

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XV
<b>Einführung . . . . .</b>	<b>1</b>
A. Problemstellung und Ziel der Arbeit . . . . .	1
B. Gang der Untersuchung . . . . .	7
<b>Teil 1: Grundlagen . . . . .</b>	<b>9</b>
A. Begriff . . . . .	9
B. Die Funktion von Covenants . . . . .	10
C. Verbreitung . . . . .	13
I. Covenants in (Unternehmens-)Anleihen . . . . .	14
II. Covenants in (internationalen) Konsortialkreditverträgen . . . . .	16
III. Covenants bei Projektfinanzierungen . . . . .	16
IV. Covenants bei Akquisitionsfinanzierungen . . . . .	17
V. Covenants in allgemeinen Kreditverträgen . . . . .	19
D. Arten von Covenants . . . . .	21
I. Positive (affirmative) Covenants . . . . .	22
II. Negative Covenants . . . . .	23
III. Financial Covenants . . . . .	25
E. Rechtsfolgen der Verletzung von Covenants . . . . .	26
I. Primär- und Sekundäransprüche . . . . .	26
II. Kreditkündigung . . . . .	27
III. Nachverhandlungen . . . . .	28
IV. Nachbesicherung . . . . .	29
V. Einflussnahme auf das Management . . . . .	29
<b>Teil 2: Covenants und Gesellschafterdarlehen . . . . .</b>	<b>31</b>
A. Covenants und das frühere Eigenkapitalersatzrecht gemäß § 32a GmbHG a.F. . . . .	32
I. Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts . . . . .	33
II. Covenants in Kombination mit einer atypisch stillen Beteiligung . . . . .	35
III. Covenants in Kombination mit einem atypischen Pfandrecht . . . . .	36
1. Die Rechtsprechung des BGH zum atypischen Pfandrecht . . . . .	36
2. Reaktionen der Literatur . . . . .	38
a) Die der Rechtsprechung folgenden Literaturansichten . . . . .	38
b) Ablehnende Literaturansichten . . . . .	39
3. Stellungnahme . . . . .	41
4. Ergebnis . . . . .	44

IV. Die Umqualifizierung von Darlehen aufgrund der bloßen Vereinbarung von Covenants . . . . .	45
1. Ablehnende Literaturansichten . . . . .	45
2. Befürwortende Literaturansichten . . . . .	49
3. Rechtsprechung . . . . .	52
4. Stellungnahme . . . . .	52
a) Die ratio legis der Umqualifizierung von Darlehen nach §§ 32a/b GmbHG a. F. . . . .	53
b) Zwischenergebnis . . . . .	56
c) Das Vorliegen eines unternehmerischen Interesses am Schicksal der Gesellschaft . . . . .	56
d) Die Notwendigkeit einer Beteiligung am Vermögen und Ertrag der Gesellschaft . . . . .	57
e) Bestätigung durch ökonomische Betrachtung . . . . .	58
f) Der Wortlaut des § 32a III 1 GmbHG a. F. . . . .	60
g) Bestätigung durch das Kleinbeteiligtenprivileg nach § 32a III 2 GmbHG a. F. . . . .	61
h) Bestätigung durch das Sanierungsprivileg gemäß § 32a III 3 GmbHG a. F. . . . .	62
i) Übereinstimmung mit der Pfandgläubiger-Entscheidung des BGH . . . . .	64
j) Zwischenergebnis . . . . .	65
k) Die Voraussetzungen der Umqualifizierung covenant-unterlegter Darlehen . . . . .	66
5. Ergebnis . . . . .	68
B. Covenants nach Inkrafttreten des MoMiG . . . . .	69
I. Die ratio legis der Rückstufung von Gesellschafterdarlehen nach § 39 I Nr. 5 InsO . . . . .	71
1. Meinungsstand in der Literatur . . . . .	71
2. Stellungnahme . . . . .	74
a) Der Wegfall der Finanzierungsfolgenverantwortung als Legitimationsgrundlage . . . . .	75
b) Das Prinzip der Haftungsbeschränkung als Rechtfertigung der Rückstufung? . . . . .	76
c) Die Beteiligung an unternehmerischen Chancen und Risiken als Rechtsgrund der Subordination? . . . . .	78
d) Die vorinsolvenzliche Einflussnahme als Steuerungsinstrument des Insolvenzrisikos . . . . .	79
aa) Der Wortlaut des § 39 I Nr. 5 InsO . . . . .	79
bb) Bestätigung durch den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz . . . . .	84
3. Ergebnis . . . . .	87
II. Die Rückstufung von Darlehen covenant-geschützter Kreditgeber . . . . .	87
1. Ablehnende Literaturmeinungen . . . . .	88
2. Befürwortende Literaturansichten . . . . .	89

