

Philipp Knauth

**Notwendigkeit und Wirkungsweise
unechter Massendarlehen zur
Finanzierung der Betriebsfortführung**



Nomos

Schriften zum Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln und
Prof. Dr. Florian Jacoby, Universität Bielefeld

Band 82

Philipp Knauth

**Notwendigkeit und Wirkungsweise
unechter Massedarlehen zur Finanzierung
der Betriebsfortführung**



Nomos

Gedruckt mit Unterstützung der Studienstiftung ius vivum, Kiel.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8172-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-2632-0 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung konnten für die Drucklegung bis einschließlich Juni 2021 berücksichtigt werden.

Ein besonderes Anliegen ist es mir an dieser Stelle, den Personen gebührenden Dank auszusprechen, die zum Gelingen der Arbeit maßgeblich beigetragen haben. Zuallererst sind hierbei meine lieben Eltern *Viola* und *Uwe Knauth* zu nennen, die meinen Weg jederzeit mit Rat und Tat fürsorglich begleitet und den Grundstein meines Werdegangs gelegt haben. Ihnen möchte ich meine Arbeit voll und ganz widmen.

Außerordentlich danken möchte ich daneben meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Stephan Madaus*. Er gab den entscheidenden Impuls für die Entstehung dieser Arbeit. Seine stete Bereitschaft für einen Gedankenaustausch auch abseits der Dissertation, die großzügigen akademischen Freiheiten an seinem Lehrstuhl und nicht zuletzt seine überaus vertrauliche Art, die ich auch schon vor meiner fast vierjährigen Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter während meines Studiums kennen und schätzen lernen durfte, schufen ideale Rahmenbedingungen für eine Promotion. Herrn Prof. Dr. *Lucas F. Flöther* sei für die Übernahme und die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens gedankt.

Der Studienstiftung *ius vivum* danke ich für den großzügig gewährten Druckkostenzuschuss.

Aufrichtigen Dank schulde ich vor allem meinen ehemaligen Lehrstuhlkollegen und Wegbegleitern. Hervorheben möchte ich in diesem Zusammenhang Dr. *Anna Katharina Wilke* und *Jonah Krafczyk*. Ohne ihre fachliche und moralische Unterstützung in jeder Phase wäre das Verfassen der Arbeit ungleich schwerer von der Hand gegangen. Die mit ihnen erlebte Zeit, in der sich eine unverzichtbare Freundschaft entwickelt hat, werde ich in ganz besonderer Erinnerung behalten.

Zu diesen unverzichtbaren Freunden, denen hier ebenso von Herzen gedankt werden soll, gehören auch *Nicole* und *Martin Lehmann*, *Saskia* und *Marian Miottke* sowie *Jenny Tiltack* und *Philipp Sonntag*. Sie waren es, die mich über die letzten drei Jahre hinaus nahezu familiär begleitet und wenn auch nicht inhaltlich, so doch jedenfalls mental unterstützt haben.

Vorwort

Auch sie haben damit einen nicht unerheblichen Anteil zur Entstehung dieser Arbeit geleistet.

Abschließend bin ich Dr. *Normen Hörnig* zu tiefem Dank verpflichtet. Seine wertvollen Anregungen und unermüdlichen Ratschläge, nicht selten auch freundschaftlich mahnend, waren für die vorliegende Arbeit in gleicher Weise unabdingbar.

Halle (Saale), im Juni 2021

Philipp Knauth

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	17
EINFÜHRUNG	
Kreditsicherheiten am Umlaufvermögen als Grundlage einer Fortführungsfinanzierung	21
A. Rechtfertigung und Ziel der Arbeit	21
B. Gang der Darstellung	25
C. Begriffliche Einführung	27
I. Begriff des Massedarlehens	27
II. Abgrenzung des „unechten“ zum „echten“ Massedarlehen	29
ERSTES KAPITEL	
Das Spannungsfeld zwischen Unternehmensfortführung und Fortführungsfinanzierung	33
A. Grundlagen zum Insolvenzeröffnungsverfahren	34
I. Regeleröffnungsverfahren	34
1. Gestaltungsaufgabe und Funktionswandel	34
2. Vorläufige Sicherungsmaßnahmen	37
a) Vorläufige Insolvenzverwaltung gem. §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 22 InsO	38
aa) Starke vorläufige Insolvenzverwaltung gem. § 22 Abs. 1 InsO	39
bb) Schwache vorläufige Insolvenzverwaltung gem. § 22 Abs. 2 InsO	39
(1) Zustimmungsvorbehalt gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 Alt. 2 InsO	41
(2) Gerichtlich zugewiesene Einzelkompetenzen	42
b) Sicherungsanordnung gem. § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO	42
II. Eröffnungsverfahren in Eigenverwaltung	43
1. Vorläufige Eigenverwaltung gem. §§ 270b, 270c InsO	44
2. Schutzschirmverfahren gem. § 270d InsO	45

III. Schlussfolgerung – Unternehmensfortführung als Zielvorgabe	46
B. Besonderer Finanzierungsbedarf im Eröffnungsverfahren	47
I. Anschauungsbeispiele und Problemdarstellung	47
II. Vermögenslage bei Insolvenzantragstellung – Umlaufvermögen als typische Kreditsicherungsgrundlage und Fortführungshindernis	50
1. Finanzkreditsicherheiten	51
a) Globalzession	51
b) Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand	53
2. Warenkreditsicherheiten	55
3. Zusammenfassung	56
III. Auswirkungen der Insolvenzantragstellung auf Darlehen und Sicherheiten	56
1. Außerordentliche Kündigung bestehender Darlehen	56
2. Exkurs – Gesetzgeberisch verworfener Ausschluss der Darlehenskündigung	59
3. Widerruf begleitender Ermächtigungen bei Umlaufsicherheiten	60
a) Bestand der Ermächtigungen trotz und Zulässigkeit eines Widerrufs anlässlich der Insolvenzantragstellung	61
b) Rechtsfolge des Widerrufs	64
c) Notwendigkeit eines Widerrufs durch Warenkreditgeber	66
d) Notwendigkeit eines Widerrufs bei revolvingierenden Sicherheiten durch Finanzkreditgeber	68
aa) Wirkungen von Verfügungsverboten	68
bb) Anfechtungsdogma	71
(1) Rechtsprechung der OLG	74
(2) Einwände des Schrifttums und der Instanzenrechtsprechung	77
(3) Grundsatzentscheidung BGH, Urt. v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07 – Roma locuta, causa finita?	80
cc) Zusammenfassung und kritische Stellungnahme	83
(1) Auswirkungen und Überzeugungskraft der Rechtsprechung	83

