--	----

1. Vorfrage: Generelle Anfechtbarkeit von Zahlungen auf vertraglich subordinierte Gesellschafterdarlehen?	38
a) Grammatikalische Auslegung	39
b) Historische Auslegung	39
c) Systematische Auslegung	40
d) Teleologische Auslegung	41
aa) Die Legitimationsgrundlagen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO und der freiwillige Nachrang	41
(1) Die Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung	41
(2) Der Missbrauch der Haftungsbeschränkung	41
(3) Die Finanzierungszuständigkeit der Gesellschafter	42
(4) Zwischenergebnis zu den Legitimationsgrundlagen und dem vertraglichen Nachrang eines Gesellschafters	42
bb) Die Rechtsprechung des OLG München zur Durchsetzung der Nachrangigkeit	43
e) Ergebnis zur Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO bei Rangrücktritten	44
2. Das Verhältnis des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu den „neuen Rechtsprechungsregeln“ nach Zahlungen an vertraglich subordinierte Gesellschafter	44
a) Abschließender Gläubigerschutz durch das BGH-Regime?	46
aa) Die langen Rückforderungsfristen nach der BGH-Lösung ...	46
bb) Das Gläubigerschutzniveau des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO im Jahreszeitraum vor der Insolvenz	47
c) Systematischer Ausschluss der Anfechtung?	48
(1) Die Befriedigung durch Erfüllung nach den §§ 362 ff. BGB	48
(2) Die Befriedigung der Forderung bei fehlender Erfüllbarkeit?	49
(3) Stellungnahme	49
b) Zwischenergebnis: Kein Exklusivitätsverhältnis von Anfechtung und „neuen Rechtsprechungsregeln“	51
3. Ergebnis: „Zweispuriger Kapitalschutz“ durch kumulative Anwendung des § 135 InsO und der „neuen Rechtsprechungsregeln“	52
II. Abtretungs- und Austrittsfälle	53
1. Der Nachrang	53
2. Die Anfechtbarkeit	53
3. Ergebnis	54
C. Ergebnis zum Anwendungsbereich der „neuen Rechtsprechungsregeln“	54

§ 2 Die Mindestanforderungen an die Ausgestaltung der vorinsolvenzlichen Zahlungssperre	55
A. Die „drohende Insolvenzreife“ als Element der Zahlungssperre.....	56
I. Der widersprüchliche Wortlaut der BGH-Entscheidung.....	57
II. Das Solvenzstadium der „drohenden Insolvenzreife“ und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger.....	59
III. Stellungnahme zur „drohenden Insolvenzreife“ der Gesellschaft.....	60
1. Die Abhängigkeit des Gläubigerschutzniveaus vom Umfang der erfassten Solvenzstadien	60
2. Das systematische Problem der Selbstreferenzialität.....	61
3. Ergebnis zum Solvenzstadium der „drohenden Überschuldung“ als Element der Zahlungssperre.....	63
IV. Die präzise Definition des Solvenzstadiums der „drohenden Überschuldung“	64
1. Die Definition des Instituts der Wirtschaftsprüfer.....	64
2. Die „drohende Überschuldung“ und der modifiziert zweistufige Überschuldungsbegriff	65
3. Ableitbare Regeln für die rechtliche Wirkung der Zahlungssperre	66
B. Ergebnis zu den Mindestanforderungen an die Zahlungssperre	67
§ 3 Den BGH-Anforderungen nicht genügende Rangvereinbarungen	68
A. Das Verfehlen der erforderlichen Rangtiefe	68
I. Tatbestand	68
II. Rechtsfolgen	69
B. Das Fehlen der vorinsolvenzlichen Zahlungssperre.....	70
I. Tatbestand	70
II. Rechtsfolgen	70
C. Ergebnis.....	71
§ 4 Die Rangvereinbarung als drittwirkende dingliche Forderungsänderung zugunsten der weiteren Gesellschaftsgläubiger	71
A. Die dingliche Änderung der Forderung	72
I. Der bürgerlich-rechtliche Ansatz des BGH	72
II. Die durch den Überschuldungsstatus des § 19 Abs. 2 S. 1 InsO vermittelte dingliche Änderung der Forderung.....	73
B. Der subsidiäre Aufhebungsschutz durch die Konstruktion als Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB.....	73
I. Der Drittschutz der Rangvereinbarung	74

II. Der Umfang der begünstigten Gläubigergruppe	75
III. Die Unwirksamkeitsfolge des § 328 Abs. 2 BGB	76
C. Ergebnis	78

§ 5 Die Verteidigungsmöglichkeiten des vertraglich subordinierten Gläubigers..... 78

A. Die Entreicherung des Gläubigers nach § 818 Abs. 3 BGB und § 143 Abs. 2 S. 1 InsO	78
I. Die Entreicherung in „Wasserfallstrukturen“	79
II. Der Ausschluss nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB	80
III. Der Ausschluss nach § 143 Abs. 2 S. 2 InsO	82
B. Der Konditionsausschluss nach § 814 BGB	82
C. Die Täuschung des Drittgläubigers über das Eingreifen der Zahlungssperre	84
I. Die Täuschung zur Abwehr des fälligen und berechtigten Zahlungsanspruch des Gläubigers	84
II. Die Täuschung zur Ermöglichung der Auszahlung	86
D. Ergebnis zu den Verteidigungsmöglichkeiten	87

§ 6 Die Geschäftsführerhaftung 88

A. Die zivilrechtliche Haftung	88
I. § 43 Abs. 2 GmbHG	88
II. § 64 S. 3 GmbHG	89
1. Das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht	89
2. Die Zahlungshaftung	91
III. § 64 S. 1 GmbHG	91
B. Die strafrechtliche Haftung	92
I. Die Zahlung auf nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO subordinierte Darlehen als Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen gemäß § 266 StGB	94
1. Die Rechtsfigur des existenzgefährdenden Eingriffs	94
2. Die Rechtsprechung zur Zahlung auf „nichtige Forderungen“	96
II. Die Zahlung auf nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO subordinierte Darlehen als Bankrott-Handlung gemäß § 283 StGB	98
1. Strafbarkeit nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB	98
2. Die Privilegierung des § 283c Abs. 1 StGB	99
C. Ergebnis zur Geschäftsführerhaftung	100

§ 7 Die handels- und steuerrechtliche Bilanzierung der nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO subordinierten Verbindlichkeit 101

A. Die „neuen Rechtsprechungsregeln“ und die Handelsbilanz	101
--	-----

I.	Keine Erkennbarkeit des Bindungsgrads durch Ausweis als „nachrangige Verbindlichkeit“	102
II.	Die Lösung durch den Ausweis als „gebundenes Darlehen“	104
III.	Handelsrechtliche Passivierungspflicht der „qualifizierten Nachrangverbindlichkeit“	105
1.	Wirtschaftliche Belastung der Gesellschaft?	105
2.	Stellungnahme	107
a)	Die Unklarheit über die wirtschaftliche Belastung aus der Ex-ante-Perspektive	107
aa)	Die Befriedigung in der Insolvenz als Eintritt des Besserungsfalls?	109
bb)	Der insolvenzbedingte Forderungsausfall und die wirtschaftliche Belastung der Gesellschaft	110
b)	Das bilanzrechtliche Vorsichtsgebot	111
IV.	Ergebnis zur handelsrechtlichen Passivierungsfähigkeit der nachrangigen Verbindlichkeit	112
B.	Die steuerrechtliche Passivierungsfähigkeit der qualifizierten Nachrangverbindlichkeit	113
I.	Die Maßgeblichkeit der Handelsbilanz	113
II.	Die Regelung des § 5 Abs. 2a EStG	114
III.	Ergebnis zur Bilanzierung der nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO subordinierten Verbindlichkeit	114
§ 8 Zusammenfassung der „neuen Rechtsprechungsregeln“ nach der Entscheidung des BGH vom 5.3.2015 (BGHZ 204, 231)		115

Kapitel 4: Die kritische Bewertung der „neuen Rechtsprechungsregeln“

§ 1	Der Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 2 InsO	119
A.	Der Nachrang der Verbindlichkeit „im Insolvenzverfahren“	119
B.	Die Bedeutung des Wortlauts und die Wertung des MoMiG-Gesetzgebers	120
C.	Ergebnis	121
§ 2	Das Erfordernis einer vorinsolvenzlichen Wirkung von Rangvereinbarungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO	122
A.	Der Überschuldungsbegriff des § 19 Abs. 2 S. 1 InsO	122
B.	Das Dilemma bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung nach § 19 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 InsO	123

