

Neues Insolvenzrecht – neues Kapitalersatzrecht?

Am 1. 1. 1999 wird in Deutschland ein neues Insolvenzrecht in Kraft treten. Es löst die Konkurs-, die Vergleichs- und die Gesamtvollstreckungsordnung ab. Künftig gibt es ein einheitliches Insolvenzverfahren, das eine Reihe von wesentlichen Neuerungen enthält, wie etwa den Insolvenzplan zur Sanierung bzw. Liquidierung von Unternehmen oder die Restschuldbefreiung für natürliche Personen. Klug erkennen die Gesetzesverfasser, daß die Reform den wirtschaftlichen Sachverhalt der Insolvenz nicht abschaffen, sondern nur seine gerechte Bewältigung erleichtern kann.¹ Dazu sind auch eine Reihe gesellschaftsrechtlich bedeutsamer Änderungen vorgesehen² oder – wie die vereinfachte Kapitalherabsetzung bei der GmbH – bereits in Kraft getreten.³ Das Recht der kapitalersetzenden Darlehen wird verschiedentlich berührt. Der Jubilar hat sich immer wieder mit Fragen des Kapitalersatzrechts beschäftigt und vor kurzem gar Anhaltspunkte für eine »Zeitwende im Kapitalersatzrecht« festgestellt.⁴ In einem Beitrag zu seinen Ehren soll daher der Frage nachgegangen werden, wie es sich mit dem Kapitalersatzrecht nach der Insolvenzordnung verhält.

Der Gesetzgeber ist nicht *Ulmers* Anregung gefolgt, die störende Zweispurigkeit des Rechts eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen durch eine umfassende Neuregelung zu überwinden.⁵ Offenbar wollte man die seit zwanzig Jahren vorbereitete Reform, deren Gelingen bis zuletzt in Frage stand, nicht belasten. Die Kodifikation war schon 1980 bei einer GmbHG-Novellierung nicht geglückt, und auch heute kann keineswegs von allgemein anerkannten Grundsätzen ausgegangen werden, die nur noch der Verkündung im Gesetzblatt harren.⁶ Das Gesetz beschränkt sich auf Anpassungen, die für die Insolvenzproblematik notwendig sind. Dabei kommt es zu sachlichen Modifikationen, deren augenfälligste die künftige Teil-

1 Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs, in: *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, RWS-Dokumentation 18, Bd. I, S. 95. Nach Angaben des Verbands der Vereine Creditreform stehen 1996 ca. 25 000 Unternehmen vor dem Aus (FAZ v. 27. 7. 1996, Nr. 173, S. 11).

2 Zu den Reformplänen *Ulmer*, Die gesellschaftsrechtlichen Aspekte der neuen Insolvenzordnung, in: *B. Kübler* (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, 1989, S. 119 ff.

3 Art. 48 Nr. 4 EGIInsO (BGBl. I 1994, 2911, 2931) hat die §§ 58a–58 f. GmbHG eingefügt; diese Bestimmungen traten am 19. 10. 1994 in Kraft.

4 GmbHR 1994, 9.

5 *Ulmer* (Fn. 2), S. 126.

6 Vgl. nur *Claussen*, FS Forster, 1992, S. 139 ff.; *ders.* GmbHR 1996, 316 ff.

nahme der Gläubiger kapitalersetzender Darlehen am Insolvenzverfahren ist (unten I). Anschließend ist zu fragen, ob die veränderte Einordnung Folgen für den Überschuldungsstatus hat (unten II). Sanierungsdarlehen aus dem Gesellschafterkreis sind ein Problem, dem die InsO eine knappe Bestimmung widmet (unten III). Eher rechtstechnischer Natur sind die Änderungen von Frist und Fristbeginn bei den Anfechtungsvorschriften (vgl. § 135 InsO, der § 32a KO ersetzt) sowie die erstmalige Anordnung einer Rückforderungsfrist in § 32b Abs. 1 S. 1 GmbHG (neu). Sie können im folgenden außer Betracht bleiben.

I. KAPITALERSETZENDE GESELLSCHAFTERDARLEHEN ALS NACHRANGIGE INSOLVENZFORDERUNGEN

1. Die Unterscheidung verschiedener Klassen *innerhalb* der Insolvenzgläubiger⁷ (§ 39 InsO) ist eine Innovation der InsO.⁸ Künftig wird es normale und nachrangige Insolvenzgläubiger geben. Der Nachrang beruht auf der Eigenart der Verbindlichkeiten. Sie entstehen erst nach Verfahrenseröffnung, ohne Masseschuld zu sein, oder resultieren aus fragwürdigen Rechtshandlungen des Schuldners. Bislang waren diese Forderungen⁹, abgesehen von einem Ausnahmefall (§ 226 Abs. 2 KO), vom Verfahren völlig ausgeschlossen. Die künftig bestehende Teilnahme am Insolvenzverfahren neuen Rechts dient dem Ziel, das Schuldnervermögen möglichst vollständig zu verteilen. Außerdem wird die umfassende Berücksichtigung in einem Insolvenzplan als sachgerecht angesehen, die eben durch diese Einbeziehung möglich wird.¹⁰ Die Rechtsstellung der nachrangigen Insolvenzgläubiger ist wegen ihrer beschränkten Aussicht auf Befriedigung stark eingeschränkt. Sie sind in der Gläubigerversammlung nicht stimmberechtigt (§ 77 Abs. 1 S. 2 InsO); zur Anmeldung ihrer Forderungen kommt es nur, wenn hierzu eine Aufforderung des Insolvenzgerichts ergeht (§ 174 Abs. 3 S. 1 InsO); im Falle eines Insolvenzplans gelten ihre Forderungen als erlassen, wenn dort nichts anderes bestimmt ist (§ 225 Abs. 1 InsO); in der Regel nehmen nachrangige Insolvenzgläubiger an der Abstimmung über den Insolvenzplan nicht teil (§ 246 InsO).¹¹

