Herausforderungen bei der Gesellschafterfinanzierung in der Krise

Dr. Sabine Vorwerk

8. September 2023

Herausforderungen bei der Gesellschafterfinanzierung

Bestandsaufnahme

Bestandsaufnahme – Gesellschafterfinanzierung in der Insolvenz

Nachrang

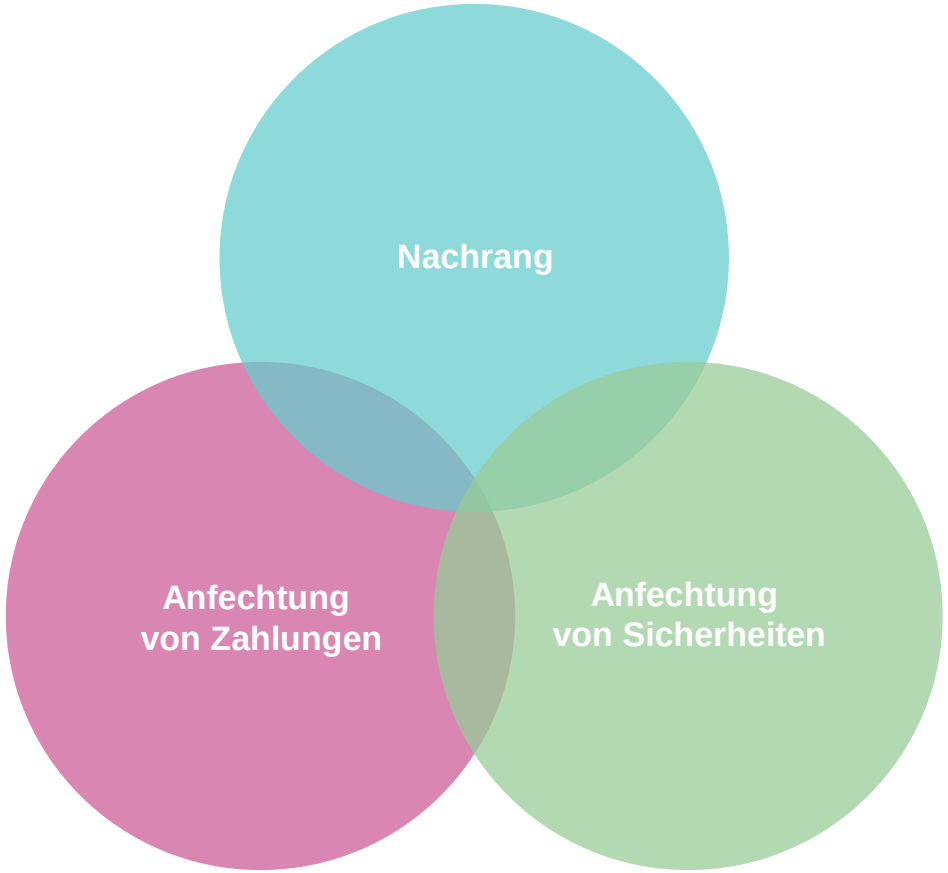
> Gesellschafterdarlehen sind in der Insolvenz nachrangig gegenüber Forderungen Dritter, § 39 I Nr. 5 InsO.
> Ausnahmen, s. u.

Anfechtung – 1 Jahr

> Im letzten Jahr vor der Antragstellung zurück geführte Gesellschafterdarlehen sind anfechtbar, § 135 Abs. 1 InsO.
> Im letzten Jahr vor der Antragstellung zurück geführte Darlehen sind anfechtbar, wenn der Gesellschafter dafür Sicherheiten bestellt hat, § 135 Abs. 2.

Anfechtung – 10 Jahre

In den letzten 10 Jahren vor der Antragstellung bestellte Sicherheiten sind anfechtbar, § § 135 Abs. 1 InsO.



Bestandsaufnahme – Gesellschafterfinanzierung in der Insolvenz

Sanierungsprivileg

> § 39 Abs. 4 S. 2 InsO
> Kein Nachrang, wenn ein Gläubiger bei (drohender) Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung Anteile zum Zweck ihrer Sanierung erwirbt.
> Privilegiert ist der Anteilserwerb, nicht die Kreditvergabe → Ausnahme gilt nicht für Bestandsgesellschafter!
> Sanierungszweck muss durch schlüssiges, von objektivem Dritten überprüften Sanierungskonzept belegt werden.
> Die vom BGH entwickelten Grundsätze zum Nachweis der Anforderungen an ein Sanierungsgutachten kommen zum Tragen.

