

Insolvenzordnung a.F.

§ 39 Nachrangige Insolvenzgläubiger

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

1. die seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens laufenden Zinsen und Säumniszuschläge auf Forderungen der Insolvenzgläubiger;
2. die Kosten, die den einzelnen Insolvenzgläubigern durch ihre Teilnahme am Verfahren erwachsen;
3. Geldstrafen, Geldbußen, Ordnungsgelder und Zwangsgelder sowie solche Nebenfolgen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit, die zu einer Geldzahlung verpflichten;
4. Forderungen auf eine unentgeltliche Leistung des Schuldners;
5. Forderungen auf Rückgewähr des kapitalersetzenden Darlehens eines Gesellschafters oder gleichgestellte Forderungen.

(2) Forderungen, für die zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren vereinbart worden ist, werden im Zweifel nach den in Absatz 1 bezeichneten Forderungen berichtigt.

(3) Die Zinsen der Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger und die Kosten, die diesen Gläubigern durch ihre Teilnahme am Verfahren entstehen, haben den gleichen Rang wie die Forderungen dieser Gläubiger.

§ 39 Nr. 5 InsO a.F., Kommentierung 12. Aufl., Rdn. 9-12 (Hirte)

1 5. Forderungen auf Rückgewähr kapitalersetzender Leistungen. a) Grundsatz.

Nach neuem Recht können auch Forderungen auf Rückgewähr kapitalersetzender Leistungen und ihnen gleichgestellte Forderungen im Insolvenzverfahren angemeldet werden. Damit ist keine Besserstellung kapitalersetzender Forderungen gegenüber dem bislang geltenden Recht beabsichtigt. Die Einbeziehung der Forderungen in das Insolvenzverfahren dient vielmehr in erster Linie der nunmehr vom Insolvenzrecht beabsichtigten Vollabwicklung insolventer juristischer Personen (dazu oben § 11 Rdn. #[jP]#). Denn sie stellt klar, dass in Fällen, in denen nach Befriedigung der Gläubiger im Insolvenzverfahren noch ein Überschuss verbleibt, dieser entsprechend dem Gesellschafterwillen zunächst an die kreditgebenden Gesellschafter zurückzugewähren ist (Begr RegE zu § 39). Das ist auch sachgerecht: denn mit der Befriedigung der Gläubiger (oder - was gleich zu achten ist - mit ihrem Einverständnis) ist der Grund für die Zurücksetzung der Forderungen aus kapitalersetzenden Gesellschafterleistungen entfallen. Die Regelung erlaubt zum anderen, diese Gläubiger in ein Insolvenzplanverfahren mit einzubeziehen (Begr RegE zu § 39). In der Sache entspricht der jetzt im deut-

schen Recht gewählte Ansatz der Lösung des US-amerikanischen Insolvenzrechts, das ebenfalls in Anknüpfung an das Urteil *Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295 (1939) bestimmte Gesellschafterdarlehen (nur) hintanstellt.

- 2 Ob und wie weit eine Forderung als kapitalersetzend zu qualifizieren ist, richtet sich nicht nach Nr. 5. Diese Frage wird vielmehr durch die gesellschaftsrechtlichen Regelungen und die Judikatur beantwortet (Überblick bei § 135 Rdn. ##). Das betrifft insbesondere den Anwendungsbereich des Kapitalersatzrechts, die ihm unterworfenen Gesellschafter und ihnen gleichgestellten Dritten sowie die erfassten Sachverhalte. Das wird durch die Formulierung "oder gleichgestellte Forderungen" deutlich gemacht (Begr RegE zu § 39 unter Verweis auf § 32a Abs. 3 GmbHG). Daher unterfällt etwa die Forderung auf Rückgewähr eines kapitalersetzend **zur Nutzung überlassenen Gegenstandes** nicht unter Nr. 5; denn die Sachsubstanz selbst wird durch die Nutzungsüberlassung nicht verstrickt und kann vom Gesellschaftsgläubiger nach § 47 ausgesondert werden (dazu unten § 135 Rdn. ##). Auch wird im Falle des § 32a Abs. 2 GmbHG die Ausfallforderung eines **Dritten**, dessen Darlehen von einem Gesellschafter kapitalersetzend besichert wurde, nicht zur nachrangigen Insolvenzforderung (Begr RegE zu § 39; KP-Holzer § 39 Rdn. 20). Anders ist dies nur in Bezug auf Dritte, die Forderungen aus einer Gesellschafterhilfe geltend machen, die der Gewährung durch einen Gesellschafter wirtschaftlich entspricht (§ 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG; KP-Holzer § 39 Rdn. 20). Insolvenzgläubiger, allerdings nur nachrangiger, ist auch ein **Gesellschafter**, der einem Gläubiger eine private Sicherheit gestellt hatte, in Bezug auf seine Regressforderung im Anschluss an die Befriedigung eines Drittgläubigers nach § 32a Abs. 2 GmbHG (Baumbach/Hueck//Hueck/Fastrich § 32a GmbHG Rdn. 71; Karsten Schmidt ZIP 1999, 1821, 1828; dazu auch § 135 Rdn. ##).