I.	Die Argumente der herrschenden Meinung für das Erfordernis der vorinsolvenzlichen Wirkung.....	123
1.	Die vorinsolvenzliche Gläubigergefährdung	124
2.	Die Vorwegnahme der Insolvenzwirkungen.....	125
3.	Das Schuldendeckungsprinzip.....	125
4.	Die Wertung des § 212 InsO	125
5.	Zusammenfassung	126
II.	Die Argumente im Schrifttum gegen das Erfordernis einer vorinsolvenzlichen Wirkung.....	126
1.	Vorwegnahme der Fortsetzungswirkung?	126
2.	Der Sinn und Zweck der Eröffnung des Insolvenzverfahrens	127
3.	Das Nachhaltigkeitserfordernis des § 212 InsO.....	128
4.	Zusammenfassung	128
III.	Stellungnahme	128
1.	Möglichkeit eines „vorinsolvenzlichen Rangrücktritts“?	129
a)	Vorinsolvenzliche Ränge im neuen Recht der Gesellschafterdarlehen	129
b)	Die Kombination des Rangrücktritts mit einem außerinsolvenzlichen Sanierungsinstrument.....	131
2.	Die Voraussetzungen der überschuldungsvermeidenden Wirkung	131
a)	Die getrennte Betrachtung der Überschuldungselemente	132
b)	Der Sinn und Zweck der Insolvenzeröffnung.....	133
aa)	Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Befriedigung der nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO subordinierten Gläubiger?	133
bb)	Der Vergleich zur Passivierungspflicht von nicht fälligen Forderungen und von nachrangigen Forderungen in außerinsolvenzlichen Schuldenbereinigungsplänen	134
c)	Der Sinn und Zweck des Stichtagsprinzips	135
3.	Die Gläubigergefährdung durch die Wirkung des § 19 Abs. 2 S. 2 InsO.....	136
C.	Ergebnis.....	137
<i>§ 3 Die Wertungskonflikte durch die Anwendung der „neuen Rechtsprechungsregeln“ auf vertraglich subordinierte Gesellschafterdarlehen</i>		<i>137</i>
A.	Exkurs: Das zweispurige Eigenkapitalersatzrecht vor Inkrafttreten des MoMiG.....	137
I.	Die Gläubigergefährdung durch den Einsatz von Gesellschafterfremdkapital.....	138
II.	Die Einführung des Eigenkapitalersatzrechts	138
III.	Die Novellenregeln.....	140

IV. Die Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln.....	141
V. Das zweispurige Eigenkapitalersatzrecht.....	142
B. Die Anwendung von eigenkapitalspezifischen Schutzmechanismen auf Fremdkapital	142
I. Die Parallelen zwischen dem zweispurigen Eigenkapitalersatzrecht und dem BGH-Regime zu § 19 Abs. 2 S. 2 InsO.....	143
II. Keine Beseitigung des Fremdkapitalcharakters durch den Nachrang in der Insolvenz	144
C. Die retrospektive Weichenstellung aus der Perspektive des MoMiG-Gesetzgebers	145
I. Das Gesellschafterdarlehen im Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO als „abschließendes Normalstatut“?	145
II. Die Absage an vorinsolvenzliche Zahlungssperren durch die Anfechtungslösung des MoMiG	146
1. Die Gesetzgebungsgeschichte des MoMiG und die Warnfunktion des Rangrücktritts nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO	146
2. Die notwendige Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO.....	148
3. Kein auf die erneute Einführung eines zweispurigen Kapitalschutzes gerichteter gesetzgeberischer Wille	149
III. Die retrospektive De-facto-Wirkung von vorinsolvenzlichen Zahlungsverboten	149
1. Die faktische Wirkung des Zahlungsverbots im Eigenkapitalersatzrecht	150
a) Der Insolvenzverwalter als Vollstrecker des Kapitalerhaltungsrechts	150
b) Vestigia terrent der Rechtsprechungsregeln?	152
aa) Die Anreizwirkung auf den Gesellschafter	153
(1) Das Risikoprofil des Gesellschafters	153
(2) Exklusives vestigia terrent des Zahlungsverbots?	155
(3) Das retrospektive Funktionsäquivalent der Zahlungssperre im neuen Recht der Gesellschafterdarlehen	156
bb) Die Anreizwirkung auf die Geschäftsführer	157
c) Zwischenergebnis zur faktischen Wirkung von fremdkapitalschützenden Zahlungsverboten	159
2. Die Wirkung der vorinsolvenzlichen Zahlungssperre im neuen BGH-Regime.....	159
IV. Die (überschuldungs-)bilanzielle Behandlung des vorinsolvenzlichen Zahlungsfalls	161
D. Kein Vertrauensschutz gegen das Belieben der Parteien	163
E. Ergebnis	164

§ 4 Die Systementwicklung unter dem Deckmantel der Privatautonomie	165
A. Die Auslegungsmethodik des BGH	165
B. Der quasi-gesetzliche Charakter der Vereinbarung	167
C. Die „miterklärte Drittwirkung“ als wiederauferstandene Finanzierungsfolgenverantwortung des Eigenkapitalersatzrechts?	168
D. Ergebnis	169
§ 5 Die dogmatischen Verwerfungen durch den Rückgriff auf die Zivilrechtsfigur des Vertrags zugunsten Dritter	169
A. Die bloß reflexartige Begünstigung der übrigen Gläubiger	169
B. Die Vermittlung der Drittwirkung über die öffentlich-rechtliche Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO	170
C. Der Widerspruch zur Star 21-Entscheidung des II. BGH- Zivilsenats	172
I. Die Patronatserklärung und die Überschuldung nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO	172
II. Der Versuch, die Drittwirkung auf die rechnerische Überschuldung zu beschränken	173
1. Die Kündbarkeit der insolvenzreifevermeidenden Patronatserklärung	173
2. Die Patronatserklärung und die Solvenzprognosen	174
3. Die Vermeidung der Insolvenzreife und die Aussicht auf vollständige Befriedigung durch Erhöhung der Aktiva	175
4. § 15a InsO und das Belieben der Parteien	177
III. Ergebnis	177
§ 6 Zusammenfassung der kritischen Bewertung der BGH-Lösung	178
 Kapitel 5: Die eigene Lösung: Der anfechtungs- und haftungsbewehrte Solvenzttest im neuen Recht der Gesellschafterdarlehen	181
§ 1 Keine Lösung über die Bindung des § 30 GmbHG (analog)	182
§ 2 Der ausreichende Gläubigerschutz durch ein insolvenzrechtliches Drei-Säulen-Modell beim Rangrücktritt eines Gesellschafters	183
A. Das Solvenzinteresse der Gesellschaft (1. Säule)	185

I.	Die Prognoseelemente der gesetzlichen Insolvenzgründe	185
II.	Die Leistungsverweigerungsrechte als Ausdruck des Solvenzinteresses.....	186
1.	Gläubigergefährdung durch den relativen Charakter und die Aufhebbarkeit von Leistungsverweigerungsrechten?	187
2.	Keine Notwendigkeit für ein unaufhebbares Zahlungsverbot.....	189
III.	Der insolvenzrechtliche Rangrücktritt und die Überschuldungselemente	191
1.	Isolierte Rangrücktritte und die Überschuldungsbilanz.....	191
2.	Der Gleichlauf der Berücksichtigung nachrangiger Forderungen in den gesetzlichen Prognosen der §§ 17, 18, 19 InsO	192
3.	Die Bedeutung des Rangrücktritts unter Geltung des modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriffs	194
a)	Die Ex-post-Beweisführung	194
b)	Annahme einer strikten Zweistufigkeit der Überschuldungsprüfung?.....	195
IV.	Ergebnis zum Solvenzinteresse der Gesellschaft: Gläubigerschutz, aber keine Befriedigungsgarantie	196
B.	Der haftungsbewehrte Rechte- und Pflichtenkanon der Geschäftsführung (2. Säule)	197
I.	Die Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG	198
1.	Der Haftungsdruck und die Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO.....	198
2.	Der nahtlose Gläubigerschutz in der materiellen Insolvenz der Gesellschaft.....	200
II.	Die Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG	202
1.	Die Gläubigerschutzlücken des Solvenztests im Stadium der „drohenden Überschuldung“	202
2.	Das Schließen der Gläubigerschutzlücke über § 64 S. 3 GmbHG	204
a)	Die Deutung des § 64 S. 3 GmbHG im Schrifttum	205
aa)	Im Schrifttum diskutierte Korrekturmöglichkeiten.....	206
bb)	Gewährt § 64 S. 3 GmbHG ein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht?	206
b)	Die Entscheidung BGHZ 195, 42 vom 9.10.2012 zu § 64 S. 3 GmbHG.....	207
c)	Stellungnahme: Die eigene Interpretation des § 64 S. 3 GmbHG.....	209
aa)	Die echte Fälligkeit der Gesellschafterforderung	210
bb)	Der Zurechnungszusammenhang zwischen Zahlung und Eintritt der Zahlungsunfähigkeit	210
(1)	Die Prognosen der §§ 18, 19 InsO als Zurechnungszusammenhang zwischen Zahlung und tatbestandlichem Erfolg	211