Kleinbeteiligtenprivileg

> § 39 Abs. 5 InsO
> Kein Nachrang für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit 10 Prozent oder weniger am Haftkapital beteiligt ist.
> Aktuelle BGH-Rechtsprechung (s. u.)

Darlehen staatlicher Förderbanken

> § 39 Abs. 1 S. 2 InsO
> Nachrang gilt nicht, wenn Darlehen von staatlicher Förderbank, deren Tochter oder einem Unternehmen, an dem eine staatliche Förderbank (mittelbar) beteiligt ist, gewährt wurde.
> Die Privilegierung wurde auf Anregung des Bundesrates als Teil des SanInsFoG eingeführt. Argument: Im Rahmen der Wirtschaftsförderung sei es kontraproduktiv, die KfW oder die Landesförderinstitute den Regelungen über Gesellschafterdarlehen zu unterwerfen, da „diese Regelungen“ […] „im Ergebnis dazu“ führen, „dass sich eine Förderbank sehr gut überlegen wird, ob sie einen Kredit an ein Unternehmen, an dem sie oder eines ihrer Tochterunternehmen bereits beteiligt ist, ausreichen wird“.

Bestandsaufnahme - aktuelle BGH-Rechtsprechung zum Kleibeteiligtenprivileg

BGH, Urteil vom 26.01.2023

> Gesellschaftern, die sich im Rahmen einer Finanzierung koordinieren und insoweit als Konsortium agieren, ist der Zugang zum Kleinbeteiligtenprivileg versperrt, sofern sie in diesem Rahmen eine überschießende unternehmerische Verantwortung übernehmen.

> Der BGH sieht eine solche überschießende unternehmerische Verantwortung bereits in einem koordinierten Vorgehen zwischen Gesellschaftern (konkret durch eine Konsortialvereinbarung, nach der sich die Gesellschafter wechselseitig zur Stellung und Aufrechterhaltung der Finanzierungsbeiträge verpflichten und dadurch, dass sie sich gemeinsame Sicherheiten bestellen lassen).

BGH, Urteil vom 20.04.2023

> Für das Kleinbeteiligtenprivileg im Fall der Anfechtung der Rückzahlung eines Darlehens genügt es, dass seine Voraussetzungen im Zeitraum von einem Jahr vor Beantragung des Insolvenzverfahrens vorliegen. Auf die Verhältnisse in der Zeit davor, insbesondere zum Zeitpunkt der Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters, kommt es grundsätzlich nicht an.

> Der BGH stellt nochmal klar, dass der kleinbeteiligte Gesellschafter für die Annahme einer überschießenden unternehmerischen Verantwortung über seine Rolle als Kleinbeteiligter hinausgehen muss.

Bestandsaufnahme - Fazit

Deutschland bietet eine gesellschafter*un*freundliche Umgebung!

Gesellschafter werden nicht inzentiviert, sich mit Fremdkapital an einer Rettung zu beteiligen.

