

WOLFGANG SERVATIUS

Gläubigereinfluss
durch Covenants

Jus Privatum

137

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 137



Wolfgang Servatius

Gläubigereinfluss durch Covenants

Hybride Finanzierungsinstrumente im Spannungsfeld
von Fremd- und Eigenfinanzierung

Mohr Siebeck

Wolfgang Servatius, geboren 1969; Studium der Rechtswissenschaft in Mainz, Glasgow und München; 2000–2005 Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Bürgerliches Recht und Zivilverfahrensrecht der LMU München (Lehrstuhl Prof. Dr. Lorenz Fastrich); 2003 Promotion; Habilitationsstipendium der DFG; 2008 Habilitation, Lehrstuhlvertretung an der Universität Regensburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-151214-8
ISBN 978-3-16-149739-1
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2007/2008 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift angenommen und für die Drucklegung aktualisiert. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Sommer 2008 berücksichtigt werden. Die Änderungen im Zuge des MoMiG sind dem derzeitigen Gesetzgebungsstadium entsprechend noch als Entwurf gekennzeichnet.

Besonderer Dank gilt meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Lorenz Fastrich, an dessen Lehrstuhl ich schöne und lehrreiche Jahre verbracht habe. Er gewährte mir während meiner Assistentenzeit nicht nur den nötigen Freiraum zum eigenen wissenschaftlichen Arbeiten. Er hat mich auch darüber hinaus persönlich und fachlich in jeder Hinsicht unterstützt und gefördert. Auch das Erstellen der vorliegenden Arbeit wurde von ihm mit wertvollen kritischen Anregungen begleitet. Ebenfalls gilt mein besonderer Dank Herrn Professor Dr. Horst Eidenmüller, LL.M. für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft förderte mich nach Ablauf meiner Assistententätigkeit durch die Gewährung eines Habilitationsstipendiums und einen Druckkostenzuschuss. Hierfür sei an dieser Stelle ebenfalls ganz herzlich gedankt.

Bei meiner Frau Cathrin möchte ich mich schließlich ganz besonders bedanken. Sie hat mir nicht nur persönlich stets zur Seite gestanden, sondern mich vor allem auch in vielen Gesprächen mit fachlichem Rat unterstützt und so zum Gelingen der Arbeit wesentlich beigetragen. Ihr und unserer Tochter Charlotte ist diese Arbeit gewidmet.

München, im September 2008

Wolfgang Servatius

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Einleitung</i>	1
I. Problemstellung	1
II. Gegenstand der Arbeit, zentrale These	4
III. Themenabgrenzung	6
1. Gläubiger als Fremdkapitalgeber	6
2. Die über den Finanzierungsvertrag vermittelte Einflussnahme.	8
IV. Gang der Untersuchung	9

Erster Teil

Die Herausforderungen der sich wandelnden Finanzierungspraxis

17

§1 <i>Die zunehmend enge Verbindung zwischen Fremdkapitalgeber und finanziertem Unternehmen.</i>	20
I. Neuere Entwicklungen der Unternehmensfinanzierung	20
1. Verstärkte Bonitätsprüfung und -überwachung seit Basel II	21
2. Fokussierung auf den künftigen „Marktwert der Finanzierung“	22
3. Fremdfinanzierung von Unternehmensübernahmen.	23
4. Die sich wandelnde Rolle des Fremdkapitalgebers	24
II. <i>Mezzanine</i> Finanzierungsinstrumente als Gegenstand der Kautelarpraxis	27
1. Charakteristische Merkmale	27
a. Echter <i>Equity-Kicker</i>	28
b. <i>Non-Equity-Kicker</i>	28
c. „Ewige“ Anleihen und Genussscheine	29
2. Typischer Anwendungsbereich	29
a. Unternehmenskauf	30
b. Brückenfinanzierung.	30
c. Sanierung	31
III. <i>Warning and Guidance</i> – Risikosteuerung durch <i>Covenants</i>	32

1. Begriff und Verbreitung von <i>Covenants</i>	33
a. <i>Bond Covenants</i> im internationalen Anleihegeschäft.	34
b. <i>Covenants</i> bei internationalen Konsortialkrediten	34
c. <i>Covenants</i> bei Projektfinanzierungen	35
d. <i>Covenants</i> bei Akquisitionsfinanzierungen	36
e. <i>Covenants</i> im allgemeinen Kreditgeschäft	37
2. Arten von <i>Covenants</i>	39
a. <i>Affirmative Covenants</i>	40
b. <i>Negative Covenants</i>	42
c. <i>Financial Covenants</i>	43
3. Der <i>Breach of Covenants</i>	44
a. <i>Maintenance Test</i>	44
b. <i>Incurrence Test</i>	44
4. Rechtsfolgen beim <i>Breach of Covenants</i>	45
a. Kreditkündigung	45
b. Erhöhung des Zinssatzes, Nachbesicherung	45
c. Erfolgsabhängige Finanzierungsbeiträge – <i>Milestone Payments</i>	46
IV. Zusammenfassung	46
§ 2 <i>Vorteile Covenant-unterlegter Finanzierungsverträge</i> <i>aus ökonomischer Sicht</i>	48
I. Das Kreditrisiko der Fremdkapitalgeber	48
1. Das Prognoseproblem	50
2. Das Problem asymmetrischer Information	51
a. Ursachen asymmetrischer Information.	52
b. Gefahr des Marktversagens durch Negativauslese.	53
II. Gegenstrategien des Kreditnehmers	54
1. Vertrauensbildende Maßnahmen – Das <i>Signaling</i> -Modell.	55
a. Finanzierungsbeitrag der Eigentümer	55
b. Beachtung der Finanzierungsregeln	57
2. Das Modell der <i>Self Selection</i>	58
III. Gegenstrategien des Kreditgebers	60
1. Versicherung über den Zins	60
2. Bestellung von Sicherheiten	61
3. Information und Überwachung, Einflussnahme auf den Schuldner	63
IV. Die Leistungsfähigkeit <i>Covenant</i> -gestützter Frühwarnsysteme	64
1. Kompensation des Problems asymmetrischer Information	64
2. Kompensation der Gefahr opportunistischen Verhaltens	67
3. Marktwirtschaftliche Alternative zum staatlichen Insolvenzverfahren?	68
a. Der gewünschte Vorrang der „stillen Sanierung“	68
b. Größere Flexibilität privatautonomer Regelungen	70