(2) Die Insolvenz als Haftungsvoraussetzung des § 64 S. 3 GmbHG	212
(3) § 64 S. 3 GmbHG als Risikoverteilungsnorm	214
(4) Die Norm als Ausdruck der retrospektiven Betrachtungsweise des MoMiG	217
3. Ergebnis zur Haftung des Geschäftsführers nach § 64 S. 3 GmbHG	218
III. Die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG	219
IV. Die Haftung nach § 15a InsO, § 823 Abs. 2 BGB	219
V. Ergebnis: Enger Handlungskorridor und hohes Haftungsrisiko des Geschäftsführers	220
C. Die Anfechtungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters (3. Säule).....	221
I. Die Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	222
1. Die Anfechtung als retrospektives Korrektiv von Fehlprognosen und prognosebedingten Unschärfen	224
a) Die Idealvorstellung eines Solvenztests	224
b) Die Fehlprognosen und das Fehlverhalten der Geschäftsführer	224
aa) Die Anfechtung nach Sorgfaltspflichtverletzungen des Geschäftsführers	225
bb) Die Anfechtung als Korrektiv prognosebedingter Unschärfen	226
(1) Das Ausbleiben der Insolvenz	226
(2) Der Eintritt der Insolvenz	226
2. Die Aktivierung der Haftkapitalfunktion	226
3. Die Korrektur der unzutreffenden Solvenzprognose	227
4. Das Gläubigerschutzniveau der Anfechtungslösung und die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers	228
a) Der Gläubigerschutz innerhalb der Anfechtungsfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	229
b) Notwendigkeit der vierjährigen Rückforderungsmöglichkeit?	231
c) Größtmöglicher Gläubigerschutz?	232
5. Ergebnis zur Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	234
II. Die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO	234
1. § 133 Abs. 1 InsO a. F. bei kongruenten Leistungen	235
2. Die BGH-Rechtsprechung zu gescheiterten Sanierungskonzepten	237
3. Die Neuregelung von § 133 InsO durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen	239
a) Verkürzung der Anfechtungsfrist auf vier Jahre	239
b) Verschiebung des für die Gläubigerkenntnis und den Benachteiligungsvorsatz relevanten Solvenzstadiums	240

c) Entscheidende Schwächung der hier vorgestellten 3. gläubigerschützenden Säule?.....	242
4. Ergebnis zur Anfechtung nach § 133 InsO	242
D. Fehlende Balance im hier vorgeschlagenen Kapitalschutzsystem?	243
E. Ergebnis zum Rangrücktritt des Gesellschafters nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO.....	245
I. Die Weichenstellung des MoMiG	245
II. Kontrollüberlegungen	246
III. Die Prognoseabhängigkeit der BGH-Lösung.....	247
 § 3 Rangvereinbarungen von Drittgläubigern.....	248
A. Das Dogma der Einheitslösung für Gesellschafter und Drittgläubiger	249
I. Die unterschiedlichen Ausgangslagen der beiden Gläubigergruppen.....	250
II. Die dogmatische Friktionen durch die unterschiedliche Behandlung der beiden Gläubigergruppen	251
B. Die Übertragung des vorgestellten Drei-Säulen-Modells auf Drittgläubiger	252
I. Das Solvenzinteresse gegenüber dem Drittgläubiger.....	252
II. Die Anfechtungsmöglichkeiten gegenüber dem Drittgläubiger.....	253
1. Die Anfechtbarkeit nach § 136 Abs. 1 InsO?	254
2. Die Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	256
a) Vertragliche oder direkte Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?.....	257
aa) Die vertragliche Unterwerfung unter § 135 InsO	258
bb) Die direkte Anwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts über die gesetzlichen Öffnungsklauseln der §§ 39, 135 InsO?.....	260
(1) Die Öffnungsklausel des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zur Erfassung von „gesellschaftergleichen Dritten“.....	260
(2) Die Öffnungsklausel des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	262
cc) Anfechtbarkeit von Zahlungen auf vertraglich subordinierte Forderungen im Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO?	263
(1) Die BGH-Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von Zahlungen an Drittgläubiger im Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in Abtretungs- und Austrittsfällen... ..	264
(2) Stellungnahme.....	266
(3) Ergebnis	266
b) Die echte analoge Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	267

2. Ergebnis zu den Anfechtungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters gegenüber dem Drittgläubiger	268
II. Die Geschäftsführerhaftung für Zahlungen an nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO subordinierte Drittgläubiger	269
1. § 64 S. 3 GmbHG und gesellschaftergleiche Dritte	269
a) Der insolvenzrechtliche Nachrang als Legitimationsgrundlage des § 64 S. 3 GmbHG	269
b) Die analoge Erstreckung der Norm auf vertraglich subordinierte Drittgläubiger	270
2. Die weiteren Haftungstatbestände	271
B. Ergebnis zu den Rangvereinbarungen von Drittgläubigern.....	271
<i>§ 4 Ergebnis der eigenen Lösung</i>	<i>272</i>
Thesenartige Zusammenfassung.....	275
Literaturverzeichnis.....	281
Sachregister	297

Einleitung

§ 1 Thematische Einführung

*Par condicio creditorum.*¹

Alle Gläubiger werden gleich behandelt.

Schon ein Blick auf die §§ 80, 81, 89, 91 der Insolvenzordnung zeigt, dass dieses römisch-rechtliche Prinzip dem deutschen Insolvenzrecht erkennbar zu Grunde liegt.² Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird seit jeher als das einzig gerechte Prinzip der Gläubigerbehandlung und Masseverteilung in der Insolvenz verstanden.³ Er schützt den einzelnen Gläubiger mit seiner Forderung in der Insolvenz des Schuldners vor einer relativen Benachteiligung im Verhältnis zu den weiteren Insolvenzgläubigern. Grundsätzlich werden daher alle Gläubiger des Schuldners im insolvenzrechtlichen Verteilungsverfahren der §§ 187 ff. InsO mit derselben Quote auf ihre Forderung befriedigt.⁴ Trotz seiner apodiktischen Formulierung unterliegt der Gleichbehandlungsgrundsatz allerdings in zweifacher Hinsicht praxisrelevanten Ausnahmen.

Zum einen sorgt der im Zuge des MoMiG⁵ neu gefasste *gesetzliche* Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO dafür, dass die Forderung auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens in der Insolvenz der Gesellschaft nunmehr bedingungslos⁶ erst nach vollständiger Befriedigung der vorrangigen Gläubiger in den „Rängen“ der §§ 38, 39 Abs. 1 Nr. 1–4 InsO bedient wird.

¹ Für viele *Eidenmüller* in FS Canaris (2007), S. 49, 61. Vgl. zur vorinsolvenzlichen Ausstrahlwirkung der *par conditio creditorum*: *Habersack/Foerster*, ZHR 178 (2014), 387, 396.

² *Bork*, ZIP 2014, 797; *Mock*, JZ 2015, 525; *Windscheid*, Pandektenrecht, Band 2, S. 942 ff.

³ BGHZ 41, 98, 101; *Lüer*, KTS 1978, 200, 210 jeweils noch zur Konkursordnung.

⁴ Für viele *Wegener* in Uhlenbruck InsO, § 196 Rn. 29.

⁵ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008, BGBl. I, S. 2026.

⁶ Im (abgeschafften) Eigenkapitalersatzrecht unterlag die Forderung des Gesellschafters dagegen nur dann dem insolvenzrechtlichen Nachrang, wenn das Gesellschafterdarlehen einen eigenkapitalersetzenden Charakter aufwies; *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht, Kapitel 6 Rn. 11: „Entgegen mancher Tendenz im Schrifttum und auch in der Recht-

Zum anderen steht jedem Gläubiger der Gesellschaft die Möglichkeit offen, den Gleichbehandlungsgrundsatz durch einen an § 39 InsO anknüpfenden *vertraglichen Rangrücktritt* freiwillig zu durchbrechen.