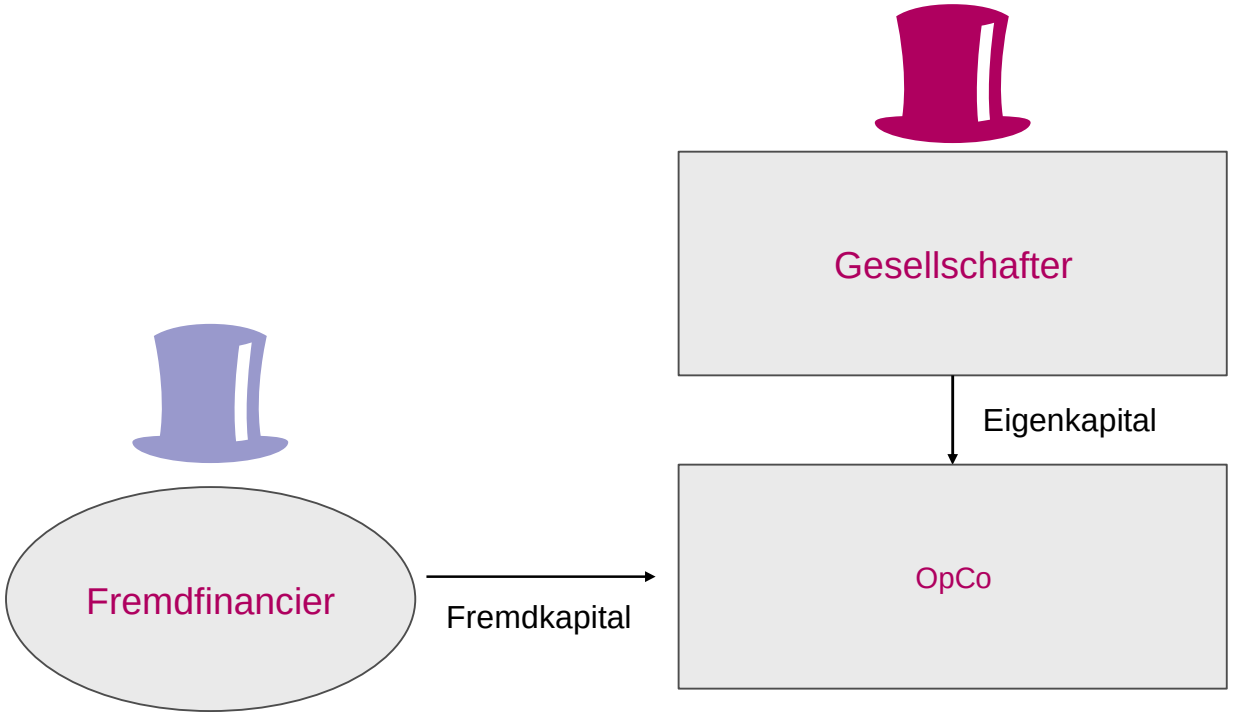
Schlussendlich führt dies auch zu „zu viel Staat im Markt“.

Das alles schadet dem Wirtschaftsstandort Deutschland!

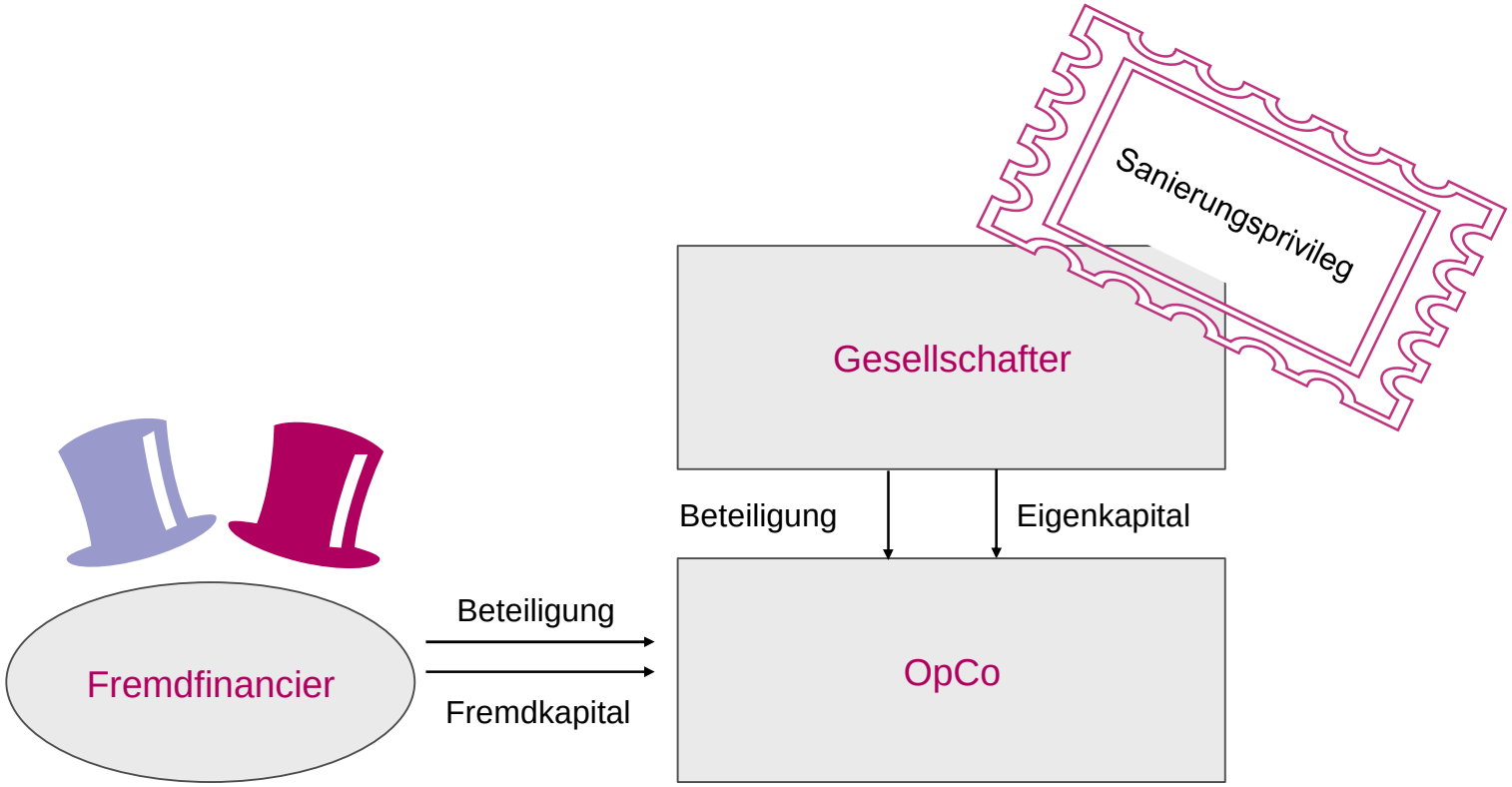
Herausforderungen bei der Gesellschafterfinanzierung