7 Nicht zu verwechseln mit der weiterhin bestehenden Unterscheidung von Insolvenzgläubigern und Massegläubigern (*Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, 1995, Rn. 70 ff.).

8 *Loritz*, Einbeziehung der nachrangigen Insolvenzgläubiger, in: *Leipold* (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 91 ff. Vorbild der Regelung ist eine Ausnahmevorschrift des geltenden Rechts: § 226 KO.

⁹ Vgl. § 63 KO; § 29 VerglO.

10 Begründung RegE, bei: *Kübler/Prütting* (Fn. 1), S. 209.

11 Unzutreffend ist der von *Hess/Pape*, Grundzüge des neuen Insolvenzrechts, 1995, Rn. 239, S. 112 behauptete völlige Ausschluß von der Abstimmung.

Sachlich neu bestimmt § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, daß auch Forderungen auf Rückgewähr des kapitalersetzenden Darlehens eines Gesellschafters oder gleichgestellte Forderungen im Rang nach den übrigen Forderungen der normalen Insolvenzgläubiger berichtigt werden. Zur Anpassung an diese insolvenzrechtliche Lage wird § 32a Abs. 1 GmbHG geändert. Bislang konnten eigenkapitalersetzende Darlehen im Konkurs- oder Vergleichsverfahren nicht geltend gemacht werden. Künftig nehmen die Inhaber solcher Forderungen als nachrangige Insolvenzgläubiger am Verfahren teil.

Diese Einbeziehung bedeutet für die darlehensgebenden Gesellschafter keine spürbare wirtschaftliche Verbesserung¹², denn ihre Forderungen sind und bleiben subordiniert. Erst wenn alle Gläubiger einschließlich der übrigen nachrangigen Insolvenzgläubiger befriedigt sind, werden ihre Ansprüche bedient. Bei einem normalen Insolvenzsachverhalt wird dies kaum der Fall sein. Es ist also weniger die »Praxisrelevanz«, die zum Nachdenken über die Bedeutung dieser Änderung veranlaßt. Vielmehr könnte die *Grundkonzeption des Kapitalersatzrechts* durch die Berücksichtigung solcher Gesellschafterforderungen in der Insolvenz berührt sein.

2. Bekanntlich hat der Gesetzgeber mit der GmbH-Novelle von 1980 nur einen Teil der durch die Rechtsprechung behandelten Konstellationen einer Regelung zugeführt. Der Bundesgerichtshof hat sich durch die aus seiner Sicht unvollkommene Positivierung nicht gehindert gesehen, an einem partiell weitergehenden Konzept der Umqualifizierung von Krisenkrediten festzuhalten.¹³ Seither ist verbreitet von einem zweistufigen Kapitalersatzrecht die Rede.¹⁴ Die §§ 32a GmbHG, 32a KO setzen insolvenzrechtlich an, indem sie das gesamte Darlehen einer Konkursverstrickung unterwerfen. Für die neben diesen »Novellenregeln« weiterentwickelten Rechtsprechungsregeln ist die gesellschaftsrechtliche Nennkapitalziffer entscheidend. In der Krise gegebene oder stehengelassene Darlehen dürfen entsprechend § 30 GmbHG nicht zurückgezahlt werden.

Das Neben- oder Miteinander beider Regelungssysteme ist rechtstechnisch ohne weiteres zu bewältigen. Tatbestandlich sind sie in den wesentlichen Punkten dekungs-gleich. Der BGH-Ansatz hat indessen einen größeren Anwendungsbereich, weil er auch im Vorfeld der Insolvenz (»Krise«)¹⁵ sowie – theoretisch – bei einer Liquidation außerhalb des Konkurses, zu der es bei Ablehnung mangels Masse kommt¹⁶,

12 Ulmer (Fn. 2), S. 119, 125.

13 BGHZ 90, 370; zur Entwicklung Hommelhoff ZGR 1988, 460 ff.

14 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl. 1994, §§ 32a/b Rn. 7; v. Gerkan/Hommelhoff, Kapitalersatz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht, 4. Aufl. 1996, S. 46; Priester, FS Döllerer, 1988, S. 475, 483.