(2) Globalsicherheiten als unanfechtbarer Sicherheitentausch?	86
(aa) Unmittelbarkeitserfordernis	86
(bb) Wirtschaftliche Betrachtungsweise	88
(cc) Erforderlicher Paradigmenwechsel	91
e) BGH, Urt. v. 17.3.2011 – IX ZR 63/10 – Übertragung der Rechtsprechung auf verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt	92
f) Zusammenfassung	94
4. Beseitigung des Ermächtigungswiderrufs im Wege der Insolvenzanfechtung?	95
5. Missachtung von (Ersatz-)Absonderungsrechten als Haftungstatbestand	96
a) Haftung im Regeleröffnungsverfahren	97
aa) Auskehranspruch als Masseverbindlichkeit?	99
(1) Inkonsistenz der BGH-Rechtsprechung	100
(2) Fehlende Vergleichbarkeit	102
(3) Zwischenfazit	104
bb) Keine berechnigte Verfügung bei revolvingierenden Sicherheiten	105
b) Haftung in der vorläufigen Eigenverwaltung	107
c) Zusammenfassung	109
6. Keine Überwindung der Liquiditätszäsur durch Anordnung gem. § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 InsO	110
a) Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenzrecht“ als Ausgangspunkt der Normentstehung	111
b) Tatbestand der Anordnung	113
c) Potenzielle Reichweite bzgl. Umlaufvermögen	114
aa) Streitstand	115
bb) Auswirkungen auf Fortführungsfinanzierung	118
d) Exkurs – § 172 InsO im eröffneten Insolvenzverfahren	121
e) Haftung	122
aa) Keine Betriebsfortführung durch Erlösauskehr nach Verfahrenseröffnung	123
bb) Unzulässigkeit eines Verwendungsbeschlusses	126
cc) Masseverbindlichkeiten als Lösungsansatz de lege ferenda?	129
f) Zusammenfassung und Schlussfolgerung	131

7. Höchststrichterliche Protektion des Sicherungsnehmers (auch) bei unterlassenem Widerruf von Verfügungsermächtigungen	132
a) BGH, Urt. v. 21.1.2010 – IX ZR 65/09	132
aa) Sachverhalt und Entscheidung	132
bb) Erste Quintessenz aus der Entscheidung	134
b) BGH, Urt. v. 24.1.2019 – IX ZR 110/17	135
aa) Sachverhalt	136
bb) Entscheidung	137
c) Zusammenfassung und Stellungnahme	140
aa) Schutzbedürftigkeit des Sicherungsnehmers?	143
bb) Betriebsfortführungspostulat als Scheinargument	147
cc) Keine Ausnahme revolvernder Sicherheiten	149
d) Auswirkungen auf die Notwendigkeit eines Widerrufs	150
e) Zwischenfazit	152
IV. Möglichkeiten zur Finanzierung des Insolvenz(eröffnungs)verfahrens – Besicherung als Hindernis und Anknüpfung zugleich	152
V. Regelungsmodelle im Rechtsvergleich und im vorinsolvenzlichen Restrukturierungsrahmen	154
1. Cash Collateral im US-amerikanischen Insolvenzrecht	154
a) Zulässige Eingriffe in Sicherungsrechte zur Fortführungsfinanzierung	156
b) Übertragbarkeit ins deutsche Insolvenzrecht	158
aa) Bewusste Abkehr von der Zulässigkeit von Ersatzsicherheiten	159
bb) Anfechtungsmakel und keine Verfügbarkeit von Ersatzsicherheiten	161
(1) Grundannahmen	161
(2) Praktische Hindernisse	162
cc) Zwischenfazit	164
2. Eingriffe in (revolvernde) Sicherungsrechte nach Maßgabe des StaRUG	165
a) Restrukturierungsrichtlinie und Moratorium	166
b) Umsetzung im StaRUG	167
aa) Stabilisierungsregelungen im Überblick	167
bb) Ermächtigungswiderruf als Anwendungsfall der Verwertungssperre	168

cc) Wirkungsweise und Rechtsfolgen in Bezug auf (revolvierende) Kreditsicherheiten	170
dd) Gesetzesbegründung	172
ee) Begründung der Schutzbedürftigkeit	173
(1) Anfechtungsrisiko	174
(2) Kein gesetzlicher Anfechtungsausschluss	175
ff) Vertragsrechtliche Legitimation der Separierungsverpflichtung	177
c) Notwendige „anderweitige Vereinbarung“ über Sicherheitenerlöse i.S.d. § 54 Abs. 2 StaRUG	179
3. Zusammenfassung	180
C. Übertragung der Erkenntnisse auf Beispielsfälle und Kapitelzusammenfassung	180
I. Beispielsfälle	180
1. Beispielsfall 1	181
2. Beispielsfall 2	182
II. Abschließende Zusammenfassung	183
 ZWEITES KAPITEL	
Das unechte Massedarlehen als Finanzierungsoption	188
A. Betriebsfortführung und Sicherheitenverwertung im wechselseitigen Interesse	189
B. Dogmatische Einordnung der Kreditvereinbarung im Eröffnungsverfahren	191
I. Grundlegende Argumentationslinien im Schrifttum	193
1. Rechts- bzw. Vertragsnatur	193
a) Globalzession als Kreditgegenstand	193
b) Sicherungsübereignung eines Warenlagers als Kreditgegenstand	194
2. Begrenzung des Kreditgegenstands auf anfechtungsfeste Sicherheiten	196
3. Auswirkungen auf den Altkredit	196
4. Indizierte Dogmatik unechter Massedarlehen im Schrifttum	197
II. Bestandsaufnahme der Rechtsprechung zu unechten Massedarlehen	198
1. AG Hannover, Beschl. v. 14.9.2018 – 904 IN 472/18	198
2. AG Köln, Beschl. v. 12.10.2018 – 74 IN 196/18	199

III. Aktualisierung der Verfügungsermächtigung als (abweichender) Lösungsansatz bei revolvingenden Sicherheiten	201
1. Rechtsdogmatische Überlegungen	201
2. Zweifel an der Gesetz- und Zweckmäßigkeit der Bargeschäftslösung	203
a) Fehlende Praktikabilität	203
b) Rechtliche Unstimmigkeiten bei Erwirkung einer Einzelermächtigung	206
aa) Notwendige Abgrenzung zum revolvingenden Sicherheitentausch	206
bb) Kein tauglicher Ermächtigungsgegenstand zur Gläubigersicherung	208
cc) Einzelermächtigung zum Abschluss der Vereinbarung	209
3. Vergleichbarer Vereinbarungsvorschlag im Schrifttum	211
a) Exkurs – Keine Insolvenzfestigkeit durch Anfechtungsverzicht	212
b) Sicherheitenfreigabe	214
4. Zwischenfazit	215
IV. Stellungnahme und weitere Einordnung unechter Massendarlehen	215
1. Vertragliche Klassifikation	216
a) Darlehensvertrag	216
b) Ausgestaltung des Vereinbarungsdarlehens	219
c) Verfügungsermächtigung	220
2. Bestimmung des insolvenzrechtlich zulässigen Umfangs	221
3. Rückzahlungen auf künftige Masseverbindlichkeiten	222
a) Erfordernis einer Einzelermächtigung zum Zwecke der Gläubigersicherung	222
aa) Gegenstand der Einzelermächtigung	223
bb) Anforderungen im Einzelnen	225
b) Keine rückwirkende Genehmigung	226
4. Tilgungswirkung des unechten Massedarlehens	228
a) Verfahrensrechtliche Irrelevanz aus Sicht des Sicherungsgläubigers	228
aa) Ausfallprinzip gem. § 52 S. 2 InsO	228
bb) Fallkonstellationen	229
b) Dogmatische Begründung einer Tilgungswirkung	231
aa) Novation	232