Worüber sprechen wir?

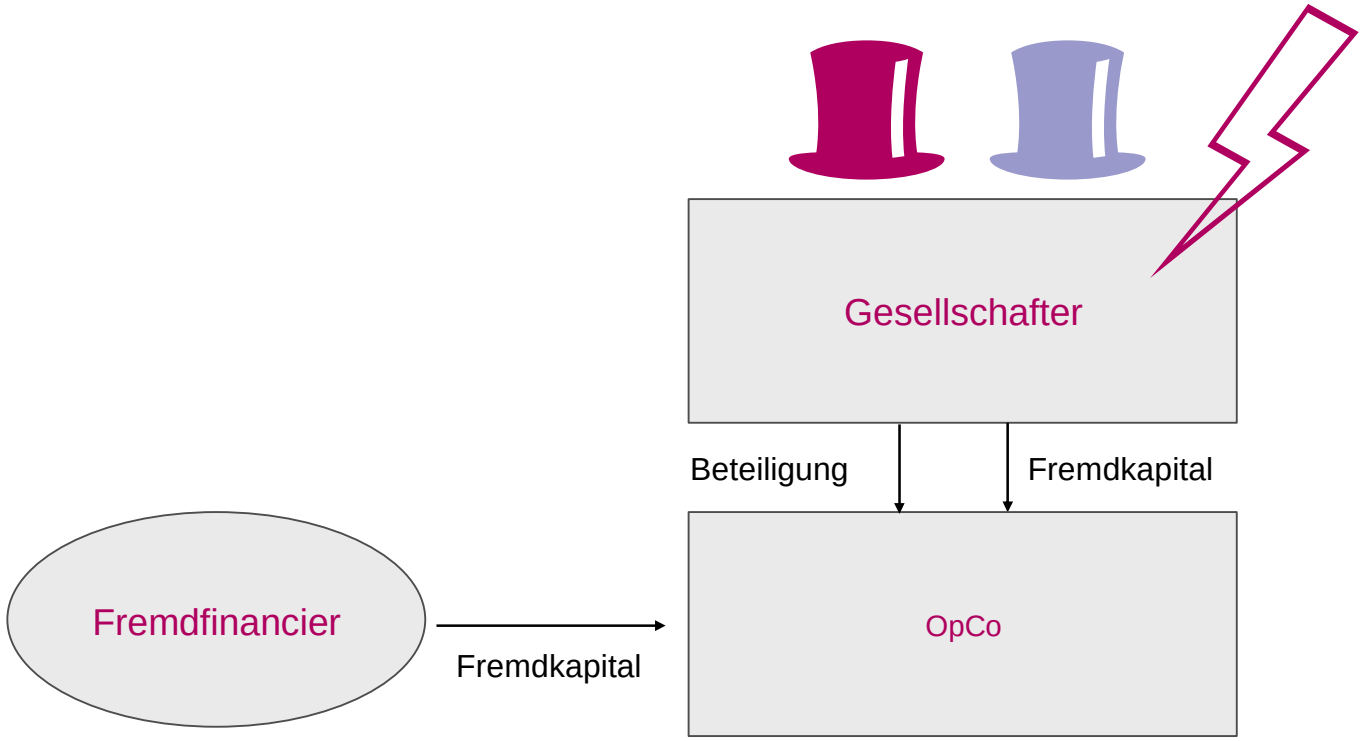
Worüber wir sprechen - Ungleichbehandlung



