

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	33
Erster Teil: Grundlagen	39
§ 1 Einführung	39
I. Begriff und wirtschaftliche Bedeutung von Hybridkapital	39
II. Diskrepanz von wirtschaftlicher Bedeutung und Rechtsfolgenkodifikation von Hybridkapital im Insolvenz- und Liquidationsrecht	42
III. Ziel, Inhalt und Aufbau der Arbeit	43
1. Ziel und Inhalt der Arbeit	43
2. Aufbau der Arbeit	44
§ 2 Hybrides Kapital und hybride Kapitalgeber	45
I. Klassische Unterscheidung von Fremd- und Eigenkapital in der Unternehmensfinanzierung	45
1. Eigenkapital	45
2. Fremdkapital	49
3. Zusammenfassung	50
II. Hybridkapital	51
1. Unechtes Hybridkapital	51
2. Echtes Hybridkapital	52
3. Zusammenfassung	75
§ 3 Gesetzlich vorgegebener Rahmen für die Befriedigung von Eigen-, Fremd- und Hybridkapitalgebern in der Insolvenz bzw. Liquidation einer Kapitalgesellschaft	75
I. Die strikte Trennung von Eigen- und Fremdkapitalgeberansprüchen im Insolvenz- und Liquidationsrecht	76
II. Das Schattendasein hybrider Finanzierungssachverhalte	78
1. Hybridkapital im geltenden Insolvenzrecht	79
2. Hybridkapital im geltenden Liquidationsrecht	81

Zweiter Teil: Hybrides Kapital in Insolvenz und Liquidation – Bestandsaufnahme der Rechtslage vor und nach Inkrafttreten des MoMiG	83
§ 4 Die Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	83
I. Unechte Hybride: Die Fremdkapitalfinanzierung durch Anteilseigner und ihre Rechtsfolgen	84
1. Fremdkapitalfinanzierung durch Gesellschafter aus Anlass einer Krise – Das sog. „Eigenkapitalersatzrecht“	84
2. Fremdkapitalfinanzierungen durch Gesellschafter aus anderem Anlass – Das sog. Recht der „Finanzplandarlehen“ und der „gesplitteten Einlagen“	88
3. Eigenkapitalersatz vs. Finanzplandarlehen – Gründe für die Ausbildung eines „Sonderrechts im Sonderrecht“	94
4. Zusammenfassung	96
II. Echte Hybride: Die „Quasi-Gesellschafter“-Haftung von atypischem Fremdkapital	96
1. Die Rechtsprechung des BGH zu atypischen stillen Beteiligungen	97
2. Die Rechtsprechung des BGH zu atypischen Pfandgläubigern; Vergleich mit der Rechtsprechung zu atypischen stillen Beteiligungen	99
3. Zusammenfassung	104
III. Zusammenfassung zur Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	104
§ 5 Die Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG	104
I. Veränderung der Rechtslage in Bezug auf unechte Hybride (Fallgruppen „eigenkapitalersetzende Darlehen“, „Finanzplandarlehen“)	105
1. Die Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG	105
2. Die Diskussion um den Normzweck des neu gefassten § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	107
3. Auswirkungen des MoMiG auf die Finanzplanrechtsprechung	131
4. Verhältnis des Gesellschafterdarlehensrechts zur Finanzplanrechtsprechung	134

II. Veränderung der Rechtslage in Bezug auf echte Hybride (Fallgruppe „Quasi-Gesellschafter“)	135
1. Auswirkungen auf die Fallgruppe der atypischen Pfandgläubiger	136
2. Auswirkungen auf die Fallgruppe der atypischen stillen Beteiligung	137
III. Fazit zur Rechtslage seit Inkrafttreten des MoMiG: Unzureichende und widersprüchliche Eingliederung hybrider Sachverhalte im geltenden Insolvenz- und Liquidationsrecht	138
Dritter Teil: Vorschläge für eine widerspruchsfreie Integration hybrider Finanzierungssachverhalte in das Insolvenz- und Liquidationsrecht – Anknüpfung an das Schädigungspotential der Kapitalgeber und Kompensation des Schädigungspotentials mithilfe des Insolvenz- und Liquidationsrechts	140
§ 6 Arbeitshypothesen	140
I. Der Vorschlag im Überblick	140
1. Abwägung der widerstreitenden Interessen von Eigen-, Hybrid- und Fremdkapitalgebern und Schutz der Drittgläubiger der Gesellschaft	140
2. Einteilung der Kapitalgeber in vier Stufen	141
II. Das Schädigungspotential der Kapitalgeber als Anknüpfungspunkt verhaltenssteuernder Rechtsfolgen	143
1. Kompensation des Schädigungspotentials von Anteilseignern durch letztrangige Befriedigung	143
2. Kompensation des Schädigungspotentials von atypisch-risikobereiten Gläubigern durch nachrangige Befriedigung	144
3. Kompensation des Schädigungspotentials von informationsprivilegierten KapitalgeberKapitalgebern durch Erhöhung des Anfechtungsrisikos	145
4. Kein Kompensationsbedürfnis bei sonstigen Gläubigeransprüchen	147