15 Krit. wegen der mangelnden Abgrenzung zur »Konkursreife« Reiner, FS Boujong, 1996, S. 415, 436 f.

16 § 26 Abs. 1 InsO; zur nach wie vor ungelösten Problematik masseloser Insolvenzen K. Schmidt ZGR 1996, 209, 219 ff.

greift. In der Insolvenz ist bislang – von der Fristfrage abgesehen –¹⁷ ein Rechtsfolgenunterschied zwischen Novellen- und BGH-Regeln nicht auszumachen.¹⁸

Wertungsgrundlage des gesamten Kapitalersatzrechts ist die Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters einer GmbH oder AG¹⁹, der sich nicht widersprüchlich verhalten darf, soweit er in der Krise der Gesellschaft mit Geld- oder Sachleistungen²⁰ eingreift. Wenn die Gesellschaft nicht liquidiert wird, sondern weiter bestehen soll, hat er als »ordentlicher Kaufmann« Eigenkapital zuzuführen (§ 32a Abs. 1 GmbHG in alter und neuer Fassung). Statt dessen gewährte Darlehen werden zu Eigenkapitalersatz umqualifiziert. So steht es allerdings nicht im Gesetz. Dort wird nur die Konsequenz der Umqualifikation benannt: Das Darlehen kann im Konkurs nicht geltend gemacht werden. Die Novellenregeln hat man als unvollkommene positiv-rechtliche Beschreibung typischer Rechtsfolgen eines gesellschaftsrechtlichen Prinzips bezeichnet, wonach Eigenkapitalersatz als haftendes Kapital behandelt wird.²¹ Dann fügen sich die Teile zu einem Ganzen: Eine Rückzahlung von haftendem Kapital ist innerhalb (§ 32a GmbHG) und außerhalb (BGH-Regeln) der Insolvenz untersagt. In dieser Sichtweise ist dem Gesetzgeber von 1980 aufgrund seines insolvenzrechtlichen Zugriffs lediglich eine Teilkodifikation gelungen.²²

Diese Anschauung ist nicht über allen Zweifel erhaben. Die Problematik der Unterkapitalisierung ist evident, doch die in Deutschland²³ seit vielen Jahrzehnten übliche Lösung der Umqualifizierung von Darlehen ist es nicht. Die Verwandlung von Darlehen in Eigenkapital ist, darauf hat *Claussen* hingewiesen, aus Sicht der Kaufleute und Betriebswirte ein Wunder wie dasjenige von Wasser in Wein.²⁴ Die mangelnde Akzeptanz bei den betroffenen Verkehrskreisen läßt sich nun nicht als Argu-

17 Ein binnen Jahresfrist vor Konkurseröffnung zurückgezahltes Gesellschafterdarlehen kann nach § 32a S. 2 KO innerhalb eines Jahres (§ 41 KO) zurückgefordert werden; der am Nennkapital bemessene Erstattungsanspruch nach den BGH-Regeln verjährt entsprechend § 31 Abs. 5 GmbHG in fünf Jahren; dazu *G. Hueck* in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 16. Aufl. 1996, § 32a Rn. 78.

18 Zu § 32a Abs. 1 S. 2 GmbHG vgl. allerdings unten im Text bei Fn. 40.

19 Zur Präzisierung der Verantwortung, die nur bei unternehmerischen Interessen des Aktionärs anzunehmen ist BGHZ 90, 381; *Claussen AG* 1985, 173; *Junker ZHR* 156 (1992), 394; *Lutter* in *Kölnen Kommentar zum AktG*, 2. Aufl. 1988, § 57 Rn. 84 ff., 93.

20 BGHZ 109, 55; 121, 31; 127, 1; 127, 17 (*Lagergrundstücke I–IV*).

21 *K. Schmidt ZIP* 1995, 969, 971.

22 *Hachenburg/Ulmer, GmbHG*, 8. Aufl. 1991, §§ 32a, 32b Rn. 8.

23 In den meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Ausnahme: Österreich und Griechenland) werden »shareholder loans« nicht zu Eigenkapitalersatz umgewidmet; für einen Überblick die Länderberichte in *De Kluijver/van Gerven* (Hrsg.), *The European Private Company?*, 1995, insbesondere *De Kluijver*, S. 27; *Sanz*, S. 144; *Tellis*, S. 153; *Lutter*, S. 203 f.; ferner *Beine*, *Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen*, 1994, S. 25 ff. (zu Großbritannien, Frankreich und USA).

24 *Claussen*, FS Forster, 1992, S. 139, 152f. unter Bezugnahme auf das Johannes-Evangelium Kap. 2 Vers 1.

ment ins Feld führen. Auch die zögerliche Rezeption des Kapitalersatzgedankens in der betriebswirtschaftlichen Finanzierungslehre²⁵ ist für sich genommen nicht geeignet, die Verfehltheit des *gesellschaftsrechtlichen* Ansatzes darzutun.

3. Erheblich skeptischer gegenüber der herrschenden Lehre vom Kapitalersatz könnte hingegen die grundsätzliche Einstufung der Gesellschafter-Krisendarlehen als Insolvenzforderungen durch die InsO stimmen. Das will nicht zu dem angeblich zugrundeliegenden Konzept der Umwidmung in haftendes Kapital passen. Eigenkapitalanteile sind für die Gesellschafter in der Insolvenz gewiß verloren. Sollte also der Gesetzgeber seinen ursprünglich insolvenzrechtlichen Ansatz ungeachtet aller Kritik von Judikatur und Literatur weiter ausgebaut haben? Und hat man daraus den Schluß zu ziehen, daß Krisendarlehen außerhalb der Insolvenz erst recht nicht den Kapitalerhaltungsregeln unterfallen?