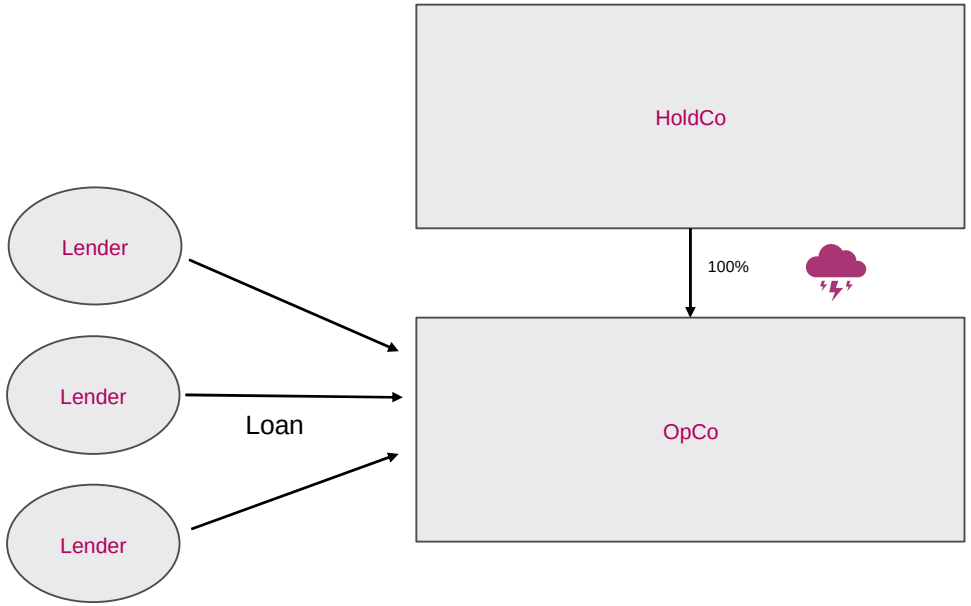
Worüber wir sprechen - Ungleichbehandlung



Worüber wir sprechen - Ungleichbehandlung

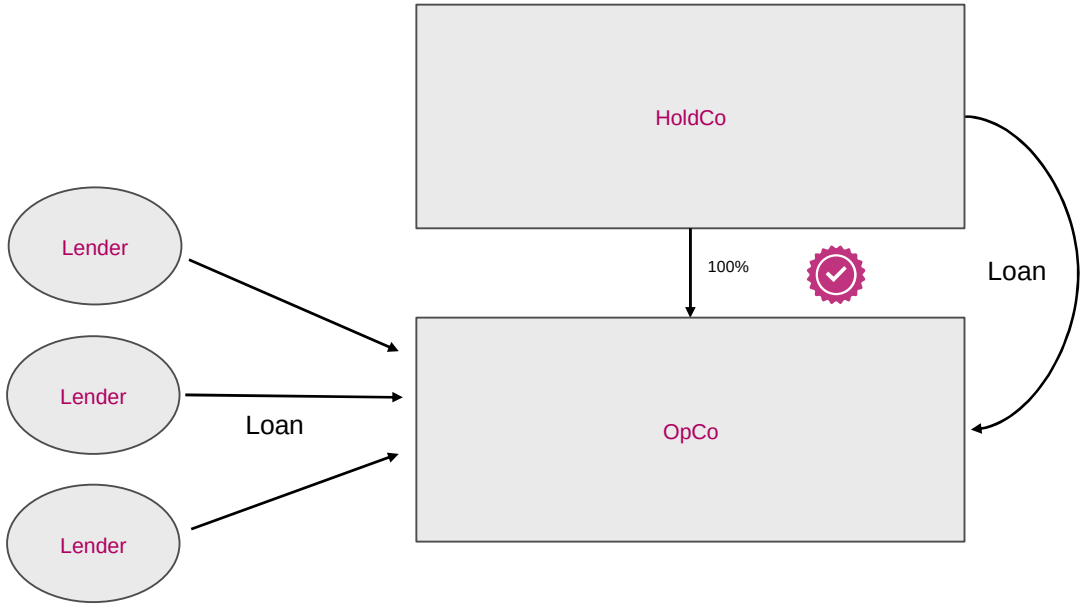


Worüber wir NICHT sprechen



Es geht nicht um Szenarien, in denen der Gesellschafter, der an den Wert des Unternehmens nicht mehr glaubt und – weil er nichts zu verlieren hat – risikoreiche Investitionen vornimmt bzw. passiv bleibt und den weiteren Wertverlust zulässt!

