

1	Einführung	1
1.1	Das Risikopotential als Verbindungselement	2
1.2	Ziel der Arbeit	3
1.3	Untersuchungsumfang	5
1.4	Gang der Untersuchung	5
2	Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes	9
2.1	Systematisierung von Eigen- und Fremdkapital	9
2.1.1	Keine einheitliche Definition	10
2.1.2	Unterschiede von Eigen- und Fremdkapital	11
2.1.2.1	Merkmal der geschützten Rechtsposition und der vertraglichen Grundlage	12
2.1.2.2	Merkmal der Haftung	13
2.1.2.3	Merkmal der Bindung des Kapitals	14
2.1.2.4	Merkmal der Ergebnisabhängigkeit	15
2.1.2.5	Merkmal der Verwaltungsrechte	16
2.1.2.6	Wirtschaftliche Funktion von Eigenkapital	18
2.1.3	Zwischenergebnis	19
2.2	Bedarf und Gruppierung von Formen zwischen klassischem Eigen- und Fremdkapital	20
2.2.1	Unternehmerische Bedürfnisse zur Entscheidung für hybride Kapitalformen und historischer Zusammenhang	20
2.2.2	Bisher bestehende Gruppierungen der Mischformen	22
2.2.2.1	Mittelbare Beteiligungsformen	23

2.2.2.2	Hybride oder Mezzanine-Finanzierungsformen	24
2.2.2.3	Weitere Gruppierungsansätze	26
2.2.2.4	Zwischenergebnis	27
2.3	Einführung des Begriffs der „wirtschaftlich-virtuellen“ Gesellschafter	27
2.3.1	Eigenkapitalähnlichkeit geldwerter Ansprüche der Gläubiger	28
2.3.1.1	Ergebnisbezogene Vergütung	30
2.3.1.2	Verlustbeteiligung des Gläubigers	31
2.3.2	Fremdkapitalähnlichkeit auf verwaltungsrechtlicher Ebene	33
2.3.3	Das Konfliktpotential aus Eigen- und Fremdkapitalähnlichkeit	34
2.3.4	Untersuchungsgegenstand und Übertragbarkeit	36
2.3.5	Merkmale der „wirtschaftlich-virtuellen“ Gesellschafter	37
3	Ausgestaltungsformen der „wirtschaftlich- virtuellen“ Gesellschafter	39
3.1	Stille Gesellschaft	39
3.1.1	Begriffliche Einordnung	42
3.1.2	Ausgestaltung der geldwerten Ansprüche des stillen Gesellschafters	43
3.1.2.1	Vergütung des stillen Gesellschafters	44
3.1.2.1.1	Gewinn- und Verlustbeteiligung während der Laufzeit der Gesellschaft	45
3.1.2.1.2	Berechnung von Gewinn und Verlust	46
3.1.2.2	Beendigung der stillen Gesellschaft	48
3.1.3	Verwaltungsrechtliche Ausgestaltung	49
3.1.4	Zwischenergebnis	52
3.2	Genussrechte	52
3.2.1	Begriffliche Einordnung	52
3.2.2	Abgrenzung zur stillen Gesellschaft	54
3.2.3	Ausgestaltung geldwerter Ansprüche der Genussrechtsinhaber	57
3.2.3.1	Vergütung des Genussrechtsinhabers	58