Die Debatte über Wohltat und Plage des Kapitalersatzrechts²⁶ wird wieder zu führen sein, nachdem es lange Jahre so aussah, als ob es nur noch um die Integration des stetig fließenden Fallmaterials der Rechtsprechung in ein grundsätzlich akzeptiertes System gehe. Die mit einiger Mühe nach Tatbestand und Rechtsfolgen den §§ 32a/b GmbHG zugeordnete Nutzungsüberlassung²⁷ ist dafür nur ein Anstoß.²⁸ Die Überlegung, statt eine gewaltsame Umqualifizierung in Eigenkapitalersatz vorzunehmen, möge man es mit einer deliktischen Konkursverschleppungshaftung der Gesellschafter versuchen²⁹, bestreitet grundsätzlich die Notwendigkeit des Rechtsgebiets. Der Bundesfinanzhof ordnet auch ein in der Krise ausgereichtes Gesellschafterdarlehen als Fremdkapital ein.³⁰ Dieser Standpunkt harmoniert mit dem neuen Insolvenzrecht, das wohl ebenfalls von einer Fremdkapitalqualität ausgeht, wenn es lediglich Nachrang anordnet.

Indessen: *Lex moneat, non doceat*. Der Zulassung der Gesellschafter-Gläubiger von Krisendarlehen liegt der insolvenzrechtliche Gedanke zugrunde, eine Vollab-

25 Claussen, FS Forster, 1992, S. 142, 148 ff.; vgl. aber Fleischer, Finanzplankredite und Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht, 1995, S. 100 ff. mit Fn. 357; Beine (Fn. 23), S. 46 ff., 94 ff. (aus betriebswirtschaftlicher Sicht).

26 Claussen GmbHR 1994, 9 ff.; ders., GmbHR 1996, 316 ff., einerseits; Hommelhoff ZGR 1988, 460, 477 andererseits.

27 Vgl. Nachw. oben Fn. 20.

28 Nach K. Schmidt ZIP 1993, 161 ist die Konstellation mittels einer Verschuldenshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung zu bewältigen.

29 Reimer, FS Boujong, 1996, S. 415, 454 unter Hinweis auf den durch BGH v. 6. 6. 1994 (BGHZ 126, 181) eröffneten Neugläubigerschutz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG.

30 Der Bundesfinanzhof geht von der Verzinslichkeit eines »kapitalersetzenden« Gesellschafterdarlehens aus und behandelt es damit wie Fremdkapital; BFH ZIP 1992, 620 = BStBl. II 1992, 532; dazu Wassermeyer ZGR 1992, 639 ff.; Crezelius, Steuerrecht II, 2. Aufl. 1994, S. 145.

wicklung des Schuldnervermögens zu ermöglichen.³¹ Eine gegenüber der Kapitalersatzlehre veränderte Sicht der Gesellschafterdarlehen ist in den Materialien nicht auszumachen.³² Dagegen spricht auch die Übernahme des Begriffs »kapitalersetzendes Darlehen«. Dieser Begriff ist neu in der Gesetzessprache; die §§ 32a/b GmbHG, § 32a KO kennen ihn nicht. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs sollte damit »klargestellt« werden, »daß auch die Fälle der §§ 129a, 172a HGB (...) und auch die von der Rechtsprechung anerkannten weiteren Fälle kapitalersetzender Darlehen insbesondere bei der Aktiengesellschaft erfaßt werden«.³³

Der Regierungsentwurf sah vor, in das Gesetz einen S. aufzunehmen, wonach bei juristischen Personen das Insolvenzverfahren an die Stelle der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung tritt.³⁴ Der Rechtsausschuß nahm eine redaktionelle Straffung vor, der besagter S. zum Opfer fiel. Eine inhaltliche Änderung war damit nicht verbunden. Das zeigt auch § 199 S. 2 InsO. Der Insolvenzverwalter hat danach für die Verteilung des Überschusses an die einzelnen Gesellschafter zu sorgen, wobei sein Maßstab die gesellschaftsrechtlichen Liquidationsbestimmungen sind.³⁵ Die Einbeziehung des kapitalersetzenden Darlehens als nachrangige Insolvenzforderung wirkt daher als Handlungsanweisung für den Verwalter. Zuerst sind die Darlehen aus einem Überschuß zu bedienen; dann wird der Rest nach Liquidationsregeln verteilt. Die kapitalersetzenden Darlehen sind künftig mehr als nur Rechnungsposten bei Ermittlung des Anteils des Gesellschafters am Liquidationserlös.³⁶

4. Die oben aufgeworfene Frage, ob die eigenkapitalähnliche Kreditbindung gewissermaßen hinter dem insolvenzrechtlichen Nachrangkonzept steht, scheint bedeutsam zu werden, wenn es ausnahmsweise zu einer Berücksichtigung in einem *Insolvenzplan* kommt.³⁷ Dieser Plan nimmt in seinem gestaltenden Teil (§ 221 InsO) Regelungselemente des bisherigen Vergleichs und des Zwangsvergleichs im Konkurs in sich auf. Zwar werden nachrangige Insolvenzgläubiger normalerweise nicht berücksichtigt, weil schon die normalen Insolvenzgläubiger in den meisten Fällen keine

31 Daher zust. *Ulmer* (Fn. 2), S. 125.

32 Die beiden Kommissionsberichte 1985/1986 sahen eine entsprechende Regelung noch nicht vor. Diese taucht erstmals im Diskussionsentwurf des BMJ 1989 auf (§ 44); sie wird dann im Referentenentwurf 1989 und im Regierungsentwurf 1992 mitsamt der abwicklungstechnisch argumentierenden Begründung übernommen.

