

CB-BEITRAG

Niels Andersen, RA

Umqualifizierung von Darlehen in haftendes Eigenkapital in der Unternehmensfinanzierung

Ein bislang weniger beachtetes und in der Rechtstheorie wie -dogmatik seltener diskutiertes Thema ist die Frage der Voraussetzungen, Wirkung und Reichweite der Umqualifizierung von „echtem“ Fremdkapital bspw. aus einem Bankdarlehen in letztlich haftendes Eigenkapital mit Nachrang gegenüber bevorrechtigt zu befriedigenden Kapitalgebern – spätestens in der Insolvenz des Unternehmens. Die Auswirkungen können immens sein. Mit diesem Beitrag sollen einige Anstöße für ein Problembewusstsein gegeben werden: Es betrifft nicht nur den Gesellschafter eines Unternehmens, der zusätzlich zu seiner Eigenkapitaleinlage Gesellschafterdarlehen gewährt. Auch Banken können mit ihren Darlehensrückzahlungsforderungen gegenüber dem Unternehmen ihre Vorrangstellung gegenüber anderen Kapitalgebern des Unternehmens verlieren. Aus Sicht insbesondere von Banken ein Compliance-Thema, aus Sicht betroffener Unternehmen in entsprechender Lage ein Verhandlungsansatz.

I. Ausgangspunkt

Zunächst sei angemerkt, dass mit diesem Beitrag lediglich einige Aspekte herausgegriffen und in der Grundstruktur betrachtet werden können. Im Einzelfall sind jeweilige Finanzierungsverhältnisse des betroffenen Unternehmens ebenso wie die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen und Entwicklungen genau zu überprüfen. Einer der wichtigsten Aspekte ist sodann die Begutachtung der auf die Unternehmensgeschichte Einfluss nehmenden Handlungen der verschiedenen an der Unternehmensfinanzierung beteiligten Parteien.¹

Außer Betracht bleiben in diesem Kontext solche ggf. haftungsrelevanten Handlungen, die unter der rechtlichen Überschrift „Eingriff in die Geschäftsführung“ stehen. Bei diesen geht es um Handlungen nicht der dazu berufenen Geschäftsführung des Unternehmens, sondern auch und gerade von Fremdkapitalgebern – die spätestens und gerade in der Krisenphase des Unternehmens andere Interessen haben (können) als der Eigenkapital investierende Gesellschafter und Geschäftsführer. Dann kann es zu ausschließlich der Geschäftsführung des Unternehmens vorbehaltenen Maßnahmen durch den Fremdkapitalgeber entgegen oder zumindest ohne Mitwirkung der Geschäftsführung kommen, wofür bei daraus resultierenden Schäden der Eingriff Nehmende haftet.² Hier gilt jedoch die Verschuldensmaxime, es muss also ein auf den schuldhaften Eingriff rückführbarer Schaden vorliegen, wenn es zu einer Haftung kommen soll.³

1. Grundgedanke der Umqualifizierung

Anders die Lage bei der Umqualifizierung von Darlehen in haftendes Eigenkapital. Hier herrscht schlicht eine verschuldensunabhängige

Rechtsfolge vor, die ausschließlich an das Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen anknüpft.

Ausgangspunkt aller gesetzlich gewollten und letztlich in der Insolvenzordnung (InsO) sich ausdrückenden Regelungen zur Vermögensverteilung eines Unternehmens ist der plakativ formulierte Leitsatz „Fremdkapital kommt vor Eigenkapital“. Die §§ 38, 39 InsO legen – freilich für den Fall des Insolvenzverfahrens, was sich jedoch an allgemeinen Regeln und Grundsätzen orientiert – die Reihenfolge der Befriedigung von Gläubigern eines Unternehmens bei der Verwertung und Verteilung des Unternehmensvermögens fest. Die Gesellschafter des Unternehmens, die Eigenkapitalgeber, sind ggf. dann zu befriedigen, wenn alle bevorrechtigten Fremdkapitalgeber vollständig bedient wurden.