Im eröffneten Insolvenzverfahren verursachen weder der vertragliche noch der gesetzliche Nachrang besondere Probleme.⁷ Die Gläubigerforderungen werden nach dem Wasserfallprinzip, Rangklasse für Rangklasse, in absteigender Reihenfolge befriedigt, bis die Masse aufgebraucht ist. Ist das Vermögen des Schuldners bereits durch die Befriedigung einer höheren Rangklasse aufgebraucht, fallen alle Gläubiger mit ihren Forderungen in den darunter liegenden Rangklassen vollständig aus. Ob die Zugehörigkeit zu einer Rangklasse auf dem Gesetz oder auf einer vertraglichen Regelung beruht, ist für die Verteilung im Insolvenzverfahren unerheblich.⁸

Deutlich interessanter als ihre Berücksichtigung im insolvenzrechtlichen Verteilungsverfahren ist das Schicksal von gesetzlich und vertraglich nachrangigen Forderungen im Zeitraum vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Es stellt sich beispielsweise die Frage, ob die Rechtsordnung dem insolvenzrechtlichen Rangrücktritt, etwa um Umgehungsversuche auszuschließen, auch für den Zeitraum vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens „Geltung“ verschaffen muss. Ist eine solche vorinsolvenzliche Wirkung jedenfalls zur Erzielung der überschuldungsvermeidenden Wirkung des § 19 Abs. 2 S. 2 InsO erforderlich? Ist die nachrangige Forderung, anders als alle übrigen Forderungen, dann nicht mehr Subjekt des *bellum omnium contra omnes*, des Kampfs aller (Forderungsinhaber) gegen alle (weiteren Forderungsinhaber)?⁹ Kann es außerhalb des eröffneten Insolvenzverfahrens überhaupt eine Rangordnung von Forderungen geben? Und welche Rolle spielt die vom MoMiG eingeführte rein insolvenzrechtliche Behandlung von Gesellschafterdarlehen in dieser Gemengelage?

Diese unbeantworteten Fragen haben der gesetzlichen Nachrangregelung des § 39 InsO, obgleich sie an sich nur eine insolvenzrechtliche Verteilungsnorm darstellt, aufgrund ihrer diffusen Ausstrahlwirkung auf den Zeitraum

sprechung mancher Instanzgerichte musste sich der Rechtsanwender bei der Beurteilung, ob eine Gesellschafterleistung eigenkapitalersetzend war, stets von der Ausgangsüberlegung leiten lassen, dass der Gesellschafter, welcher der Gesellschaft nicht Eigenkapital, sondern Fremdkapital zur Verfügung stellt, im Einklang mit der Rechtsordnung von seiner Finanzierungsfreiheit Gebrauch macht und deshalb legitim handelt.“

⁷ Bork, ZIP 2012, 2277; Mayer, Nachrang, S. 264 ff.; Karsten Schmidt, ZIP 2015, 901, 902.

⁸ § 174 Abs. 3 S. 1 InsO spricht daher zutreffend nur von „nachrangigen Gläubigern“; dazu ausführlich Mayer, Nachrang, S. 264 ff.

⁹ Vgl. Mock in Uhlenbruck InsO, § 16 Rn. 2; ähnlich Foerste, NZI 2006, 6, 7 mit Verweis auf den Grundsatz des *sibi vigilavit*, nach welchem dem wachsamem Gläubiger nicht der Lohn seiner Sorgfalt entrissen werden dürfe.

vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Schrifttum zurecht den Ruf eines rechtlichen „Faszinosums“ eingebracht.¹⁰

In seinem Urteil vom 5.3.2015¹¹ erhielt der BGH nach Inkrafttreten des MoMiG erstmalig Gelegenheit, sich zu oben aufgeworfenen Fragen und zu der vorinsolvenzlichen Ausstrahlwirkung der §§ 19, 39 InsO grundlegend zu äußern. Mithilfe von konventionellen Instrumenten des bürgerlichen Rechts (§§ 328, 812 BGB, § 134 InsO)¹² entwickelte der IX. Zivilsenat des BGH in einer wegweisenden¹³ und vielbeachteten¹⁴ Entscheidung ein umfangreiches Kapitalbindungs- und Haftungskonzept für überschuldungsvermeidende Rangrücktritte nach § 39 Abs. 2 InsO i. V. m. § 19 Abs. 2 S. 2 InsO (analog). Bemerkenswerterweise war dieses Konzept auf Grundlage der §§ 328, 812

¹⁰ Thole in FS Kübler (2015), S. 681, 695. Die Richtigkeit dieser Einschätzung verdeutlicht auch die Vielzahl der jüngst zur freiwilligen Nachrangigkeit erschienenen Beiträge. Während Bitter, ZIP 2013, 2, 3 im Jahr 2013 (hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Zahlungen auf vertraglich nachrangige Forderungen) noch zurecht von einem „Schweigen im Blätterwald“ sprach, hat sich dies zuletzt auch durch die Entscheidung BGHZ 204, 231 deutlich geändert; siehe dazu die Nachweise auf S. 3 Fn. 14. Beispielhafte Beiträge zu den Voraussetzungen von Rangrücktritten im neuen Recht der Gesellschafterdarlehen vor BGHZ 204, 231: Adolff in FS Hellwig (2010), S. 433; Bork, ZIP 2012, 2277; Bitter, ZIP 2013, 2; Braun, DStR 2012, 1360; Frystatzki, NZI 2013, 609; Geiser, NZI 2013, 1056; Henkel/Wentzler, GmbHR 2013, 239; Kahlert/Gehrke, DStR 2010, 227; Leithaus/Schaefer, NZI 2010, 844; Seppelt, BB 2010, 1395; Weitnauer, GWR 2012, 193.

¹¹ BGH, Urteil v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = NJW 2015, 1672 = DStR 2015, 767.

¹² Zwar ist § 134 InsO originär keine Norm des bürgerlichen Rechts. Allerdings setzt sich mit § 134 InsO nur der bürgerlich-rechtliche Rechtsgedanke der rechtsgrundlosen Vermögensmehrung im Insolvenzrecht fort, sodass die BGH-Lösung jedenfalls grundsätzlich auf rein bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen und nicht etwa auf dem Gesellschaftsrecht als Sonderprivatrecht aufbaut; dazu S. 75.

¹³ Vgl. Mock, JZ 2015, 525, 526.

¹⁴ Besprechungen von BGHZ 204, 231: Berger, ZIP 2016, 1; Bitter/Heim, ZIP 2015, 644; Bitter, ZHR 179 (2017), 428; Bork, EWiR 2015, 219; Commandeur/Hübler, NZG 2015, 589; Cranshaw, jurisPR-InsO 8/2015, Anm. 1; Ekkenga, ZIP 2017, 1493; Farian, GmbHR 2015, 472; Frystatzki, DStR 2016, 2479; Geißler, DZWIR 2015, 345; Grögler/Schneider, ZInsO 2015, 1528; Hoos/Köhler, GmbHR 2015, 729; Hirte, NJW 2016, 1216, 1219; Kahlert, BB 2016, 878; Kreide, KSI 2015, 253; Lehmkuhl/Ponseck, KSzW 2015, 207; Leuering/Rubner, NJW-Spezial 2015, 303; Mock, JZ 2015, 525; Müller, BB 2016, 491; Müller, BB 2016, 880; Oser, DStR 2017, 1889; Poelzig, BB 2015, 979; Primožic/Trentin, ZInsO 2015, 1250; Schäfer, NZI 2015, 320; Scheifele/Nees, Der Konzern 2015, 417; Karsten Schmidt, ZIP 2015, 901; Karsten Schmidt/Herchen in Karsten Schmidt InsO, § 39 Rn. 24; Schmidt-Hern, DB 2015, 1153; Ulrich, GmbHR 2015, R131; Weitnauer, GWR 2015, 256; Westpfahl/Kresser, DB 2016, 33, 36.

BGB, § 134 InsO weder in der Literatur in dieser Form vorgedacht worden,¹⁵ noch hatte der BGH eine solche Lösung zuvor angedeutet.¹⁶

Es handelt sich um die erste grundlegende Entscheidung zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 19 Abs. 2 S. 2 InsO nach Inkrafttreten des MoMiG. Im Schrifttum herrscht Einigkeit darüber, dass das vom BGH in dieser Entscheidung entwickelte und bereits als „genial“ bewertete¹⁷ Konzept die Sanierungspraxis auf Jahre prägen wird.¹⁸ Wohl nicht zu Unrecht wird die Entscheidung daher bereits als „Magna Charta der dezentralen Unternehmensfremdfinanzierung“ bezeichnet.¹⁹

Bei aller Euphorie über dieses Urteil sollte allerdings zweierlei nicht übersehen werden:

Zum einen handelt es sich bei der Entscheidung des BGH hinsichtlich des § 39 Abs. 2 InsO i. V. m. § 19 Abs. 2 S. 2 InsO (analog) in der neuen Fassung nach Inkrafttreten des MoMiG streng genommen nur um ein *obiter dictum*.²⁰ Insoweit ist genau zu prüfen, ob die vielfach beschworene²¹ Rechtssicherheit tatsächlich endgültig ausgerufen werden kann.