bb) Abgekürzter Zahlungsweg	233
c) Zwischenfazit	234
5. Gemeinschaftliche Kreditgewährung bei Beteiligung eines Lieferantenpools	236
a) Sicherheitenabgrenzung in der Insolvenz	236
b) Berücksichtigung im Rahmen des unechten Massedarlehens	238
V. Erkenntnisse zur dogmatischen Einordnung	239
VI. Kreditkonditionen und Wirksamkeitsvoraussetzungen im Einzelnen	240
1. Verwendungszweck, Laufzeit sowie Übergang in das eröffnete Verfahren	241
2. Zinsen und Massebeteiligung	243
a) Unzulässigkeit einer Doppelverzinsung?	244
b) Bearbeitungsentgelt	246
3. Steuer- und bankenrechtliche Implikationen	247
a) Umsatzsteuerverpflichtung	247
b) Aufsichtsrechtliche Vorgaben nach MaRisk	249
4. Besicherung	251
a) Besicherung am künftigen neuen Umlaufvermögen	251
b) Abermalige Einräumung von Verfügungsermächtigungen	253
5. Anfechtungsrisiken	254
a) Vertragliche Vereinbarung	255
b) Besicherung am künftigen neuen Umlaufvermögen	256
6. Insolvenzspezifische Zustimmungspflichten	257
a) Zustimmung des vorläufigen Gläubigerausschusses	257
b) Zustimmung des vorläufigen Sachwalters	259
7. Kündigungsgründe	260
8. Haftungsrisiken	262
a) Haftung gem. § 61 InsO	263
b) Haftungsfreistellung und -anknüpfung	264
VII. Zusammenfassung	264
C. Unechte Massedarlehen im eröffneten Insolvenzverfahren	267
I. Vorbemerkung	268
II. Vereinbarungsinhalt nach Verfahrenseröffnung im Überblick	268
D. Abschließende Betrachtung	270

E. Exkurs – Finanzierungsvereinbarungen über Sicherheitenerlöse im präventiven Restrukturierungsrahmen	271
I. Umsetzungsmaßgaben der Restrukturierungsrichtlinie	273
1. Finanzierungsvereinbarungen über Sicherheitenerlöse als „Zwischenfinanzierung“ i.S.d. Art. 2 Abs. 1 Nr. 8 RRL	274
2. Anfechtungs- und Haftungsschutz gem. Art. 17 Abs. 1 RRL und Befriedigungsvorrang gem. Art. 17 Abs. 4 RRL	274
II. Keine Privilegierung von Zwischenfinanzierungen im StaRUG	275
III. Auswirkungen auf Finanzierungsvereinbarungen i.S.d. § 54 Abs. 2 StaRUG	276
IV. Exkurszusammenfassung	277
DRITTES KAPITEL	
Schlussbetrachtung und Entwurf einer Mustervereinbarung	279
A. Unechte Massendarlehen als notwendiges Element einer Betriebsfortführung	280
B. Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse	282
C. Mustervereinbarung	283
LITERATURVERZEICHNIS	291

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allg. A.	allgemeine Ansicht
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT (MaRisk)	allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
AVB	allgemeine Versicherungsbedingungen
Az.	Aktenzeichen
B.R.	Bankruptcy Register
Bankr.	Bankruptcy
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BeckRS	beck-online Rechtsprechung
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BFH, BFHE	Bundesfinanzhof, amtliche Sammlung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH, BGHZ	Bundesgerichtshof, amtliche Sammlung in Zivilsachen
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BTO (MaRisk)	Anforderungen an die Aufbau- und Ablauforganisation
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Cir.	Circuit, Bezirk eines Bundes-Berufungsgerichts

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

COM	Europäische Kommission (Commission)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
etc.	et cetera
Ed.	Edition
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
EUR	Euro
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f., ff.	folgende, fortfolgende
Fla.	Fallrechtssammlung des Staates Florida
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
h.A.	herrschende Auffassung
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
i.H.v.	in Höhe von
i.R.e.	im Rahmen einer/eines
i.S.d.	im Sinne des
i.S.e.	im Sinne einer/eines
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Ill.	Fallrechtssammlung des Staates Illinois
InsBüro	Zeitschrift für die Insolvenzpraxis
InsO	Insolvenzordnung
InsVZ	Zeitschrift für Insolvenzverwaltung und Sanierungsberatung
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

jurisPR-BKR	juris PraxisReport Bank- und Kapitalmarktrecht
jurisPR-InsR	juris PraxisReport Insolvenzrecht
Kap.	Kapitel
KO	Konkursordnung
krit.	kritisch
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
KWG	Kreditwesengesetz
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	littera (Buchstabe)
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring (Zeitschrift)
Ls.	Leitsatz
m.	mit
M.D.	Middle District
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement
Mio.	Million
Mo.	Fallrechtssammlung des Staates Missouri
N.D.	Northern District
NIVD	Neue Insolvenzverwaltervereinigung Deutschlands e.V.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OLG	Oberlandesgericht
RegE	Gesetzentwurf der Bundesregierung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RRL	Restrukturierungsrichtlinie
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite/Satz
SanInsFoG	Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts
SGB	Sozialgesetzbuch
sic	wirklich so
sog.	sogenannte/r
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

StaRUG	Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen
Tex.	Fallrechtssammlung des Staates Texas
u.a.	und andere/unter anderem
U.S. BC	United States Bankruptcy Code
Urt.	Urteil
UStG	Umsatzsteuergesetz
v.	vom/versus
VerglO	Vergleichsordnung
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VID	Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V.
Vor	Vorbemerkungen
W.D.	Western District
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZRI	Zeitschrift für Restrukturierung und Insolvenz
zust.	zustimmend

EINFÜHRUNG

Kreditsicherheiten am Umlaufvermögen als Grundlage einer Fortführungsfinanzierung