Der Rechtsgedanke der Umqualifizierung stellt als Rechtsfolge darauf ab, dass eben diese Verteilungsreihenfolge durchbrochen wird und derjenige Darlehensgeber, der eine oder mehrere tatbestandliche Voraussetzungen für die Umqualifizierung erfüllt, im Verteilungsrang hinter andere Gläubiger und – je nach Fallgestaltung – sogar hinter den oder die Eigenkapitalgeber „rutscht“. Im Falle der Unternehmensinsolvenz bspw. kann dies bis hin zu einem Komplettausfall der

- 1 Die Spannweite der Faktoren ist groß: Sie reicht von zur Gründung festgelegten Vertragsbestimmungen bis hin zu faktischen Handlungen kurz vor Insolvenzantragstellung und darüber hinaus missbräuchlicher Ausnutzung des Insolvenzrechts.
- 2 Wofür in dem Fall der Handlung der Geschäftsführung selbst die Regeln der Geschäftsführerhaftung, bei der GmbH namentlich des § 43 GmbHG, gelten.
- 3 Es besteht in einem solchen Fall eine Haftung auf Schadensersatz gegenüber dem betroffenen Unternehmen.

vermeintlich bevorrechtigten Forderungen führen.⁴ Weitere Gläubiger sind in ihrem Status naturgemäß nur dann betroffen, wenn auch sie jeweils für sich genommen die Voraussetzungen für die Umqualifizierung erfüllen.

2. Herleitung der Umqualifizierung

Die dogmatische Begründung für die Umqualifizierung knüpft letztlich an Fragen der oben beschriebenen Grundsätze des Verhältnisses von Eigenkapital und Fremdkapital eines Unternehmens an. Die Begründung für das Rangverhältnis dieser grundlegend voneinander unterschiedlichen Finanzierungsbeiträge liefert gleichzeitig die Ansätze für eine Umqualifizierung. Dort, wo faktisch durch formales Handeln die gesetzgeberischen Ziele und Absichten „auf den Kopf“ gestellt wären und schlechterdings unhaltbare Ergebnisse vorlägen, sind – wie auch an anderen Stellen in unserer Rechtsordnung – Korrekturen angezeigt.

In der Finanzierungstheorie werden Eigen- und Fremdfinanzierung vornehmlich anhand der Stellung des Kapitalgebers, der haftungsmäßigen Widmung des Finanzierungsbeitrags zur Verlusttragung und der Teilhabe am unternehmerischen Erfolg voneinander abgegrenzt. Der Eigenfinanzierung durch die Unternehmenseigentümer kommt als „Glaubwürdigkeitssignal“⁵ die Funktion der Selbstbeteiligung am Risiko zu, die das Kreditrisiko für die Fremdkapitalgeber kalkulierbar macht.

Es geht hieraus abgeleitet um Gläubigerschutz. Der Schutz von Gläubigern soll den Gesellschaftern vorgehen, da es sich bei den Gläubigern um „Außensteiter“ des Unternehmens handelt,⁶ diese eben nicht am Gewinn des Unternehmens beteiligt sind und qua Stellung keinen Einfluss auf die Geschicke zum Erreichen des Unternehmensgewinns ausüben. Das Gewinnstreben ist die Prämisse der unternehmerischen Beteiligung als Gesellschafter und damit der initialen Zurverfügungstellung von Eigenkapital. Gesellschafter, die in diesem Sinne Eigenkapital in ein Unternehmen investieren, „müssen daran gehindert werden, dass sie sich in der späteren Insolvenz gleichberechtigt in die Reihe der Gläubiger einstellen.“⁷ In ähnlicher Richtung wird auf das Prinzip der Haftungsbeschränkung in der Kapitalgesellschaft abgestellt, dessen missbräuchlicher Ausnutzung durch die Gesellschafter begegnet werden soll.⁸

Die Interessen von Eigen- und Fremdkapitalgeber werden abgegrenzt in das Gewinnerzielungs- und -maximierungsinteresse des Eigenkapitalgebers im geradezu Gegensatz zu dem Risikovermeidungs- und Kapitalrückzahlungsinteresse des Fremdkapitalgebers.⁹

Einflussnahme, Risikotragung und gleichzeitig wirtschaftliche Chancenausnutzung sowie daraus abgeleitet Gläubigerschutz sind danach letztlich die wichtigsten Elemente zur Begründung des Rangverhältnisses der unterschiedlichen Finanzierungsbeiträge für ein Unternehmen.