Zum anderen, und dies ist ungleich bedeutender, besteht nicht nur aufgrund der als „bedenklich und zweifelhaft“²² sowie „angreifbar“²³ und (mittelbar) als „Schnapsidee“²⁴ bezeichneten Urteilsbegründung und einer ganzen Reihe von Einzel- und Grundsatzfragen weiterhin wissenschaftlicher Klärungsbedarf hinsichtlich der Voraussetzungen und Rechtsfolgen von freiwilligen Rangrücktritten und § 19 Abs. 2 S. 2 InsO.

Unklar ist beispielsweise, welche Mindestanforderungen der BGH im Detail an die vorinsolvenzliche Wirkung des Rangrücktritts stellt, wie weit die vom BGH propagierte Drittwirkung nach § 328 BGB reicht und ob der BGH seiner Entscheidung durch deren steuerbilanzielle Auswirkungen nicht ohne-

¹⁵ *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 648; vgl. auch *Geißler*, DZWIR 2015, 345, 346.

¹⁶ Dabei bestand hierzu im Rahmen von BGH, Urteil v. 9.10.2012 – II ZR 298/11, BGHZ 195, 42 = DSr 2012, 2608 zumindest am Rande die Möglichkeit, wenngleich der IX. Zivilsenat an dieser Entscheidung freilich nicht beteiligt war. Zum Aussagegehalt dieser Entscheidung in Bezug auf überschuldungsvermeidende Rangrücktritte nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO: *Geiser*, NZI 2013, 1056, 1057; *Kahlert*, DSr 2012, 2608. Siehe dazu auch S. 93.

¹⁷ *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 645 bzgl. des Anspruchs aus § 134 InsO und *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 646 bzgl. § 328 BGB.

¹⁸ *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644; *Farian*, GmbHR 2015, 472; *Geißler*, DZWIR 2015, 345; *Mock*, JZ 2015, 525, 526.

¹⁹ *Mock*, JZ 2015, 525, 526.

²⁰ Zutreffend *Schmidt-Hern*, DB 2015, 1153; vgl. *Ekkenga*, ZIP 2017, 1493, 1503.

²¹ *Farian*, GmbHR 2015, 472, 480; *Geißler*, DZWIR 2015, 345; *Schäfer*, NZI 2015, 320.

²² So die Bewertung von *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 905, 907 und 913.

²³ *Karsten Schmidt* in *Karsten Schmidt InsO*, § 19 Rn. 35.

²⁴ *Ekkenga*, ZIP 2017, 1493, 1499.

hin bereits wieder jegliche praktische Relevanz entzogen hat. Klärungsbedürftig ist auch das Verhältnis des BGH-Regimes zu überschuldungsvermeidenden Patronatserklärungen und die zivil- und strafrechtliche Verantwortung des Geschäftsführers für vertraglich „verbotene“ Zahlungen.

Auch ist in dogmatischer Hinsicht offen, ob das Rechtsprechungsregime des BGH auf die in § 19 Abs. 2 S. 2 InsO direkt geregelte Subordination von Gesellschafter-Fremdkapital übertragen werden kann.²⁵ Zu der Übertragbarkeit seiner Rechtsprechung auf Rangrücktritte von Gesellschaftern musste sich der BGH mangels Entscheidungserheblichkeit in seinem Urteil vom 5.3.2015 nämlich nicht äußern, wenngleich er mehrfach die parallele Behandlung von Gesellschafter- und Drittgläubiger-Rangrücktritten andeutete.²⁶ Zu zeigen, dass eine solche Übertragbarkeit wohl nicht nur im Widerspruch zur Entscheidung des BGH vom 9.12.2012²⁷ steht, sondern ein dogmatischer Rückschritt ist, der dem ausdrücklichen Willen des MoMiG-Gesetzgebers widerspricht, ist neben der Beantwortung der weiteren zu §§ 19, 39 InsO aufgeworfenen Einzelfragen Ziel dieser Arbeit.

§ 2 Untersuchungsziel und Gang der Darstellung

Nach einer überblicksartigen Darstellung der finanzierungsrechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen der gesetzlichen und freiwilligen Nachrangigkeit in Kapitel 1, behandelt das 2. Kapitel die wegweisende Entscheidung des BGH vom 5.3.2015²⁸, mithilfe von konventionellen Instrumenten des bürger-

²⁵ Auch in der Literatur besteht noch keine abschließende, dahingehende Einigkeit, dass das BGH-Regime auf Drittgläubiger und Gesellschafter gleichermaßen Anwendung finden. Dafür: *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 905: „[...] auf eine Gesellschaftereigenschaft des Empfängers kommt es hierfür nicht an.“ Ebenso *Lehmkuhl/Ponseck*, KSzW 2015, 207, 211; ähnlich *Bitter*, WuB 2015, 115, 118; *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 646 wohl aber noch mit leichten Zweifeln „– wie dies der Sichtweise des IX. Zivilsenats in Rz. 15 und 19 offenbar entspricht –“; *Cranshaw*, jurisPR-InsO 8/2015, Anm. 1. Möglicherweise a. A. *Mock*, JZ 2015, 525, 528: „Die Verortung des Rückforderungsanspruchs in § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist allerdings vor allem im Vergleich zur Rechtslage des Gesellschafters bei dessen Forderung nicht frei von Wertungswidersprüchen. Denn während dieser nur der einjährigen Rückforderungsmöglichkeit des § 135 InsO Abs. 1 Nr. 2 InsO ausgesetzt sein kann, ist der entsprechende Zeitraum beim Nichtgesellschafter deutlich länger.“ Offen gelassen von *Weitnauer*, GWR 2015, 256; *Commandeur/Hübler*, NZG 2015, 589, die sich nur auf Rangrücktritte von Nichtgesellschaftern beziehen. Der BGH deutete die Übertragbarkeit seines Regimes auf Gesellschafter an, äußerte sich zu dieser Frage mangels Entscheidungsrelevanz aber nicht ausdrücklich.

²⁶ Vgl. BGHZ 204, 231, 235 Rn. 14.

²⁷ BGH, Urteil v. 9.10.2012 – II ZR 298/11, BGHZ 195, 42 = DStR 2012, 2608.

²⁸ BGH, Urteil v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231.

lichen Rechts (§§ 328, 812 BGB, § 134 InsO)²⁹ das vertragliche Nachrangkapital des § 19 Abs. 2 S. 2 InsO zu binden.

Auf Grundlage dieses Urteils werden in Kapitel 3 die verbliebenen Unklarheiten im Recht der überschuldungsvermeidenden Rangrücktritte aufgearbeitet. Neben den Wechselwirkungen des BGH-Regimes mit dem Zivil-, Handels-, Steuer- und Strafrecht liegt ein besonderes Augenmerk auf der Herleitung und dem Anwendungsbereich des vom BGH geforderten vorinsolvenzlichen Zahlungsverbots, welches den Dreh- und Angelpunkt des Urteils bildet, bevor auf die konkreten Rechtsfolgen der BGH-Lösung eingegangen wird.

Anschließend werden die Begründung und die Rechtsfolgen der Entscheidung in Kapitel 4 kritisch hinterfragt und bewertet. Es soll dabei unter anderem gezeigt werden, dass das vom BGH entwickelte Konzept einer „miterklärten Drittwirkung“ zivilrechtlich kaum beherrschbar ist und dass die (mögliche) Übertragung des BGH-Regimes auf überschuldungsvermeidende Rangrücktritte von Gesellschaftern einen dogmatischer Rückschritt darstellt, welcher die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Gesellschafter-Fremdkapitalrechts *ad absurdum* führt. Denn mit einer dahingehenden Entscheidung³⁰ sein Regime auch auf überschuldungsvermeidende Rangrücktritte von Gesellschaftern zu übertragen, würde der BGH im Ergebnis (erneut) ein „zweispuriges Kapitalschutzsystem“ für Gesellschafterfremdkapital etablieren, welches auf der parallelen Anwendbarkeit von vorinsolvenzlichen Zahlungsverboten und insolvenzrechtlicher Anfechtbarkeit aufbaut. Dabei war die Abschaffung des als „dogmatisch orientierungslos“ kritisierten *zweispurigen* Eigenkapitalersatzrechts das Hauptanliegen der MoMiG-Gesetzesinitiative.³¹

Aus diesem Grund plädiert der *Verfasser* in Kapitel 5 in Übereinstimmung mit der rein retrospektiven Weichenstellung des MoMiG schließlich für eine alternative, rein insolvenzrechtliche Bindung des nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO vertraglich subordinierten Gesellschafterfremdkapitals, welche in analoger Anwendung auf den kreditgebenden, überschuldungsvermeidend subordinierten Drittgläubiger der Gesellschaft erstreckt werden muss.