33 Begründung RegE zu § 135 InsO, bei: *Kübler/Prütting* (Fn. 1), Bd. I, S. 350.

34 § 1 Abs. 2 S. 3 RegE 1992.

35 Zur Liquidationsaufgabe des Insolvenzverwalters *K. Schmidt*, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, 1990; *ders.* KTS 1994, 309 ff. einerseits; *Henckel* ZIP 1991, 133 ff.; *Pape* NJW 1994, 2205f; *Kilger*, FS Merz, 1992, S. 253, 269 f. andererseits.

36 Zur Rechtslage bei regulärer Liquidation *Schulze-Osterloh* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 72 Rn. 23; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 8. Aufl. 1994, § 72 Rn. 20.

37 Zum Insolvenzplan *Burger/Schellberg* DB 1994, 1833; *Funke*, FS Helmrich, 1994, S. 627; *Prütting*, FS Henckel, 1995, S. 669; *Bork* (Fn. 7), Rn. 310 ff., 366 f.

volle Befriedigung erhalten. Bei besonders effektiver Abwicklung der Insolvenz auf der Grundlage eines Plans kann aber auch einmal eine Abweichung in Betracht kommen.³⁸ Dann kann in dem Insolvenzplan bestimmt werden, daß Gesellschafter-Gläubiger mit ihren – gekürzten – »kapitalersetzenden Darlehen« befriedigt werden.

Das erinnert an den noch geltenden § 32a Abs. 1 S. 2 GmbHG³⁹, wonach die Kapitalersatzgeber die gleiche Quote wie die Vergleichsgläubiger erhalten. Dazu hat der BGH entschieden, daß diese Gleichstellung nicht auch zur Entsperrung eines Darlehens nach den Kapitalersatzregeln der Rechtsprechung führt.⁴⁰ Eine Rückzahlung kommt danach erst in Betracht, wenn die Gesellschaft wieder drittkreditwürdig ist bzw. keine Unterbilanz besteht.

Eine Weiterführung dieser Rechtsprechung für den Insolvenzplan-»Vergleich« ist nicht veranlaßt. Die Rechtslage ist verschieden, weil die nachrangigen Insolvenzgläubiger kapitalersetzender Darlehen künftig an dieser gestaltenden Festlegung ihrer Rechte mitwirken. Im Konsens der Gläubigergruppen (§§ 243 ff. InsO) kommt es zu einem gerichtlich bestätigten (§ 248 InsO) Sanierungsreglement, das einer anderen Beurteilung aufgrund gesellschaftsrechtlicher Überlegungen entgegensteht. Man kann es auch drastischer formulieren: Im Insolvenzplan stehen die sonst zwingenden Kapitalschutzregeln zur Disposition der Beteiligten. Schon die recht verstandene Funktion des Insolvenzplans und der darin getroffenen Gestaltungen verhindert also den Rückgriff auf die – nach herrschender Lehre – »an sich« weiterbestehende eigenkapitalähnliche Bindung der Gesellschafterkredite.

II. PASSIVIERUNG IM ÜBERSCHULDUNGSSTATUS?

Die Eröffnungsgründe für ein Insolvenzverfahren sind künftig nicht mehr im Aktien- und GmbH-Gesetz, sondern in den §§ 17–19 InsO geregelt. Bei einer juristischen Person ist neben der akuten und der drohenden Zahlungsunfähigkeit auch die Überschuldung Eröffnungsgrund (§ 19 Abs. 1 InsO). Zur Umschreibung dessen, was unter »Überschuldung« zu verstehen ist, haben die gesetzgebenden Instanzen eingegriffen, um den BGH zu korrigieren. Nach der Rechtsprechung zum geltenden Konkursrecht kann eine positive Fortführungsprognose die Überschuldung auch dann ausschließen, wenn die Verbindlichkeiten nicht durch Vermögenswerte ge-

38 Diese Erwartung hegt die Begründung RegE zu § 225 InsO, bei *Kübler/Prütting* (Fn. 1), Bd. I, S. 459. Der weiter genannte Fall, es sei angemessen, auch für die Gläubiger kapitalersetzender Darlehen Leistungen vorzusehen, wenn ihre Gesellschaft das Unternehmen zu günstigen Bedingungen fortführen kann, ist unverständlich.

39 Aufgehoben ab 1999 durch Art. 48 EGIinsO.

40 BGH ZIP 1995, 816; zust. *K. Schmidt* ZIP 1995, 969, 971; *G. Hueck* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 32a Rn. 57.

deckt sind.⁴¹ Davon weicht die nunmehr angeordnete dreistufige Überschuldungsprüfung ab⁴², die nach § 19 Abs. 2 InsO anzustellen ist. Wenn trotz positiver Fortführungsprognose das nach Fortführungswerten bemessene Vermögen nicht ausreicht, ist Überschuldung gegeben.