3. Gesetzliche Anknüpfung

Der im Zuge des MoMiG 2008 eingeführte § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 InsO begründet für Darlehensforderungen von Gesellschaftern in der Insolvenz einen Nachrang, die Finanzierungsbeiträge werden hiernach zu (Quasi-)Eigenkapital.

Der unmittelbare Anwendungsbereich der Umqualifizierung ist danach dann nicht eröffnet, wenn nicht ein Gesellschafter selbst dem Unternehmen Fremdkapital zur Verfügung stellt. Gleichwohl besteht Einigkeit in der juristischen Dogmatik, dass grds. auch Darlehensforderungen Dritter, die keine förmliche Gesellschafterstellung haben, in die Umqualifizierung gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO einzubeziehen sind.

Dies war bereits nach früherem Recht anerkannt und wurde im Zuge des MoMiG seitens der Gesetzgebung ausdrücklich erwähnt.¹⁰ Voraussetzung hierfür ist entweder ein besonderes Näheverhältnis des Dritten zu einem Gesellschafter oder zur Gesellschaft.¹¹ Nach Teilen der Literatur kann auch ein „bloßer“ Darlehensgläubiger ausnahmsweise wie ein Gesellschafter zu behandeln sein, wenn ihm bereits im Kreditvertrag so weitgehende Rechte eingeräumt werden, dass er das Geschehen in der Gesellschaft steuern kann.¹²

II. Wirkung – Rechtsfolgen der Umqualifizierung

Es stellt sich die Frage, wie weit die Wirkungen einer Umqualifizierung reichen.

1. Nachrang als gesetzliches Leitbild

Zunächst gilt dem Grunde nach der Nachrang gegenüber „echten“ Gläubigerforderungen. Die „echten“ Gläubiger werden mit ihren Forderungen zuerst bedient, die nachrangigen Gläubiger erst nach ihnen. Haben Gesellschafter ggf. selbst anzuerkennende Forderungen aus ihrer Gesellschafterstellung, stehen nach diesem gesetzlichen Leitbild diese Forderungen der Gesellschafter im gleichen Rang wie die nachrangigen Gläubiger und werden im Verhältnis 1:1 bedient.

Im Falle der Insolvenz des Unternehmens ist der Insolvenzverwalter berufen und in der Lage, die Grundlagen für die Anerkennung von zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungen zu überprüfen sowie die sich daraus ableitenden Rechtsfolgen durchzusetzen; § 39 InsO legt den Rahmen fest. Nach den Neuregelungen im Zuge des MoMiG 2008 verbleiben nachrangige Forderungen dem Grunde nach als Insolvenzforderungen.

Ergänzend stellen die §§ 135 ff. InsO dem Insolvenzverwalter Anfechtungsrechte zur Verfügung, die sich auf vor Insolvenzantrag erfolgte etwaige Zins- und/oder Tilgungsleistungen ebenso beziehen können wie auf Gewährung von Sicherheiten u. ä. Ergänzt werden diese Vorschriften zur Anwendung innerhalb eines Insolvenzverfahrens durch Vorschriften des AnfG außerhalb eines Insolvenzverfahrens.

4 Je nach Fallgestaltung. Hierfür wären geringere Vermögenswerte des Unternehmens erforderlich, als an weitere Gläubiger und die Eigenkapitalgeber zur Befriedigung deren Forderungen zur Verfügung stehen.