c. Vorverlagerung des Einsatzzeitpunkts zur Krisenbewältigung	71
d. Der <i>Breach of Covenants</i> als Chance zur Korrektur von Fehlentwicklungen	72
e. <i>Covenants</i> als Disziplinierung der Entscheidungsträger	73
f. Rechtsformspezifische Einschränkungen?	75
aa. Krisenanfälligkeit der Einzelunternehmen und Personengesellschaften	75
bb. Überwachungsdefizite beim Fremdorgan	76
V. Zusammenfassung	77
§ 3 <i>Der unvollkommene rechtliche Rahmen für die Bewältigung vergleichbarer Principal-Agent-Probleme und Interessenkonflikte</i> . .	80
I. Konfligierende Interessen von Fremdkapitalgeber und finanziertem Unternehmen bzw. dessen Eigentümern	81
II. Konfligierende Interessen der Unternehmensgläubiger untereinander	84
III. <i>Covenant</i> -unterlegte Finanzierungsverträge als unzulässige Typenvermischung?	87
1. Die prohibitive Wirkung der Rechtsunsicherheit	87
2. Die Rechtsunsicherheit als Aufforderung zur Rechtsfortbildung. .	89
IV. Zusammenfassung	90
§ 4 <i>Die Schwächen einer auf zivilrechtliche Generalklauseln gestützten Gläubigerverantwortung</i>	93
I. Die Schwächen einer auf die <i>Sittenwidrigkeit</i> gestützten Gläubigerverantwortung	97
1. Die grundlegende Entscheidung RGZ 136, 247	97
2. Von der Fallgruppenbildung zur deliktsrechtlichen Generalklausel	99
3. Funktionale Interpretation der Sittenwidrigkeit?	100
4. Übertragung dieser Rechtsprechung auf <i>Covenant</i> -unterlegte Finanzierungsverträge	101
5. Die beschränkte Bedeutung von § 826 BGB als Grundlage einer Kreditgeberhaftung	103
a. Gefahr eines systemwidrigen deliktischen Vermögensschutzes	103
b. Keine autonome Beschreibung haftungswürdigen Verhaltens. .	104
c. Der problematische subjektive Tatbestand	106
aa. Gefahr der Vorsatzfiktion	106
bb. Gefahr einer konturenlosen Erfolgshaftung.	107
d. Ungerechtfertigte Stigmatisierung des Wirtschaftsverkehrs. . .	109
e. Notwendigkeit einer deliktsrechtlichen Anknüpfung bei Auslandsbezug?	111
aa. Die Qualifikation des existenzvernichtenden Eingriffs als Ausgangspunkt	111

(1) Probleme einer deliktsrechtlichen Qualifizierung nach nationalem Recht	112
(2) Die Überprüfung nationaler Qualifikationen anhand europäischer Vorgaben.	112
bb. Konsequenzen für die hier interessierende Gläubigerverantwortung	113
(1) Deliktisch begründete Gläubigerverantwortung als unzureichender Schutz.	113
(2) Sachnäher begründete Gläubigerverantwortung als ausreichender Schutz.	114
f. Zwischenergebnis.	115
6. Möglichkeiten einer sachnäheren Begründung der Gläubigerverantwortung	116
a. Tatbestand der stillen Geschäftsinhaberschaft als Leerformel.	116
b. Die möglichen Rechtsfolgen einer Gläubigerverantwortung – <i>Lender Control Liability</i> contra <i>Debt-Equity Swap</i>	119
c. Akzessorietät zwischen Sicherheit und Kapitalbeitrag	121
d. Insolvenzverschleppung als allgemeine Verhaltenshaftung	122
e. Vorrang der Insolvenzanfechtung.	124
7. Zwischenergebnis.	124
II. Die Schwächen einer auf die <i>Unangemessenheit</i> gestützten Gläubigerverantwortung	125
1. Die konturenlose Abwägung von Sicherungsinteresse und unternehmerischer Freiheit	125
a. Kriterien der Literatur	126
b. Kritische Würdigung.	127
2. Die verfehlte Rechtsfolge der Unangemessenheit.	127
3. Mögliche Vermeidungsstrategien.	128
4. Die fehlende Berücksichtigung von Drittinteressen	130
III. Die Schwächen einer auf die <i>Rechtswidrigkeit</i> gestützten Gläubigerverantwortung	131
1. § 117 AktG als deliktische Jedermann-Haftung.	131
2. Die zu begründende Rechtswidrigkeit des Fremdeinflusses.	133
a. Parallele zum innergesellschaftlichen Verbot des Fremdeinflusses?	134
aa. Die Entscheidung des <i>BGH</i> zur Abberufung eines Vorstands auf Druck der Hausbank	134
bb. Die gebotene Unterscheidung von Innen- und Außenperspektive	135
b. Die Konturenlosigkeit des Rechtswidrigkeitsmerkmals	137
3. Die begrenzte Analogiefähigkeit von § 117 AktG.	138
IV. Zusammenfassung.	139

§ 5	<i>These: Die Gewährleistung der Ingangsetzungsfunktion des Eigenkapitals als Grundlage einer rechtlichen Billigung der Einflussnahme</i>	143
I.	Das differenzierte Rollenbild der Kapitalgeber in der Finanzierungstheorie.	144
1.	Der Zusammenhang zwischen <i>Leverage</i> -Effekt und Ingangsetzungsfunktion des Eigenkapitals	144
2.	Zwei Arten von Kapitalgebern als Funktionsbedingung des <i>Leverage</i> -Effekts	147
II.	Der gesetzlich anerkannte <i>Leverage</i> -Effekt zu Gunsten der Fremdkapitalgeber.	148
III.	Die zu begründende Finanzierungsverantwortung der einflussnehmenden Fremdkapitalgeber.	150
1.	Das beschränkte <i>Leverage</i> -Risiko der Fremdkapitalgeber.	150
2.	Systemwidriger Widerspruch zur Eigentümerfinanzierung?	151
3.	Die erzwungene Selbstbetroffenheit als Funktionsbedingung des Finanzierungsmarktes und Legitimation der <i>externen Corporate Governance</i>	152
IV.	Zusammenfassung, Konsequenzen für den Fortgang der Untersuchung	154

Zweiter Teil

Die Gläubigerverantwortung wegen Einflussnahme als möglicher Ausschnitt einer kollektiven Pflicht zur Insolvenzvermeidung

§ 6	<i>Die Förderung der freien Sanierung unter Beteiligung der Gläubiger als Ziel des Insolvenzrechts</i>	159
I.	Die Legitimation des Insolvenzverfahrens durch die Verwaltung von Knappheit	161
II.	Das veränderte Anreizsystem im Vorfeld der Insolvenz	162
III.	Das Antragsprinzip als Gewährleistung einer letzten Sanierungschance.	164
IV.	Die Insolvenzanfechtung als Gewährleistung einer nachhaltigen Sanierung.	165
V.	Die massearme Insolvenz in der Praxis – Abhilfe <i>de lege ferenda</i> ? . .	167
1.	Vorverlagerung der materiellen Insolvenz.	167
2.	Einführung eines staatlichen Insolvenzvermeidungsverfahrens . .	170
VI.	Die bei der freien Sanierung auftretenden Regelungsprobleme.	172
1.	Die pluralistische Gläubigerstruktur.	172
2.	Die Herbeiführung der masselosen Insolvenz	173