A. Rechtfertigung und Ziel der Arbeit

Auf den Punkt gebracht ist Fortführung Finanzierung.¹ Jede Sanierung eines kriselnden Unternehmens, ganz gleich ob gerichtlich oder außergerichtlich, steht und fällt mit der Möglichkeit einer hinreichenden Fortführungsfinanzierung.² Dieser Umstand darf als in der Praxis bekannt und gegeben angesehen werden, füllt die Problematik der Fortführungsfinanzierung doch regelmäßig ganze Abschnitte in gängigen Insolvenzrechts- und Restrukturierungshandbüchern. Selbst Monografien widmen sich ausführlich der Frage, welche Möglichkeiten und gesetzlichen Rahmenbedingungen einer Fortführungsfinanzierung in der Insolvenzsituation bestehen.³ Mit der Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes sei hier nur ein, wenngleich das sicher bedeutsamste Instrument genannt. Auch der Gesetzgeber ist sich der Notwendigkeit entsprechender Liquidität bewusst.⁴

Die Notwendigkeit neuer Liquidität für den hier abzuhandelnden Fall jenseits einer Insolvenzantragstellung lässt sich ohne Weiteres mit faktischen Gegebenheiten erklären. Hierdurch wird das insolvente Unternehmen zusätzlich von nahezu allen noch bestehenden Liquiditätsquellen abgeschnitten. Lieferanten stellen infolge des Vertrauensverlustes, der durch die Insolvenzantragstellung unweigerlich ausgelöst wird, auf Vorkasse um,

1 *Braun*, FS Drukarczyk, S. 93 (96).

2 *Reus/Harder*, NZI 2019, 210 (211); *Huber*, NZI 2014, 439; *Knof*, ZInsO 2010, 1999 (2000); *Kübler/Undritz*, HRI § 2 Rn. 35.

3 Etwa *Parzinger*, Fortführungsfinanzierung in der Insolvenz, 2013, *passim*, der den Fokus umfassend auf die Finanzierung bis zum Berichtstermin, weniger aber auf die Finanzierung unmittelbar nach Insolvenzantragstellung richtet; *Fink*, Maßnahmen des Verwalters zur Finanzierung in der Unternehmensinsolvenz, 1998, *passim*.

4 Vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 216, in der der Gesetzgeber zu § 311 RegE InsO (entspricht § 264 InsO) für die „Anschubsituation“ nach Aufhebung des Insolvenz(plan)verfahrens formulierte: „Für das Gelingen einer Sanierung wird häufig entscheidend sein, dass dem Unternehmen nach der Bestätigung des Sanierungsplans und der Aufhebung des Insolvenzverfahrens Kredite gewährt werden, mit denen die schwierige Anlaufzeit nach dem Insolvenzverfahren überbrückt wird.“

Darlehensgeber nehmen von ihren bisherigen Kreditengagements gezielt Abstand. Die Betriebsfortführung⁵ gerät dadurch ernstlich in Gefahr, etwa weil vorhandene Kundenaufträge infolge fehlender Liquidität nicht mehr bearbeitet werden können, an Versorgungsunternehmen und Vermieter nicht mehr geleistet werden kann und sich Schlüsselarbeitnehmer am Arbeitsmarkt rasch anderweitig orientieren. Der Zusammenbruch des Unternehmens, so er noch nicht erfolgt ist, droht spätestens dann Realität zu werden.

Für eine jedenfalls vorläufige Betriebsfortführung als Grundlage eines jeden Sanierungsszenarios⁶ ist die Beschaffung und Erhaltung liquider Mittel somit – besonders im kritischen Zeitpunkt nach Stellung des Insolvenzantrags – unerlässlich. Sie ist der erste und wesentliche Schritt zur Sanierung des Unternehmens.⁷ Nicht zuletzt wird die Liquiditätsbeschaffung daher als zentrale Aufgabe des (vorläufigen) Insolvenzverwalters eingeordnet.⁸ Sie ist indes zugleich größte Herausforderung unter enormem Zeitdruck. Kann eine Fortführungsfinanzierung nicht beschafft werden, hat dies in der Regel eine vorzeitige Beschränkung der Verwertungsoptionen zur Konsequenz – ein Umstand, den es im Interesse der Gläubigerautonomie in dieser frühen Phase zu verhindern gilt.

Was die realisierbaren insolvenzspezifischen Finanzierungsmöglichkeiten, deren rechtliche Grundlagen und Voraussetzungen im Einzelnen betrifft, so ist den bisherigen wissenschaftlichen wie auch anwendungsbezogenen Ausarbeitungen eines gemeinsam: Sie vernachlässigen eine in der Praxis bisweilen kaum wegzudenkende⁹ Finanzierungsoption in der Insolvenz, nämlich die darlehensweise Überlassung von Sicherheitserlösen an den Schuldner durch den oder die Sicherungsnehmer. Derartige Verwertungsvereinbarungen sollen hier und im Folgenden einheitlich unter dem etablierten Begriff des sog. „unechten“ Massedarlehens verstanden werden. Ein solcher, lediglich unechter Kredit schöpft seine Finanzierungswirkung gerade nicht aus der Zurverfügungstellung einer neuen Darlehensvaluta, wie es der gewöhnlichen und insoweit „echten“ Massedarlehensfinanzierung eigen ist. Er ermöglicht auf alternative Weise Liquidität, ohne fri-

5 Zum Begriff MüKoInsO/*Haarmeyer/Schildt*, § 22 Rn. 91.

6 *Ganter*, NZI 2012, 433; *Stapper/Schädlich*, ZInsO 2011, 249.

7 *Kayser*, ZIP 2020, 97; *Borchardt/Frind/Borchardt*, Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren, Kap. 4 Rn. 599.

8 Vgl. *Borchardt/Frind/Borchardt*, Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren, Kap. 4 Rn. 600.

9 Vgl. auch *Paulus/Knecht/Kowalewski*, Gerichtliche Sanierung, § 5 Rn. 50 („am weitesten verbreitete Form der Unternehmensfinanzierung im Eröffnungsverfahren“).

sches Geld gewähren zu müssen und zugleich eine Betriebsfortführung, die ohne Einbeziehung der Rechte von Sicherungsgläubigern im Übrigen regelmäßig gar nicht realisierbar ist.

Eine vertiefte dogmatische Einordnung von solchen vertraglichen Vereinbarungen ist bisher noch nicht erfolgt.¹⁰ Die Insolvenzordnung enthält diesbezüglich keine Vorgaben, veranlasst zu derartigen Vereinbarungen aber geradezu. Auch in die Rechtsprechung hat das unechte Massendarlehen bisher kaum oder nur sehr zurückhaltend Eingang gefunden.¹¹ Wenn überhaupt nimmt dieses hier oftmals eine nicht entscheidungserhebliche Nebenrolle ein.¹² Faktisch wird man diesen Befund sicher nicht auf ein fehlendes Klärungsbedürfnis bestimmter Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Gewährung unechter Massendarlehen zurückführen können. Vielmehr greift die Überlegung Platz, dass gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen kreditsuchendem (vorläufigem) Insolvenzverwalter bzw. (vorläufig) eigenverwaltendem Schuldner und Kreditgeber in aller Regel sanierungshemmende Auswirkungen haben und deren auf gegenseitigem Vertrauen beruhende Geschäftsbeziehung über das einzelne Insolvenzverfahren hinaus beeinträchtigen können. Vor diesem rein tatsächlichen Hintergrund sind belastbare gerichtliche Überprüfungen entsprechender vertraglicher Vereinbarungen bisher noch nicht erfolgt. Rückschlüsse auf einen nicht vorhandenen Aufarbeitungsbedarf lassen sich daraus aber eben nicht ziehen. Die Praxis lebt hier oftmals (vor allem aus Zeit- und Effektivitätsgründen) allein vom unausgesprochenen Konsens aller Beteiligten samt Insolvenzgericht.

