

Der vertragliche Nachrang von Forderungen

Über Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Forderungssubordination bei Nachrangdarlehen, Finanzplankredit, Mezzanine-Finance und Rangrücktritt

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs

Rechts- und Wirtschaftswissenschaften

der Johannes Gutenberg-Universität

Mainz

vorgelegt von

Dr. Christian Mayer, M. Jur (Oxford)

Vormals wissenschaftlicher Mitarbeiter in Mainz

2007

Erstberichterstatter:

Prof. Dr. iur

Zweitberichterstatter:

Prof. Dr. iur

Tag der mündlichen Prüfung: 24.07.2007

*Subordination is a device by which lawyers enhance
productive capacity through ideas and words**

* US Court of Appeals for the Ninth Circuit,
Security Pacific National Bank v. The Resolution Trust Corp.,
1995

Inhalt

EINLEITUNG UND THEMENSTELLUNG	12
<i>A. Gegenstand der Untersuchung.....</i>	<i>12</i>
<i>B. Zum derzeitigen Rechtsstand der Forderungssubordination</i>	<i>14</i>
I. Fragmentarische Regelung der Subordination von Forderungen durch den Gesetzgeber.....	14
II. Behandlung der Subordination von Forderungen in Rechtsprechung und Literatur	17
1. Subordination unter einzelne Forderungen.....	17
a) Rechtsprechung.....	18
b) Literatur.....	19
2. Subordination gegenüber allen gegenwärtigen und künftigen Forderungen aller anderen Gläubiger..	20
a) Rechtsprechung.....	20
b) Literatur.....	21
<i>C. Anliegen der Untersuchung, Gang der Darstellung und erste Eingrenzung des Themas.....</i>	<i>22</i>
I. Anliegen der Untersuchung	22
II. Gang der Darstellung	24
III. Eingrenzung des Themas.....	28
1. TEIL SYSTEMATISCHE GRUNDLEGUNG UND KONSTELLATIONEN	
RECHTSGESCHÄFTLICHER SUBORDINATION VON FORDERUNGEN	30
I. KAPITEL ERSTER TEIL DER SYSTEMATISCHEN GRUNDLEGUNG: DER RANG ALS ALLGEMEINES RECHTSPROBLEM.....	30
<i>A. Einleitung und Problemstellung: Zur Bedeutung gesetzlicher Rangkonstellationen für die rechtsgeschäftliche Subordination von Forderungen.....</i>	<i>30</i>
<i>B. Vorrang und Nachrang als Rechtstechnik zur Bewältigung der Kollision von Rechten.....</i>	<i>32</i>
I. Einleitung	32
II. Kollisionsvermeidende und kollisionssteuernde Regeln im geltenden Zivilrecht.....	34
III. Zur Kollision von Forderungsrechten.....	36
V. Zusammenfassung.....	39
<i>C. Rangbegründende und rangsichernde Regelungen im deutschen Recht</i>	<i>39</i>
I. Die Regelungen im Überblick	39
II. Rang und Rangänderung von Rechten an Grundstücken	41
1. Inhalt der Regelung	41
2. Rangwirkung.....	42
3. Bestimmung des Rangs von Grundstücksrechten	43
a) Einführung und Problemaufriss	43
b) Die Konsequenzen der unterschiedlichen Theorien für die Rechtsfolgen fehlerhafter Eintragungen	45
c) Stellungnahme.....	47
4. Die Rechtsnatur des Rangs von Grundstücksrechten.....	51
5. Die Änderung des Rangs von Grundstücksrechten.....	52
III. Rang und Rangänderung sonstiger dinglicher Rechte, insbesondere von Pfandrechten.....	53
1. Rangverhältnis nach Altersvorzug	53
2. Rechtsgeschäftliche Rangänderung bei Mobiliarpfandrechten und sonstigen dinglichen Rechten.....	54