Inhaltsübersicht

§ 7 Das Schädigungspotential der Anteilseigner und dessen Kompensation durch letztrangige Befriedigung ihrer Ansprüche aus Eigenkapital in Insolvenz und Liquidation der Gesellschaft	148
I. Die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs als Ausgangspunkt	148
1. Vorteile des Haftungsprivilegs	149
2. Nachteile des Haftungsprivilegs	153
II. Kompensation und Reduktion der den Gläubigern drohenden Nachteile	157
1. Eigenvorsorge der Gläubiger?	157
2. Gläubigerschützendes Gesetzesrecht	159
III. Zusammenfassung	165
§ 8 Das Schädigungspotential atypisch-risikobereiter Kapitalgeber und dessen Kompensation durch nachrangige Befriedigung ihrer Ansprüche in Liquidation und Insolvenz der Gesellschaft	165
I. Die erhöhte Risikobereitschaft von Hybridkapitalgebern als Gefahr für die übrigen Gläubiger der Gesellschaft	166
1. Erhöhte Risikobereitschaft unechter Hybridkapitalgeber	167
2. Erhöhte Risikobereitschaft echter Hybridkapitalgeber	178
3. Zusammenfassung zur atypisch-erhöhten Risikoneigung bestimmter Gläubiger	179
II. Bewertung der Risikobereitschaft klassischer Fallgruppen	180
1. „Kapitalersetzende“ und „finanzplangebundene“ Gesellschafterdarlehen	181
2. Atypische stille Quasi-Gesellschafter	182
3. Atypische Pfandgläubiger	183
III. Nachrangige Befriedigung atypisch-risikobereiter Gläubiger als Mittel zur Reduktion und Kompensation ihrer erhöhten und potentiell gläubigerschädigenden Risikoneigung	184
1. Präventiver Verhaltensanreiz und finanzielle Kompensation der gefährdeten Gläubiger durch Androhung einer nachrangigen Befriedigung	184
2. Ungerechtfertigte Privilegierung gesellschafterähnlichen Fremdkapitals?	191
3. Gleichwertige Risikokompensation/-reduktion durch gewillkürten Nachrang?	195

IV. Ausnahmen von der Nachrangigkeitsfolge	197
1. Fehlende oder nicht ausreichende Risikobereitschaft des Kapitalgebers	197
2. Fehlende oder nicht ausreichende Risikorealisierung mangels Einflusses des Kapitalgebers	208
V. Umsetzung der verhaltenssteuernden, risikominimierenden Anreize durch Anpassung des geltenden Liquidations- und Insolvenzrechts	231
1. Insolvenzrecht	231
2. Liquidationsrecht	237
3. Zusammenfassung der vorgeschlagenen Maßnahmen	257
§ 9 Das Schädigungspotential informationsprivilegierter Kapitalgeber und dessen Kompensation durch die Erhöhung des Anfechtungsrisikos in Liquidation und Insolvenz der Gesellschaft	258
I. Schädigungspotential informationsprivilegierter Kapitalgeber	259
1. Konkretisierung der Merkmale „Informationsprivileg“ und „Kapitalgeber“	259
2. Typen informationsprivilegierter Kapitalgeber	265
3. Schädigungspotential informationsprivilegierter Kapitalgeber	266
4. Erheblichkeit der Finanzierungscausa?	269
5. Zusammenfassung	270
II. Verringerung des Schädigungspotentials durch Erhöhung des Anfechtungsrisikos	271
1. Vorschläge zur Erhöhung des Anfechtungsrisikos	271
2. Umsetzung der Vorschläge durch Modifikation und Ergänzung bestehender Anfechtungsvorschriften	275
III. Zusammenfassung	301
Viertel Teil: Schluss	304
§ 10 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	304
I. Zusammenfassung	304
II. Ergebnisse des ersten und zweiten Teils (§§ 1-5)	305
1. Begriff „Hybridkapital“	305
2. Die Rechtslage bezüglich echten und unechten Hybridkapitals vor und nach Inkrafttreten des MoMiG	305

Inhaltsübersicht

III. Ergebnisse des dritten Teils (§§ 6-9)	306
1. Das Schädigungspotential der Anteilseigner und dessen Kompensation durch letztrangige Befriedigung (§ 7)	307
2. Das Schädigungspotential atypisch-risikobereiter Kapitalgeber und dessen Kompensation durch nachrangige Befriedigung (§ 8)	308
3. Das Schädigungspotential informationsprivilegierter Kapitalgeber und dessen Kompensation durch erhöhtes Anfechtungsrisiko (§ 9)	312
Literaturverzeichnis	317
Register	333