²⁹ Siehe zum bürgerlich-rechtlichen Charakter des Regimes S. 3 Fn. 12 und S. 75.

³⁰ Siehe S. 5 Fn. 25 zur Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf Gesellschafter-Rangrücktritte.

³¹ Vgl. *Altmeppen*, NJW 2008, 3601, 3602.

Kapitel 1

Die Grundlagen der nachrangigen Gesellschaftsfinanzierung im Überblick

Die in dieser Arbeit relevanten Begriffe, wie etwa die Nachrangigkeit, der Rangrücktritt, die vertragliche und gesetzliche Subordination oder die Rangvereinbarung werden im Rahmen der Gesellschaftsfremdfinanzierung in vielfältiger Weise mit technisch verwandten, im Grundsatz jedoch rechtlich wie auch wirtschaftlich verschiedenen Finanzierungsinstrumenten assoziiert.¹ Wohl auch durch die bewegte Entwicklung des deutschen Kapitalschutzrechts fehlt den in der juristischen Diskussion verwendeten Begriffen eine gewisse Trennschärfe.² Daher ist zunächst Klarheit über die in dieser Arbeit verwendeten Begrifflichkeiten zu gewinnen.

§ 1 Die Gesellschaftsfremdfinanzierung und die gesetzliche Nachrangigkeit

Der Urtyp der Gesellschaftsfremdfinanzierung ist das Gelddarlehen nach § 488 BGB.³ Nach § 488 Abs. 1 BGB wird der Darlehensgeber durch den Darlehensvertrag verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen.

Der Darlehensgeber ist kein Mitglied der Gesellschaft. Nach dem Leitbild des § 488 Abs. 1 BGB ist er auch nicht Inhaber der mitgliedschaftlichen Informations- und Kontrollrechte und partizipiert nicht am unternehmerischen Erfolg der Gesellschaft. Sein Gewinn beschränkt sich allein auf die Erfüllung der Zinsansprüche durch die Gesellschaft. Der Darlehensgeber ist klassischer Fremdkapitalgeber der Gesellschaft.⁴

¹ Vgl. etwa *Diem*, Akquisitionsfinanzierungen, § 40 Rn. 6.

² Vgl. *Mayer*, Nachrang, S. 21. Zum Finanzierungsrecht allgemein *Fleischer* in *Michalski GmbHG*, Syst. Darst. 5 Rn. 13; *Ulbrich*, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts, S. 37.

³ *Ulbrich*, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts, S. 43.

⁴ Dazu grundlegend *Karsten Schmidt* in *FS Goerdeler* (1987), S. 487, 490 f.

Fällt die kreditfinanzierte Gesellschaft in die Insolvenz, ist der Darlehensgeber grundsätzlich Insolvenzgläubiger im engeren Sinn⁵ und „Rang“ des § 38 InsO. Soweit die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um alle Gläubiger zu befriedigen, erhält der Darlehensgeber im insolvenzrechtlichen Verteilungsverfahren nach den §§ 174 ff. InsO nur eine quotale Befriedigung seines Darlehens.

Die gesellschaftsrechtliche Finanzierungsfreiheit erlaubt nicht nur dem externen Nichtgesellschafter (Drittgläubiger), sondern auch dem Gesellschafter, seiner Gesellschaft Fremdkapital in Form eines Gesellschafterdarlehens zur Verfügung zu stellen (Gesellschafterfremdfinanzierung). Er ist nicht verpflichtet seine Gesellschaft allein über die Zurverfügungstellung von Eigenkapital zu finanzieren. Die daraus resultierende Zwitterstellung des Darlehensgebers als Gesellschafter und Gläubiger der Gesellschaft führte von der Einführung des GmbHG im Jahre 1892, welches erstmalig Normen zur Gesellschaftsfinanzierung enthielt, über das Eigenkapitalersatzrecht bis hin zur umfänglichen Neuregelung durch das MoMiG im Jahr 2008 zu einer äußerst wechselvollen, rechtsgeschichtlichen Entwicklung,⁶ welche mit den Schlagworten „Umqualifizierung von Fremdkapital in Haftkapital“,⁷ „Einschränkung der Finanzierungsfreiheit“, „Etablierung der Finanzierungsfolgenverantwortung“⁸ und der heute geltenden „rein insolvenzrechtlichen Behandlung von Gesellschafterfremdkapital“ beschrieben werden kann.⁹

A. Die Gesellschafterfremdfinanzierung unter Geltung des Eigenkapitalersatzrechts

Grundgedanke des Eigenkapitalersatzrechts¹⁰ war es, dass der Gesellschafter trotz der formellen Einordnung seines Darlehens als Fremdkapital der Gesellschaft funktional Eigenkapital zur Verfügung stellte.¹¹ Denn mit der Gewäh-

⁵ Versteht man unter dem Begriff „Insolvenzgläubiger“ alle Gläubiger eines sich im Insolvenzverfahren befindlichen Schuldners, sind auch solche Gläubiger, welche nicht in den Anwendungsbereich des § 38 InsO fallen Insolvenzgläubiger im weiteren Sinn. Dieser Begriff der Insolvenzgläubiger im weiteren Sinn umfasst dann auch nachrangige Gläubiger des Schuldners.

⁶ Ausführlich zur historischen Entwicklung des Eigenkapitalersatzrecht nach Inkrafttreten des GmbHG von 1892, *Clemens*, Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem MoMiG, S. 1 ff.

⁷ Vgl. zur Verwendung des Begriffs Haftkapital: *Ulbrich*, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts, S. 103 f.

⁸ Für viele BGH v. 19.9.1988 – ZR 272/98, BGHZ 142, 116 = GmbHR 1989, 19, 22; BGH, Urteil v. 7.11.1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, 344 = GmbHR 1995, 38, 41; vgl. auch *Hölzle*, ZIP 2009, 1939, 1940.

⁹ Vgl. *Ulbrich*, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts, S. 37.

¹⁰ Siehe zum Eigenkapitalersatzrecht ausführlich S. 142.

¹¹ Vgl. *Gehrlein*, BB 2011, 3, 4.

zung eines Gesellschafterdarlehens zu einer Zeit, in der die Gesellschaft keinen Kredit zu marktüblichen Konditionen erhalten hätte, traf der Gesellschafter die Entscheidung, die Gesellschaft weiterzuführen.¹² Stattdessen hätte sich der Gesellschafter auch entscheiden können, der Gesellschaft kein neues Kapital zur Verfügung zu stellen und die Gesellschaft zu beenden und zu liquidieren.¹³ Entschied er sich für die Fortführung der Gesellschaft, musste er sich an dieser Entscheidung festhalten lassen und hinnehmen, dass sein als Fremdkapital gegebenes Darlehen wie Eigenkapital behandelt wird.¹⁴ Die Bereitstellung von formellem Fremdkapital in Form von Gesellschafterdarlehen war in der Krise ein bloßer *Eigenkapitalersatz*.

Aus der Eigenkapitalersatzfunktion des Gesellschafterdarlehens wurde ein Kanon von Rechtsfolgen abgeleitet. Dazu gehörte das Verbot, Gesellschafterdarlehen in der Krise an die Gesellschafter zurückzuzahlen, das Verbot mit Forderungen aus Gesellschafterdarlehen aufzurechnen, das Verbot der Befriedigung gesellschafterbesicherter Darlehen und das Gebot verbotswidrig geleistete Zahlungen an die Gesellschaft zurückzugewähren. Daneben traf Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen nach dem durch die Novellenregeln eingeführten § 32a Abs. 1 GmbHG, später § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F., der gesetzliche Nachrang im Insolvenzverfahren.

B. Die Gesellschafterfremdfinanzierung nach Inkrafttreten des MoMiG

Nach der Neuregelung durch das MoMiG wird der Gesellschafter heute mit seiner Darlehensforderung außerhalb der Insolvenz wie ein gewöhnlicher Drittgläubiger der Gesellschaft behandelt. Die vor Insolvenzeröffnung wirkende Rückzahlungssperre des Eigenkapitalersatzrechtes wurde durch das MoMiG zugunsten der rein retrospektiv wirkenden Anfechtungsregelung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO aufgegeben, sodass die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens zu jedem Zeitpunkt außerhalb der Insolvenz rechtlich zulässig ist. Ist das Insolvenzverfahren eröffnet, kann der Insolvenzverwalter nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO jede Rechtshandlung anfechten, die einem Gesellschafter auf eine Forderung aus einem Gesellschafterdarlehen Befriedigung gewährt, soweit die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist. Die Gesellschafterdarlehensforderung unterliegt im eröffneten Insolvenzverfahren bedingungslos dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, der Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, einer absoluten¹⁵ Nach-

¹² Gehrlein, BB 2011, 3, 4.