Schon im Jahr 2003 sprach *Braun* in diesem Zusammenhang von der „einfachste[n] und gängigste[n] Möglichkeit der Insolvenzverfahrens-Finanzierung“, deutete im gleichen Atemzug aber auch an, dass „solche Kredite oft schwierig in der Bestimmbarkeit der Wirkung und des Umfangs [sind]“.¹³ Mit ähnlichen Worten hielt es jüngst *Ganter*, der unechte Mas-

10 So ausdrücklich auch *Kümmel/Viehoff*, Problematische Firmenkundenkredite, Rn. 1298; vgl. auch *Grub*, FS Lürer, S. 377. Eine über die bloßen Grundzüge hinausgehende, wenngleich nicht vertieft wissenschaftliche Darstellung lässt sich bisher soweit ersichtlich allein bei *Ganter*, NZI 2020, 249; *Madaus/Knauth*, ZIP 2018, 149; *Kübler/Warneke/Braun*, HRI § 4 Rn. 34 ff.; *Kümmel/Viehoff*, Problematische Firmenkundenkredite, Rn. 1285 ff. und bei *Trowski*, WM 2014, 1257 finden.

11 Als Einzelfälle nur AG Hannover ZInsO 2018, 2420; AG Köln ZIP 2018, 2234. Zu diesem Befund auch *Kümmel/Viehoff*, Problematische Firmenkundenkredite, Rn. 1251.

12 Wie hier BGH NZI 2016, 963; LG Halle NZI 2014, 1050.

13 FS Drukarczyk, S. 93 (105).

sedarlehen dogmatisch als „schwieriges Gelände“ einordnete, innerhalb dessen beileibe nicht alle Fragen zweifelsfrei geklärt seien.¹⁴ Hieran knüpft die vorliegende Arbeit an. Sie soll den gesetzlichen Rahmen herausarbeiten, an dem sich die Vereinbarung eines unechten Massedarlehens orientieren muss und der eine solche Verwertungsvereinbarung überhaupt erst erforderlich macht. Dabei soll die Arbeit nicht nur in rechtswissenschaftlicher Hinsicht bestehende Lücken schließen, sondern zugleich dem mit der Thematik (noch nicht) vertrauten Rechtsanwender als Kompendium dienen, welches insoweit die notwendigen Vorgaben zum Umgang mit typischen Kreditsicherheiten nach Insolvenzantragstellung im Spannungsfeld einer Betriebsfortführung enthält. Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse sollen insgesamt helfen, ein rechtlich komplexes Sanierungsinstrument noch handhabbarer zu machen, was umso gebotener erscheint, als dass derartige Vereinbarungen infolge jüngerer höchstrichterlicher Vorgaben künftig in noch größerem Umfang Betriebsfortführungen insolventer Schuldnerunternehmen bedingen werden.

Zugleich soll die Arbeit für potenzielle Kreditgeber, die regelmäßig mit Altkrediten an der Insolvenz beteiligt sind, eine Entscheidungsgrundlage schaffen. Diese stehen hier oftmals vor der Frage der Vertretbarkeit und der Form eines erneuten Finanzierungsengagements und somit letztlich auch vor der Frage der Risikoübernahme einer scheiternden Fortführung. Die fehlenden gesetzlichen Anreize für eine Fortführungsfinanzierung, die die Insolvenzordnung überwiegender Ansicht nach¹⁵ im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen aufweist, können durch eine Etablierung unechter Massedarlehen zwar nicht behoben werden. Jedenfalls kann eine solche Etablierung aber faktisch die eher restriktive Bereitschaft von Darlehensgebern zur erneuten Kreditfinanzierung in der Insolvenz erhöhen, soweit die

14 NZI 2020, 249 (259).

15 Kübler/Undritz, HRI § 2 Rn. 33; *Knof*, ZInsO 2010, 1999; eingehend *Parzinger*, Fortführungsfinanzierung in der Insolvenz, 2013, S. 34 f. mit weiteren (auch) empirischen Nachweisen. Der Gesetzgeber der Insolvenzordnung hat – unter ergänzender rechtsfortbildender Mitwirkung des BGH – im Zusammenhang mit der Gewährung von Fortführungsfinanzierungen (lediglich) dadurch einen Anreiz für Kreditgeber geschaffen, dass Rückzahlungsverpflichtungen, die nach Insolvenzantragstellung begründet werden, den Rang einer Masseverbindlichkeit einnehmen (können). Insoweit bleibt die Insolvenzordnung ersichtlich hinter den Möglichkeiten einer Fortführungsfinanzierung in der Insolvenz in anderen Jurisdiktionen zurück, wie etwa der Blick ins US-amerikanische Insolvenzrecht und dem dort möglichen sog. Debtor in Possession Financing („DIP-Financing“) zeigt. Vergleichbare Finanzierungsmöglichkeiten kennt auch das französische Insolvenzrecht („accord homologué“).

rechtlichen Rahmenbedingungen und die Notwendigkeit hierfür geordnet aufgearbeitet werden.

B. Gang der Darstellung

Im ersten Kapitel dieser Arbeit werden einleitend und im Überblick die gesetzlichen Rahmenbedingungen des insolvenzrechtlichen Eröffnungsverfahrens in all seinen Ausprägungen – vorläufiges Regel-, vorläufiges Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren – dargelegt. Eben jene Rahmenbedingungen in §§ 21, 22 sowie §§ 270b bis 270e InsO adressieren eine Betriebsfortführung und veranlassen damit zur Beschaffung liquider Mittel. Zugleich bilden sie normativ die Grenze und den Maßstab für entsprechende Finanzierungsvereinbarungen. Die jeweiligen Verfahrensbeteiligten, deren Pflichten und korrespondierende Kompetenzen müssen hierfür herausgearbeitet werden, da auf sie im weiteren Verlauf notwendigerweise zurückgegriffen wird.