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	33
Erster Teil: Grundlagen	39
§ 1 Einführung	39
I. Begriff und wirtschaftliche Bedeutung von Hybridkapital	39
II. Diskrepanz von wirtschaftlicher Bedeutung und Rechtsfolgenkodifikation von Hybridkapital im Insolvenz- und Liquidationsrecht	42
III. Ziel, Inhalt und Aufbau der Arbeit	43
1. Ziel und Inhalt der Arbeit	43
2. Aufbau der Arbeit	44
§ 2 Hybrides Kapital und hybride Kapitalgeber	45
I. Klassische Unterscheidung von Fremd- und Eigenkapital in der Unternehmensfinanzierung	45
1. Eigenkapital	45
a) Verlustteilnahme und Haftungsfunktion	45
b) Erfolgspartizipation, Langfristigkeit	47
c) Teilhaberechte	47
aa) Informationsrechte	48
bb) Mitverwaltungsrechte	48
cc) Leitungsrechte	49
2. Fremdkapital	49
a) Keine Haftungsfunktion, befristete Überlassung	49
b) Erfolgsunabhängige Vergütung	50
3. Zusammenfassung	50
II. Hybridkapital	51
1. Unechtes Hybridkapital	51
2. Echtes Hybridkapital	52
a) Fremdkapitaltypische Bausteine eines echten Hybrids	53

Inhaltsverzeichnis

b) Eigenkapitaltypische Bausteine eines echten Hybrids	54
aa) Erfolgspartizipation	54
aaa) Erfolgsabhängiger Zins	54
bbb) „Kicker“	55
ccc) Teilnahme am Liquidationserlös bzw. -überschuss	56
bb) Verlustteilnahme	56
aaa) Verlustteilnahme im engeren Sinne	57
bbb) Subordination	57
(1) Vertragsfreiheit bei der Ausgestaltung von Rangrücktrittsvereinbarungen	58
(2) Subordination im Sinne einer wirtschaftlichen Abtretung	58
(3) Echte Subordination gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO oder § 39 Abs. 2 InsO	59
cc) Teilhaberechte	60
aaa) Informationsrechte	60
bbb) Mitverwaltungsrechte	62
(1) Ausgestaltung der Gesellschaft als mehrgliedrige Innengesellschaft	62
(2) Zustimmungsvorbehalte und Vetorechte bei Grundlagengeschäften	64
ccc) Leitungsrechte	64
(1) Zustimmungsvorbehalte bei geschäftsführenden Maßnahmen	65
(2) Weisungen	66
(3) Mitentscheidung bei der Besetzung oder Abberufung des geschäftsführenden Organs	66
(4) Einrichtung oder Besetzung von Kontroll- oder Aufsichtsgremien	67
(5) Beratung der Geschäftsführung	68
c) Typische Struktur eines echten Hybrids	68
d) Rechtstechnische Umsetzung	69
aa) Nachrang- und Partizipationsdarlehen	70

bb) Stille Gesellschaft	70
aaa) Die (gesetzes-)typische stille Gesellschaft	71
bbb) Atypische Formen der stillen Gesellschaft	71
cc) Genussrechte	72
aaa) Wandel- und Optionsanleihen	73
(1) Grundform	73
(2) Varianten	74
bbb) Gewinnschuldverschreibungen	74
3. Zusammenfassung	75
§ 3 Gesetzlich vorgegebener Rahmen für die Befriedigung von Eigen-, Fremd- und Hybridkapitalgebern in der Insolvenz bzw. Liquidation einer Kapitalgesellschaft	75
I. Die strikte Trennung von Eigen- und Fremdkapitalgeberansprüchen im Insolvenz- und Liquidationsrecht	76
II. Das Schattendasein hybrider Finanzierungssachverhalte	78
1. Hybridkapital im geltenden Insolvenzrecht	79
2. Hybridkapital im geltenden Liquidationsrecht	81
Zweiter Teil: Hybrides Kapital in Insolvenz und Liquidation – Bestandsaufnahme der Rechtslage vor und nach Inkrafttreten des MoMiG	83
§ 4 Die Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	83
I. Unechte Hybride: Die Fremdkapitalfinanzierung durch Anteilseigner und ihre Rechtsfolgen	84
1. Fremdkapitalfinanzierung durch Gesellschafter aus Anlass einer Krise – Das sog. „Eigenkapitalersatzrecht“	84
a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	84
b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	85
c) Kodifizierungsbemühungen des Gesetzgebers	86
d) Das „zweistufige Schutzsystem“ aus Rechtsprechungs- und Novellenregeln	86
e) Das Ende des Eigenkapitalersatzrechts durch Inkrafttreten des MoMiG	87