3.2.3.2	Verlustbeteiligung des Genussrechtsinhabers	61
3.2.3.2.1	Variables Kapitalkonto	61
3.2.3.2.2	Die Klöckner-Rechtsprechung zur Tragweite der Verknüpfung von Genusskapital mit dem Grundkapital	63
3.2.4	Verwaltungsrechtliche Ausgestaltung	65
3.2.5	Zwischenergebnis	68
3.3	Anleihen	68
3.3.1	Festverzinsliche Anleihen	69
3.3.2	Nicht festverzinsliche Anleihen	69
3.3.3	Gewinnschuldverschreibungen	70
3.3.4	Hybridanleihen	71
3.3.5	Wandel- und Umtauschanleihen	72
3.3.6	Zwischenergebnis	72
3.4	Partiarisches Darlehen	72
3.4.1	Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten	73
3.4.1.1	Abgrenzung zur stillen Gesellschaft	73
3.4.1.2	Abgrenzung zum Genussrecht	76
3.4.2	Ausgestaltung der geldwerten Ansprüche des partiarischen Darlehensgebers	77
3.4.3	Verwaltungsrechtliche Ausgestaltung	78
3.4.4	Zwischenergebnis	78
3.5	Unterbeteiligungen	78
3.5.1	Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten	80
3.5.1.1	Abgrenzung zur stillen Gesellschaft	80
3.5.1.2	Abgrenzung zum partiarischen Darlehen	81
3.5.1.3	Abgrenzung zur Treuhand	82
3.5.2	Ausgestaltung geldwerter Ansprüche von Unterbeteiligten	82
3.5.3	Verwaltungsrechtliche Ausgestaltung	85
3.5.3.1	Ebene der Hauptgesellschaft	85
3.5.3.2	Ebene des Unterbeteiligungsverhältnisses	86
3.5.4	Rechtsverhältnis zur Gesellschaft	88
3.5.5	Zwischenergebnis	90
3.6	Andere vertragliche Gestaltungen	90
3.6.1	Ehemaliger Geschäftsführer mit Tantiemeansprüchen	91

3.6.1.1	Verwaltungsrechtliche Voraussetzung und Ausgestaltung der geldwerten Ansprüche im konkreten Fall	93
3.6.1.2	Vertragsform zwischen Eigen- und Fremdkapital	93
3.6.1.2.1	Ansichten der Vorinstanzen	93
3.6.1.2.2	Stellungnahme	94
3.6.1.3	Schlussfolgerungen für die Untersuchung	97
3.6.2	Mitarbeiter- und Managementbeteiligungen	97
3.6.3	Initial Coin Offerings	100
3.7	Zwischenergebnis	101
4	Schutzbedürftigkeit der „wirtschaftlich-virtuellen“	
	Gesellschafter	103
4.1	Kein spezialgesetzlich vollumfänglicher Schutz	104
4.2	Beeinflussende Maßnahmen	107
4.2.1	Einflussnahme auf die Gewinnermittlung: bilanzpolitische Maßnahmen	107
4.2.1.1	Risikopotential bilanzpolitischer Maßnahmen	108
4.2.1.1.1	Mögliche bilanzpolitische Maßnahmen	108
4.2.1.1.2	Zuständigkeit für bilanzpolitische Maßnahmen	112
4.2.1.1.3	Zwischenergebnis	114
4.2.1.2	Bereits bestehende Grenzen der Maßnahmen	114
4.2.1.2.1	Materielle Schranken der bilanzpolitischen Maßnahmen	115
4.2.1.2.2	Rechtsfolge von Verstößen gegen Bilanzierungsregelungen und deren Geltendmachung	118
4.2.1.3	Risikobelastung für den „wirtschaftlich-virtuellen“ Gesellschafter	125
4.2.1.4	Konkretes Beispiel: Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken gem. § 340 g HGB	126
4.2.1.4.1	Genussscheine bei der IKB Deutsche Industriebank AG	126

4.2.1.4.2	Stille Einlagen und Namensgenussscheine bei der HSH Nordbank AG	128
4.2.1.4.3	Streit um den Schutz im Rahmen von § 340 g HGB	130
4.2.1.4.4	Streit um den vertraglich gewährleisteten Schutz in den Genussscheinbedingungen	132
4.2.1.5	Konkretes Beispiel: Wertberichtigungen auf Schuldtitel	134
4.2.2	Einflussnahme auf das Jahresergebnis im Rahmen der Gewinnverwendung	136
4.2.2.1	Risikopotential von Maßnahmen der Gewinnverwendung	136
4.2.2.1.1	Konkrete Maßnahmen	136
4.2.2.1.2	Zwischenergebnis	139
4.2.2.2	Bereits bestehende Grenzen der Maßnahmen	139
4.2.2.2.1	Aktiengesellschaft	139
4.2.2.2.2	GmbH	140
4.2.2.2.3	Personenhandelsgesellschaften	141
4.2.2.2.4	Bestehendes Schutzniveau für „wirtschaftlich-virtuelle“ Gesellschafter	141
4.2.2.3	Risikobelastung für den „wirtschaftlich-virtuellen“ Gesellschafter	144
4.2.3	Maßnahmen aufgrund von Leistungsbeziehungen des Unternehmens	144
4.2.3.1	Leistungsbeziehungen zu Gesellschaftern und verbundenen Unternehmen	145
4.2.3.1.1	Leistungsbeziehungen zu Gesellschaftern und verbundenen Unternehmen in der GmbH	145
4.2.3.1.2	Leistungsbeziehungen zu Gesellschaftern und verbundenen Unternehmen in der AG	149