¹³ Gehrlein, BB 2011, 3, 4.

¹⁴ Beck, Kritik des Eigenkapitalersatzrechts, S. 97 ff.; Cahn, AG 2005, 217, 218 ff.

¹⁵ Die Absolutheit des Nachrangs bezieht sich nicht darauf, dass die Forderung des Gläubigers in den absolut letzten Befriedigungsrang zurückgestuft wird, sondern darauf,

rangigkeit gegenüber allen Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) und den in § 39 Abs. 1 Nr. 1–4 InsO bezeichneten Forderungen unterwirft.

Diese Lösung schaffte nach Ansicht des MoMiG-Gesetzgebers ein hohes Maß an Rechtssicherheit für alle Beteiligten.¹⁶ Insbesondere die Organträger der Gesellschaft, aber auch die Insolvenzverwalter, die Gesellschafter selbst und die Gerichte sollten nicht mit der „häufig schwierig zu beantwortenden Frage“¹⁷ belastet werden, ob sich die Gesellschaft tatsächlich in der Krise befunden hatte und, ob die Bereitstellung von Gesellschafterdarlehen daher einen bloßen Eigenkapitalersatz darstellte. Mit dem hohen Maß an Rechtssicherheit ging freilich, wie so oft, eine erhebliche Einschränkung der Einzelfallgerechtigkeit einher.¹⁸ Auch ist über die Legitimationsgrundlage des bedingungslosen gesetzlichen Nachrangs und der Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO bis heute keine Einigkeit erzielt worden.¹⁹

§ 2 Die vertragliche Nachrangigkeit

Während also der gesetzliche Nachrang im Eigenkapitalersatzrecht noch vom eigenkapitalersetzenden Charakter der Forderung abhing, wird das Gesellschafterfremdkapital nach Inkrafttreten des MoMiG durch § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ohne jegliche Bedingung nachrangig gestellt.²⁰

Neben dieser durch das *Gesetz* erzwungenen Subordination von Gesellschafterdarlehen kann eine Forderung auch freiwillig, *vertraglich* subordiniert werden. Die Möglichkeit der vertraglichen Subordination besteht für alle Arten von Forderungen und für alle Gläubiger der Gesellschaft.²¹ Das bedeutet, dass nicht nur ein Gesellschafter seine ohnehin schon nachrangige Forderung in einen noch tieferen Rang subordinieren kann, sondern auch, dass gesellschaftsfremde Drittgläubiger ihre Forderung in jeden beliebigen

dass die Subordination für und gegen alle gegenwärtigen und künftigen Gläubiger der Gesellschaft wirkt. Durch die abstrakt-generelle Regelungsnatur des Gesetzes wirkt die gesetzliche Subordination *per se* für und gegen alle Gläubiger. Absolute Nachränge sind abzugrenzen von relativen Nachrängen, welche auf vertraglicher Grundlage nur gegenüber bestimmten Gläubigern wirken; *Diem*, Akquisitionsfinanzierungen, § 40 Rn. 30.

¹⁶ BT-Drucksache 16/6140, S. 42.

¹⁷ BT-Drucksache 16/6140, S. 56; BGH, Urteil v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 = GmbHR 2001, 190, 193 a. A. *Bork*, ZGR 2007, 250, 255: „In der Praxis war den Beteiligten meistens klar, dass der Tatbestand erfüllt war.“

¹⁸ Vgl. *Führ/Wahl*, NZG 2010, 889, 892; *Heckschen*, NotBZ 2006, 381, 387; *Hirte* in *Uhlenbruck* § 39 Rn. 35.

¹⁹ Dazu S. 43.

²⁰ Freilich enthält § 39 Abs. 5 InsO eine Privilegierung des Kleingesellschafters, welche allerdings mit der von der Forderung unabhängigen relativen Größe des Gesellschaftsanteils zusammenhängt.

²¹ Dazu grundlegend *Mayer*, Nachrang, S. 202 ff.

Sachregister

- Abtretungsfälle 53 f., 256 f., 264
 - Dogmatik 41
 - Rechtsprechung des BGH 264
 - *siehe auch* Austrittsfälle
- Akzeptanzdefizit der Rechtsprechungsregeln 167 ff.
- Analogieverbot, strafrechtliches 120
- Anfechtbarkeit
 - nach § 135 InsO 41 f., 148 f., 222 ff.
 - nach § 134 InsO 32
 - nach § 136 InsO 254 ff.
- Anfechtungsfrist 144, 228
- Anreizwirkung
 - Geschäftsführer 157 f.
 - Gesellschafter 153 ff.
- Anspruchskonkurrenz im BGH-Regime 52
- Aufhebung der Rangvereinbarung 58, 76 f., 171
 - Aufhebungsschutz 73 ff.
 - *siehe auch* Drittwirkung
- Ausfallrisiko des subordinierten Gläubigers 233
- Auslegungsmethodik, höchstrichterliche 178 ff.
- Ausschüttungssperre 116
- Ausstattungsgarantien, *siehe* Patronatsklärung
- Austrittsfälle, *siehe* Abtretungsfälle

- Bankrott 98 ff.
 - *siehe auch* Untreue
 - Privilegierung des § 283 StGB 99 ff.
- Befriedigung
 - ~saussichten 74, 179
 - ~quote 177, 222
- Belastung, wirtschaftliche
 - Handelsbilanz 105 f., 110, 187
 - Steuerbilanz 113 f.
- Besserungsfall 109 f.
 - Forderungsverzicht mit Besserungsschein 106
- Bilanz
 - ~verkürzung 205
 - ~verlängerung 173
 - Handels~ 102, 105, 115, 276
 - Steuer~ 101 f.
- Bindung des Nachrangkapitals
 - Aufhebung der Bindungswirkung 58, 76
 - Ausweis in der Handelsbilanz 102 f.
 - Bindungsdauer 58
 - Bindungsgrad 102 f.
 - Drittbindung von Sanierungsinstrumenten 169
 - Erkennbarkeit des Bindungsgrads 102 f.

- Darlehen
 - Grundmodell 7 ff.
 - vertraglicher Nachrang 10 ff.
- Drei-Säulen-Modell 183 ff.
 - Anfechtbarkeit 221 ff.
 - Geschäftsführerhaftung 197 ff.
 - Solvenzinteresse 185 ff.
- Drittbindung in Sanierungsfällen 169
- Drittgläubiger 18
 - Abgrenzung zum Gesellschafter 8
 - Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln 253 ff.
 - Anwendbarkeit des BGH-Regimes
- Drittsschutz 74, *siehe auch* miterklärte Drittwirkung
- Drittwirkung, miterklärte 168
 - Aufhebung 73 ff.
 - begünstigte Gläubigergruppe 75
 - dingliche Forderungsänderung 71 ff.
 - Legitimationsgrundlage 72
 - Mitwirkungsrecht 73 ff.
 - Parteiwille 165 ff.