2. Fremdkapitalfinanzierungen durch Gesellschafter aus anderem Anlass – Das sog. Recht der „Finanzplandarlehen“ und der „gesplitteten Einlagen“	88
a) Begriffsklärung, Wesen	88
aa) Gesplittete Einlagen	88
bb) Finanzplandarlehen	89
b) Überblick über die Rechtsprechungsentwicklung und die Rechtsfolgen der Finanzplanbindung	90
aa) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	90
bb) Die privatautonome Vereinbarung als Basis der Finanzplanbindung	92
cc) Auslegungskriterien für die Annahme einer Finanzplanbindung	92
dd) Rechtsfolgen der Finanzplanbindung	93
ee) Zusammenfassung, Unterschiede zum Eigenkapitalersatzrecht	93
3. Eigenkapitalersatz vs. Finanzplandarlehen – Gründe für die Ausbildung eines „Sonderrechts im Sonderrecht“	94
4. Zusammenfassung	96
II. Echte Hybride: Die „Quasi-Gesellschafter“-Haftung von atypischem Fremdkapital	96
1. Die Rechtsprechung des BGH zu atypischen stillen Beteiligungen	97
a) Überblick über die Rechtsprechungsentwicklung und Rechtsfolgen	97
b) Kriterien für die Zuordnung stiller Einlagen zum Eigenkapital	98
2. Die Rechtsprechung des BGH zu atypischen Pfandgläubigern; Vergleich mit der Rechtsprechung zu atypischen stillen Beteiligungen	99
a) Gesetzliches Leitbild des Pfandgläubigers und atypische Varianten	100
b) Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und deren Rechtsfolgen; Unterschiede zwischen der Rechtsprechung zu atypischen stillen Beteiligungen und zu atypischen Pfandgläubigern	100

c) Kritik an der unterschiedlichen Behandlung von atypischen stillen Beteiligungen und atypischen Pfandgläubigern	101
d) Konsequenzen für die bestehende Rechtslage im Zuge der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG	102
3. Zusammenfassung	104
III. Zusammenfassung zur Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	104
§ 5 Die Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG	104
I. Veränderung der Rechtslage in Bezug auf unechte Hybride (Fallgruppen „eigenkapitalersetzende Darlehen“, „Finanzplandarlehen“)	105
1. Die Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG	105
a) Überblick über die Änderungen	105
b) Überblick über den Tatbestand des neuen „Gesellschafterdarlehensrechts“	106
2. Die Diskussion um den Normzweck des neu gefassten § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	107
a) Sinn und Zweck des Eigenkapitalersatzrechts	109
b) Sinn und Zweck des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n.F.	110
aa) Interpretation der Gesetzesmaterialien	111
aaa) Vereinfachung, Deregulierung	112
bbb) Anpassung an „international verbreitete Regelungsmuster“	112
bb) Interpretationsansätze der Literatur	114
aaa) Darlehensnachrang als Ausgleich für das Haftungsprivileg (Huber, Habersack)	114
bbb) Nachrang aufgrund insolvenzverschleppender Wirkung des Gesellschafter-Darlehens (Haas, Oechsler)	118

ccc) Darlehensnachrang als Folge missachteter Finanzierungs(folgen)verantwortung	119
(1) Finanzierungsverantwortung im Sinne der bisherigen Rechtslage (Hölzle)	120
(2) Unwiderlegliche Vermutung des Merkmals „Krise“ (Bork)	122
(3) Finanzierungsverantwortung als Folge von Einflussmacht (Servatius)	124
(4) Finanzierungsverantwortung im Sinne einer Finanzierungszuständigkeit der Gesellschafter (Karsten Schmidt)	126
(5) Fazit zur Rechtfertigung des Darlehensnachrangs mit der Finanzierungs(folgen)verantwortung des Gesellschafters	128
ddd) Risikoübernahmeverantwortung des „Haftkapital“-Gebers (Krolop, Tillmann)	129
cc) Fazit zur Normzweckdiskussion	131
3. Auswirkungen des MoMiG auf die Finanzplanrechtsprechung	131
4. Verhältnis des Gesellschafterdarlehensrechts zur Finanzplanrechtsprechung	134
II. Veränderung der Rechtslage in Bezug auf echte Hybride (Fallgruppe „Quasi-Gesellschafter“)	135
1. Auswirkungen auf die Fallgruppe der atypischen Pfandgläubiger	136
2. Auswirkungen auf die Fallgruppe der atypischen stillen Beteiligung	137
III. Fazit zur Rechtslage seit Inkrafttreten des MoMiG: Unzureichende und widersprüchliche Eingliederung hybrider Sachverhalte im geltenden Insolvenz- und Liquidationsrecht	138