4.2.3.1.3	Leistungsbeziehungen zu Gesellschaftern und verbundenen Unternehmen in Personenhandelsgesellschaften	153
4.2.3.1.4	Bereits bestehende Grenzen der Maßnahmen für „wirtschaftlich-virtuelle“ Gesellschafter	155
4.2.3.1.5	Risikobelastung für den „wirtschaftlich-virtuellen“ Gesellschafter	157
4.2.3.2	Zeitlich nachgelagerte Leistungsbeziehungen zu weiteren erfolgsabhängigen Gläubigern	158
4.2.3.2.1	Risikopotential zeitlich nachgelagerter Leistungsbeziehungen	158
4.2.3.2.2	Bereits bestehende Grenzen der Maßnahmen für einzelne „wirtschaftlich-virtueller“ Gesellschafter	158
4.2.3.2.3	Risikobelastung für den „wirtschaftlich-virtuellen“ Gesellschafter	161
4.2.4	Maßnahmen im Konzern	161
4.2.4.1	Risikopotential von Maßnahmen im Konzernverbund	161
4.2.4.1.1	Thesaurierung der Gewinne in Tochtergesellschaften	162
4.2.4.1.2	Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge	163
4.2.4.2	Bereits bestehende Grenzen in den untersuchten Konzernsachverhalten	164
4.2.4.2.1	Grenzen bei übermäßiger Thesaurierung auf Ebene der Tochtergesellschaft	164

4.2.4.2.2	Grenzen im Falle von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen	166
4.2.4.3	Risikobelastung für den „wirtschaftlich-virtuellen“ Gesellschafter	173
4.2.4.3.1	Übermäßige Thesaurierung in der Tochtergesellschaft	173
4.2.4.3.2	Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag	174
4.2.4.3.3	Isolierter Gewinnabführungsvertrag	174
4.2.5	Zeitliche Beeinflussung	174
4.2.5.1	Risikopotential zeitlicher Verschiebung der erfolgsbeeinflussenden Maßnahmen	174
4.2.5.2	Bereits bestehende Grenzen der Maßnahmen	175
4.2.5.3	Risikobelastung für den „wirtschaftlich-virtuellen“ Gesellschafter	175
4.3	Vertraglich gewährter Schutz	176
4.4	Allgemeine Überlegungen zur Schutzbedürftigkeit	181
4.4.1	Kein ausreichender Schutz durch den Kapitalmarkt	181
4.4.2	Kein Widerspruch zum Grundsatz der Vertragsfreiheit	182
4.4.3	Die stille Gesellschaft als Grundtyp	183
4.5	Strukturelles Schutzbedürfnis der „wirtschaftlich-virtuellen“ Gesellschafter	184
5	Schutz gewährende allgemeine zivilrechtliche Ansprüche und deren Geltendmachung	187
5.1	Zivilrechtliche Ansprüche für den Schutz „wirtschaftlich-virtueller“ Gesellschafter	187
5.1.1	Grundlegendes Meinungsspektrum betreffend den allgemein gewährten Schutz	188
5.1.2	Diskutierte Regelungen auf Primäranspruchsebene	192
5.1.2.1	Vertragliche Pflichten der Gesellschaft gegenüber „wirtschaftlich-virtuellen“ Gesellschaftern	192