Worüber wir sprechen



Sondern, es geht um Szenarien, in denen der Gesellschafter Wertaufholungspotential sieht und an der Rettung des Unternehmens interessiert ist.

Worüber wir sprechen - Wo liegt das Risiko wirklich?

Finanzierungsentscheidung der Gesellschafter

Die Finanzierungsentscheidung der Gesellschafter ist unproblematisch, sofern sie “Sanierungszwecken” dient und dies hinreichend belegt ist.

Investitionsentscheidung der Gesellschafter / Geschäftsleiter

> Risikoreiche Investitionsentscheidungen im Zeitpunkt der Krise können problematisch sein.

> Der richtige Ansatzpunkt ist hier aber nicht die Subordinierung/Anfechtung, sondern die Haftung.

> § 15 b InsO sieht die Haftung der Geschäftsleiter bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung vor.

Herausforderungen bei der Gesellschafterfinanzierung

Gläubigerschutz?

Gläubigerschutz - durch Kapitalbindung

Kernstück des GmbH Rechts:

Aufbringung des Stammkapitals

§ 19 GmbHG ff. regeln die Modalitäten der durch die Übernahme des Geschäftsanteils begründeten Einlagenforderung

Kapitalerhaltung

> Nach § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist die Auszahlung des zur Erhaltung des „Stammkapitals“ erforderlichen Vermögens an die Gesellschafter verboten.
> Nach § 31 Abs. 1 GmbHG, müssen Zahlungen, welche diesem Verbot zuwider geleistet wurden, der Gesellschaft erstattet werden.

Flankiert durch:

Existenzvernichtungshaftung

Verhaltenshaftung des Gesellschafters für missbräuchliche, zur Insolvenz der Gesellschaft führende oder diese vertiefende, kompensationslose Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen nach § 826 BGB.

Gläubigerschutz – durch Handlungshaftung

Gesellschaftsrechtliche Normen

§ 43 GmbHG, § 93 AktG

> Die Geschäftsführer / Vorstandsmitglieder haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.
> Geschäftsführer / Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Insolvenzrechtliche Normen

§ 15 b InsO

Haftung für Zahlungen, die nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung vorgenommen werden und nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind.

§ 129 ff. InsO

Anfechtungstatbestände

§ 96 InsO

Aufrechnungsverbote

Gläubigerschutz - flankierend außerhalb des Verfahrens

Gläubigerschutz durch Vereinbarungen im Intercreditor Agreement

- „Disenfranchisement“
  - Eigentlich relevant beim Schuldenrückkauf durch den Finanzinvestor und die Gruppengesellschaften („Sponsor Afilliates“).
  - Stimmrecht wird bei Beschlussfassungen für Fälle, in denen eine Mehrheitsentscheidung getroffen werden muss, dergestalt eingeschränkt, dass die verfügbare Kreditzusage des „Sponsor Affiliate“ für die Feststellung der erforderlichen Mehrheit nicht mitzählt.
  - Ein „Sponsor Affiliate“, der einen Konsortialanteil oder eine Unterbeteiligung hält, darf nicht an Treffen oder Telefonkonferenzen des Konsortiums teilnehmen und auch keine Tagesordnung oder Protokolle dazu erhalten.
- Evtl. Ausweitung dieser Regelung auf Gesellschafter, die Gesellschafterdarlehen ausreichen und so als „Lender” bei Beschlussfassung mitbestimmen dürften.
- D.h. Gläubiger haben die Möglichkeit sich ohne Gesellschafter zu organisieren.

Gläubigerschutz - per se!

Wenn die Rettung mit Hilfe des Gesellschafters gelingt,
kommt das grundsätzlich auch den Gläubigern zugute.