- privatautonomer Charakter 167
- quasi-absoluter Kapitalschutz 167
- Vertrag zu Gunsten Dritter 73
- Durchsetzungssperre 185
 - Definition 29
 - *siehe auch* Zahlungssperre
- Eigenantrag 227, 245
 - drohende Zahlungsunfähigkeit 227
 - fehlende Sanierungsbereitschaft der Gesellschafter 215
- Eigenkapitalersatzrecht 8 ff.
 - Abschaffung 8 ff.
 - Akzeptanzdefizit 159
 - Ex-Post-Wirkung 150 ff.
 - Finanzierungsfolgenverantwortung 8 ff.
 - Legitimationsgrundlage 8 ff.
 - Novellenregeln 8 ff.
 - Rechtsprechungsregeln 9 f.
 - Sanktionenkanon 9 f.
 - Vestigia terrent 152 ff.
 - Wirkungsweise 151 f.
 - Zweispurigkeit 8 ff.
- Entreicherung als Verteidigungsmöglichkeit des Gläubigers 78 ff.
- Entsperrung des Rechts der Gesellschafterdarlehen 51
- Ertragsfähigkeitsprognose als Fortbestehensprognose 168
- exekutorisches Element der Überschuldungsprüfung 65 ff.
- existenzgefährdender Eingriff 94 f.
- existenzvernichtender Eingriff 95
- Exklusivitätsverhältnis zwischen der Durchsetzungssperre und dem Befriedigungsbegriff 48
- Ex-post-Beweisbarkeit der sorgfältigen Prognoseerstellung 222
- Fälligkeitsfiktion des Insolvenzverfahrens 234
- Fehlprognosen 224
- fiktive Willenserklärung in Form der miterklärten Drittwirkung 167 f.
- Finanzierungsentscheidung 41
- Finanzierungsfolgenverantwortung 41, 168
- Finanzierungsfreiheit 8, 121
- Finanzierungsverantwortung 139
- Finanzierungszuständigkeit 42
- Finanzplankredit 167
- Forderung, nichtige 96
- Forderungsänderung, dingliche 71 ff.
- Forderungsbeschränkung, privatautonome 196
- Forderungserlass 30
- Forderungsgestaltung, zivilrechtliche 107
- Forderungsrücktritt 21, *siehe auch* Rangrücktritt
- Forderungsverzicht als Sanierungsmassnahme 106
- Fortbestehensinteresse der Gesellschaft 184 f.
- Fortbestehensprognose 22, 65
 - Ertragsfähigkeitsprognose 168
 - Zahlungsfähigkeitsprognose 22
- Fortführungsprognose 22
 - Begriff 22
 - *siehe auch* Going-Concern-Prognose
- Fortführungswille der Gesellschaft 184 f.
- Funktionsäquivalent, retrospektives 156
- Fremdkapitalforderung 144
- Fremdkapitalgeber 7
- Genussrechtsvereinbarung 24
- Geschäftsführer
 - Anreizwirkung 157
 - Haftung 88
 - Kompensationswirkung 219, 222
 - Steuerungswirkung 222
- Gesellschafter
 - Anreizwirkung 153 ff.
 - Risikoprofil 153
- Gesellschafterdarlehen 9
- Gesellschafterdarlehensgeber 9 ff.
- Gesellschaftsfremdfinanzierung 7 ff.
- Gesellschaftsrechtswidrigkeit im Strafrecht 95 f., 101
- gespaltene Auslegung des Fälligkeitsbegriffs 90
- Gläubigergefährdung 124 ff., 136
- Gläubigergruppe 75, 250 f.
- Gläubigerrücktritt 21
- Gläubigerschutzlücke 37, 204
- Gläubigerschutzsystem 203

- gleichgestellte Forderung 262
 Going-Concern-Prognose 23
- Haftkapitalfunktion 226 f.
 Haftungsdruck 197 f., 219 ff.
 Handelsbilanz 101 ff.
 Hindsight-bias 194
- Insiderstellung 47, 255
 Insolvenzauslösungsprüfung 149
 Insolvenzeröffnungsbilanz 127
 Insolvenzgründe 185 ff.
 – *siehe auch* Zahlungsunfähigkeit
 – *siehe auch* Überschuldung
 Insolvenzkosten 128
 Insolvenzreife, *siehe* Insolvenzgründe
- Kapitalschutzspuren
 – im BGH-Regime 52, 142
 – im Drei-Säulen-Modell 232
 – im Eigenkapitalersatzrecht 142
 Kenntnis von der Krise 80 f., 154
 Konditionsausschluss nach § 814 BGB 82 ff.
 Kontroll- und Informationsrechte 88
 – des Drittgläubigers 255
 – des Gesellschafters 40 ff.
 Kreditwürdigkeit der Gesellschaft 56, 158
 Krise 9
 – alter Prägung 41
 – neuer Prägung 72
 Krisenfinanzierung 154
- Legitimationsgrundlage des Rechts der
 Gesellschafterdarlehen 41 ff.
 Leistungsverweigerungsrecht der Ge-
 sellschaft
 – § 64 GmbHG 89
 – Bedeutung für die Fortbestehens-
 und Liquiditätsprognosen 132
 – gläubigerschützende Funktion 187 f.
 Liquidationshypothese 125
 Liquiditätsbilanz 205 ff.
 Liquiditätsgarantie 172
- Maßgeblichkeitsprinzip im Bilanzrecht
 115
- materielle Insolvenz, *siehe* Insolvenzrei-
 fe
 MoMiG 16 ff.
 Mezzaninkapital 183
 Mindestanforderungen an Rangverein-
 barungen nach den neuen Rechtspre-
 chungsregeln 55 ff.
 Missbrauch der Haftungsbeschränkung
 41 f.
 miterklärte Drittwirkung 168 f.
 modifiziert zweistufiger Überschul-
 dungsbegriff 252
- Nachtrag
 – ~sliquidation 110 ff.
 – ~sverteilung 110 ff.
 Nichtanwendungserlass 151, 183
 Nichtschuld 27, 31
 Normalstatut, abschließendes 145 ff.
 Normativität, gewillkürte 168
 Normzweck des Rechts der Gesellschaf-
 terdarlehen 41 ff.
 Novellenregeln 9, 140 ff., *siehe auch*
 Eigenkapitalersatzrecht
- obiter dictum 4, 35
- Pactum-de-non-cedendo 72
 Pactum-de-non-petendo 20, 209
 Passivierungsverbot, steuerrechtliches 15
 Patronatserklärung 172 ff.
 persönlicher Anwendungsbereich der
 neuen Rechtsprechungsregeln 36 ff.
 Pflichtenkanon der Geschäftsführung
 197 ff.
 Primärverstoß 97, *siehe auch* Sekundär-
 verstoss
 Prognoseetatbestände 61 f.
 Prognosezeitraum 65, 203
 prognostisches Element der Überschul-
 dungsprüfung 65, 132
- qualifizierter Rangrücktritt 14 ff.
 quasi-gesetzliche Bindung 167 ff.
- Rangvereinbarung 21
 – absolute 10
 – relative 11
 – überschießende 57

- Rangverhältnisse in der Insolvenz 44
 Rangvortritt, unzulässiger 14
 Rechtsprechungsregeln
 – alte ~ 143 ff.
 – neue ~ 32 ff.
 Rückschaufehler, *siehe* hindsight-bias

 Sanierungskredit 171
 Sanierungssteuerrecht 184
 Schuldänderungsvertrag 30
 Schuldenbereinigungsplan 134
 Schuldendeckungsfähigkeit 125
 Schuldendeckungspotential 125
 Schutzmechanismus, eigenkapitalspezi-
 fischer 142 ff.
 Selbstreferenzialität innerhalb der
 Solvenstadien 61 f.
 Signaling durch Abschluss einer Rang-
 vereinbarung 102 f.
 solvenzgefährdende Zahlungen 189
 Solvenztest 184, 224
 Sperrwirkung 64, *siehe auch* Durchset-
 zungssperre
 Star 21-Entscheidung 172 ff.
 Steuerbilanz 113 ff.
 Stichtagsprinzip der Überschuldungsbi-
 lanz 135
 Strafbarkeit
 – Bankrott 98 ff.
 – Untreue 93 ff.
 Stundung einer Forderung 191, 254
 Subordination
 – gesetzliche 23
 – vertragliche 10 ff.
 Suspendierung der Insolvenzantrags-
 pflicht 174

 Täuschung des Drittläubigers 84 ff.
 Teilzahlungen auf subordinierte Forde-
 rungen 47, 230

 Überprüfung des Solvenztests 226
 Untreue-Strafbarkeit 94 ff.

 Verjährungsfrist der Ansprüche aus den
 neuen Rechtsprechungsregeln 46
 Verteidigungsmöglichkeiten des subor-
 dinierten Zahlungsempfängers 78 ff.
 Verteilungsreihenfolge 68, 261
 Vertrauensschutz gegen das Parteibelie-
 ben 163 ff.
 Vestigia terrent 152
 vorinsolvenzlicher Rangrücktritt 129
 Vorsichtsprinzip, handelsrechtliches
 111
 Vorwegnahme der Fortsetzungswirkung
 126 f.

 Warnfunktion des Rangrücktritts 146,
 243
 Wasserfallstruktur in mezzaninen Fi-
 nanzierungen 79 f.
 wirtschaftliches Eigenkapital 144 f.

 Zahlungsfähigkeitsprognose 211
 Zahlungshaftung 91, 198 ff.
 Zahlungssperre, *siehe* Durchsetzungs-
 sperre
 Zahlungsverbot, vorinsolvenzliches
 149 ff.
 – De-Facto-Wirkung 150
 – Vestigia terrent 152
 Zerschlagungshypothese bei Aufstel-
 lung des Überschuldungsstatus 195
 Zivilrechtsakzessorietät der Straftatbe-
 stände der Untreue und des Bank-
 rotts 93, 100
 Zurechnungszusammenhang zwischen
 Zahlung und Insolvenzreife 211 f.,
 217 ff.
 Zustimmungserfordernis zur Aufhebung
 der Rangvereinbarung 77
 zweistufiger Überschuldungstatbestand
 252
 Zwischenränge, Möglichkeit der Ver-
 einbarung 13, 69