5.1.2.2	Bestimmung der Leistung durch eine Partei nach billigem Ermessen gem. § 315 Abs. 3 BGB	195
5.1.2.3	Verhinderung des Bedingungseintritts nach Treu und Glauben gem. § 162 Abs. 1 BGB	197
5.1.2.3.1	Anwendbarkeit des § 162 BGB auf andere „wirtschaftlich-virtuelle“ Gesellschafter	197
5.1.2.3.2	Beurteilung der Treuwidrigkeit im Rahmen von § 162 BGB	199
5.1.2.4	Zwischenergebnis	202
5.1.3	Diskutierte Regelungen auf Sekundäranspruchsebene	202
5.1.3.1	Schutz durch Schadenersatzanspruch aus § 826 BGB	203
5.1.3.1.1	Der Tatbestand des § 826 BGB	203
5.1.3.1.2	Grenze der Haftung aus § 826 BGB	206
5.1.3.1.3	Kritik an der Anwendung des § 826 BGB	207
5.1.3.1.4	Zwischenergebnis	210
5.1.3.2	Schutz durch Schadenersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	210
5.1.3.2.1	Die Sorgfalts- und Verhaltenspflichten der Klöckner-Rechtsprechung	211
5.1.3.2.2	Kritische Stimmen zur Klöckner Rechtsprechung	216
5.1.3.3	Deckungsgleiche Schäden bei Gesellschaft und „wirtschaftlich-virtuellem“ Gesellschafter	219
5.1.3.4	Schuldner	219
5.1.4	Allgemeiner gesetzlicher Mindestschutz vor missbräuchlicher Schädigung	219
5.1.4.1	Anwendung des § 138 BGB	220
5.1.4.2	Anwendung des § 226 BGB	220
5.1.4.3	Anwendung des § 242 BGB	221
5.1.5	Zahlungsanspruch: Erfüllung oder Schadensersatz	223

5.1.6	Zwischenergebnis	224
5.2	Problem der Nachweisbarkeit	225
5.2.1	Beweislastverteilung bezüglich der möglichen Rechtsgrundlagen	226
5.2.2	Lösung über Beweiserleichterung der „Sphärentheorie“ und Beweislastumkehr	228
5.2.3	Darlegungslast und Indizienbeweis	229
5.2.3.1	Darlegung mittels Indizien	229
5.2.3.2	Darlegungslast anhand konkreter Beispiele	231
5.2.3.2.1	IKB Deutsche Industriebank AG	231
5.2.3.2.2	HSH Nordbank AG	233
5.2.3.2.3	Außerordentlich gekündigter Geschäftsführer	234
5.2.3.2.4	Zusammenfassung	234
5.2.4	Vorschlag einer Veränderung der Darlegungslast zugunsten der „wirtschaftlich-virtuellen“ Gesellschafter	235
5.2.4.1	Herleitung des Schutzes „wirtschaftlich-virtueller“ Gesellschafter	236
5.2.4.1.1	Rechtsgedanke der sekundären Darlegungslast	237
5.2.4.1.2	Rechtsgedanke anderer Beweiserleichterungen und des Anscheinsbeweises	239
5.2.4.1.3	Rechtsgedanke der Interessenabwägung in bestimmten gesellschaftsrechtlichen Konstellationen	240
5.2.4.1.4	Darlegungs- und Beweislastverteilung im Rahmen von § 315 BGB	251
5.2.4.1.5	Wertung aus der Kernbereichslehre im Personengesellschaftsrecht	251
5.2.4.2	Das grundlegende Prinzip zum Schutz „wirtschaftlich-virtueller“ Gesellschafter	254

5.2.4.3	Festlegung der konkreten Darlegungslast in ausgewählten Fällen	257
5.2.4.3.1	Verdeckte Gewinnausschüttung und Entnahmeproblematik	257
5.2.4.3.2	Korrekturen von Verrechnungspreisen im Konzern	258
5.2.4.3.3	Durchbrechung der Stetigkeit bilanzieller Maßnahmen	259
5.2.4.3.4	Vertikale und horizontale Betrachtung bei Gewinnverwendungen	260
5.3	Überprüfung der Ergebnisse	262
5.3.1	Rechtsdogmatische Überprüfung	262
5.3.1.1	Vertragsfreiheit als Schranke des Schutzes „wirtschaftlich-virtueller“ Gesellschafter	262
5.3.1.2	Einflussnahme Dritter als rechtliches Problem	263
5.3.1.2.1	Argument des Abspaltungsverbotes	263
5.3.1.2.2	Argument der Verbandssouveränität	264
5.3.1.2.3	Eingriff in das unternehmerische Ermessen und den Handlungsspielraum der Geschäftsleitung	265
5.3.1.3	Zumutbarkeit der Darlegungslast für die Beklagte	265
5.3.1.4	Überdehnung des bestehenden Informationsanspruchs	267
5.3.2	Rechtstatsächliche Überprüfung	269
6	Ergebnis: Materieller und prozessualer Schutz	
	„wirtschaftlich-virtueller“ Gesellschafter	273
	Literaturverzeichnis	285