VII. Die hieraus resultierende Notwendigkeit einer Gläubiger- verantwortung	174
§ 7 <i>Die Überwindung der Interessenpluralität durch ein System von Kooperationspflichten?</i>	175
I. Vorteile konzertierten Gläubigerhandelns aus ökonomischer Sicht . . .	175
II. Verringerung des Kollektivhandlungsrisikos im Krisenfall.	176
1. Das Gefangenendilemma als Ausgangspunkt	176
2. Die notwendige Unterscheidung produktiver und unproduktiver Spiele.	179
3. Der Maßstab gemeinschaftlicher Nützlichkeit und seine Effektuierung.	180
4. Die Bedeutung des Kollektivhandlungsrisikos für abgestimmtes Gläubigerverhalten.	182
a. Bei der Durchsetzung fälliger Kreditforderungen.	182
b. Bei der Anpassung von Kreditbedingungen	184
5. Zwischenergebnis.	184
III. Die rechtliche Bewältigung des Akkordstörerproblems.	185
1. Die Begründung von Kooperationspflichten durch <i>Eidenmüller</i> . . .	186
2. Die Akkordstörer-Entscheidung des <i>BGH</i>	188
IV. Konsequente Weiterentwicklung des Akkordstörerproblems	189
1. Die Unternehmensfinanzierung als gesellschaftsähnliche Sonder- verbindung	189
2. Die Zweckförderungspflicht als Grundlage einer rechtlichen Beurteilung von tatsächlich erfolgten oder gebotenen Verhaltens- weisen	190
3. Mögliche Konsequenzen für die rechtliche Beurteilung unter- nehmerischer Einflussnahme	190
V. Erste kritische Würdigung	191
1. Umkehrschluss zum Insolvenzrecht	192
2. Die Zweckbindung aufgrund hypothetischer Verträge als unzulässige Fiktion.	193
3. Die Unternehmensfinanzierung als schlichte Interessen- gemeinschaft?.	196
a. Die Entscheidung des <i>RG</i> zur beschränkten Vorratsschuld . . .	196
b. Die Verwaltung von Knappheit als notwendige Legitimation der Einschränkung individuellen Vorteilsstrebens	197
VI. Zwischenergebnis	198
§ 8 <i>Die Unternehmensinsolvenz als gesetzgeberische Reaktion auf eine bereits erfolgte Marktauslese</i>	200

I. Grundprobleme bei der Definition der Unternehmensinsolvenz.	201
II. Das Scheitern unternehmerischer Tätigkeit aus insolvenzrechtlicher Sicht	203
1. Die Ziele des Insolvenzverfahrens	203
a. Gläubigerbefriedigung	204
b. Entschuldung	204
c. Sanierung	206
2. Die Funktionsweise der Zielverwirklichung	207
a. Einschränkung der Schuldnerautonomie.	207
b. Einschränkung der Gläubigerautonomie.	208
3. Die vom Antragsprinzip ausgehenden Anreize	209
a. Der Eigenantrag als Mittel zur Einschränkung der Gläubiger- autonomie	209
b. Der Gläubigerantrag als Mittel zur Einschränkung der Schuldnerautonomie	212
4. Die Insolvenzgründe als notwendige Legitimation dieser Anreize	214
III. Die Zahlungsunfähigkeit als Beginn einer gesteigerten Gläubiger- gefährdung infolge bereits erfolgter Marktauslese	215
1. Der missverständliche Wortlaut der Neuregelung	216
a. Übereinstimmung mit der früher herrschenden Meinung?	216
b. Erste Wortlautunterschiede	217
aa. Keine Verhältnismäßigkeitsprüfung mehr	217
bb. Verzicht auf das Merkmal der Dauerhaftigkeit	217
cc. Verzicht auf das Erfordernis ernsthafter Geltendmachung	218
2. Die Gesetzgebungsmaterialien als Auslegungshilfe für eine Neuinterpretation	218
a. Zeitpunktiliquidität mit Prognoseelement	218
b. Prüfung der Verhältnismäßigkeit nur im Ausnahmefall	220
c. Kein Erfordernis „ernsthafter Geltendmachung“ mehr	221
d. Zwischenergebnis.	221
3. Die Abgrenzung von unbeachtlichen Zahlungsstockungen	222
a. Der Grundkonflikt	222
b. Grundlagen einer teleologischen Erfassung der Zahlungs- unfähigkeit.	223
aa. Die Befriedigungsfunktion des Insolvenzverfahrens	224
bb. Der Gläubigerschutz außerhalb des Insolvenzverfahrens	224
cc. Das Leerlaufen dieses Schutzes als Legitimation von § 17 InsO.	225
dd. Die Kreditwürdigkeit als notwendiges weiteres Tatbestandsmerkmal	226
c. Konsequenzen für die teleologische Reduktion von § 17 Abs. 2 S. 1 InsO	227
aa. Parallele zu der Insolvenzantragspflicht	228

bb. Übertragung auf § 17 Abs. 2 S. 1 InsO	229
4. Zwischenergebnis.	229
5. Konsequenzen für die Begründung von Kooperationspflichten im Vorfeld der Insolvenz	230
a. Kein Bedürfnis nach Verteilungsgerechtigkeit vor Insolvenz- reife.	230
b. Individuelles Vorteilsstreben als Funktionsbedingung einer Marktauslese.	231
IV. Die Überschuldung als Beginn einer gesteigerten Gläubiger- gefährdung infolge Marktauslese.	232
1. Die Vermögensinsuffizienz als Legitimation des Insolvenz- verfahrens	234
a. Der Übergang des Finanzierungsrisikos auf die Gläubiger	234
b. Das Bedürfnis nach Verteilungsgerechtigkeit	237
2. Das Ansatz- und Bewertungsproblem.	237
3. Grundlagen einer teleologischen Erfassung der Überschuldung	239
4. Die Fortbestehensprognose	241
5. Zwischenergebnis.	244
6. Konsequenzen für die Begründung von Kooperationspflichten im Vorfeld der Insolvenz	244
a. Kein Bedürfnis nach Verteilungsgerechtigkeit vor Insolvenz- reife.	245
b. Individuelles Vorteilsstreben als Funktionsbedingung einer Marktauslese.	245
§ 9 <i>Das Schuldverschreibungsgesetz als Grundmodell der freien Sanierung unter freiwilliger Beteiligung der Gläubiger</i>	247
I. Gesetzgeberische Zielsetzung	247
II. Geringe praktische Bedeutung <i>versus</i> Modellcharakter.	248
III. Die Dispositionsfreiheit über das Gläubigerinteresse	249
1. Die kollektive Willensbildung durch Beschluss.	250
a. Repräsentation aller durch ein Willensbildungsorgan	250
b. Repräsentation aller durch die Abstimmungsmehrheit	251
c. Kritische Würdigung.	252
2. Zweckverfolgung als materielle Schranke der Beschlussfassung	253
a. Richtigkeitsgewähr privatautonom getroffener Entscheidungen	253
b. Der notwendige Interessengleichlauf aller Betroffenen.	254
c. Gegenstände der Beschlussfassung als Indizien für das gemeinsame Interesse.	255
d. Das gemeinsame Interesse an bestmöglicher Befriedigung.	257
3. Konsequenzen <i>de lege lata</i>	257

a. Kein gemeinschaftsähnliches Rechtsverhältnis außerhalb des SchVG	257
b. Dispositionsfreiheit über das Gläubigerinteresse	258
IV. Zusammenfassung	259