Dritter Teil:	Vorschläge für eine widerspruchsfreie Integration hybrider Finanzierungssachverhalte in das Insolvenz- und Liquidationsrecht – Anknüpfung an das Schädigungspotential der Kapitalgeber und Kompensation des Schädigungspotentials mithilfe des Insolvenz- und Liquidationsrechts	140
§ 6	Arbeitshypothesen	140
	I. Der Vorschlag im Überblick	140
	1. Abwägung der widerstreitenden Interessen von Eigen-, Hybrid- und Fremdkapitalgebern und Schutz der Drittgläubiger der Gesellschaft	140
	2. Einteilung der Kapitalgeber in vier Stufen	141
	a) Anteilseigner	142
	b) Atypisch-risikobereite Gläubiger	142
	c) Informationsprivilegierte Kapitalgeber	143
	d) Sonstige Gläubiger	143
	II. Das Schädigungspotential der Kapitalgeber als Anknüpfungspunkt verhaltenssteuernder Rechtsfolgen	143
	1. Kompensation des Schädigungspotentials von Anteilseignern durch letztrangige Befriedigung	143
	2. Kompensation des Schädigungspotentials von atypisch-risikobereiten Gläubigern durch nachrangige Befriedigung	144
	3. Kompensation des Schädigungspotentials von informationsprivilegierten KapitalgeberKapitalgebern durch Erhöhung des Anfechtungsrisikos	145
	4. Kein Kompensationsbedürfnis bei sonstigen Gläubigeransprüchen	147
§ 7	Das Schädigungspotential der Anteilseigner und dessen Kompensation durch letztrangige Befriedigung ihrer Ansprüche aus Eigenkapital in Insolvenz und Liquidation der Gesellschaft	148
	I. Die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs als Ausgangspunkt	148
	1. Vorteile des Haftungsprivilegs	149
	2. Nachteile des Haftungsprivilegs	153
	a) Anreiz zur Investition in ineffiziente Projekte	153
	b) Anreiz zur Risikoerhöhung auf Kosten der Gläubiger	154

Inhaltsverzeichnis

c) Anreiz zur kleinstmöglichen Eigenkapitalausstattung	155
II. Kompensation und Reduktion der den Gläubigern drohenden Nachteile	157
1. Eigenvorsorge der Gläubiger?	157
2. Gläubigerschützendes Gesetzesrecht	159
a) Risikokompensation durch Letztrangigkeit	159
b) Risikoreduktion durch Letztrangigkeit	160
c) Letztrangigkeit als zweistufiger Mechanismus	162
aa) Stufe I: Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, Schutzmechanismen bei Umgehung oder Missachtung	162
bb) Stufe II: Letztrangige Befriedigung im Insolvenz- und Liquidationsverfahren	163
III. Zusammenfassung	165
§ 8 Das Schädigungspotential atypisch-risikobereiter Kapitalgeber und dessen Kompensation durch nachrangige Befriedigung ihrer Ansprüche in Liquidation und Insolvenz der Gesellschaft	165
I. Die erhöhte Risikobereitschaft von Hybridkapitalgebern als Gefahr für die übrigen Gläubiger der Gesellschaft	166
1. Erhöhte Risikobereitschaft unechter Hybridkapitalgeber	167
a) Erhöhte Risikobereitschaft des unechten Hybridkapitalgebers aufgrund seiner Eigenkapitalbeteiligung: Volle „Upside-Chance“ bei reduziertem „Downside-Risiko“	167
b) Veranschaulichung der Symmetrie von Upside-Chance und Downside-Risiko bei reiner Eigenkapitalfinanzierung der Anteilseigner	169
c) Veranschaulichung der Asymmetrie von Upside-Chance und Downside-Risiko bei unechter Hybridkapitalfinanzierung der Anteilseigner	172
d) Zusammenfassung zur erhöhten Risikoneigung unechter Hybridkapitalgeber	176
e) Diversifizierungsbedürfnis der Anteilseigner (Hedging durch unechte Hybridkapitalfinanzierung)?	176
2. Erhöhte Risikobereitschaft echter Hybridkapitalgeber	178