Daran anschließend werden zunächst die Hintergründe erläutert, die die regelhafte Vereinbarung unechter Massendarlehen überhaupt erst erforderlich machen. Im Fokus steht die typische und eigenorientierte Reaktion von Finanzkreditgebern auf den Insolvenzantrag des Schuldners. Sie kündigen ihre bisherigen Kreditlinien und verwehren dem Schuldner zudem den ungestörten Zugriff auf zuvor bestellte Sicherheiten. Namentlich handelt es sich hierbei in erster Linie um revolvingende Sicherheiten am Umlaufvermögen, also dem Vermögen, welches nicht dauernd dem Geschäftsbetrieb dient und veräußert oder verbraucht wird¹⁶, das der Schuldner und in der Folge der vorläufige Insolvenzverwalter dann gerade nicht mehr wie zuvor zur Finanzierung des Geschäftsbetriebs einsetzen kann. Da es eben diese Kreditsicherheiten in Gestalt von Globalzessionen und Sicherungsübereignungen von Warenlagern mit wechselndem Bestand sind, die im deutschen Mittelstand typischerweise anzutreffen sind¹⁷, eröffnet sich in diesem Zusammenhang ein Spannungsfeld¹⁸ zwischen Fortführungsfinanzierung und – in § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO gesetzlich sogar festgeschriebenem

16 Statt vieler MüKoHGB/Ballwieser, § 247 Rn. 37.

17 Psaroudakis, ZInsO 2009, 1039; Steinwachs, NJW 2008, 2231 (2233); Bode/Portisch, Bank-Praktiker 2007, 142 (143).

18 Vgl. auch Mönning/Pluta/Keller, Betriebsfortführung in Restrukturierung und Insolvenz, § 8 Rn. 18; Smid, ZInsO 2019, 2254 (2561); Flöther/Wehner, NZI 2010, 555 (556) („Zielkonflikt“).

– Fortführungsauftrag, welches sich für eine Vielzahl von Unternehmensinsolvenzen durchaus verallgemeinern lässt.¹⁹

Ihren Ursprung findet diese Ausgangslage, die zu einer Liquiditätszäsur führt, auch in der bis zuletzt nicht gänzlich ohne Kritik gebliebenen Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH zur Insolvenzanfechtbarkeit von revolvingierenden Sicherheiten²⁰, die in diesem Zusammenhang summarisch dargestellt werden soll. Zum Erhalt ihrer Sicherheiten sind Darlehensgeber hiernach praktisch gezwungen, mit zunehmender Insolvenznähe Zugriffsrechte des Schuldners bzw. vorläufigen Insolvenzverwalters auf das Umlaufvermögen (Einziehungsermächtigung bei globalzedierten Forderungen, Veräußerungs- oder Verarbeitungsermächtigung bei sicherungsübereigneten Warenlagern) rückgängig zu machen. Abseits hiervon führt die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH dazu, dass Erlöse aus verwerteten Umlaufsicherheiten im Insolvenzeröffnungsverfahren nicht zur Betriebsfortführung eingesetzt werden dürfen, sondern treuhänderisch separiert werden müssen, selbst wenn der gesicherte Gläubiger keinen Widerruf der diesem Vorgang zugrunde liegenden Verfügungsermächtigung erklärt hat.²¹ Auch sie soll daher erläutert und hinsichtlich ihrer Folgen für die Fortführungsfinanzierung eingeordnet werden. Wie sich zeigen wird, kann der hieraus zwangsläufig resultierende Liquiditätsengpass mit dem Instrumentarium der Insolvenzordnung – in concreto § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO – nicht vollumfänglich oder jedenfalls nur unter Inkaufnahme erheblicher Haftungsrisiken für die Beteiligten überwunden werden. Auch entsprechende Lösungsansätze im Schrifttum und in der Praxis konnten sich diesbezüglich bisher nicht rechtssicher durchsetzen, was insgesamt deutlich werden lassen soll, dass es einer Vereinbarung mit Sicherungsgläubigern bedarf, um dem Fortführungsauftrag im Eröffnungsverfahren überhaupt nachkommen zu können. Der Vollständigkeit halber soll in diesem Zusammenhang untersucht werden, ob das Eröffnungsverfahren unter rechtsvergleichender Perspektive Spielraum für Anpassungen de lege ferenda bietet. Aufgrund vergleichbarer Wertungen soll darüber hinaus dargestellt werden, welche Ausgangslage sich im Falle der Inanspruchnahme eines vorinsolvenzlichen Restrukturierungsrahmens findet.

19 So auch *Gundlach/Frenzel/Jahn*, NZI 2010, 336 (337); zuvor schon *Kilger*, ZIP 1988, 409 (412).

20 BGHZ 174, 297 = NZI 2008, 89.

21 Für die Singularzession zunächst BGHZ 184, 101 = NZI 2010, 339; weitergehend für sonstige Sicherungsrechte am Umlaufvermögen BGHZ 221, 10 = NZI 2019, 274.

All dies lässt die Arbeit sodann in das zweite Kapitel münden, in welchem das unechte Massedarlehen als vertragliche Finanzierungsoption rechtsdogmatisch eingeordnet und bestimmt wird. Einschlägiges Schrifttum und die vereinzelte Rechtsprechung, die insoweit auf unterschiedliche Weise Stellung zum Vertragsinhalt und zur Wirkungsweise unechter Massedarlehen bezogen haben, werden erschöpfend aufgearbeitet. Dahingehend wird sich herausstellen, dass die Notwendigkeit einer Abgrenzung unechter Massedarlehen zu solchen Vereinbarungen besteht, die gleichermaßen eine Betriebsfortführung über die Einbeziehung von (revolvierenden) Kreditsicherheiten ermöglichen können, aber keine Darlehensabrede enthalten oder begründen, was vor allem mit Blick auf die Erwirkung einer insolvenzgerichtlichen Einzelermächtigung praktische Bedeutung erlangt.

Im Anschluss an diese grundlegende rechtsdogmatische Einordnung soll sodann umfassend beleuchtet werden, wie ein unechtes Massedarlehen im Einzelnen kautelarjuristisch wirksam ausgestaltet werden kann. Dies erfordert die Auseinandersetzung mit typischen Bestandteilen eines Darlehensvertrags – von der Verzinsung und Besicherung bis hin zu Kündigungsgründen – wie auch mit insolvenzspezifischen Besonderheiten, die sich mit Blick auf Anfechtungs- und Haftungsrisiken oder etwaigen Zustimmungspflichten ergeben können. Auch steuer- und bankenrechtliche Vorgaben für unechte Massedarlehen werden untersucht.

Die Arbeit schließt im dritten Kapitel mit einer Mustervereinbarung, die die insoweit herausgearbeiteten zulässigen und notwendigen Vertragsbestandteile berücksichtigt und als praktische Orientierung dienen soll.