5 So Adams, Eigentum, Kontrolle und beschränkte Haftung, 1991, S. 40.

6 Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 2002, S. 515.

7 Hirte, in: Uhlenbruck, InsO-Kommentar, 13. Aufl. 2010, § 135, Rn. 1.

8 Habersack, ZIP 2007, 2145, 2147; Huber, in: Hommelhoff/Rawert/Schmidt, FS Priester, 2007, S. 259, 275 ff.

9 Zum alten Recht bereits Altmeyden, ZIP 1993, 1677 (1679 ff.); ähnlich auch Cahn, AG 2005, 217 (226 ff.); v. a. Engert, ZGR 2012, 835 (854); früher bereits Eidenmüller, in: Heldrich u. a., FS Canaris, 2007, S. 49 (55 f.); Engert, ZGR 2004, 813 (824, 826).

10 Hiervon ging auch der Gesetzgeber bei Einführung von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO anstelle der früheren §§ 32 a, b GmbHG aus (vgl. die Begründung RegE BT-Drs. 16/6140, 56).

11 Statt anderer m. w. N. T. Fleischer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 39 InsO, Rn. 25.

12 Vgl. etwa T. Fleischer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 39 InsO Rn. 25; Servatius CFL 2013, 14, 19 ff.; zum früheren Recht Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, §§ 32a/b, Rn. 55; abw. Habersack, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GroßKomm/GmbHG, 2. Aufl. 2002, § 30 Anh., Rn. 91; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 30 Anh., Rn. 36, 47; Görner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 30 Anh., Rn. 71.

2. Rang hinter Gesellschaftereigenkapital?

Betrachtet man die oben dargestellten dogmatischen Begründungen für die Anerkennung der Notwendigkeit des Korrektivs der Umqualifizierung, lässt sich an Konstellationen denken, in denen die tatbestandlichen Anknüpfungspunkte nicht etwa nur gegenüber anderen Gläubigern des Unternehmens in Relation zu stellen sind, sondern auch – und möglicherweise gerade – gegenüber den formal eigenkapitalgebenden Gesellschaftern des Unternehmens.

Letztlich geht es um juristische Wertungsfragen innerhalb der dogmatisch und gesetzgeberisch begründeten Grenzen:

- Je mehr Einflussnahme durch den formalen Fremdkapitalgeber vorliegt,
- je mehr eigenes unternehmerisches Interesse der Fremdkapitalgeber umsetzt,
- je weniger selbst unternehmerische Handlungsfreiheit dem Eigenkapitalgeber verbleibt,
- kurz: je mehr die Gesellschafterstellung als „Unternehmer“ zur Hohlformel verkommt,
- ▶ desto eher bestehen Anlass und Bedarf für die Ausweitung der Wirkung der Umqualifizierung in Richtung Rangrückstufung hinter das Eigenkapital.

Die Intensität der Einflussnahme bestimmt danach letztlich die Reichweite der Wirkung der Umqualifizierung. Dies ist Einzelfall- und Wertungsfrage und kann kaum schematisch dargestellt werden.

3. Sanierungsprivileg als systemkongruente Ausnahme

Zu erwähnen bleibt in diesen Zusammenhängen das sog. „Sanierungsprivileg“ i. S. d. § 39 Abs. 4 S. 2 InsO.

Für den Zeitpunkt der Unternehmenskrise hat der Gesetzgeber hiermit ausdrücklich Möglichkeiten der Unternehmenssanierung vor die ansonsten drohenden Rechtsfolgen für Fremdkapitalgeber gestellt, die dann – und eben erst dann – dem sanierungswilligen Fremdkapitalgeber die Möglichkeit der Umsetzung von Sanierungskonzepten mit weiterreichenden Möglichkeiten der Einflussnahme und Eigenbeteiligung am Unternehmen geben.

