

Auf die Zielrichtung im Einzelfall achten

Zur Problematik der Besicherung nachrangiger Darlehen

Von Jürgen Steinhofner

Nachrangige Darlehen

Nachrangige Darlehen stellen wichtige Mittel der Unternehmensfinanzierung dar, gerade dann, wenn bei dem zu finanzierenden Unternehmen eine Krise droht oder zumindest nicht auszuschließen ist. Rechtlich haben diese Kapitalmaßnahmen ihre Grundlage in verschiedenen Regelungen der Insolvenzordnung.

Für Gesellschafterdarlehen hält § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO fest, dass diese – bereits ohne zusätzliche Vereinbarungen – im Fall der Insolvenz nachrangig nach den Forderungen aller anderen Gläubiger zu bedienen sind. Aufgrund der in Insolvenzverfahren regelmäßig nur beschränkt zur Verfügung stehenden verteilungsfähigen Masse werden daher solche Forderungen auf Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen meist nicht bedient. Besondere Bedeutung erhält diese Regelung auch noch dadurch, dass der Begriff des „Gesellschafters“ weit ausgelegt wird und somit auch bloß mittelbar beteiligte oder unter Umständen auch verbundene Unternehmen von diesen Folgen betroffen sein können.

Weiterhin kennt das Insolvenzrecht den qualifizierten Rangrücktritt eines Darlehens, dessen Sinn es ist, das nachrangige Darlehen aus der Überschuldungsprüfung herauszunehmen, § 19 InsO. Im Insolvenzverfahren werden auch die Ansprüche auf Rückgewähr derartig

zurückgetretener Darlehen nach § 39 Abs. 2 InsO sub-ordiniert.

Um die Nachteile aus diesen insolvenzrechtlichen Vorschriften zu vermeiden, werden oftmals Sicherheiten vereinbart, die für den Fall, dass eine Rückzahlung aufgrund des Nachrangs ausscheidet, eine Befriedigung der Darlehensgeber ermöglichen. Im Folgenden soll nun dargestellt werden, dass auch hierbei einige Fallstricke lauern.

Besicherung von Gesellschafterdarlehen

Die Problematik der Besicherung von Gesellschafterdarlehen spielt sich vor allem im Bereich der insolvenzrechtlichen Anfechtung ab. Der hierbei maßgebliche § 135 InsO sieht vor, dass

„eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 (...)

- 1. Sicherung gewährt hat, wenn die Handlung in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (...) vorgenommen worden ist, oder*
- 2. Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag (...) vorgenommen worden ist“,*
anfechtbar ist.



Achtung! Bei der Besicherung nachrangiger Darlehen nicht in die Falle treten.

© Thinkstock

Besonderes Augenmerk wird nun seit einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 18.07.2013 (Az. IX ZR 219/11) auf die Konstellation gelegt, dass ein binnen der vergangenen zehn Jahre besichertes Gesellschafterdarlehen früher als ein Jahr vor Antragstellung durch Befriedigung aus der Sicherheit zurückgezahlt wurde. Bisher vertraten gewichtige Stimmen in der Literatur die Ansicht, dass diese Rückzahlung des Darlehens nur § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterfällt und eine Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ausschließt. Dem ist nun der BGH in der zitierten Entscheidung entgegengetreten und betrachtet beide Anfechtungstatbestände isoliert nebeneinander. Dies hat in der geschilderten Situation die Folge, dass die Befriedigung aus dieser Sicherheit rückgängig zu machen ist, auch wenn sie nicht in der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfolgte.

Als Begründung verweist der BGH auf die früher zum Eigenkapitalersatzrecht bestehende Rechtslage. Zudem sei das Ergebnis auch sachgerecht, da der Gesell- ►

schafter eine Besicherung regelmäßig dann vornehme, wenn eine Krisensituation zumindest nicht ausgeschlossen werden kann. Hierbei greife dann der Gesellschafter zu Lasten der Masse auf sein überlegenes Wissen zurück.