Obwohl die Gläubiger kapitalersetzender Forderungen - wenn auch nur nachrangige - Insolvenzgläubiger sind, finden Ihnen gegenüber nicht die gewöhnlichen **Anfechtungsbestimmungen** der §§ 130, 131 Anwendung; für ihre Befriedigung und Sicherung ist § 135 vielmehr Spezialvorschrift.

- 3 b) **Berücksichtigung in der Überschuldungsbilanz.** Sehr umstritten war die Behandlung kapitalersetzender Darlehen in der für die Frage einer eventuellen Insolvenzantragstellung maßgeblichen Überschuldungsbilanz (§ 19 Abs. 2 InsO). Hier hat

der Bundesgerichtshof klargestellt, dass eine Passivierungspflicht erst dann entfällt, wenn die Gesellschaft und die Gesellschafter bezüglich der Gesellschafterforderung einen *Rangrücktritt* mit der Wirkung vereinbart haben, dass die Forderung nur aus Jahresüberschüssen oder aus sonstigem Vermögen der Gesellschaft beglichen werden soll (BGH 8.1.2001 II ZR 88/99 Z 146, 264 = ZIP 2001, 235, 235 ff. [Altmeyen] = NJW 2001, 1280 = NZG 2001, 361 = DStR 2001, 175 [Goette] = ZInsO 2001, 260 = NZI 2001, 196 = EWiR § 32a GmbHG 1/01, 329 [Priester] = GmbHR 2001, 190 (Felleisen) = JZ 2001, 1188 (Fleischer) [Vorinstanz OLG Düsseldorf 18.2.1999 NZG 1999, 884 = DStR 2000, 1833]; ebenso OLG Düsseldorf 17.12.1998 GmbHR 1999, 615 = DStR 1999, 1708 [Ls.] m.zust. Anm. UH = EWiR § 32b GmbHG 1/99, 175 [Eckardt]; Altmeyen ZHR 164 [2000], 349, 367 ff.; Karsten Schmidt GmbHR 1999, 9, 14; Wazlawik NZI 2004, 608; abw. Hirte DStR 2000, 1829 ff.). Für das Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander bleibt ein solcher Rangrücktritt dabei ohne Wirkung, solange die Gesellschafter nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben (Henle/Bruckner ZIP 2003, 1738).

Eine andere Auffassung wollte demgegenüber auf eine Passivierung schon dann verzichten, wenn der Geschäftsführer vom Eigenkapital ersetzenden Charakter des Darlehens ausgehen kann. Entscheidend ist dabei vor allem die (teleologische) Überlegung, dass es nicht dem Ziel des Insolvenzverfahrens entspricht, wenn eine Überschuldung durch kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen "erzeugt" und ein Insolvenzverfahren eingeleitet wird, die entsprechenden Darlehen aber schon aus Rechtsgründen in der Insolvenz nicht bedient werden dürfen (ausführlich Fleischer ZIP 1996, 773, 777 f.; von Gerkan ZGR 1997, 173, 199 [mit leichten Vorbehalten]; von Gerkan/Hommelhoff, Kapitalersatz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht [5. Aufl. 1997], S. 167 ff., Rdn. 6.25 ff. m.w.N.; Hirte DStR 2000, 1829 ff.; ders. KapGesR Rdn. 730 ff.; ders. in: RWS-Forum 10 [1998]. S. 145, 174 f.; Kleindiek in: von Gerkan/Hommelhoff, Handbuch des Kapitalersatzrechts [2000], S. 185 ff. Rdn. 7.42; KP-Noack GesellschaftsR Rdn. 80).