Dieses Privileg entspricht den oben aufgezeigten Bedingungen und Notwendigkeiten, indem es gerade auf den Zeitpunkt der Krise des Unternehmens abstellt und erst ab diesem Zeitpunkt eine Befreiung von den sonst „automatischen“ Rechtsfolgen des Vorliegens der Tatbestandsmerkmale für eine Umqualifizierung gewährt.

III. Fälle der Umqualifizierung bei Fremdkapital durch Nichtgesellschafter

Wie oben (unter II. 2.) aufgezeigt, lässt sich eine schematische Eingrenzung von Fallgestaltungen kaum aufstellen. Gleichwohl zeigen sich in der Praxis einige Umstände, die den „Gedanken“ an eine Umqualifizierung nahelegen können.¹³

Zu denken ist bspw. an folgende Anknüpfungspunkte:¹⁴

- Gesellschafterähnliche Stellung des Fremdkapitalgebers, bspw. durch umfangreiche persönliche Garantien eines maßgeblichen Gesellschafters und/oder Geschäftsführers des Unternehmens, die an den Fremdkapitalgeber abgetreten sind;
- Vertragsklauseln (covenants) in Darlehensverträgen mit weitreichenden Vorgaben, die die unternehmerische Freiheit des Gesellschafters bzw. des darlehensnehmenden Unternehmens und seiner Geschäftsführung weitgehend einschränken oder ausschließen;

- Unternehmerische Gewinnerzielung des Fremdkapitalgebers „im Umfeld“ des Schuldnerunternehmens, wobei die Fremdkapitalvergabe an das Schuldnerunternehmen diese Gewinne unter bewusster Ausnutzung der Finanzierungsstruktur erst ermöglicht;
- Missbrauch des Insolvenzrechts, bspw. durch gezielte Schaffung der Antragsvoraussetzungen (Insolvenzlage) und Herausdrängen der eigenkapitalgebenden Gesellschafter bei gleichzeitiger Wertentwertung der Unternehmenswerte.

IV. Prävention der Umqualifizierung als Compliance-Aufgabe

Risikominimierung, Effizienzsteigerung und Effektivitätssteigerung sind die vorrangigen Ziele von Compliance. Für alle Unternehmen und Unternehmer, die anderen Unternehmen Fremdkapital zur Verfügung stellen, weisen die aufgezeigten Regeln zur Umqualifizierung erhebliche Risiken auf. Die Benennung, die Bewertung, die Berücksichtigung und die Behandlung solcher Risiken stellen die Hauptaufgabe der unternehmerischen Compliance dar. Gerade in Zeiten hochkomplexer Finanztransaktionen sind die beschriebenen Anknüpfungspunkte für Umqualifizierungen in genutzten Strukturen laufend zu überprüfen.

In diesem Sinne sind Fremdkapital Gewährende gut beraten, wenn sie ein laufendes Risikomanagement im Hinblick auf genannte Grundlagen etablieren. Umgekehrt bieten derlei Aspekte betroffenen Unternehmen und Unternehmern Verhandlungsperspektiven gegenüber solchen Fremdkapitalgebern, die (weit) über den Rahmen der ihnen zugedachten Einflussnahme in die unternehmerischen Prozesse eingreifen.

AUTOR



Niels Andersen, RA, AndersenWeyer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin. Als ausgebildeter Bankkaufmann ist er spezialisiert auf die außergerichtliche sowie gerichtliche Beratung und Vertretung von Investoren unterschiedlichster Kapitalanlagen. Ein weiterer Schwerpunkt der Tätigkeit liegt in der Strukturierung und Betreuung von Unternehmensfinanzierungen bis zur Abwicklung in Insolvenzverfahren und der begleitenden Beratung der Unternehmer.

¹³ Dass Gesellschafter der Gefahr der Umqualifizierung direkt bzw. typischerweise ausgesetzt sind, wurde oben erörtert und soll daher hier ausgenommen werden.

¹⁴ Die Beispiele sind nicht abschließend und sollen lediglich einen übersichtlichen Ansatz für denkbare Fallgestaltungen bilden.