Wie viele Stufen es auch immer sind, um die Überschuldung festzustellen: Es muß stets eine Sonderbilanz⁴³ erstellt werden, die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten gegenüberstellt; das Eigenkapital wird nicht berücksichtigt. Schon nach noch geltendem Recht ist umstritten, ob kapitalersetzende Darlehen in diesen »Überschuldungsstatus« als Passiva eingehen. Eine bislang stark vertretene Auffassung besteht auf einer Passivierung⁴⁴, es sei denn, der Gesellschafter erkläre, daß er im Rang hinter die Drittgläubiger zurücktrete.⁴⁵ Es mehren sich aber die Stimmen, wonach es auf eine rechtsgeschäftliche Einigung über den Rangrücktritt nicht ankomme.⁴⁶ Die Eigenkapitalbindung trete in der Krise der Gesellschaft von selbst ein; entscheidend sei daher die objektive Rechtslage.⁴⁷ Danach entfällt eine Passivierung bei kapitalersetzendem Charakter. Bestehenden Unsicherheiten, etwa wenn der Gesellschafter die Kapitalersatzzeigenschaft bestreitet, kann wie sonst auch durch Bildung einer Rückstellung Rechnung getragen werden.⁴⁸

Die InsO gesteht dem Inhaber eines kapitalersetzenden Darlehens den Status eines nachrangigen Insolvenzgläubigers zu (oben I). Die Begründung zum Regierungsentwurf führt aus: »Auf der Passivseite des Überschuldungsstatus sind auch die nachrangigen Verbindlichkeiten ..., z. B. Zahlungspflichten aus kapitalersetzenden Darlehen, zu berücksichtigen.«⁴⁹ Selbst eine einfache Rangrücktrittsvereinbarung soll daran nichts ändern können, denn die Begründung fährt fort: »Dem Bedürfnis der Praxis, durch den Rangrücktritt eines Gläubigers den Eintritt einer Überschuldung zu vermeiden ... kann in der Weise Rechnung getragen werden,

41 BGHZ 119, 201, 214; BGH ZIP 1995, 124, 125 f.; ZIP 1995, 819, 825. Literarische Grundlagenarbeit hierzu von *K. Schmidt* JZ 1982, 165 ff.

42 *Bork* (Fn. 7), Rn. 93.

43 *Förschle/Kofabl*, in: *Budde/Förschle, Sonderbilanzen*, 1994.

44 *Priester* ZIP 1994, 413, 416; *Scholz/K. Schmidt, GmbHG*, § 63 Rn. 27; *Hüffer, AktG*, 2. Aufl. 1995, § 92 Rn. 10.

45 Für die Vorbelastungsbilanz will der BGH entscheidend auf die Rangrücktrittsvereinbarung abstellen; BGHZ 124, 282. Eingehend *Teller, Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH*, 2. Aufl. 1995, S. 91 ff.

46 *Hommelhoff*, FS Döllerer, 1988, S. 109, 125; *Fleck*, FS Döllerer, 1988, S. 109, 125; *Hachenburg/Ulmer, GmbHG*, § 63 Rn. 46a; *Schulze-Osterloh* in *Baumbach/Hueck, GmbHG*, § 63 Rn. 15; *Fleischer* ZIP 1996, 773, 777 ff.

47 *Mertens*, FS Forster, 1992, S. 415, 425.

48 Zur Bemessung v. *Gerkan/Hommelhoff* (Fn. 14), S. 170 f.; *Fleischer* ZIP 1996, 773, 779; *Hachenburg/Ulmer, GmbHG*, § 63 Rn. 46a; *Groth, Überschuldung und eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen*, 1995, S. 88 ff.

49 Begr. RegE zu § 19, bei *Kübler/Prütting* (Fn. 1), Bd. I, S. 179.

daß die Forderung des Gläubigers für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens *erlassen* wird.«⁵⁰

Die Materialien zur InsO beantworten die Streitfrage, die zum geltenden Recht besteht, für die künftige Rechtslage offenbar eindeutig. Dennoch ist bei der Auslegung und Anwendung des neuen Insolvenzrechts den Vorstellungen der Gesetzesredaktoren nicht zu folgen. Im Wortlaut haben diese Ansichten keinen Niederschlag gefunden. Zwar ist die »historische« Auslegung bei jungen Gesetzen eine wichtige Erkenntnisquelle. Sie ist aber nicht die allein mögliche, und sie verliert an Überzeugungskraft, wenn Systematik und Zwecksetzung des Regelungskomplexes eine abweichende Auffassung dringlich nahelegen. So liegt es hier. *Teller* hat bereits auf den Widerspruch aufmerksam gemacht, einerseits Forderungen mit vereinbartem Nachrang zum Insolvenzverfahren zuzulassen (§ 39 Abs. 2 InsO), andererseits gerade ihren Erlaß für den Fall der Insolvenzeröffnung zu verlangen, um Überschuldung zu vermeiden.⁵¹ Von einem Erlaß würden außerdem nur die anderen Gesellschafter profitieren, wenn tatsächlich ein Überschuß zu verteilen ist.