C. Begriffliche Einführung

I. Begriff des Massedarlehens

Es ist unbestritten und aus der Insolvenzordnung etwa mit Blick auf § 264 InsO mittelbar zu entnehmen, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter zum Zwecke einer Betriebsfortführung ein Darlehen für und gegen die Insolvenzmasse aufnehmen darf, um dem Unternehmen die hierfür nötigen finanziellen Mittel zu verschaffen.²² Schließlich führt die Tatsache, dass das Unternehmen insolvent ist, weder rechtlich noch wirtschaftlich

²² Statt aller Jaeger/Gerhardt, InsO § 22 Rn. 82; FK-InsO/Schmerbach, § 22 Rn. 69; Braun/Böhm, InsO § 22 Rn. 48.

dazu, dass es nicht mehr kreditfähig ist.²³ Es können sich gar Situationen ergeben, in denen die Gewährung weiterer Kredite für den Kreditgeber trotz Insolvenz des Kreditnehmers wirtschaftlich sinnvoll ist, insbesondere wenn hierdurch eigene Sicherheiten für bestehende Kreditverbindlichkeiten werthaltig gemacht oder im Bestand gesichert werden können. In Zeiten chronisch niedriger Leitzinsen können solche Darlehen zudem erhebliche Zinsgewinne ermöglichen.

Herkömmlich wird in diesem Fall von Massedarlehen gesprochen, die insoweit jedoch keinen eigenen Rechtsterminus darstellen.²⁴ Begrifflich können hierunter im weitesten Sinne all diejenigen Darlehen verstanden werden, die nach formaler Einleitung des Insolvenzverfahrens an eine Gesellschaft gewährt werden und haftungsrechtlich die (künftige) Insolvenzmasse berechtigen und verpflichten.²⁵ Im engeren namensgebenden Sinne sind Massedarlehen dagegen solche Kredite, die Ansprüche aus dem Vertrag, insbesondere die wesentypische Rückzahlungsverpflichtung des Kreditnehmers, im Rang einer Masseverbindlichkeit nach § 55 InsO begründen.²⁶ Da Neugläubiger hierdurch vorrangig aus der Insolvenzmasse zu befriedigen sind (§ 53 InsO), ist dies für die unter Umständen erneute Kontrahierungsbereitschaft des Kreditgebers oftmals ausschlaggebendes Kriterium. Das Ausfallrisiko beschränkt sich dann auf den Fall der Masselosigkeit und -unzulänglichkeit (§§ 207, 208 InsO) oder, falls das Darlehen wie üblich bereits im Eröffnungsverfahren gewährt wurde, auf den Fall einer ausbleibenden Verfahrenseröffnung. Deswegen bedarf es typischerweise ergänzender Kreditsicherheiten.

Während Verbindlichkeiten, die nach Verfahrenseröffnung begründet werden, gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO sowohl in der Regelinsolvenz als auch im Eigenverwaltungsverfahren²⁷ eo ipso Masseverbindlichkeiten sind, gilt dieser Automatismus für das vorgeschaltete Eröffnungsverfahren nicht ohne Weiteres. Die Kompetenz zur Begründung von Masseverbindlichkeiten muss dem vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. vorläufig eigenverwaltenden Schuldner hier zunächst vom Insolvenzgericht gesondert eingeräumt

23 *Braun*, FS Drukarczyk, S. 93 (108).

24 *Kümmel/Viehoff*, Problematische Firmenkundenkredite, Rn. 1265; *Grub*, FS Lüer, S. 377 (378); *Mönning/Pluta/Keller*, Betriebsfortführung in Restrukturierung und Insolvenz, § 8 Rn. 60; *Schönfelder*, WM 2007, 1489 (1490).

25 *Etwal Lwowski/Fischer/Gehrlein/Mordhorst*, Das Recht der Kreditsicherung, § 6 Rn. 102; *Strotmann/Tetzlaff*, ZInsO 2011, 559.

26 *Nur Kübler/Warneke/Braun*, HRI § 4 Rn. 11.

27 *MüKoInsO/Kern*, § 270 Rn. 160; *HambKomm/Fiebig*, InsO § 270 Rn. 42.

werden.²⁸ Dem Grunde nach sind somit in dieser Phase auch Konstellationen denkbar, in denen die Rückzahlungsverpflichtung eine bloße Insolvenzforderung i.S.d. § 38 InsO darstellt, soweit eine vollständige Rückführung noch vor Verfahrenseröffnung nicht erfolgte.²⁹ Zu einer solchen Vereinbarung wird der Kreditgeber nur im Ausnahmefall und nur dann bereit sein, wenn anfechtungsfeste Sicherheiten eingeräumt werden können, was im Eröffnungsverfahren kaum mehr möglich ist.

II. Abgrenzung des „unechten“ zum „echten“ Massendarlehen

Massedarlehen können vor diesem Hintergrund nicht nur hinsichtlich der hieraus resultierenden Ansprüche charakterisiert werden, sondern auch durch ihre Wirkungsweise. Selbstverständlich ist es, dass dem Unternehmen eine Darlehensvaluta durch frisches Geld zur Verfügung gestellt werden kann. Es liegt dann ein gewöhnliches und insoweit „echtes“ Massedarlehen vor, das sich schuldrechtlich an den Vorgaben des § 488 BGB orientiert und nur punktueller individualvertraglicher Anpassungen an die Insolvenzsituation – etwa im Hinblick auf Verwendungszweck oder Auszahlungsvoraussetzungen – bedarf. Unerheblich ist dabei, ob die erforderliche Zurverfügungstellung des Gelddarlehens im Wege einer Überweisung, Gutschrift oder Gewährung eines Kontokorrentkredits erfolgt. Auch aus Sicht des Kreditgebers ist die Vergabe eines (echten) Massedarlehens

28 Im Überblick für das Regeleröffnungs- und vorläufige Eigenverwaltungsverfahren *Voigt-Salus*, FS Pape, S. 445 (446 ff.).

29 Die (teilweise) Rückführung von im Eröffnungsverfahren begründeten Kreditverbindlichkeiten, die nur den Rang künftiger Insolvenzforderungen einnehmen, ist im Hinblick auf die Massesicherungspflicht und den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz nicht unproblematisch. Für *Altverbindlichkeiten* hatte der BGH in BGHZ 161, 49 = NZI 2005, 99 (100 f.) grundsätzlich entschieden, dass Forderungen einzelner Gläubiger im Antragsverfahren dann noch erfüllt werden dürfen, wenn dies im Einzelfall, etwa zur Fortführung des Schuldnerunternehmens, im Interesse der Gläubigergesamtheit erforderlich oder wenigstens zweckmäßig erscheint. Für im Eröffnungsverfahren begründete *Neuverbindlichkeiten* gilt dieser Grundsatz gleichermaßen. Soweit ersichtlich wird daher nicht bestritten, dass Kreditverbindlichkeiten zurückgeführt werden dürfen, ist der Kredit doch Grundvoraussetzung der Betriebsfortführung. Hiervon zu trennen ist aber die Frage, ob die so zulässigen Rückzahlungen einer Insolvenzanfechtung unterfallen. Hier kommt es dann ggf. zur Entstehung eines Vertrauenstatbestandes. Zum Ganzen – wenngleich nicht am Beispiel von Kreditverbindlichkeiten – *Bork*, ZIP 2018, 1613.