Herausforderungen bei der Gesellschafterfinanzierung

Anregung zum Systemwechsel

Anregung zum Systemwechsel

Stellschraube

Gesetzliche Erweiterung des Sanierungsprivilegs

Erweiterung des **Sanierungsprivilegs** auf Bestandsgesellschafter unter Beibehaltung der Voraussetzung “zu Sanierungszwecken”, d.h. weiterhin

> Sanierungswille

> Schuldner objektiv sanierungsfähig (i.d.R. IDW S 6)

Anregung zum Systemwechsel

§ 39 InsO Nachrangige Insolvenzgläubiger

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

[…]

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

Satz 1 Nummer 5 ist nicht anzuwenden, wenn eine staatliche Förderbank oder eines ihrer Tochterunternehmen einem Unternehmen, an dem die staatliche Förderbank oder eines ihrer Tochterunternehmen beteiligt ist, ein Darlehen gewährt oder eine andere einer Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung vorgenommen hat.

[…]

(4) Absatz 1 Nr. 5 gilt für Gesellschaften, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter haben, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Erwirbt ein Gläubiger bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung Anteile zum Zweck ihrer Sanierung, führt dies bis zur nachhaltigen Sanierung nicht zur Anwendung von Absatz 1 Nr. 5 auf seine Forderungen aus bestehenden oder neu gewährten Darlehen oder auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.

(5) Absatz 1 Nr. 5 gilt nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 4 Satz 1, der mit 10 Prozent oder weniger am Haftkapital beteiligt ist.

(6) Absatz 1 Nr. 5 gilt nicht für Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens wenn dieses vom Gesellschafter zum Zweck der Sanierung der Gesellschaft gewährt wurde.

Your thoughts?

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Sabine Vorwerk

Partnerin

Restrukturierung & Insolvenz, Frankfurt am Main

Tel: +49 69 710 03 308
sabine.vorwerk@linklaters.com

Taunusanlage 8
60329 Frankfurt am Main
Postfach 17 01 11
60075 Frankfurt am Main

Tel: +49 69 71003-0
Fax: +49 69 71003-333

Linklaters LLP

Potsdamer Platz 5
10785 Berlin
Tel: +49 30 21496-0
Fax: +49 30 21496-100

Königsallee 49-51
40212 Düsseldorf
Tel: +49 211 22977-0
Fax: +49 211 22977-435

Taunusanlage 8
60329 Frankfurt am Main
Tel: +49 69 71003-0
Fax: +49 69 71003-333

Alter Wall 10-12
20457 Hamburg
Tel: +49 40 303 34 3700
Fax: +49 40 303 34 3799

Prinzregentenplatz 10
81675 München
Tel: +49 89 41808-0
Fax: +49 89 41808-100

www.linklaters.com
www.linklaters.de

Dieses Dokument enthält Hinweise zu ausgewählten Rechtsthemen und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Der Inhalt des Dokuments stellt keine Rechtsberatung dar, und es wird keine Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der behandelten Themen übernommen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier behandelten oder anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei Linklaters LLP.

© Linklaters LLP. Alle Rechte vorbehalten 2020.

Sollte dieses Dokument Links zu externen Webseiten Dritter enthalten, weisen wir darauf hin, dass wir auf deren Inhalte keinen Einfluss haben. Deshalb können wir für diese fremden Inhalte auch keine Gewähr übernehmen. Für die Inhalte der verlinkten Seiten ist stets der jeweilige Anbieter oder Betreiber der Seiten verantwortlich.

Linklaters LLP ist eine in England und Wales unter OC326345 registrierte Limited Liability Partnership, die als Anwaltskanzlei durch die Solicitors Regulation Authority zugelassen ist und deren Bestimmungen unterliegt. Der Begriff „Partner" bezeichnet in Bezug auf die Linklaters LLP Gesellschafter sowie Mitarbeiter der LLP oder der mit ihr verbundenen Kanzleien oder sonstigen Gesellschaften mit entsprechender Position und Qualifikation. Eine Liste der Namen der Gesellschafter der Linklaters LLP und der Personen, die zwar nicht Gesellschafter sind, aber als Partner bezeichnet werden, sowie ihrer jeweiligen fachlichen Qualifikation steht am eingetragenen Sitz der Firma in One Silk Street, London EC2Y 8HQ, England, oder unter www.linklaters.com zur Verfügung. Bei diesen Personen handelt es sich um deutsche oder ausländische Rechtsanwälte, die an ihrem jeweiligen Standort als nationale, europäische oder ausländische Anwälte registriert sind.

Wichtige Informationen zu unserer aufsichtsrechtlichen Stellung finden Sie unter www.linklaters.com/regulation.