Kapitalersetzende Darlehen sind aufgrund ihrer Eigenart nachrangig, ohne daß es einer besonderen Abrede bedarf. Da sie erst bedient werden, wenn alle Drittgläubiger vollständig befriedigt sind, hat man zu fragen, ob der Schutz dieser Gläubiger die Berücksichtigung solcher Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus neuen Rechts verlangt. Dafür spricht allenfalls, daß eine frühzeitige Insolvenzeröffnung möglich wird, die die Wahrscheinlichkeit einer hinreichenden Masse vergrößert. Das ist allerdings ein sehr allgemeiner Gesichtspunkt, dem auf derselben Ebene entgegenzuhalten ist, daß zu rasche Insolvenzeröffnungen Werte ohne Not vernichten. Bei der Passivierung kapitalersetzender Darlehen könnte die seltsame Situation eintreten, daß das Verfahren eröffnet wird, obwohl alle Drittgläubiger befriedigt werden können. Dann würde die Gesellschaft in die Insolvenz getrieben, nur weil ihr Gesellschafter eine Forderung gegen sie hat! Diese unsinnige Konsequenz verlangt jedenfalls der Gesetz gewordene Text der InsO nicht.⁵²

III. SANIERUNGSDARLEHEN IN DER INSOLVENZ

Eine besondere Aufmerksamkeit verdienen Darlehen, die von Gesellschaftern im Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren gegeben werden. Ein Sanierungsprivileg im *Vorfeld* der Insolvenz wird von der ganz überwiegend vertretenen Ansicht

50 A.a.O.

51 *Teller* (Fn. 45), S. 169.

52 Wie hier, aber ohne Begründung und Auseinandersetzung mit den Materialien, *Obermüller/Hess*, InsO – Eine systematische Darstellung, 1995, Rn. 99; nicht eindeutig *Teller* (Fn. 45), S. 170 f., der wohl zusätzlich eine Vereinbarung über den Nachrang der Forderung verlangt.

nicht zuerkannt⁵³, so daß ein Engagement sowohl als Gesellschafter als auch als Kreditgeber dazu führt, daß der Einsatz des »Finanzierungsmix« aus Eigen- und Fremdkapital bei Scheitern der Sanierung verloren ist.

1. Nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist die Lage anders. Bei sich abzeichnenden Rettungschancen finden sich in den meisten Fällen zwar keine dritten Kreditgeber, wohl aber alte und neue Gesellschafter bereit, durch Darlehen zu helfen. Hier wäre es verfehlt, diese Darlehen angesichts der evidenten Kreditwürdigkeit sogleich zu Haftkapital zu erklären. Die nach Insolvenzantrag vom vorläufigen oder nach Eröffnung des Verfahrens vom Insolvenzverwalter aufgenommenen Darlehen von Gesellschaftern sind Masseforderungen nach § 55 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 InsO. Das entspricht der bisher für Vergleichsdarlehen (§ 106 VerglO) vertretenen Auffassung⁵⁴, deren sachliche Berechtigung durch die gesetzliche Neuregelung nur unterstrichen wird.

Damit ist die Frage noch nicht beantwortet, was gilt, wenn das Insolvenzverfahren aufgehoben wird, jedoch die Sanierung nicht gelingt und ein zweites Insolvenzverfahren eröffnet wird. Zu Recht weist die Kommission für Insolvenzrecht in ihrem ersten Bericht darauf hin, daß Gesellschafter nicht bereit sein werden, die *Reorganisation* mit weiteren Krediten zu unterstützen, wenn sie befürchten müssen, bei einem erfolglosen Versuch ihr Geld in einem anschließenden Liquidationsverfahren zu verlieren.⁵⁵ Das von dieser Kommission vorgeschlagene besondere Verfahren der Reorganisation zur Erhaltung und Sanierung des Schuldners ist im Gesetzgebungsverfahren nicht weiterverfolgt worden. Es setzte sich die Auffassung durch, welche die wirtschaftliche Steuerungsfunktion des Insolvenzrechts gegenüber der Aufgabe, in bereits eingetretenen Insolvenzen Verteilungskonflikte zu lösen, stärker betonte.⁵⁶ Damit ist aber keine Stellungnahme zum diskutierten Problem verbunden, denn die Schaffung eines funktionsfähigen rechtlichen Rahmens für die Sanierung notleidender Unternehmen wird ausdrücklich als Reformziel genannt.⁵⁷ Es wäre verfehlt, die Gesellschafter sofort nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens zum Abzug ihrer Forderungen zu nötigen, damit diese nicht unter dem

53 Sehr deutlich anderer Ansicht *Claussen*, GmbHR 1996, 316, 323 ff., der für eine Gesetzesänderung zur Ermöglichung seriöser Sanierungen plädiert; vgl. auch *Häuser*, Rechte und Pflichten der Kreditinstitute bei der Sanierung, in: Schriften der Bankrechtlichen Vereinigung, 1995, S. 112.

54 *G. Hueck* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 32a Rn. 10; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, §§ 32a/b, Rn. 73; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 32a Rn. 67; *Uhlenbruck* GmbHR 1982, 149; *Ulrich* GmbHR 1983, 137.

55 Kommission für Insolvenzrecht: Begründung zum Leitsatz 2.4.9.10, S. 288 (erschienen im Verlag Kommunikationsforum – RWS, 1985).