3. Zusammenfassung zur atypisch-erhöhten Risikoneigung bestimmter Gläubiger	179
II. Bewertung der Risikobereitschaft klassischer Fallgruppen	180
1. „Kapitalersetzende“ und „finanzplangebundene“ Gesellschafterdarlehen	181
2. Atypische stille Quasi-Gesellschafter	182
3. Atypische Pfandgläubiger	183
III. Nachrangige Befriedigung atypisch-risikobereiter Gläubiger als Mittel zur Reduktion und Kompensation ihrer erhöhten und potentiell gläubigerschädigenden Risikoneigung	184
1. Präventiver Verhaltensanreiz und finanzielle Kompensation der gefährdeten Gläubiger durch Androhung einer nachrangigen Befriedigung	184
a) Wirkung und Folgen der Subordination von Finanzierungsbeiträgen atypisch-risikobereiter Kapitalgeber	184
b) Veranschaulichung der Risikodrosselung gegenüber unechten Hybridkapitalgebern	185
c) Übertragung auf echte Hybridkapitalgeber	190
d) Fazit	190
2. Ungerechtfertigte Privilegierung gesellschaftsähnlichen Fremdkapitals?	191
3. Gleichwertige Risikokompensation/-reduktion durch gewillkürten Nachrang?	195
IV. Ausnahmen von der Nachrangigkeitsfolge	197
1. Fehlende oder nicht ausreichende Risikobereitschaft des Kapitalgebers	197
a) Kurzfristige Finanzierungen	197
aa) Fehlende Verfolgung von Maximierungsinteressen bei Kurzfrist-Investitionen	198
bb) Die Rechtsprechung zu „kurzfristigen Überbrückungsdarlehen“ vor Inkrafttreten des MoMiG	199
cc) Aktueller Meinungsstand zu kurzfristigen Gesellschafter-Kreditierungen nach Inkrafttreten des MoMiG, Würdigung	199
dd) Eigener Vorschlag	201

Inhaltsverzeichnis

b)	Zufälliges Zusammentreffen von Gesellschafter- und Darlehensgeberposition über einen kurzen Zeitraum	203
c)	Fehlende Parallelität von Fremd- und Eigenkapitalfinanzierung	203
d)	Keine Berechtigung des Hybridkapitalgebers am Erfolg der getätigten Investition (Treuhand, mittelbare und unmittelbare Stellvertretung)	205
aa)	Handeln für fremde Rechnung bei der Überlassung echten Hybridkapitals	205
bb)	Handeln für fremde Rechnung bei unechter Hybridkapitalfinanzierung	206
e)	Zusammenfassung	207
2.	Fehlende oder nicht ausreichende Risikorealisierung mangels Einflusses des Kapitalgebers	208
a)	Der Kleinbeteiligte gemäß § 39 Abs. 5 InsO als gesetzlicher Prototyp eines einflusslosen (Hybrid-)Kapitalgebers?	209
aa)	Einflussnahme durch Beteiligung an der Geschäftsführung	210
aaa)	Rechtfertigung der Rückausnahme vor Inkrafttreten des MoMiG	210
bbb)	Rechtfertigung der Rückausnahme nach Inkrafttreten des MoMiG	211
(1)	Fortgeltung der bisherigen Rechtfertigung trotz Inkrafttreten des MoMiG?	211
(2)	Beeinflussung des Geschäftsrisikos als nunmehr maßgeblicher Anknüpfungspunkt	212
ccc)	Fazit	214
bb)	Einflussnahme durch Haftkapitalbeteiligung von mehr als 10%	214
aaa)	Einflussnahmemöglichkeit eines mit 10% oder weniger an einer GmbH beteiligten Gesellschafters	216
bbb)	Einflussnahmemöglichkeit eines mit 10% oder weniger an einer AG beteiligten Aktionärs	218

cc) Fazit zum geltenden § 39 Abs. 5 InsO	218
b) Bestimmung der Einflusslosigkeit nach Sinn und Zweck des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	219
aa) Beeinflussung risikorelevanter Schaltstellen der Unternehmung	219
bb) Unternehmenssteuerung als risikorelevante Schaltstelle, Systematisierung der Unternehmenssteuerung im Sinne der klassischen Managementlehre	220
cc) Typisierende Zuordnung von Steuerungsaufgaben innerhalb der Gesellschaft	222
dd) Notwendige Korrektur des § 39 Abs. 5 InsO	223
aaa) Fallgruppe „geschäftsführender Gesellschafter“	223
bbb) Fallgruppe „Nur-Gesellschafter“	224
(1) Gesellschafter mit mittelbarer Einflussmacht	225
(2) Gesellschafter mit unmittelbarer Einflussmacht	226
ee) Zusammenfassung, Übertragung der Ergebnisse auf atypisch-risikobereite Kapitalgeber	227
aaa) Tätigwerden des atypisch-risikobereiten Kapitalgebers als Geschäftsführungsorgan	228
bbb) Sperrminorität oder sperrminoritätsähnlicher Einfluss des atypisch-risikobereiten Kapitalgebers einer AG	228
ccc) Atypisch-risikobereiter Kapitalgeber einer GmbH mit mindestens 10%-iger Stimmkraft oder vergleichbaren Einflussrechten	229
c) Fazit zur fehlenden Gefahr der Risikorealisation	230