- 4 c) Nachrangabrede.** Nach Abs. 2 werden Forderungen, für die ein Nachrang vertraglich verabredet wurde, im Verhältnis zu den übrigen nachrangigen Forderungen grundsätzlich mit dem vereinbarten Rang befriedigt (Begr RegE zu § 39 Abs. 2). Nur

wenn die Vereinbarung unklar ist, welchen Rang die Forderung einnehmen soll, ist die Forderung letztrangig.

Diese rechtliche Wirkung kann besonders nachteilig sein, wenn Gesellschafter kapitalersetzender Forderungen zur Vermeidung der aus der Überschuldung resultierenden Insolvenzantragspflicht (§ 19) ausdrücklich den Nachrang ihrer Forderungen vereinbaren oder anbieten. Wenn man mit der (früher) vom Verf. vertretenen Auffassung schon die Notwendigkeit einer Rücktrittserklärung verneint (oben Rdn. ##), wird man einer solchen ("vorsorglichen") Erklärung schon deshalb keine so weit reichende Wirkung beilegen können; die "Zweifel" der Einordnung, die Abs. 2 voraussetzt, bestehen also in diesem Falle nicht (i.E. ebenso KP-Noack GesellschaftsR Rdn. 197). Aber auch sonst dürfte der Wille eines Gesellschafters, der eine solche Rangrücktrittserklärung abgibt, nur dahingehen, den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 festzuschreiben; auch damit fehlen die "Zweifel", die § 39 Abs. 2 verlangt, um Forderungen mit Nachrangabrede noch hinter die "normalen" nachrangigen Forderungen zurückzustellen (ebenso KP-Noack GesellschaftsR Rdn. 197; *Karsten Schmidt* GmbH 1999, 9, 12; abw. *Altmeyden* ZHR 164 [2000], 349, 371). Gleiches gilt, wenn in Bezug auf sachlich verwandte Forderungen - etwa wegen zum gleichen Zeitpunkt oder aufgrund gleichen Rechtsgrunds gewährter Darlehen - nur einige Gesellschafter eine Nachrangerklärung abgeben, andere hingegen nicht. Daraus wird man kaum schließen können, dass deshalb die die Erklärung abgebenden Gesellschafter hinter die anderen zurücktreten wollten; auch hier fehlt es damit in der Regel am Zweifelsfall, den Abs. 2 voraussetzt (ebenso KP-Noack GesellschaftsR Rdn. 197). Auch das **Darlehen eines Dritten** kann hinsichtlich der Rückzahlung eine „gleichgestellte Forderung“ iSv § 39 Abs 1 Nr 5 sein. Hat ein Dritter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten, stattdessen ein Darlehen gewährt und hat ihm ein Gesellschafter für die Rückgewähr des Darlehens **eine Sicherung bestellt** oder hat er sich dafür **verbürgt**, so kann der Dritte im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, mit dem er bei einer Inanspruchnahme der Sicherung oder des Bürgen ausgefallen ist (§ 32a Abs 2 GmbHG). Die Ausfallforderung ist jedoch nicht nachrangig, sondern Insolvenzforderung iSv § 38 (FK-Schulz § 39 Rdn 12; N/R-Andres § 39 Rdn 10; s auch MK/Ehrliche § 39 Rdn 41). Die **Frage des Kapitalersatzes** ist **häufig streitig**.

Wird eine nachrangige Insolvenzforderung irrtümlich ohne Hinweis auf den Nachrang zur Tabelle als normale Insolvenzforderung iSv § 38 angemeldet, so kann die Forderungsanmeldung zurückgewiesen werden, wenn der Nachrang offensichtlich ist (KPB/*Pape* § 174 Rdn 39). Dies ist aber bei streitigem Kapitalersatz gerade nicht der Fall. Deshalb ist die Forderungsanmeldung zunächst zuzulassen und die Erledigung der Streitfrage dem Prüfungsverfahren zu überlassen.