Dritter Teil

Ökonomische und rechtliche Grundlagen einer individuellen Gläubigerverantwortung wegen Einflussnahme

261

§ 10 <i>Individuelle Gläubigerverantwortung nach Maßgabe der Pareto-Effizienz</i>	265
I. Das Konfliktpotential pluralistischer Finanzierungsstrukturen als Regelungsproblem	266
II. Die Notwendigkeit des Außenseiterschutzes als Schranke individuellen Vorteilsstrebens	267
III. Überwindung der Interessenpluralität durch das <i>Kaldor/Hicks-Kriterium</i> ?	269
1. Die ökonomische Entscheidungstheorie als Ausgangspunkt	269
2. Die Steigerung des Unternehmenswertes als Grundlage des Außenseiterschutzes	270
a. Die notwendigen Anreize für den Entscheidungsträger	271
b. Das variable Verhältnis von Unternehmenswert und individuellem Nutzen	272
IV. Kritische Würdigung	273
1. Fehlende praktische und rechtssichere Handhabbarkeit einer mathematischen Begründung rechtswidrigen Handelns	273
2. Erneuter Vorbehalt gegen die normative Bedeutung des Wertsteigerungsprinzips	274
a. Hypothetischer Vertrag als unzulässige Fiktion.	274
b. Unverbindlichkeit wechselseitiger Risikozuweisungen gemäß § 762 Abs. 1 BGB	275
c. Verstoß gegen das Prinzip <i>neminem laedere</i>	276
V. Ergebnis.	276
§ 11 <i>Individuelle Gläubigerverantwortung unter Vertrauensaspekten</i>	278
I. Vertrauen der Kreditgeber untereinander – das Modell der <i>Kreditkaskaden</i>	278
II. Ökonomische Begründung des Vertrauensdürfens – Die Treuhänderstellung der <i>adjusting creditors</i>	280

1. Statistisch begründete Richtigkeitsgewähr von Mehrheits- entscheidungen	281
2. Kostenvorteile bei arbeitsteiligem Vorgehen	281
3. Gesamtwirtschaftlich wünschenswerte Verbesserung der Kredit- finanzierung	282
III. Vertrauen und Vertrauendürfen – Die notwendige Überwindung der Interessenpluralität aus rechtlicher Sicht	283
IV. Der haftungsrechtliche Ansatz <i>Engerts</i> zur rechtlichen Begründung einer Treuhanderstellung der <i>adjusting creditors</i>	284
V. Grundprobleme bei der rechtlichen Begründung des Vertrauen- dürfens	285
1. Existenz eines Unternehmens als Vertrauenstatbestand	286
2. Zurechenbarkeit des Vertrauenstatbestands	287
3. Selbstverantwortung der Gläubiger	289
VI. Ergebnis.	291
 § 12 <i>Individuelle Gläubigerverantwortung wegen widersprüchlichen Finanzierungsverhaltens</i>	 293
I. Widersprüchliches Verhalten bei der Unternehmensfinanzierung	294
1. Die rechtliche Missbilligung widersprüchliches Verhaltens als allgemeines Rechtsprinzip.	294
2. Der ökonomisch missbilligte Selbstwiderspruch	295
3. Die notwendige Differenzierung von Selbstwiderspruch und Widerspruch gegen eine Sollensnorm	296
II. Parallelen zur Ingangsetzungsfunktion des Eigenkapitals	298
1. Das dahinter stehende Prinzipal-Agenten-Problem	298
2. Die Selbstbetroffenheit als Mittel zur Risikominimierung	299
III. Die Ingangsetzungsfunktion des Eigenkapitals als Grundmodell widersprüchlichen Finanzierungsverhaltens	301
1. Die Selbstbetroffenheit der Entscheidungsträger als Zurechnungs- kriterium einer Finanzierungsverantwortung	302
2. Das vorrangige Verlustrisiko der Entscheidungsträger als normativer Vertrauenstatbestand.	302
3. Abweichende Beurteilung bei der Richtigkeitsgewähr bei Mehrheitsbeschlüssen	303
a. Gleichrangige Selbstbetroffenheit als Gewährleistung der gebotenen <i>diligentia quam in suis</i>	304
b. Vorrangige Selbstbetroffenheit als Gewährleistung der gebotenen Mitberücksichtigung externer Drittinteressen	305
4. Die doppelte Kompensation der vorrangigen Verlusttragung	306
a. Die kaum messbare Erleichterung bei der Aufnahme von Fremdkapital	306

b. Die mögliche Teilhabe am Unternehmenserfolg aufgrund des <i>Leverage</i> -Effekts	307
5. Zwischenergebnis.	307
IV. Persönliche Haftung und Kapitalbindung als rechtliche Gewähr- leistung der Ingangsetzungsfunktion des Eigenkapitals zu Lasten der Eigentümer	308
1. Die Selbstbetroffenheit des Einzelunternehmers	309
2. Die Selbstbetroffenheit der Gesellschafter einer Personenhandels- gesellschaft	310
a. Persönlich haftende Gesellschafter	310
b. Kommanditisten	311
c. Kein Gleichlauf von Herrschaft und unbeschränkter persönlicher Haftung.	313
d. Möglicherweise Gleichlauf von Herrschaft und gesetzlicher Kapitalbindung	314
3. Die Selbstbetroffenheit der Gesellschafter einer Kapital- gesellschaft	315
a. Materiell-rechtlich begründeter Nachrang der Einlagen	316
b. Die kollektive Rechtsmacht der Gesellschafter als Gegenstand der Selbstbetroffenheit	317
d. Konsequenzen für die Herausarbeitung einer vergleichbaren Finanzierungsverantwortung der Fremdkapitalgeber	318
4. Zwischenergebnis.	319
V. Aufgabe der Finanzierungsverantwortung <i>de lege ferenda</i> ?	321
1. Die über eine Kapitalbindung bezogene Selbstbetroffenheit als Mittel zur Verringerung der Insolvenzanfälligkeit	322
2. Die über die Kapitalbindung vermittelte Selbstbetroffenheit als Mittel zur Schaffung von Rechtssicherheit	323
3. Zwischenergebnis.	325
VI. Vergleichbare Finanzierungsverantwortung der einflussnehmenden Fremdkapitalgeber?	326
1. Das mehrdimensionale Prinzipal-Agenten-Problem als Ausgangs- punkt	326
2. Die mögliche Ingangsetzungsfunktion der Fremdfinanzierung	327
3. Die mögliche Kompensation der erzwungenen Selbstbetroffenheit	328
a. Erleichterung bei der Aufnahme von Fremdkapital.	328
b. Mögliche Teilhabe am <i>Leverage</i> -Effekt.	329
4. Die notwendige Herstellung von Selbstbetroffenheit beim Fremdkapitalgeber	330
VII. Zusammenfassung	331

Vierter Teil

Die Gläubigerverantwortung wegen Einflussnahme als normative
Korrektur des gesetzestypischen Fremdkapitalgebers

335

§ 13	<i>Darlehen und stille Beteiligung als gesetzliche Regeltypen der einflusslosen Fremdfinanzierung ohne Finanzierungsverantwortung</i>	336
I.	Die Kündigungsrechte des Darlehensgebers	336
1.	Ordentliche Kündigung	337
2.	Außerordentliche Kündigung wegen Gefährdung des Rück- erstattungsanspruchs.	337
3.	Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB	337
II.	Die haftungsmäßige Widmung der Darlehensvaluta in der Insolvenz	339
1.	Sofortige Fälligkeit der Rückerstattungspflicht gemäß § 41 Abs. 1 InsO	339
2.	Mögliche Einschränkung unter dem Aspekt der Sanierungs- feindlichkeit.	339
3.	Teleologische Reduktion von § 41 Abs. 1 InsO als Konsequenz?	340
4.	Zwischenergebnis.	343
III.	Die gewillkürte Haftungsfunktion der stillen Einlage	343
1.	Beteiligung mit einer Vermögenseinlage.	344
2.	Rechtslage bei fehlender Verlustbeteiligung.	344
3.	Rechtslage bei Verlustbeteiligung.	346
4.	Die Behandlung weitergehender Verluste	347
IV.	Zusammenfassung	348
§ 14	<i>Ansätze zur normativen Korrektur des gesetzlichen Rollenbilds vom einflusslosen Fremdkapitalgeber</i>	349
I.	Die <i>Covenant</i> -gestützte Fremdfinanzierung als konzernrechtliche Beherrschung.	350
1.	Der faktisch herrschende Fremdkapitalgeber	350
2.	Der Finanzierungsvertrag als konzernrechtlicher Beherrschungs- vertrag	351
3.	Die notwendige Überlagerung durch das Konzerninteresse.	353
a.	Der konzernrechtliche Unternehmensbegriff – Notwendigkeit einer Interessenkollision	353
b.	Konsequenzen für den Finanzierungsvertrag mit Dritten	354
4.	Ergebnis	355
II.	Fremdkapitalgeber als faktische Organe	356
1.	Die neueren Ansichten in der Literatur	356

a.	Das Erfordernis eines nach außen hervortretenden Handelns . . .	357
b.	Die zusätzlichen Voraussetzungen	358
aa.	Der generalklauselartige Ansatz <i>Fleischers</i>	358
bb.	Die Fallgruppenbildung von <i>Himmelsbach/Achsnick</i>	358
2.	Erste Kritik an der tatbestandlichen Abgrenzung	360
3.	Rechtsvergleichende Aspekte als Regelungsvorbild?	362
a.	Kreditgeber als faktische Geschäftsführer im englischen Recht	362
b.	Kreditgeber als faktische Geschäftsführer im französischen Recht	363
c.	Kreditgeber als faktische Geschäftsführer im schweizerischen Recht	364
4.	Die faktische Organstellung als rechtsformübergreifender Ansatz?	364
a.	Übertragung auf Personengesellschaften und Einzel- unternehmen	365
b.	Parallele zur Treuepflicht des Kreditgebers	366
5.	Die notwendige Überwindung eines legitimen Eigeninteresses als bisher übersehenes Problem	367
a.	Die alle Individualinteressen überlagernde Insolvenzantrags- pflicht.	368
b.	Die gesetzlich legitimierte Verwirklichung eines Eigeninteresses als Hindernis für die Etablierung fremdnütziger Pflichten. . . .	368
c.	Zwischenergebnis	372
III.	Fremdkapitalgeber als faktische Unternehmenseigentümer.	372
1.	Die Anerkennung der legitimen Verfolgung von Eigeninteressen .	372
2.	Die mittels Kapitalbindung hergestellte Selbstbetroffenheit als selbstregulierendes System	373
3.	Die hieraus begründbare Finanzierungsverantwortung des Fremdkapitalgebers	375
4.	Bestätigung dieses Konzepts durch das Verbot der Veräußerung künftigen Vermögens	377
a.	Die Nichtigkeit von Verträgen über das künftige Vermögen. . .	377
b.	Parallele zur neueren Finanzierungspraxis.	379
c.	Vorrangige Spezialregelungen	379
IV.	Zusammenfassung, Konsequenzen für den Fortgang der Untersuchung	380

Fünfter Teil

Die Sanktionierung widersprüchlichen Finanzierungsverhaltens
der einflussnehmenden Fremdkapitalgeber

383

§ 15 Die Sanktionierung widersprüchlichen Finanzierungsverhaltens im Vorfeld der Insolvenz	385
I. Die Nichtgeltendmachung eines Lösungsrechts als Mittel zur Insolvenzvermeidung	385
1. Mögliche Einschränkungen des Kündigungsrechts	386
2. Die Perpetuierung der Kapitalüberlassung als Mittel zu Insolvenzvermeidung	387
3. Die Perpetuierung der Kapitalüberlassung zum Schutz vor Vermögensverschlechterung	388
4. Vorrang der Vertragsanpassung.	389
5. Zwischenergebnis, offene Fragen	389
II. Die Einschränkung des Lösungsinteresses wegen widersprüchlichen Verhaltens.	390
1. Die Verantwortungsbereiche bei der Fremdfinanzierung eines Unternehmens	391
a. Die verhaltensbedingte Kündigung als Ausgangspunkt	391
b. Die keinem konkreten Verhalten zurechenbare Vermögens- verschlechterung als Risikozuweisung nach Herrschafts- bereichen.	393
aa. Der Zustand der Vermögensverschlechterung als Kündigungsgrund	393
bb. Die Zuweisung des Verschlechterungsrisikos in den Verantwortungsbereich des Unternehmens	394
cc. Korrektur bei Durchbrechung der Risikozuweisung nach Herrschaftsbereichen	394
2. Beschränkung des vorzeitigen Kapitalabzugs wegen Ingerenz	396
3. Beschränkung des vorzeitigen Kapitalabzugs wegen (bloßen) Selbstwiderspruchs.	398
a. Erfordernis eines Machtgefälles?	399
b. Typische Fälle für die Begründung eines Vertrauenstatbestands	400
c. Verhinderung eines Vertrauenstatbestands durch Frei- zeichnung	400
d. Überwindung durch die normative Vorgabe konsequenten Verhaltens	402
aa. Die <i>Protestatio facto contraria</i> -Regel als untaugliche Grundlage rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen	403

bb. Die <i>Protestatio facto contraria</i> -Regel als anerkannte Grundlage für die normative Gewichtung von Verhalten . . .	403
(1) Vorrang des Vertragsschlusses gegenüber der Geltung eigener AGB.	403
(2) Die Teilnichtigkeit von perplexen Erklärungen.	404
(3) Konsequenzen für die Einflussnahme von Fremdkapital- gebern	405
4. Zwischenergebnis.	406
III. Die Schwächen eines auf die Einschränkung von Lösungsrechten bezogenen Konzepts der Gläubigerverantwortung	406
1. Der dilatorische Charakter der möglichen Einschränkungen.	407
2. Der Fremdkapitalcharakter als Einschränkung der dilatorisch wirkenden Beschränkungen.	408
3. Der fehlende Schutz der <i>non-adjusting creditors</i> vor einvernehmlichem Handeln.	410
IV. Materiell-rechtliche Umqualifizierung von Fremdkapital in Eigenkapital?	411
1. Die Abgrenzung privatautonomer Umqualifizierungen von Fremdkapital.	411
a. Die Verlustbeteiligung des Stillen als gesetzlich anerkannte materiell-rechtliche Umqualifizierung	411
b. Vergleichbare Gestaltungen beim Darlehen	412
aa. Verzicht auf Zinsen.	412
bb. Die nur schuldrechtlichen Wirkungen eines Rangrücktritts	412
c. Die Gefahr einer unzulässigen Fiktion solcher Gestaltungen . .	415
2. Dritte als Adressaten des Kapitalerhaltungsgebots.	416
a. Leistungen <i>causa societatis</i> als verbotene Einlagenrückgewähr	416
b. Die Einbeziehung Dritter nach der herrschenden Meinung . . .	416
aa. Nähebeziehung zwischen Drittem und Gesellschafter bzw. Geschäftsanteil	417
bb. Nähebeziehung zwischen Drittem und Gesellschaft	417
(1) Einfluss auf die Geschicke der GmbH.	418
(2) Vermögensmäßige Beteiligung	418
c. Kritische Würdigung.	419
aa. Die unproblematischen Fälle	419
bb. Der umgekehrte Drittvergleich als übersehenes Problem . .	420
cc. Die Bedeutung der Verlustbeteiligung	421
dd. Vergleich mit dem Nachschusskapital	422
ee. Vergleich mit dem ursprünglichen Eigenkapitalersatzrecht	422
d. Zwischenergebnis.	423
V. Ergebnis, Konsequenzen für den Fortgang der Untersuchung	424

§ 16 Die Sanktionierung widersprüchlichen Finanzierungsverhaltens in der Insolvenz	426
I. Die Gesellschafterfremdfinanzierung als Ausgangspunkt	428
1. Fremdfinanzierung durch persönlich haftende Gesellschafter	429
a. Gesellschafterdarlehen	429
b. Der Gesellschafter als Stiller.	431
c. Die unvollkommene Ingangsetzungsfunktion der persönlichen Haftung	432
aa. Unbeschränkte persönliche Haftung als ineffizienter Gläubigerschutz.	433
bb. Unbeschränkte persönliche Haftung als zweifelhafte Sicherheit	434
cc. Konsequenzen für die nachfolgende Untersuchung	434
2. Fremdfinanzierung durch Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft und durch Kommanditisten.	435
a. Gesplittete Einlagen	435
b. Die fehlende haftungsrechtliche Akzessorietät des Finanzierungsbeitrags	436
aa. Die die Haftsumme übersteigende Kommanditisten- Fremdfinanzierung.	436
bb. Die die Stammeinlage übersteigende Finanzierung eines Kapitalgesellschafters	437
c. Auseinanderfallen von Herrschaft und Selbstbetroffenheit	438
d. Die gesetzliche Umqualifizierung von Finanzierungsbeiträgen als Kompensation.	438
3. Rechtsform- und adressantenübergreifender Ansatz der gesetzlichen Subordination?.	439
a. Parallele zum ökonomisch begründbaren widersprüchlichen Finanzierungsverhalten	439
b. Dogmatische Begründung der Umqualifizierung mit der <i>Protestatio facto contraria</i> -Regel	440
c. Konsequenzen für den Fortgang der Untersuchung	440
II. Die von der gesetzlichen Umqualifizierung erfassten Unternehmens- träger	441
1. Das Recht des Eigenkapitalersatzes bei der GmbH.	442
a. Materiell- und insolvenzrechtliche Umqualifizierung de lege lata	442
b. Insolvenzrechtliche Subordination von Gesellschafterdarlehen de lege ferenda.	444
2. Die bisher eingeschränkte Gesamtanalogie bei der AG	446
a. Die Zweispurigkeit des Eigenkapitalersatzrechts <i>de lege lata</i>	446
b. Gleichbehandlung mit der GmbH <i>de lege ferenda</i>	448

c. Der „geschäftsführende Gesellschafter“ als einheitlicher Zurechnungstatbestand	449
3. Die Einbeziehung nicht-gesetzestypischer Personengesellschaften	450
a. Eigenkapitalersatz bei der „Kapitalgesellschaft und Co.“ <i>de lege lata</i>	450
b. Gesellschafterdarlehen bei der „Kapitalgesellschaft & Co.“ <i>de lege ferenda</i>	450
4. Die Subordination von Finanzierungsbeiträgen als Gewähr- leistung der Ingangsetzungsfunktion des Eigenkapitals	451
III. Nichtgesellschafter als Adressaten des früheren Eigenkapitalersatz- rechts	453
1. Vom Gesellschafter abgeleitete Finanzierungs(folgen)- verantwortung	454
a. Die herrschende Meinung	455
b. Erste kritische Einwände.	456
aa. Die Pfandgläubiger-Entscheidung des <i>BGH</i>	456
bb. Der hierin angelegte Perspektivwechsel	457
c. Vom atypischen Pfandgläubiger zum atypischen Fremdkapital- geber als naheliegende Konsequenz.	458
2. Originäre Finanzierungs(folgen)verantwortung des Nicht- gesellschafters.	459
a. Eigenkapitalersatz als Umqualifizierung von Fremdkapital aus Gesellschafterhand?	461
b. Der bereits begonnene Perspektivwechsel beim „Nur- Kommanditisten“.	463
aa. Die nicht begründbare Notwendigkeit eines mitglied- schaftlichen Verbands mit den Gesellschaftern der Kapital- gesellschaft	465
bb. Die verschiedenen Möglichkeiten der Erfüllung des Gebots der Eigenfinanzierung	465
cc. Erste Konsequenzen für die Einbeziehung Dritter	466
c. Die Einbeziehung des „Nur-Stillen“ nach der herrschenden Meinung	467
aa. Die dahinter stehende Gewährleistung der Ingangsetzungs- funktion des Eigenkapitals	468
bb. Der scheinbare Widerspruch zur Einbeziehung des „Nur- Kommanditisten“.	468
cc. Die erforderliche konkrete Betrachtung der Einflussnahme bei Dritten als Konsequenz	469
d. Zwischenergebnis.	471
3. Die gesetzliche Subordination von Finanzierungsbeiträgen als Veranlassungshaftung für Einflussnahme?	472

a.	Das geltende Eigenkapitalersatzrecht als Pflicht zu konsistentem Finanzierungsverhalten	475
b.	Die fehlende Kohärenz zwischen Verlustbeteiligung und Umqualifizierung.	476
c.	Der hierdurch begründete Zusammenhang von Eigenkapitalersatz und materieller Unterkapitalisierung <i>de lege lata</i>	477
d.	Die einander ausschließenden Risikoanreize als ökonomische Legitimation.	479
e.	Trennung des Zusammenhangs von Eigenkapitalersatzrecht und materieller Unterkapitalisierung <i>de lege ferenda</i> ?	480
IV.	Die künftige Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen wegen widersprüchlichen Gläubigerverhaltens.	481
1.	Erste Ansätze in der Literatur	483
2.	Die Rückbesinnung auf die Missbrauchsrechtsprechung des <i>RG</i>	484
a.	Vorweggenommene Abkehr vom geltenden Eigenkapitalersatzrecht	485
b.	Bestätigung der Kritik an der konturenlosen Gläubigerverantwortung gemäß § 826 BGB.	485
3.	Die Verhinderung einer Quotenschmälerung der Insolvenzgläubiger als Ziel der Neuregelung	487
4.	Die inkompatible Rolle der mit Herrschaftsmacht ausgestatteten Gesellschafter als Legitimation	488
5.	Die hieraus resultierende insolvenzbezogene Gewährleistung der Ingangsetzungsfunktion des Eigenkapitals	490
6.	Zwischenergebnis.	493
V.	Die inkompatible Rolle der konkret einflussnehmenden Fremdkapitalgeber als Konsequenz	494
1.	Die Mitbeeinflussung des Insolvenzrisikos als alleiniger Zurechnungsgrund.	494
2.	Abweichende Beurteilung wegen unterschiedlicher Interessen von Gesellschaftern und Dritten?	496
a.	Der zurückhaltende Ansatz von <i>Habersack/Huber</i>	496
b.	Kritische Würdigung.	497
aa.	Etablierung eines nicht begründbaren Bankenprivilegs	498
bb.	Zweifelhafter Schutz der „reibungsfreien Kreditversorgung“	499
(1)	Die Janusköpfigkeit des Marktes für Unternehmensfinanzierungen	499
(2)	Die bisherigen Haftungsgefahren für Kreditinstitute	501
cc.	Der verfehlt Hinweis auf die Interessendivergenz	502
(1)	Die Interessendivergenz als nicht begründbare Fiktion	502
(2)	Die verfehlt Bezugnahme auf das lediglich <i>de lege lata</i> bestehende Gebot konsistenten Finanzierungsverhaltens	503

3. Abweichende Beurteilung wegen fehlender ökonomischer Legitimation?	504
a. Der Ansatz <i>Eidenmüllers</i>	504
b. Kritische Würdigung	506
aa. Die Nicht-Passivierung von Gesellschafterdarlehen als Sanierungsanreiz	506
bb. Die vorrangige Verlusttragung als notwendige Selbst- betroffenheit.	507
VI. Parallelen und Unterschiede in anderen Rechtsordnungen	510
1. Die Rückstufung von Ansprüchen faktischer Geschäftsleiter im englischen Recht	510
a. Einbettung der Umqualifizierung in die <i>rule of fraudulent</i> bzw. <i>wrongful trading</i>	510
b. Die hierauf gestützte Kritik <i>Eidenmüllers</i> an der Subordination von Finanzierungsbeiträgen	511
c. Kritische Würdigung des Vorrangs schadensrechtlicher Lösungen	512
aa. Die übersehene Dichotomie von Eigen- und Fremdinteresse	514
bb. Die begrenzte, aber effektive Disziplinierung der Gläubiger	514
cc. Fehlende Rechtssicherheit	515
2. Die erzwungene Rückstufung von Darlehen Dritter im US- amerikanischen Recht	516
a. <i>Equitable Subordination</i> bei missbräuchlicher Innehabung und Ausübung von <i>Indirect Control</i>	516
aa. Beispiele aus der Rechtsprechung.	518
bb. Gibt es ein privilegiertes Gläubigerinteresse auf Einfluss- nahme?.	520
cc. Kritische Würdigung.	521
b. Umqualifizierung von Fremdkapital durch <i>Recharacterization</i>	523
VII. Tatbestand und Rechtsfolgen einer Umqualifizierung von Finanzierungsbeiträgen Dritter	524
1. Kein Erfordernis einer Außenwirkung	524
2. Differenzierung nach unschädlicher „ <i>Warning</i> “ und schädlicher „ <i>Guidance</i> “	526
3. Die Unternehmensleitung als Gegenstand der Einflussnahme . . .	527
4. Die erforderliche Intensität der Einflussnahme	528
a. Nochmals: Die bisher vertretenen Ansätze	528
aa. Die Formel der Rechtsprechung zu § 826 BGB	528
bb. Die Formel der Rechtsprechung zu § 32 a Abs. 3 S. 1 GmbHG	529
cc. Die Anforderungen der Literatur zur Haftung als faktisches Organ	529
dd. Die herrschende Meinung zu § 32 a Abs. 3 S. 2 GmbHG . . .	530

b. Eigener Ansatz: Die Integration des Fremdkapitalgebers in den unternehmensinternen Entscheidungsprozess.	531
aa. Die inkompatible Doppelrolle des Einflussnehmenden als Ausgangspunkt	531
bb. Die Zuweisung des zufälligen Insolvenzrisikos nach Herrschaftsbereichen	532
cc. Jedwede Sphärenvermischung als Grundlage einer Einbeziehung Dritter?	533
dd. Keine Schlechterstellung von Dritten gegenüber kleinbeteiligten Gesellschaftern	534
ee. Die wertende Betrachtung der Einflussnahme anhand des differenzierten Rollenbilds der Kapitalgeber in der Finanzierungstheorie.	536
c. Zwischenergebnis.	538
5. Die Parameter einer wertenden Gesamtbetrachtung.	538
a. Unmittelbare Einflussnahme	539
aa. Stimmbindungsverträge	541
bb. Mitgliedschaft in einem (ggf. beratenden) Organ oder Beirat.	542
cc. Aufsichtsratsmandate	543
dd. Einflussnahme auf die eigenverantwortliche Schuldenregulierung	544
b. Mittelbare Einflussnahme über <i>Covenants</i>	544
aa. Regelmäßig unschädliche affirmative <i>Covenants</i>	545
bb. Regelmäßig beachtliche negative <i>Covenants</i>	547
c. Einflussnahme auf Personalentscheidungen	548
aa. Pflicht zur Gewährleistung eines erfahrenden Managements	548
bb. Auswechslung des Managements auf Druck des Fremdkapitalgebers	549
cc. <i>Change-of-management</i> -Klauseln	550
6. Rechtsfolgen der Einbeziehung Dritter	550
a. Nachrang des Finanzierungsbeitrags in der Insolvenz	550
b. Anfechtung zurückgewährter Finanzierungen, gezahlter Zinsen und bestellter Sicherheiten	551
c. Berücksichtigung im Überschuldungsstatus.	551
7. Die Wirkungen der Umqualifizierung auf die im Vorfeld der Insolvenz bestehenden dilatorischen Einschränkungen des vorzeitigen Kapitalabzugs	551
VIII. Sanierungsprivileg.	553
1. Nochmals: Die „Sanierungsfeindlichkeit“ einer Subordination von Finanzierungsbeiträgen.	553
2. Die Privilegierung von Sanierungsfinanzierungen	555

3. Nichtgesellschafter als Begünstigte des Sanierungsprivilegs <i>de lege lata</i>	558
a. Keine Privilegierung bei bereits erfolgter Einbeziehung gemäß § 32 a Abs. 3 S. 1 GmbHG	558
b. Sanierungsprivileg ohne Erwerb von Geschäftsanteilen?	559
aa. Gewährung eines weiteren Sanierungsdarlehens	559
bb. Bloße Beteiligung an der Krisenbewältigung	560
(1) Die Kontroverse in der Literatur	560
(2) Stellungnahme	561
4. Nichtgesellschafter als Begünstigte des Sanierungsprivilegs <i>de lege ferenda</i>	563
a. Keine Privilegierung bei bereits erfolgter Gleichstellung.	563
b. Sanierungsprivileg ohne Erwerb von Geschäftsanteilen?	564
5. Ergebnis	566
IX. Widersprüchliches Finanzierungsverhalten bei gesetzestypischen Personengesellschaften und Einzelunternehmen.	567
1. Die gesetzliche Ausgangslage <i>de lege lata et ferenda</i>	567
2. Bisherige Ansätze zur analogen Anwendung des Eigenkapital- ersatzrechts auf gesetzestypische Personengesellschaften	568
3. Die Aufspaltung des geltenden Eigenkapitalersatzrechts in einen rechtsformspezifischen und einen rechtsformübergreifenden Teil	569
a. Die tatbestandlichen Unterschiede	570
b. Die rechtsfolgenseitigen Unterschiede	570
4. Die neue insolvenzrechtliche Subordination von Fremdkapital wegen Einflussnahme als rechtsformübergreifende Gläubiger- schutzregel	571
a. Das geltende Gebot zu konsistentem Finanzierungsverhalten als Teilaspekt der auf Kapitalgesellschaften beschränkten materiellen Unterkapitalisierung	572
b. Die künftige Sanktionierung widersprüchlichen Gläubiger- verhaltens als rechtsformübergreifende Prinzip der Unter- nehmensfinanzierung.	574
c. Die Schwächen des beschränkten Anwendungsbereichs von § 39 E-InsO	575
aa. Die begrenzte Wirkung der persönlichen Gesellschafter- haftung.	576
bb. Begrenzte Wirkung der dahinterstehenden Verhaltens- erwartung	577
(1) Das Steuerungswirkung der unbeschränkten persönlichen Haftung	577
(2) Der Fremdeinfluss als Störung der Verhaltenserwartung	578
cc. Die rechtsformübergreifende Anwendung von § 39 Abs. 1 Nr. 5 E-InsO als Kompensation der gestörten Verhaltens- erwartung	579

5. Bestätigung dieses rechtsformübergreifenden Ansatzes durch die bisher vertretene Figur des „materiellen Eigenkapitals“	580
a. Gläubigerschutz durch „materielles Eigenkapital“	580
aa. Die grundlegende Entscheidung des <i>BGH</i> aus dem Jahr 1984	580
bb. Die hierin angelegte Unterscheidung zwischen „materiellem Eigenkapital“ und Eigenkapitalersatz	582
cc. Die kurzzeitige Aufgabe der Unterscheidung durch die Gleichstellung von Finanzplankredit und Eigenkapitalersatzrecht	583
b. Kritische Würdigung	584
aa. Gefahr einer unzulässige Fiktion einer gewillkürten Haftungsfunktion	584
bb. Fehlende dogmatische Begründung einer gesetzlichen Umqualifizierung	585
(1) Verfehlte Heranziehung des Finanzplankredits zur Begründung eines Abzugsverbots	585
(2) Kein erzwungenes Zuführgebot	586
6. Ergebnis	587
X. Zusammenfassung	588

Sechster Teil
Zusammenfassung
589

Literatur	631
Stichwortverzeichnis	655

Einleitung

I. Problemstellung

Das Insolvenzverfahren ist gemäß § 1 InsO auf die Befriedigung der Unternehmensgläubiger gerichtet. Dessen ungeachtet lassen sich diese zunehmend mittels vertraglicher Nebenabreden im Finanzierungsvertrag (sog. *Covenants*) Kontroll- und Einwirkungsrechte einräumen, um eine Unternehmenskrise frühzeitig zu erkennen und darauf im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens reagieren zu können. Die Überwachung der Unternehmensführung durch die Gläubiger und ihre Beteiligung an den unternehmerischen Entscheidungen (*externe Corporate Governance*) ist im anglo-amerikanischen Rechtskreis seit langem verbreitet und gehört mittlerweile auch in Deutschland zur Finanzierungspraxis. Insbesondere die sog. *Leveraged Finance*, bei der eine Unternehmensübernahme weitgehend fremdfinanziert wird und den Investoren vor allem der künftige Ertrag des Unternehmens als wirtschaftliche Sicherheit dient, zwingt zu einer engeren Verbindung zwischen Fremdkapitalgeber und Unternehmen als es beim klassischen dinglich oder persönlich besicherten Kredit der Fall ist. Zudem wird vor allem auf der Grundlage ökonomischer Erwägungen zunehmend dafür plädiert, in dieser engen Verbindung ein wirksames Mittel zur Insolvenzvermeidung, eine effiziente „marktwirtschaftliche Alternative“ zum staatlichen Insolvenzverfahren zu sehen. Diese gelte es, auch rechtlich anzuerkennen und durch einen marktorientierten, auf die Bedürfnisse der Finanzierungspraxis abgestimmten Regelungsrahmen adäquat auszugestalten.

Diese Entwicklung stellt die Rechtsordnung vor neue Herausforderungen. Traditionell werden Eigen- und Fremdfinanzierung von Unternehmen anhand der formalen Stellung des Kapitalgebers als Eigentümer oder Nichteigentümer unterschieden. Im Grundsatz trifft den Einzelunternehmer und die Gesellschafter – aus Vereinfachungsgründen nachfolgend meist als Eigentümer bezeichnet – aufgrund der persönlichen oder zumindest auf die Erbringung und Erhaltung eines Kapitalbeitrags beschränkten Haftung eine Verantwortung für das finanzierte Unternehmen und seine Gläubiger. Die Verantwortung der Fremdkapitalgeber, die nicht Inhaber des Unternehmens oder Gesellschafter des jeweiligen Rechtsträgers sind, ist demgegenüber schwach ausgeprägt. Hinsichtlich der Steuerung des Unternehmens und der Teilhabe am unternehmerischen Erfolg setzt sich diese formale Zweiteilung fort. Nur die Eigentümer