Inhaltsverzeichnis

V. Umsetzung der verhaltenssteuernden, risikominimierenden Anreize durch Anpassung des geltenden Liquidations- und Insolvenzrechts	231
1. Insolvenzrecht	231
a) Nachrangige Befriedigung bestimmter Kapitalgeber als in der Insolvenzordnung enthaltene Wertung (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO), Vorschläge de lege lata und de lege ferenda	231
b) Ausschluss von der Nachrangigkeitsfolge bei fehlender Risikorealisierungsgefahr als in der Insolvenzordnung enthaltene Wertung (§ 39 Abs. 5 InsO)	233
c) Absicherung des insolvenzrechtlichen Nachrangs	235
aa) Absicherung durch Verbot der Verfolgung von Forderungen außerhalb der Insolvenzordnung (§§ 87, 88, 89, 96 InsO)	235
bb) Absicherung durch Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter (§ 80 InsO)	236
cc) Absicherung durch Anfechtung (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO)	237
2. Liquidationsrecht	237
a) Unterschiede zur InsO, Defizite des Liquidationsrechts, Reformdiskussion	237
aa) Funktion des Liquidationsrechts, Kompetenzkonflikte mit dem Insolvenzrecht	238
bb) Diskrepanz von Vermögenslosigkeit und Masselosigkeit	239
cc) Bisherige Vorschläge zur Verbesserung des Gläubigerschutzes in der masselosen Insolvenz	241
b) Eigener Vorschlag: Angleichung der Rechtsfolgen des Liquidations- an das Insolvenzrecht durch Einführung eines liquidationsrechtlichen Nachrangs	242
aa) Der Vorschlag im Überblick	243
bb) Konkretisierung des Vorschlags: Die Einführung eines liquidationsrechtlichen Nachrangs en détail	244
aaa) Zeitliche Beschränkung des Nachrangs	245

bbb) Schutz der nachrangigen Gläubiger vor verzögerter Ingangsetzung des Sperrjahres	246
ccc) Verzinsung nachrangiger Forderungen für die Dauer des Sperrjahres	248
cc) Absicherung des liquidationsrechtlichen Nachrangs	250
aaa) Absicherung durch liquidationsrechtliches Vollstreckungsverbot	250
bbb) Absicherung durch Vollstreckungsabwehrklage und Drittvollstreckungsabwehrklage	251
(1) Vollstreckungsabwehrklage der Gesellschaft (§ 767 ZPO)	251
(2) Herleitung und Funktionsweise einer sog. „Dritt vollstreckungsabwehrklage“	252
(3) Verlängerte (Dritt-)Vollstreckungsabwehrklage, Verhältnis zur Gläubigeranfechtung nach dem AnfG	254
(a) Verlängerte Dritt vollstreckungsabwehrklage	254
(b) Verhältnis der verlängerten Dritt vollstreckungsabwehrklage zur Anfechtung nach dem AnfG	255
(4) Berechtigung nachrangiger Gläubiger zur Erhebung der (verlängerten) Dritt vollstreckungsabwehrklage gegen einen vollstreckenden Konkurrenten?	256
(5) Zusammenfassung zur (Dritt-)Vollstreckungsabwehrklage	257
ccc) Absicherung durch Anfechtung (§§ 6, 10 AnfG)	257
3. Zusammenfassung der vorgeschlagenen Maßnahmen	257

§ 9 Das Schädigungspotential informationsprivilegierter Kapitalgeber und dessen Kompensation durch die Erhöhung des Anfechtungsrisikos in Liquidation und Insolvenz der Gesellschaft	258
I. Schädigungspotential informationsprivilegierter Kapitalgeber	259
1. Konkretisierung der Merkmale „Informationsprivileg“ und „Kapitalgeber“	259
a) Merkmal „Kapitalgeber“	260
b) Merkmal „Informationsprivileg“, Abgrenzung eines informationsprivilegierten von einem normal-informierten Gläubiger, Orientierung am Maßstab des § 136 InsO i.V.m. §§ 230 ff. HGB	261
aa) Analyse der informationsrelevanten Tatbestandsmerkmale des § 136 InsO i.V.m. §§ 230 ff. HGB	262
bb) Kriterien zur Abgrenzung normal-informierter von informationsprivilegierten Kapitalgebern	263
cc) Rechtsgrund des Informationsprivilegs	263
c) Fallgruppen informationsprivilegierter Kapitalgeber	264
2. Typen informationsprivilegierter Kapitalgeber	265
a) Informationsprivilegiert-risikobereite Kapitalgeber	265
b) Nur-informationsprivilegierte Kapitalgeber	265
3. Schädigungspotential informationsprivilegierter Kapitalgeber	266
a) Schädigungspotential im Insolvenzverfahren	266
aa) Schädigung durch Missachtung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung	266
bb) Schädigung durch Entgegennahme inkongruenter Deckungen	267
cc) Fazit	268
b) Schädigungspotential in der (masselosen) Liquidation	268
4. Erheblichkeit der Finanzierungscausa?	269
5. Zusammenfassung	270