3. Stellungnahme zur neuen Rechtslage . . . . .	92
a) Die ratio legis der Rückstufung von bestimmten Kreditforderungen gemäß § 39 I Nr. 5 InsO . . . . .	93
b) Die Notwendigkeit einer (mittelbaren) Vermögensbeteiligung sowie das Vorliegen eines unternehmerischen Eigeninteresses . . . . .	95
c) Ökonomische Betrachtung . . . . .	97
d) Bestätigung durch das Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 V InsO . . . . .	98
e) Bestätigung durch das Sanierungsprivileg gemäß § 39 IV 2 InsO . . . . .	99
f) Wertungsmäßige Bestätigung durch den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz . . . . .	100
g) Zwischenergebnis . . . . .	101
4. Die Voraussetzungen für die Gleichstellung covenant-gesicherter Kreditgeber . . . . .	102
5. Ergebnis . . . . .	106

### **Teil 3: Covenants und faktische Organschaft . . . . . 108**

A. Allgemeine Voraussetzungen der faktischen Organstellung . . . . .	108
I. Der Begriff des faktischen Geschäftsführers . . . . .	109
II. Die Rechtsprechung zum faktischen Geschäftsführer . . . . .	109
III. Literaturmeinungen zum faktischen Geschäftsführer . . . . .	111
1. Das Erfordernis eines zumindest fehlerhaften Bestellungsaktes . . . . .	112
2. Die Notwendigkeit eines Außenauftritts . . . . .	112
3. Juristische Personen als faktische Geschäftsführer . . . . .	113
4. Der Umfang der Einflussnahme . . . . .	114
IV. Stellungnahme . . . . .	114
1. Das Erfordernis eines Bestellungsaktes . . . . .	114
2. Das Erfordernis des Handelns im Außenverhältnis . . . . .	115
3. Juristische Personen als faktische Geschäftsführer . . . . .	116
4. Die tatsächliche Ausübung der Geschäftsführungstätigkeit als entscheidendes Kriterium der Haftung wegen faktischer Organschaft . . . . .	118
V. Ergebnis . . . . .	119
B. Covenant-gesicherte Kreditgeber als faktische Geschäftsführer . . . . .	120
I. Die Rspr. des BGH zur Haftung covenant-gesicherter Kreditgeber wegen faktischer Organschaft . . . . .	120
II. Die Ansichten im Schrifttum . . . . .	121
1. Ablehnende Literaturansichten . . . . .	121
2. Befürwortende Literaturansichten . . . . .	124
III. Stellungnahme . . . . .	125
IV. Ergebnis . . . . .	128
C. Die Insolvenzantragspflicht des faktischen Geschäftsführers nach § 15a I InsO . . . . .	129