56 Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs, in: *Kübler/Prütting*, Bd. I, S. 132; *B. Kübler/Prütting*, Entwicklungslinien des neuen Insolvenzrechts, S. 3 (im selben Band).

57 Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs, a.a.O., S. 91.

Gesichtspunkt des »Stehenlassens«⁵⁸ der Umqualifizierung anheimfallen. Die Konsequenz wäre der sofortige Zusammenbruch der gerade aus dem Insolvenzverfahren entlassenen Gesellschaft. Die Insolvenzregeln schaffen gegenüber dem allgemeinen Kapitalersatzsystem spezielleres Recht. Daher bleibt der von einem Insolvenzverwalter aufgenommene Gesellschafterkredit von den Kapitalersatzregeln ausgenommen; im zweiten Verfahren ist der Gesellschafter normaler, nicht nachrangiger Insolvenzgläubiger.⁵⁹

2. Schließlich sind von Gesellschaftern ausgereichte Darlehen zu bedenken, die zwar nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, jedoch noch in der Überwachungsphase gegeben werden. Ein solcher Abschnitt kann sich anschließen, wenn im gestaltenden Teil des Insolvenzplans vorgesehen ist, daß die Erfüllung des Plans von dem Insolvenzverwalter überwacht wird (§§ 260 ff. InsO). Der Insolvenzplan kann bestimmen, daß die Insolvenzgläubigerforderungen nachrangig sind gegenüber Darlehen oder sonstigen Krediten, die der Schuldner innerhalb eines bestimmten Rahmens aufnimmt. Dazu muß eine besondere Vereinbarung mit den Neugläubigern getroffen werden, die der Insolvenzverwalter schriftlich bestätigt (§ 264 Abs. 1, 2 InsO). Allerdings gilt dies aufgrund § 264 Abs. 3 InsO nicht für kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen. Der Nachrang dieser Forderungen könne nicht durch ihre Aufnahme in den Kreditrahmen beseitigt werden, weil dies dem »Ziel einer ordnungsgemäßen Kapitalausstattung der sanierten Gesellschaft« widerspreche, heißt es in der Gesetzesbegründung.⁶⁰ Das hat die Kommission für Insolvenzrecht noch anders gesehen; ihr Vorschlag war, die Vorschriften über kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen insoweit nicht anzuwenden.⁶¹ Die von der Regierungsbegründung gegebene Erwägung, es müsse für eine ordnungsgemäße Kapitalausstattung gesorgt werden, ist für die angeordnete Rechtsfolge nicht überzeugend. Zu regeln war nur das Verhältnis zwischen den Insolvenzgläubigern und den Neugläubigern; letztere sollen privilegiert werden, um das Schiff wieder flott zu bekommen. Gelingt dies, haben am Ende alle Beteiligten etwas davon. Dem Schutz der übrigen Neugläubiger ist dadurch genügt, daß ein durch Aktiva gedeckter Kreditrahmen gezogen ist.

Das (künftig) geltende Gesetz hat dazu anders entschieden. Ihm zu gehorchen, ist ebenso Pflicht des verantwortungsbewußten Juristen, wie es zu kritisieren, um in

58 BGHZ 127, 336, 340; BGH NJW 1995, 457; G. Hueck in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 32a Rn. 37.

59 Wie hier Bork (Fn. 7), Rn. 373.

60 Begründung RegE zu § 264 InsO, bei: Kübler/Prütting, Bd. I, S. 5; ferner: Kämpfer, Die Stellung von Sanierungskrediten im Insolvenzrecht, 1993, S. 150 ff.

61 Kommission für Insolvenzrecht: Begründung zum Leitsatz 2.3.8 Abs. 3, S. 215 (erschieden im Verlag Kommunikationsforum – RWS, 1985). Krit. dazu Ulmer (Fn. 2), S. 126. Der Diskussions- und der Referentenentwurf von 1989 (§ 300 E-InsO) enthielten sich einer Regelung. Erstmals im Regierungsentwurf (§ 311 RegE-InsO) tauchte der Gesetz gewordene Ausschluß von Gesellschafterkrediten auf.

weiterer Zukunft Besseres zu erreichen. So hat *Carsten P. Claussen* immer gehandelt, und so ist es vorbildlich.

IV. DIE ERGEBNISSE LASSEN SICH WIE FOLGT ZUSAMMENTRAGEN

1. Die Einordnung kapitalersetzender Darlehen als nachrangige Insolvenzforderungen bedeutet keine Stellungnahme der InsO gegen den gesellschaftsrechtlichen Ansatz der Umqualifizierung in Eigenkapitalersatz. Vielmehr werden mit der Zulassung zum Insolvenzverfahren abwicklungstechnische Zwecke verfolgt.
2. Die Berücksichtigung kapitalersetzender Darlehen in einem Insolvenzplan stellt sie von einer möglicherweise weiterbestehenden eigenkapitalähnlichen Bindung frei.
3. Kapitalersetzende Darlehen sind im Überschuldungsstatus weder nach geltendem noch nach neuem Insolvenzrecht zu passivieren.
4. Während eines Insolvenzverfahrens gegebene Gesellschafterdarlehen sind Masseforderungen. Sie unterstehen auch nach Aufhebung des Verfahrens nicht den Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz.