

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XV
Einführung	1
A. Problemstellung und Ziel der Arbeit	1
B. Gang der Untersuchung	7
Teil 1: Grundlagen	9
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
Teil 2: Covenants und Gesellschafterdarlehen	31
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

Inhaltsverzeichnis

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 covenantunterlegter 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

Inhaltsverzeichnis

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 Außenauftretts 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

Inhaltsverzeichnis

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 nahe- stehende 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
Teil 5: Zusammenfassung	247
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 Insolvenz- straftaten 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