I.	Die Rechtsprechung des BGH zur Insolvenzantragspflicht des faktischen Organs . . . . .	129
II.	Der Meinungsstand in der Literatur . . . . .	131
III.	Stellungnahme . . . . .	133
1.	Die Insolvenzantragsstellungspflicht des faktischen Organs im Allgemeinen . . . . .	133
2.	Die Auswirkungen auf covenant-geschützte Kreditgeber . . . . .	136
IV.	Ergebnis . . . . .	137
D.	Die Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers nach §§ 15a IV, V InsO . . . . .	138
I.	Die Ansicht der Rechtsprechung . . . . .	138
II.	Der Meinungsstand in der Literatur . . . . .	139
1.	Die Notwendigkeit eines zumindest unwirksamen förmlichen Bestellungsaktes . . . . .	140
2.	Die Ausdehnung der Strafbarkeit im Hinblick auf Art. 103 II GG . . . . .	143
III.	Stellungnahme . . . . .	146
1.	Der Wortlaut der §§ 15a I, IV InsO . . . . .	146
2.	Die Grenzen der Ausdehnung im Hinblick auf Art. 103 II GG . . . . .	149
IV.	Ergebnis . . . . .	152
E.	Insolvenzstraftaten nach §§ 283 ff. StGB . . . . .	153
I.	Faktische Geschäftsführer als Adressaten der Insolvenzstraftaten . . . . .	153
1.	Die Einbeziehung faktischer Organe in den Normadressatenkreis des § 14 I Nr. 1, III StGB . . . . .	154
a)	Meinungsstand . . . . .	155
aa)	Die Rechtsprechung des BGH . . . . .	155
bb)	Die dem BGH folgenden Literaturansichten . . . . .	155
cc)	Die Rspr. des BGH ablehnenden Literaturansichten . . . . .	157
b)	Stellungnahme . . . . .	158
aa)	Der Wortlaut des § 14 III StGB und dessen Verweisung auf den Abs. I . . . . .	159
bb)	Das Bestimmtheits- und Analogieverbot des Art 103 II GG . . . . .	161
c)	Zwischenergebnis . . . . .	164
2.	Faktische Geschäftsführer als „Beauftragte“ nach § 14 II StGB . . . . .	165
II.	Ergebnis zur Strafbarkeit von faktischen Organen gemäß §§ 283 ff. StGB . . . . .	167
F.	Die Haftung für Steuerschulden des Kreditnehmers nach §§ 69 i.V.m. 34, 35 AO . . . . .	167
I.	Meinungsstand . . . . .	168
1.	Die Haftung des faktischen Geschäftsführers für Steuerschulden gemäß §§ 69 i.V.m. 34, 35 AO . . . . .	168
2.	Die Haftung von Kreditgebern für Steuerschulden des Darlehensnehmers . . . . .	169
3.	Zwischenergebnis . . . . .	172
II.	Stellungnahme . . . . .	172
1.	Erfordernis eines Außenauftritts i.S.v. § 35 AO . . . . .	173

2. Rechtliche Verfügungsbefugnis im Außenverhältnis . . . . .	173
3. Analoge Anwendung des § 35 AO auf covenant-gesicherte Kreditgeber . . . . .	175
III. Ergebnis . . . . .	176

#### **Teil 4: Covenants und Insolvenzanfechtung . . . . . 177**

A. Anfechtung kongruenter Deckungshandlungen gemäß § 130 InsO . . .	180
I. Die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit nach § 130 I Nr. 1 InsO . . .	182
1. Die Gleichsetzung von grob fahrlässiger Unkenntnis mit positivem Wissen . . . . .	183
2. Die Voraussetzungen für das Vorliegen der positiven Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 130 I Nr. 1 InsO . . . . .	186
3. Die Auswirkungen auf covenant-unterlegte Darlehen . . . . .	189
4. Zwischenergebnis . . . . .	191
II. Die Kenntnis von Umständen, die zwingend auf Zahlungsunfähigkeit schließen lassen nach § 130 II InsO . . . . .	192
1. Die positive Kenntnis von Umständen nach § 130 II InsO (Tatsachenebene) . . . . .	194
a) Der Begriff der positiven Kenntnis . . . . .	195
b) Der Beweis der positiven Kenntnis . . . . .	195
c) Die Gleichstellung von Zugang bzw. Zustellung und positiver Kenntnis von Umständen nach § 130 II InsO . . . . .	197
aa) Die Gleichsetzung von Zugang und positiver Kenntnis auf materiell-rechtlicher Ebene . . . . .	197
bb) Korrekturen auf beweis- und materiell-rechtlicher Ebene . . . . .	199
d) Die Reduktion des Erfordernisses der positiven Kenntnis gemäß § 162 BGB analog auf der Tatsachenebene . . . . .	201
aa) Die Fiktion der positiven Kenntnis bei missbräuchlichem Sich-Verschließen vor positiver Kenntnis analog § 162 BGB . . . . .	201
bb) Die Auswirkungen auf covenant-unterlegte Darlehen . . . . .	203
e) Zwischenergebnis . . . . .	207
2. Umstände die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen (Rechtsebene des § 130 II InsO) . . . . .	209
a) Der objektive Haftungsmaßstab des § 130 II InsO auf der Rechtsebene . . . . .	209
b) Die Auswirkungen auf covenant-unterlegte Darlehen . . . . .	211
3. Ergebnis . . . . .	211
III. Covenant-gesicherte Kreditgeber als nahestehende Person gemäß § 138 InsO . . . . .	212
1. Covenant-geschützte Kreditgeber als nahestehende Personen gemäß § 138 II Nr. 1 InsO . . . . .	213
a) Covenant-gesicherte Kreditgeber als nahestehende Personen i.S.v. § 138 II Nr. 1 InsO wegen faktischer Geschäftsführung . . . . .	214

b)	Zwischenergebnis . . . . .	215
c)	Covenant-gesicherte Kreditgeber als nahestehende Person i.S.v. § 138 II Nr. 1 InsO wegen faktischer Aufsicht . . . . .	215
d)	Zwischenergebnis . . . . .	218
2.	Covenant-gesicherte Kreditgeber als nahestehende Person i.S.v. § 138 II Nr. 2 InsO . . . . .	218
a)	Vergleichbare gesellschaftsrechtliche Verbindung nach § 138 II Nr. 2 Alt. 1 InsO . . . . .	219
b)	Vergleichbare dienstvertragliche Verbindung nach § 138 II Nr. 2 Alt. 2 InsO . . . . .	220
aa)	Meinungsstand . . . . .	220
bb)	Stellungnahme . . . . .	223
3.	Ergebnis zum covenant-gesicherten Kreditgeber als nahestehende Person gemäß § 138 InsO . . . . .	229
IV.	Die Zurechnung der Kenntnis bei juristischen Personen . . . . .	230
V.	Gesamtergebnis zur kongruenten Deckungsanfechtung gemäß § 130 InsO . . . . .	232
B.	Anfechtung inkongruenter Deckungshandlungen gemäß § 131 InsO . . . . .	233
I.	Die Anfechtbarkeit von inkongruenten Deckungshandlungen nach § 131 InsO im Allgemeinen . . . . .	234
II.	Die Auswirkungen auf covenant-unterlegte Darlehen . . . . .	236
III.	Ergebnis . . . . .	238
C.	Die Anfechtbarkeit wegen unmittelbar nachteiliger Rechthandlung gemäß § 132 InsO . . . . .	239
D.	Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung gemäß § 133 InsO . . . . .	240
I.	Die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO . . . . .	240
II.	Die Auswirkungen auf covenant-unterlegte Darlehen . . . . .	242
III.	Ergebnis . . . . .	244
E.	Anfechtbarkeit der Befriedigung bzw. Besicherung von Forderungen aus Gesellschafterdarlehen und diesen gleichgestellten Forderungen gemäß § 135 I InsO . . . . .	244
<b>Teil 5: Zusammenfassung</b>		<b>247</b>
A.	Covenants und Gesellschafterdarlehen . . . . .	247
I.	Covenants und das frühere Eigenkapitalersatzrecht . . . . .	247
II.	Covenants nach Inkrafttreten des MoMiG . . . . .	248
B.	Covenants und faktische Organschaft . . . . .	248
I.	Covenant-gesicherte Kreditgeber als faktische Geschäftsführer . . . . .	248
II.	Die Insolvenzantragspflicht des covenant-geschützten Kreditgebers nach § 15a I InsO . . . . .	249
III.	Die Strafbarkeit des covenant-gesicherten Kreditgebers nach §§ 15a IV, V InsO . . . . .	250
IV.	Covenant-geschützte Kreditgeber als Adressaten der Insolvenzstraftaten gemäß §§ 283 ff. StGB . . . . .	250

V. Die Haftung des Kreditgebers für Steuerschulden des Kreditnehmers nach §§ 69 i.V.m. 34, 35 AO . . . . .	251
C. Covenants und Insolvenzanfechtung . . . . .	251
I. Die Anfechtung kongruenter Deckungshandlungen nach § 130 InsO . . . . .	251
II. Die Anfechtung inkongruenter Deckungshandlungen nach § 131 InsO . . . . .	252
III. Die Anfechtung wegen unmittelbarer nachteiliger Rechtshandlung gemäß § 132 InsO sowie wegen vorsätzlicher Benachteiligung gemäß § 133 InsO . . . . .	253
IV. Anfechtung und Gesellschafterdarlehen nach § 135 I InsO . . . . .	253
Literaturverzeichnis . . . . .	255
Sachregister . . . . .	265