im Grundsatz ein Kreditgeschäft wie jedes andere, welches die üblichen bankinternen Entscheidungsprozesse nach Maßgabe des KWG und der MaRisk³⁰ erfordert.³¹ Mit Blick auf die besonderen Risiken im Zusammenhang mit der Insolvenzantragstellung erhöhen sich freilich die Voraussetzungen an eine den bankenrechtlichen Anforderungen genügende Kreditscheidung.³²

Zum „unechten“ Massendarlehen lässt sich an dieser Stelle eine notwendige Abgrenzung vornehmen. Im erweiterten Sinn finden unechte Massendarlehen dann namentliche Erwähnung, wenn es darum geht, Erlöse aus der regelmäßig bereits im Eröffnungsverfahren notwendigen Verwertung von Kreditsicherheiten zur Betriebsfortführung darlehensweise einsetzen zu können. Sie zeichnen sich folglich dadurch aus, dass gerade keine frische Liquidität gewährt wird. Unechte Massendarlehen erzeugen einen Finanzierungseffekt dadurch, dass der Kreditgeber dem Kreditnehmer die ihm im Zusammenhang mit einem Altkredit übertragenen Umlaufsicherheiten überlässt und die Verwendung der hieraus erzielten Erlöse auf Kreditbasis gestattet.³³ Sie bewirken auf diese Weise eine Vorverlagerung des Verwertungsrechts sowie eine Modifikation der §§ 170, 171 InsO, die

30 Die MaRisk sind Verwaltungsanweisungen der BaFin auf Grundlage von § 25a KWG. Mit ihnen sollen bankenübliche Standards für die Prozesse der Kreditvergabe und -bearbeitung, Intensivbetreuung, Problemerkreditbearbeitung sowie Risikovorkehr sichergestellt werden; hierzu Schimansky/Bunte/Lwowski/Fischer/Boegl, Bankrechts-Handbuch, § 128 Rn. 70 ff.

31 Kümmel/Viehoff, Problematische Firmenkundenkredite, Rn. 1272 ff.; Beck/Depré/Pechartscheck/Zupancic, Praxis der Insolvenz, § 19 Rn. 42; Braun, FS Drukarczyk, S. 93 (104).

32 Braun, FS Drukarczyk, S. 93 (108); Portisch, Sanierung und Insolvenz aus Bankensicht, S. 510.

33 Wie hier Ganter, NZI 2020, 249; Madaus/Knauth, ZIP 2018, 149; von Buchwaldt, BB 2015, 3017 (3018 f.); Huber, NZI 2020, 89 (94); ders., NZI 2014, 439 (443 ff.); ders., ZInsO 2012, 1343 (1352 f.); Langenbacher/Bliesener/Spindler/ders., Bankrechts-Kommentar, 32. Kap. Rn. 164; Lwowski/Fischer/Gehrlein/Mordborst, Das Recht der Kreditsicherung, § 6 Rn. 78; MüKoInsO/Kern, Vor §§ 166–173 Rn. 40 ff.; Trouski, WM 2014, 1257; Wuschek, ZInsO 2012, 1294 (1295); Schönfelder, WM 2007, 1489 (1490); Grub, FS Lürer, S. 377 (382); Braun, FS Drukarczyk, S. 93 (105); Theiselmann/Bähr/Schwartz, Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, Kap. 23 Rn. 177; Weiß/Tasma, in: Handbuch Unternehmensrestrukturierung, S. 1948 ff.; Kübler/Warneke/Braun, HRI § 4 Rn. 34 ff.; Borchardt/Frind/Henkel, Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren, Kap. 7 Rn. 985; Flöther/Geiwitz, Konzerninsolvenzrecht, § 4 Rn. 538; Flöther/Hoegen/Wolf, Sanierungsrecht, F. Rn. 507; Fischer, in: Insolvenzrecht, S. 347 (354 ff.); Portisch, Sanierung und Insolvenz aus Bankensicht, S. 510 f.; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 5.632 ff.

die Behandlung von Sicherheitenerlösen abschließend regeln und über § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO jedenfalls für Sicherungszessionen auch im Eröffnungsverfahren zur Anwendung gelangen können. Vor diesem Hintergrund sind diese Regelungen eher auf einen zerschlagungs-basierten Verwertungsvorgang – Verwertung des Sicherungsguts und anschließende unmittelbare Erlösauskehr unter Kostenbeteiligung der Masse – zugeschnitten. Die so auftretende Diskrepanz im Hinblick auf die Fortführungsmaxime kann durch unechte Massedarlehen behoben werden.

Ein unechtes Massedarlehen im Eröffnungsverfahren zeichnet sich infolgedessen im Kern dadurch aus, dass (1) ein ggf. gekündigtes Kreditverhältnis zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung besteht, (2) zur Absicherung dieses Altkredits Sicherheiten (am Umlaufvermögen) wirksam bestellt wurden, welche nach Verfahrens-eröffnung regelmäßig zur abgesonderten Befriedigung berechtigen, (3) eine Zugriffsmöglichkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. vorläufig eigenverwaltenden Schuldners auf diese Sicherheiten aufrechterhalten bzw. wiederhergestellt wird – dieser also verwerten kann –, und (4) Erlöse aus der Verwertung dieser Sicherheiten nicht unverzüglich an den oder die Berechtigten ausgekehrt werden müssen, sondern darlehensweise zur Betriebsfortführung eingesetzt werden dürfen. Verwertungserlöse werden damit stehengelassen bzw. Wege einer Rückzahlungsvereinbarung fortgesetzt. Dies kann und wird im Regelfall die Begründung von Masseverbindlichkeiten voraussetzen, ein Automatismus ist aber auch an dieser Stelle nicht gegeben. Damit unterscheiden sich unechte Massedarlehen von gewöhnlichen Verwertungsvereinbarungen, die jedenfalls im Eröffnungsverfahren schon die Wirkungen der §§ 165 ff. InsO erzeugen und regelmäßig eine Massebeteiligung vorsehen, ansonsten aber dahingehend auszulegen sind, dass sich das Absonderungsrecht im Wege rechtsgeschäftlicher Surrogation am Erlös fortsetzt und insoweit eine Verpflichtung zur anschließenden (unmittelbaren) Auskehr des Verwertungserlöses besteht.³⁴

Vor diesem Hintergrund vermag die Begrifflichkeit des unechten Massedarlehens durchaus Irritationen hervorzurufen. Schließlich täuscht sie darüber hinweg, dass auch derartige Verwertungsvereinbarungen mit Kreditcharakter regelmäßige Darlehensgewährungen nach Maßgabe des Bürgerlichen Rechts sind.³⁵ Dies gilt umso mehr, als dass unechte Massedarlehen die typischen begleitenden Bestandteile eines Kreditvertrags aufweisen. Sie

34 Vgl. Lwowski/Fischer/Gehrlein/Mordhorst, Das Recht der Kreditsicherung, § 6 Rn. 77 f.; HambKomm/Scholz, InsO § 48 Rn. 37.

35 So auch AG Köln ZIP 2018, 2234 (3. LS.).