Kritik an der BGH-Rechtsprechung

Diese Ansicht des BGH ist nicht zwingend. Zum einen verkennt der BGH, dass nicht jeder Gesellschafter überschießendes Wissen haben muss, wenn er nicht gleichzeitig auch Geschäftsführer ist – die insolvenzrechtliche Praxis bestätigt oft genau das Gegenteil. Zum anderen lässt sich bei Eintritt des Insolvenzfalls eine Anwendung der Regelungen des § 135 InsO auf die besicherte Forderung nicht mehr systematisch begründen. Der Gesetzgeber verfolgt mit § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO das Ziel, Masseschmälerungen durch die Gesellschafter kurz vor Antragstellung zu verhindern und hat dafür einen Zeitraum von einem Jahr für angemessen erachtet. Frühere Rückzahlungen sollen aber möglich sein. Mit einer solchen Zahlung entfällt aber auch die Sicherheit und reicht nicht bis zum kritischen Zeitraum fort. Wie dann die Sicherheit überhaupt von den Insolvenzstatuten erfasst sein soll, ist systematisch wenig nachvollziehbar.

Ungeachtet dessen ist es jedoch in der Praxis wichtig, die Rechtsprechung des BGH zu beachten. Dies hat vor allem Auswirkung auf die Frage, ob ein Gesellschafterdarlehen überhaupt besichert werden soll, sowie auf die Frage, wie Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen erfolgen können. Hier ist zu empfehlen, dies im Einzelfall unter Betrachtung aller insolvenzrechtlichen Regelungen genau zu überprüfen.

Besicherung qualifiziert nachrangiger Darlehen bei Rangrücktritt

Bei der Besicherung qualifiziert nachrangiger Darlehen stellt sich in erster Linie die Frage, welche Auswirkung eine Besicherung auf die insolvenzrechtliche Bewertung des Darlehens hat und ob die gestellten Sicherheiten durchsetzbar sind.

Nachrangdarlehen werden regelmäßig zur Verfügung gestellt, um zum einen einer Gesellschaft Kapital zuzuführen und um zum anderen zu vermeiden, dass die Gesellschaft aufgrund dieses Darlehens überschuldet ist. Der explizit zu erklärende qualifizierte Rangrücktritt führt dazu, dass das betroffene Darlehen bei der Prüfung der insolvenzrechtlichen Überschuldung nicht als Verbindlichkeit zu berücksichtigen ist.

Die genaue rechtliche Einordnung des Rangrücktritts ist unklar. Es werden verschiedene Positionen von Erlass (nicht zutreffend, weil zu weitgehend) über Stundung bis hin zum pactum de non petendo vertreten. Einigkeit besteht aber darin, dass eine rangrücktrittsbehaftete Forderung nicht durchgesetzt werden kann, wenn ihre Beachtung zur Überschuldung der Gesellschaft führen würde.

Aus dieser Wirkung des Rangrücktritts ergibt sich dann auch die Folgerung bzgl. des Umgangs mit einer Sicherheit für diese Forderung. Eine Sicherheit soll dann greifen, wenn ein Anspruch nicht erfolgreich durchgesetzt werden kann. Verpflichtet sich aber der Darlehensgeber aufgrund eigener Rangrücktrittserklärung, dass er bei Überschuldungsgefahr seinen Anspruch nicht durchsetzen werde, so ist der Anspruch nicht undurchsetzbar, es wird vielmehr auf die Durchsetzung zu diesem Zeitpunkt verzichtet. Es ist damit aber auch der originäre

Sicherungszweck gar nicht erst eingetreten, was auch einer Befriedigung aus der Sicherheit entgegensteht.

Würde man hier eine abweichende Meinung vertreten und von einer Durchsetzbarkeit der Sicherung ausgehen, so führte dies unweigerlich zu der Frage, ob in einer solchen Konstellation dem Rangrücktritt noch die Wirkung des § 19 InsO zugebilligt werden kann. Es wird daher regelmäßig auch aus dem Willen der Beteiligten, der für die Auslegung privatautonomer Erklärungen maßgeblich ist, davon auszugehen sein, dass durch den Rangrücktritt die Überschuldung vermieden werden und die Besicherung diesem nicht entgegenstehen soll, also auch die Durchsetzbarkeit der Besicherung eingeschränkt werden soll.

Praxisempfehlung

Zur Vermeidung von Streitigkeiten (und aufgrund der umfangreichen insolvenz- und steuerrechtlichen Anforderungen) sollte daher bei der Gestaltung von Rangrücktrittserklärungen genau auf die Zielrichtung und Auswirkung auf die Sicherheiten der Darlehensgeber geachtet und die Formulierung passend für den Einzelfall gewählt werden. ◀



Jürgen Steinhofner,
Rechtsanwalt, anchor Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft, München

Juergen.steinhofner@anchor.eu
www.anchor.eu