II. Verringerung des Schädigungspotentials durch Erhöhung des Anfechtungsrisikos	271
1. Vorschläge zur Erhöhung des Anfechtungsrisikos	271
a) Verzicht auf subjektive Tatbestandsmerkmale	271
aa) Erhöhung des Anfechtungsrisikos durch Verzicht auf subjektive Tatbestandsmerkmale	272
bb) Erhöhte Effizienz und Praktikabilität der Anfechtungsnorm bei Verzicht auf subjektive Tatbestandsmerkmale	273
b) Differenzierung nach Gläubigertypen und Schädigungspotential	273
c) Zusammenfassung der Vorschläge und Fortgang der Untersuchung	274
2. Umsetzung der Vorschläge durch Modifikation und Ergänzung bestehender Anfechtungsvorschriften	275
a) Anfechtung gegenüber informationsprivilegiert-risikobereiten Kapitalgebern	275
aa) Die bestehenden Anfechtungsregeln des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO und des § 6 Abs. 1 Nr. 2 AnfG	276
aaa) Anfechtbarkeit einer Darlehenstilgung gegenüber Gesellschafter-Darlehensgebern	276
(1) Anfechtbarkeit aufgrund von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	276
(2) Anfechtbarkeit aufgrund von § 6 Abs. 1 Nr. 2 AnfG	277
bbb) Rückgewähr der Darlehenstilgung, Wiederaufleben des Darlehensrückerstattungsanspruchs	277
ccc) Sinn und Zweck der §§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, 6 Abs. 1 Nr. 2 AnfG	278
bb) Defizite des geltenden Rechts, Bestimmung des Modifikationsbedarfs	279
cc) Änderungsvorschlag zu den §§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, 6 Abs. 1 Nr. 2 AnfG	280
aaa) Neufassung der Vorschriften de lege ferenda	281
bbb) Sinn und Zweck der modifizierten Vorschriften	282

ccc) Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen insolvenz- und liquidationsrechtlichem Kontext, Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen inkongruenten und kongruenten Deckungen?	283
dd) Fazit	286
b) Anfechtung gegenüber nur-informationsprivilegierten Kapitalgebern	286
aa) Die bestehende Regelung des § 136 InsO	287
aaa) Regelungsgehalt	287
bbb) Sinn und Zweck des § 136 InsO	288
ccc) Analoge Anwendung des § 136 InsO auf vergleichbare Sachverhalte?	290
bb) Defizite des geltenden Rechts, Bestimmung des Modifikationsbedarfs	291
aaa) Unzureichender Adressatenkreis	291
bbb) Das anwendungshindernde Tatbestandsmerkmal der Auflösung der stillen Gesellschaft durch „besondere Vereinbarung“	292
ccc) Fehlende Parallelvorschrift im AnfG	292
cc) Änderungsvorschlag: Beseitigung der Defizite durch Modifikation des § 136 InsO und Einführung einer anfechtungsrechtlichen Parallelvorschrift	293
aaa) Neufassung des § 136 InsO	293
(1) Erweiterung des Adressatenkreises	293
(2) Anfechtung inkongruenter und kongruenter Deckungen	293
(3) Konkreter Normierungsvorschlag	295
(4) Erläuterungen zur vorgeschlagenen Neufassung	296
bbb) Einführung eines außerinsolvenzlichen Anfechtungstatbestandes zu Lasten „nur“-informationsprivilegierter Kapitalgeber	297
(1) Unterschiede zwischen insolvenz- und anfechtungsrechtlichem Kontext	298

(2) Konkreter Normierungsvorschlag	299
(3) Erläuterungen zum vorgeschlagenen neuen Anfechtungstatbestand des § 6 b AnfG-V	299
dd) Beispielhafte Einordnung informationsprivilegierter Kapitalgeber in den Anwendungsbereich der §§ 136 InsO-V, 6 b AnfG-V	300
III. Zusammenfassung	301
Viertel Teil: Schluss	304
§ 10 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	304
I. Zusammenfassung	304
II. Ergebnisse des ersten und zweiten Teils (§§ 1-5)	305
1. Begriff „Hybridkapital“	305
2. Die Rechtslage bezüglich echten und unechten Hybridkapitals vor und nach Inkrafttreten des MoMiG	305
III. Ergebnisse des dritten Teils (§§ 6-9)	306
1. Das Schädigungspotential der Anteilseigner und dessen Kompensation durch letztrangige Befriedigung (§ 7)	307
2. Das Schädigungspotential atypisch-risikobereiter Kapitalgeber und dessen Kompensation durch nachrangige Befriedigung (§ 8)	308
3. Das Schädigungspotential informationsprivilegierter Kapitalgeber und dessen Kompensation durch erhöhtes Anfechtungsrisiko (§ 9)	312
Literaturverzeichnis	317
Register	333