3. Der Rang von Pfandrechten und Nießbräuchen an Forderungen	55
IV. Der Rang von Forderungen in der Insolvenz.....	56
V. Der Grundsatz des nemo subrogat contra se	60
1. Anwendungsfälle und Grundgedanke der Subrogationsklausel.....	60
2. Vorrang und Nachrang in Bezug auf die der Forderung dienenden Sicherheiten.....	61
3. Der durch die Subrogationsklausel begründete gesetzliche Forderungsrang	62
a) Der Anwendungsbereich des Nachrangs der Forderung.....	62
b) Zur Rechtsnatur des durch die Subrogationsklausel begründeten Forderungsranges.....	63
c) Die Wirkung des Forderungsranges, insbesondere in der Insolvenz des Schuldners	65
d) Stellungnahme	66
VI. Der Rang der Unterhaltsansprüche	68
<i>D. Erstes Zwischenergebnis: Ranginhalt, Rangänderung und Rangwirkung - Unterschiede und Gemeinsamkeiten des Rangs von Rechten und Forderungen</i>	<i>69</i>
2. KAPITEL ZWEITER TEIL DER SYSTEMATISCHEN GRUNDLEGUNG: FREMDKAPITAL, EIGENKAPITAL, MEZZANINE-FINANCE UND DIE FINANZIERUNGSFREIHEIT DES GESELLSCHAFTERS	73
A. Einführung	73
B. Fremdkapital, Eigenkapital und Quasi-Eigenkapital	76
I. Einleitung und Problemstellung	76
II. Grundlegung und erste begriffliche Klärung.....	80
1. Das Fehlen einer gesetzlichen Definition des Eigenkapitals als Ausgangspunkt	80
2. Eigenkapital als rechtsformübergreifendes Problem.....	81
3. Eigenkapital und Nominalkapital.....	84
4. Zur Bedeutung der Rechnungslegung für die Bestimmung des Eigenkapitals	85
a) Eigenkapital als Differenz von Vermögen und Schulden	85
b) Eigenkapital als Rechenziffer.....	85
c) Bilanzielles und „tatsächliches“ Eigenkapital	86
III. Merkmale des Eigenkapitals	87
1. Eigenkapitaltypischer Nachrang in Insolvenz und Liquidation	87
2. Verlustbeteiligung	90
3. Eigenkapitaltypische Bindung	91
a) Dauerhafte Überlassung	91
b) Kapitalerhaltung	92
4. Erfolgsabhängigkeit der Vergütung	97
5. Eigenkapital als Anknüpfung mitgliedschaftlicher Beteiligungsrechte.....	97
IV. Die Abgrenzung von Fremdkapital und Eigenkapital.....	98
1. Einführung	98
2. Eigenkapital als Risikokapital und Eigenkapital kraft Beitragscharakters der Kapitalleistung – die Konzeptionen von Swoboda und Sieker	99
3. Bestimmung des Eigenkapitals durch Gesamtabwägung – Eigenkapitalcharakter auch bei zeitlich befristeter Überlassung.....	101
4. Der Eigenkapitalbegriff nach IFRS	102
a) Rechtsnatur und Anwendungsbereich der IFRS.....	102
b) Die Grenzziehung zwischen Eigenkapital und Fremdkapital nach derzeitigem Stand der IFRS ..	103
c) Der Vorschlag des International Accounting Standards Board zur Reform von IAS 32.....	104

5. Eigener Ansatz: Das Fehlen einseitiger Rückforderungsrechte als notwendiges Merkmal des Eigenkapitals	105
<i>C. Finanzierungsfreiheit und Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters</i>	108
I. Zum Grundsatz der Finanzierungsfreiheit	108
II. Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters - Bindung und Nachrang durch die Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen	109
1. Einführung	109
2. Rechtsfolgen, Tatbestand und Anwendungsbereich im Überblick	110
a) Rechtsfolgen.....	110
b) Tatbestand.....	111
c) Adressaten der Regeln über Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen.....	112
3. Das geltende Eigenkapitalersatzrecht in der Kritik: Komplexität, Rechtsgrund und Korrelation von Rechtsgrund und Rechtsfolgen	112
a) Einleitung	112
b) Finanzierungsfolgenverantwortung als Aufgreifkriterium und sachlicher Grund der Rückstufung von Gesellschafterdarlehen.....	113
c) Kritik am Grundsatz der Finanzierungsfolgenverantwortung	114
(1) Die These der Eigenkapitalfunktion von Gesellschafterdarlehen	115
(2) Kritik an der These der Eigenkapitalfunktion von Gesellschafterdarlehen	115
d) Zur Legitimität des Analogieschlusses aus §§ 30, 31 GmbHG im Kapitalersatzrecht.....	116
4. Die alternativen Begründungen durch Fastrich und Haas	118
5. Nachrang von Gesellschafterdarlehen in der Unternehmenskrise als offene Rechtsfortbildung	119
III. Weitere Fälle der normativen „Quasi-Eigenkapital“ Bindung von Finanzierungsmitteln?.....	122
1. Finanzierungen, die unbefristet und unkündbar sind	122
2. Finanzplanfinanzierungen.....	123
a) Grundtatbestand der Finanzplanfinanzierung	123
b) Normative Eigenkapitalbindung von Finanzplankrediten	124
(1) Die Konzeption von Holger Fleischer: Das Verbot der Risikoabwälzung als Rechtsgrund der Bindung	124
(2) Finanzplanbindung als Unterfall des funktionellen Eigenkapitals	126
c) Der rechtsgeschäftliche Nachrang als konstitutives Kriterium nachrangiger Finanzplankredite..	127
d) Besonderheiten der Rangvereinbarung im Rahmen von Finanzplanfinanzierungen	130
<i>D. Mezzanine Finance</i>	131
I. Mezzanine Finance als unspezifische Sammelbezeichnung.....	132
II. Der Nachrang als konstitutives Kriterium von Mezzanine Kapital?	133
<i>E. Zweites Zwischenergebnis: Eigenkapital, gesetzlicher Nachrang und rechtsgeschäftliche Subordination</i>	137
3. KAPITEL DER RANGRÜCKTRITT ZUR VERMEIDUNG DER ÜBERSCHULDUNG	140
A. Einführung	140
B. Der wirtschaftliche Hintergrund: Feststellung und Folgen der Überschuldung	141
C. Inhalt der rechtlichen Vereinbarung im Überblick.....	142
D. Insbesondere: Umfang, Dauer und Tiefe des Nachrangs.....	143
I. Umfang der Subordination: Die betroffenen Forderungen	143
II. Beginn, Tiefe und Ende der Subordination	144
1. Beginn der Nachrangbindung	144

a) Einführung.....	144
b) Ziel und Zweck der Überschuldungsmessung als Entscheidungsmaßstab.....	144
c) Keine Neubewertung durch die Nichtberücksichtigung von Gesellschafterdarlehen nach dem Reformvorschlag zum Recht eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen.....	145
d) Zusammenfassung	146
2. Zur erforderlichen Tiefe des Nachrangs	147
a) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Insolvenzordnung.....	147
b) Die vier Strömungen des Schrifttums	149
c) Stellungnahme.....	150
3. Dauer der Bindung	152
4. KAPITEL NACHRANGDARLEHEN UND NACHRANGIGE GENUSSRECHTE	155
A. Wirtschaftlicher Hintergrund und Parteinteresse.....	155
B. Die Nachrangvereinbarung als konstitutives Merkmal nachrangiger Darlehen und nachrangiger Genussrechte	157
C. Der Sonderfall nachrangiger Bank- und Versicherungsverbindlichkeiten: Nachrangige Verbindlichkeiten als aufsichtsrechtliche Eigenmittel.....	158
I. Die internationalen Vorgaben für die Bank- und Versicherungsaufsicht	158
II. Die Zuordnung nachrangiger Verbindlichkeiten zu den verschiedenen Eigenmittelkategorien.....	159
III. Inhaltliche Voraussetzungen für die Anerkennung als Ergänzungskapital und als Drittrangmittel – Umfang und Dauer der Nachrangbindung.....	160
IV. Zum Rechtsgrund der Nachrangbindung	162
V. Exkurs: Zur Rechnungslegung von Banken und Versicherungen	164
5. KAPITEL DER VEREINBARETE NACHRANG GEGENÜBER SPEZIFISCHEN FORDERUNGEN	165
A. Die Subordination unter spezifische vorrangige Forderungen im Überblick.....	165
B. Wirtschaftlicher Hintergrund und typisches Parteinteresse bei Forderungssubordination mit spezifischem Nachrang	166
I. Einführung.....	166
II. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. 4. 1998.....	167
2. TEIL: RECHTSVERGLEICHENDE BETRACHTUNG.....	170
6. KAPITEL DIE RECHTSGESCHÄFTLICHE SUBORDINATION NACH ANGLOAMERIKANISCHEM RECHT ...	170
A. Der institutionelle Rahmen des us-amerikanischen Rechts	171
I. Das zur Entscheidung über Fragen der Forderungssubordination berufene Recht	171
II. Gerichtszuständigkeit, Instanzenzug und Stellung der Konkursgerichte	172
1. Gerichtszuständigkeit und Instanzenzug.....	172
2. Die Stellung der Konkursgerichte als Courts of Equity.....	173
B. Inhalt, dogmatische Einordnung und ausgewählte Rechtsprobleme der contractual debt subordination nach us-amerikanischem Recht.....	175
I. Der Inhalt der Forderungssubordination	175
II. Zur Rechtsnatur der Subordination	176
1. Sicherungsrecht des Vorranggläubigers an der auf die Nachrangforderung entfallenden Insolvenzquote aus Treu und Glauben (equitable lien).....	177
2. Abtretung aus Treu und Glauben (equitable assignment)	178
3. Constructive Trust	180

4. Die Einordnung der Subordination als Vertrag	181
III. Ausgewählte Rechtsproblem der contractual debt subordination und deren Lösung nach us-amerikanischem Recht	184
1. Double dividends rule und Insolvenz des Schuldners.....	184
2. Zum Schutz der nachrangigen Gläubiger	185
3. Rechtsgeschäftliche Subordination und Insolvenz des nachrangigen Gläubigers	186
a) Einführung und Problemaufriss	186
b) Die durch UCC sec. 1-209 vorgezeichnete Lösung	188
c) Besonderheiten nach der <i>D'Oench Duhme</i> Doktrin.....	189
<i>C. Gültigkeit und Rechtsfolgen einer Rangvereinbarung nach englischem Recht</i>	<i>190</i>
I. Rechtsgeschäftliche Subordination, pari-passu principle und die Effizienz in Insolvenzverfahren	190
1. Begrenzte Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Rangabsprachen aus Gründen des öffentlichen Interesses?	190
a) Die Entscheidung in Sachen <i>British Eagle</i> und die pari-passu rule in der Insolvenz des Schuldners	190
b. Die Entscheidung in Sachen <i>British Eagle</i> und die Insolvenz des Nachranggläubigers.....	191
c) Die Entscheidung in Sachen <i>Halesowen</i> und der Grundsatz des effizienten Insolvenzverfahrens	191
2. Gegenläufige Tendenzen in Rechtsprechung und Literatur – der Weg zu <i>Squires v. AIG</i>	192
II. Das englische Recht der vertraglichen Forderungssubordination nach <i>Squires v. AIG</i>	194
1. Sachverhalt und streitgegenständliche Rangvereinbarung	194
2. Die Entscheidungen von High Court und Court of Appeals	196
a) Die streitgegenständlichen Fragen.....	196
b) Zur Wirksamkeit von Subordinationsabrede und trust	197
c) Inhalt und Wirkung der streitgegenständlichen Rangvereinbarung	198
3. Stellungnahme	199
<i>D. Drittes Zwischenergebnis: Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Subordination im angloamerikanischen Recht.....</i>	<i>201</i>

3. TEIL: DIE RECHTSGESCHÄFTLICHE SUBORDINATION ALS EINHEITLICHES RECHTSINSTITUT UND DESSEN DOGMATISCHE EINORDNUNG NACH DEUTSCHEM RECHT

.....	202
7. KAPITEL UNTERSCHIEDE UND GEMEINSAMKEITEN VON ALLGEMEINEM UND SPEZIFISCHEM NACHRANG – FORDERUNGSSUBORDINATION ALS RECHTSINSTITUT	202
A. Einführung	202
B. Die Auffassung der herrschenden Meinung: Trennung von allgemeinem und spezifischem Nachrang	202
C. Zur Forderungssubordination als einheitlichem Rechtsgeschäft.....	203
8. KAPITEL: DIE DOGMATISCHE EINORDNUNG DER SUBORDINATION NACH DEUTSCHEM RECHT	204
A. Bisherige Einordnungsversuche	204
I. Vereinbarung eines allgemeinen Nachrangs.....	204
1. Pactum de non petendo	204
2. Fälligkeitsvereinbarung.....	206
3. Erlass	206
4. Vertrag sui generis.....	207

5. Verfügender Schuldänderungsvertrag.....	208
II. Darlehen mit spezifischem Nachrang	208
1. Formulierung der Subordination als verpflichtender Vertrag	208
2. Nachteilige Folgen einer Einordnung als verpflichtender Vertrag	208
<i>B. Eigene Einordnung: Die Subordination als schuldändernde Verfügung, die eine</i>	
<i>Erfüllungsmodalität begründet.....</i>	<i>209</i>
I. Einführung und Grundlegung:	209
1. Verpflichtung und Verfügung	209
2. Forderung als Verfügungsgegenstand.....	210
3. Definition der Verfügung und Fortgang der weiteren Prüfung	210
II. Der Inhalt der Subordination – Ausschluss der Erfüllbarkeit der Nachrangforderung	211
1. Parteiinteresse und Grad der Verknüpfung von Vorrangforderung und Nachrangforderung	211
2. Ausschluss der Erfüllbarkeit als Inhalt der Forderungssubordination	212
a) Parteiinteresse	212
(1) Dritterwerb.....	212
(2) Insolvenz des Nachranggläubigers	213
(3) Insolvenz des Schuldners bei spezifischem Nachrang	213
b) Gleichklang mit sonstigen Rangwirkungen	214
c) Wortlaut, Systematik und Rechtsfolgen von § 39 Abs. 2 InsO	215
III. Die Einordnung der Subordination als schuldändernde Verfügung und der Hintergrund des	
angloamerikanischen Rechts der Forderungssubordination	216
IV. Die verfügende Rangvereinbarung als zulässiges Rechtsgeschäft.....	218
1. Kein numerus clausus der Verfügungen und Möglichkeit zur privatautonomen Abweichung vom	
Grundsatz der isolierten Betrachtung von Schulden	219
2. Das Verbot dinglicher Verfügungsbeschränkungen nach § 137 BGB.....	219
a) Problemaufriss	219
b) Regelungsziel und Wertung von § 137 S. 1 BGB	220
c) Zur Anwendung des § 137 S. 1 BGB auf relative Forderungsrechte	221
d) Erlass von Forderungen und Rang dinglicher Rechte als Kontrollüberlegung	221
3. Zur Anerkennung privatautonom vereinbarter Erfüllungsmodalitäten im Schuldrecht	222
V. Viertes Zwischenergebnis: Rechtsnatur und Inhalt der Subordination	223
1. Einführung	223
2. Der Inhalt der Rangvereinbarung bei spezifischem Nachrang	223
a) Verknüpfung von Vorrangforderung und Nachrangforderung.....	223
b) Spezifischer Nachrang und Zuordnung der Insolvenzquote an den Vorranggläubiger	224
3. Der Inhalt der Rangvereinbarung bei allgemeinem Nachrang	224
4. TEIL: FOLGERUNGEN AUS DER DOGMATISCHEN EINORDNUNG	226
9. KAPITEL: ZIVILRECHTLICHE FOLGERUNGEN	227
A. <i>Entstehende Rechtsverhältnisse, Trennungsgrundsatz und Abstraktionsprinzip: Subordination</i>	
<i>und Subordinationsabrede.....</i>	<i>227</i>
I. Zur weiteren Charakterisierung der Subordination	227
1. Einleitung.....	227
2. Zur Klassifizierung des Verfügungscharakters der Subordination	227
3. Die Subordination als abstrakte Verfügung.....	228

II. Die entstehenden Rechtsverhältnisse	228
B. Parteien und Voraussetzungen des Vertragsschlusses	229
I. Rechtsgeschäftliche Subordination als formfreies zweiseitiges Rechtsgeschäft.....	229
1. Subordination und Vertragsprinzip	229
2. Form und Zeit des Vertragsschlusses.....	230
II. Die Parteien der Subordination	231
1. Einführung und Problemaufriss.....	231
2. Der Nachranggläubiger als notwendige Partei der rechtsgeschäftlichen Subordination	231
3. Der Schuldner als Partei der Rangvereinbarung	231
4. Der Vorranggläubiger als Partei der Rangvereinbarung	233
III. Zum Erfordernis der Verfügungsbefugnis auf Seiten des Nachranggläubigers	235
IV. Der Rechtsbindungswille der Parteien und die Auslegung entsprechender Willenserklärungen.....	235
C. Die Subordination als Verknüpfung von Vorrangforderung und Nachrangforderung	237
I. Subordinierte Forderung und Bezugsforderung als Eckpunkte der Forderungssubordination und die Geltung des Bestimmtheitsgrundsatzes	237
II. Subordination von Teilforderungen und unter Teilforderungen	238
III. Subordination von künftigen Forderungen und unter künftige Forderungen	238
1. Subordination künftiger Forderungen	238
2. Subordination unter künftige Forderungen.....	239
3. Exkurs: Bedingte und befristete Subordination	239
IV. Sonderfälle: Forderungsspezifische Beschränkungen der Rangfähigkeit?.....	240
1. Ausschluss der Subordination bei nicht abtretbaren oder nicht verzichtbaren Forderungen?	240
a) Verzichts- und Beschränkungsverbote	240
b) Abtretungsausschluss und Subordination	241
2. Verjährte Forderungen und Naturalobligationen als Vorrangforderungen?.....	242
D. Erfüllung und Erfüllungssurrogate	242
I. Die Wirkung der Erfüllungsmodalität der Nachrangforderung	242
II. Erfüllungssurrogate, insbesondere Aufrechnung	243
III. Erfüllung der Nachrangforderung bei Einigung von Schuldner und Gläubiger?.....	244
IV. Erlass der Nachrangforderung	244
1. Allgemeiner Nachrang	244
2. Spezifischer Nachrang	244
V. Umwandlung subordinierter Forderungen in Eigenkapital.....	245
VI. Erwerb subordinierter Forderungen durch den Schuldner.....	246
E. Dauer und Umfang der Subordination – Aufhebbarkeit von Nachrangvereinbarungen	247
I. Problemstellung	247
II. Aufhebung des spezifischen Nachrangs	247
III. Aufhebung des allgemeinen Nachrangs	248
1. Fortdauer der Verfügungsbefugnis von Schuldner und Gläubiger	248
2. Allgemeine Schranken aus Gründen des Drittschutzes	249
a) Keine genereller Beschränkung der Verschuldung	249
b) Sittenwidrigkeit der Verfügung	249
3. Insolvenzzrechtliche und gesellschaftsrechtliche Schranken	250
a) Insolvenzanfechtung der Aufhebung des Nachrangs	250
b) Subordination durch einen Gesellschafter des Schuldners	251

<i>F. Die Wirkung der Subordination auf die der Forderung dienenden Sicherheiten</i>	252
I. Einleitung und Problemaufriss.....	252
I. Subordination besicherter Forderungen	253
1. Subordination ohne Zustimmung des Sicherheitengebers.....	253
a) Akzessorische Sicherheiten.....	254
b) Nicht akzessorische Sicherheiten	254
2. Subordination mit Zustimmung des Sicherungsgebers.....	255
II. Besicherung subordinierter Forderungen.....	256
III. Der Regress des Sicherheitengebers bei rangverschiedener Sicherheit	256
<i>G. Zum Dritterwerb subordinierter Forderungen</i>	257
I. Forderungszession	257
II. Pfändung	258
10. KAPITEL: GESELLSCHAFTS- UND INSOLVENZRECHTLICHE FOLGERUNGEN	260
<i>A. Subordination und Eigenkapitalersatz</i>	260
<i>B. Subordination und Verlustbeteiligung</i>	260
I. Inhalt der Subordination und Inhalt der Verlustbeteiligung im Überblick	261
II. Subordination verlusttragender Forderungen	261
<i>C. Subordination und Gewinnbeteiligung und Subordination und stille Gesellschaft</i>	262
<i>D. Subordination und Insolvenz des Schuldners</i>	263
I. Die Regelung des § 39 Abs. 2 InsO	263
II. Insbesondere: Subordination unter spezifische Vorrangforderungen und Insolvenz des Schuldners	264
1. Die Wirkung des spezifischen Nachrangs in der Insolvenz des Schuldners	264
2. Die Stellung des Nachranggläubigers im Verfahren.....	266
III. Die subordinierte Forderung im Überschuldungsstatut.....	267
1. Grundsatz	267
2. Aktivierbarkeit des Anspruchs auf Gewährung eines nachrangigen Finanzplanarlehens	268
11. KAPITEL: BILANZIELLE UND STEUERLICHE FOLGEN DER SUBORDINATION	269
<i>A. Bilanzierung subordinierter Forderungen und steuerliche Folgen beim Schuldner</i>	269
I. Bilanzierung nach HGB	269
1. Problemaufriss und Grundlegung.....	269
2. § 16 Abs. 3 DMBilG als Regelungsmodell?	273
3. Grundsatz: Passivierung nachrangiger Verbindlichkeiten als Fremdkapital.....	275
a) Kein argumentum a maiore ad minus aus § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB	275
b) Inhaltliche Modifizierung, aber kein Erlass der Forderung durch Subordination.....	276
c) Subordinierte Forderungen sind weder ungewiß noch künftig.....	277
4. Abweichende Beurteilung bei Subordination „auf die Stufe des Eigenkapitals“?.....	280
5. Zwischenergebnis, Vereinbarkeit mit BGHZ 146, 246 und weitere bilanzielle Kennzeichnung subordinierter Forderungen.....	284
a) Zwischenergebnis	284
b) Zur Vereinbarkeit dieses Ergebnisses mit der Entscheidung BGHZ 146, 264.....	284
c) Kennzeichnung der Nachrangigkeit im Jahresabschluss	286
II. Steuerbilanz: Zur Anwendbarkeit von § 5 Abs. 2 a EStG	287
1. Regelungsgehalt des § 5 Abs. 2 a EStG.....	287
2. Meinungsstand in Literatur, Rechtsprechung und Steuerverwaltung	288
3. Stellungnahme	289

a) Lösung nach dem Inhalt der subordinierten Forderung: subordinierte Forderung als nachrangige, aber nicht künftige Verbindlichkeit	289
b) Bestätigung dieser Lösung durch die neuere Rechtsprechung des BFH	291
B. Bilanzierung und ertragsteuerliche Behandlung beim Gläubiger	292
I. Einführung und Problemstellung	292
II. Bilanz- und steuerrechtliche Behandlung subordinierter Forderungen bei gesellschaftsfremden Gläubigern	293
III. Probleme bei Subordination von Gesellschafter-Darlehensforderungen	295
1. Einführung in die Problematik anhand von Fallbeispielen	295
2. Einordnung der Konstellationen bei Außerachtlassen der Forderungssubordination	295
a) Beispiel 1	296
b) Beispiel 2	297
c) Beispiel 3	297
3. Lösung unter Berücksichtigung der Subordination: Forderungssubordination als verdeckte Einlage oder (sonstige) Anschaffungskosten?	298
a. Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs	298
(1) Die Rechtsprechung zu § 17 EStG: Gesellschaftlich veranlasste Forderungsverluste als nachträgliche Anschaffungskosten	298
(2) Anwendung dieser Rechtsprechung auch im Rahmen der Gewinnermittlung, soweit die Forderung im Privatvermögen gehalten wird und zur Zuordnung von Einnahmen und Verlusten zu §§ 3 Nr. 40 lit. a); 3 c Abs. 2 EStG?	300
b) Kritik der Rechtsprechung in der Literatur	302
c) Eigene Lösung	303
(1) Zum Begriff der Anschaffungskosten bei § 17 EStG	303
(2) Gesellschaftlich veranlasste Darlehensverluste durch Subordination	305
(3) Betriebliche Verluste durch Subordination des im Privatvermögen gehaltenen Darlehens?	306
(4) Auswirkungen des Halbeinkünfteverfahrens, §§ 3 Nr. 40, 3c Abs. 2 EStG	307
ZUSAMMENFASSUNG WESENTLICHER ERGEBNISSE	309
LITERATURVERZEICHNIS	312

Einleitung und Themenstellung

A. Gegenstand der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit handelt von der rechtsgeschäftlichen Subordination, mithin dem Unterordnen¹, von Forderungen. Es begegnet bisweilen, dass zwei oder mehrere Gläubiger desselben Schuldners miteinander oder mit dem Schuldner vereinbaren, dass die Forderung eines Gläubigers einer oder mehreren anderen Verbindlichkeiten des selben Schuldners untergeordnet wird und die Forderungen damit in einem Rangverhältnis zueinander stehen sollen, demzufolge eine nachrangige Forderung erst dann zu erfüllen ist, wenn und soweit die anderen, vorrangigen Forderungen erfüllt wurden.²

Kraft privatautonomer Vereinbarung nachrangig sind zum einen Forderungen, die wirtschaftlich dem Eigenkapital angenähert sein sollen, wie es bei einem Nachrang zur Vermeidung der Überschuldung, bei Finanzplankrediten³ aber auch bei nachrangigen Genussrechten und eigenkapitalähnlichen Darlehen, so bei bestimmten Förderdarlehen der öffentlichen Hand,⁴ und bei – aufsichtsrechtlich zu den Eigenmitteln zählenden - nachrangigen Verbindlichkeiten von Banken und Versicherungen der Fall ist. Dem wirtschaftlichen Zweck der Angleichung an Eigenkapital entsprechend ist in all' diesen Fällen der Nachrang so ausgestaltet, dass die subordinierten Forderungen erst dann zu erfüllen sind, wenn alle anderen gegen den Schuldner gerichteten Forderungen sämtlicher anderer Gläubiger mit Ausnahme der anderen eigenkapitalähnlichen oder sonst nachrangigen Forderungen, sowie der Ansprüche auf Verteilung des Eigenkapitals selbst, befriedigt wurden.

¹ Duden, Das große Wörterbuch der Deutschen Sprache in acht Bänden, Bd. 7, 2. Auflage 1995, S. 3311.

² Bereits die hier bewusst neutral formulierte Beschreibung der Verknüpfung von Vorrangforderung und Nachrangforderung führt zu einem zentralen Problem der Forderungssubordination nach deutschem Recht, denn eine zutreffende Beschreibung setzt voraus, dass Klarheit über den Grad der Verknüpfung und damit über die Rechtsnatur der Subordination besteht. S. dazu unten, Kap. 8, B. II. 1.

³ In den Kontext der rechtsgeschäftlichen Subordination fallen nachrangige Finanzplankredite zumindest dann, wenn man mit der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes als Grund der eigenkapitalähnlichen Haftung von Finanzplandarlehen nicht eine aus dem allgemeinen Institut der Unterkapitalisierungshaftung folgende Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts, sondern die auf rechtsgeschäftlicher Vereinbarung beruhende Bindung der Kreditgeber ansieht, BGHZ 142, 116, 122 ff. S. hierzu ausführlich und mit weiteren Nachweisen zum Streitstand unten, Kap. 2, C. III. 2.

⁴ So handelt es sich bei den von der Kreditanstalt für Wiederaufbau „Unternehmerkapital“ genannten Investitionskrediten aus ERP-Sondermitteln um unbesicherte, langfristige und nachrangige Kredite, dazu *Leopold/Reichling*, DSStR 2004, 1360, 1363 ff. Siehe auch den Sachverhalt der Entscheidung BFH BB 2005, 545, bei der über steuerliche Aspekte eines nach dem Wohnungsbauförderungsgesetz II ausgereichten, nachrangigen Darlehens zu urteilen war.

Ein auf privatautonomer Vereinbarung beruhendes Rangverhältnis verschiedener Verbindlichkeiten desselben Schuldners findet sich daneben aber zunehmend auch bei modernen Akquisitions- und Projektfinanzierungen: Hier werden bisweilen Darlehen gewährt (häufig als junior-⁵, subordinated-, oder mezzanine-debt⁶ bezeichnet), die gegenüber anderen Darlehensverbindlichkeiten (senior debt)⁷ mit einem Nachrang versehen werden, wobei je nach Ausgestaltung der Nachrang teils nur zu Gunsten einer begrenzten Gruppe vorrangiger Forderungen erklärt wird, teils gegenüber allen anderen Fremdkapitalgebern gelten soll. Im letztgenannten Fall verwischen die Grenzen zu den oben angesprochenen eigenkapitalähnlichen Finanzierungs- und - im Fall des Rangrücktritts – Sanierungsinstrumenten.

Wenn auch auf den ersten Blick die dargestellten Beziehungen vertragsgeleitet sind und damit vornehmlich als Herausforderung der Kautelarpraxis erscheinen,⁸ so zeigt doch die nähere Betrachtung, dass diese Absprachen eine Reihe dogmatischer und rechtspraktischer Probleme aufwerfen: Wie verhalten sich die Vereinbarungen eines Nachrangs zu Gunsten einzelner Gläubiger und eines Nachrangs zu Gunsten aller außenstehender Gläubiger zueinander - gänzlich verschiedene und dogmatisch zu trennende Vertragstypen oder Varianten eines einheitlichen Rechtsinstituts? Wie ist die Vereinbarung eines Nachrangs innerhalb der Rechtsgeschäftslehre einzuordnen, handelt es sich um eine Verfügung über die (nachrangige) Forderung oder um einen schuldrechtliche Pflichten begründenden Vertrag? Wer kann eine solche Vereinbarung schließen, bestehen Form- oder sonstige Gültigkeitsvoraussetzungen, wie kann sie abgeändert oder aufgehoben werden und welche Folgen hat eine vereinbarungswidrige Bezahlung – oder ein Erfüllungssurrogat – der nachrangigen Forderung? Kann ein Nachrang für oder zugunsten einer künftigen Forderung oder eines Forderungsteils vereinbart werden, welche Folgen hat die Vereinbarung eines Nachrangs für zugunsten der nachrangigen Forderung gewährte Sicherheiten und was geschieht, wenn die nachrangige Forderung abgetreten oder gepfändet wird?

⁵ *Achleitner/Wahl* in *Achleitner/von Einem/von Schröder*, *Private Debt* S. 67.

⁶ Der Begriff ist derzeit weder in der Betriebswirtschaftslehre noch in der Rechtswissenschaft eindeutig definiert und wird dementsprechend uneinheitlich verwendet. Dazu ausführlich unten, Kap. 2, D. I.

⁷ *Achleitner/Wahl* in *Achleitner/von Einem/von Schröder*, *Private Debt*, S. 67.

⁸ Besonders deutlich zum Recht der USA *Ryan*: "Debt subordination is, what the subordination provisions say it is", *Banking L.J.* 105 (1988), 4. S. aber auch dazu, dass das Fehlen einer belastbaren Dogmatik der Forderungs-subordination zu Unschärfen in der Kautelarpraxis führt sogleich unter *Einl.*, C. I.

Neben den vorgenannten, mit Hilfe des allgemeinen Zivilrechts zu lösenden Fragen stellen sich Fragen auch aus der Perspektive des Insolvenz-, Gesellschafts- und Steuerrechts: Welche Folgen hat die Nachrangvereinbarung in der Insolvenz des Schuldners, welche in der Insolvenz des Gläubigers der nachrangigen Forderung? Vermittelt die Vereinbarung eines Nachrangs eine Verlustbeteiligung, führt sie zur Anwendung der Regeln über stille Gesellschaften oder – soweit der Schuldner eine Aktiengesellschaft ist – des § 221 AktG und wie verhält sich die Vereinbarung eines Nachrangs zu den Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen? Wie sind nachrangige Forderungen im Jahresabschluss nach HGB, wie in der Steuerbilanz und im Überschuldungsstatut zu bilanzieren und ist bereits die verbindliche Zusage, ein nachrangiges Darlehen zu gewähren, in der Bilanz abzubilden? Und schließlich: Führt die Vereinbarung eines Nachrangs durch einen Darlehensgläubiger, der zugleich Gesellschafter des Schuldners ist, zu nachträglichen Anschaffungskosten der Beteiligung? Ist diesbezüglich zwischen § 17 EStG und §§ 4 ff. EStG zu unterscheiden und unterliegt in solchen Fällen ein steuermindernder Darlehensverlust der Abzugsbeschränkung nach § 3 c Abs. 2 EStG, soweit der Verlust auf der Subordination der Forderung und die Subordination der Forderung auf der Gesellschafterstellung des Gläubigers beruht?

B. Zum derzeitigen Rechtsstand der Forderungssubordination

I. Fragmentarische Regelung der Subordination von Forderungen durch den Gesetzgeber

Im Gegensatz zu Rang und rechtsgeschäftlicher Rangänderung von Rechten an Grundstücken, die in den §§ 879 ff. BGB eine Ausgestaltung durch den Gesetzgeber erfahren haben, sind Rang und rechtsgeschäftliche Rangänderung von Forderungen im Deutschen Recht nur fragmentarisch geregelt. Zu nennen ist vor allem § 39 der Insolvenzordnung, dessen erster Absatz diejenigen Forderungen aufzählt, die Kraft Gesetzes nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger berichtigt werden, darunter neben den seit Insolvenzeröffnung angefallenen Zinsen, den Kosten, Bußgeldern und Forderungen auf eine unentgeltliche Leistung des Schuldners namentlich die in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO genannten Forderungen auf Rückgewähr kapitalersetzender Darlehen eines Gesellschafters oder gleichgestellte Forderungen, und dessen Absatz zwei sodann bestimmt:

„Forderungen, für die zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren vereinbart worden ist, werden im Zweifel nach den in Abs. 1 bezeichneten Forderungen berichtigt.“

Die Möglichkeit, nachrangige Verbindlichkeiten zu begründen, wird daneben in § 10 Abs. 2 b Nr. 5, Abs. 2 c Nr. 7, Abs. 5 a und Abs. 7 KWG vorausgesetzt, wonach nachrangige Bankverbindlichkeiten den Eigenmitteln der Bank zugerechnet werden, und zwar, soweit die dort niedergelegten weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, langfristige nachrangige Verbindlichkeiten von Banken als Ergänzungskapital im Sinne von § 10 Abs. 2 b KWG und kurzfristige nachrangige Verbindlichkeiten als Drittrangmittel im Sinne von § 10 Abs. 2 c KWG. Entsprechendes gilt für nachrangige Verbindlichkeiten von Versicherungsunternehmen nach § 53 c VAG im Rahmen der Solvabilitätsprüfung.

Besonderer Erwähnung bedarf schließlich das DMBilG⁹, dessen § 16 zunächst in Abs. 1 und Abs. 2 die Umrechnung von auf Mark der DDR lautende Verbindlichkeiten in Deutsche Mark vorsieht und dessen dritter Absatz lautet:

(3) Verbindlichkeiten sind in die Eröffnungsbilanz nicht aufzunehmen, wenn eine schriftliche Erklärung des Gläubigers vorliegt, daß er

1. Zahlung nur verlangen wird, soweit die Erfüllung aus dem Jahresüberschuß möglich ist, und
2. Im Falle der Auflösung, Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Unternehmens hinter alle Gläubiger zurücktritt, die eine solche Erklärung nicht abgegeben haben.

Der Gesamtbetrag solcher Verbindlichkeiten ist im Anhang unter den sonstigen finanziellen Verpflichtungen gesondert anzugeben, soweit sie nicht auf Grund einer Vereinbarung mit dem Unternehmen als nachrangiges Kapital ausgewiesen werden.

Obleich der Gesetzgeber des Anhangs zum Einigungsvertrag ausweislich der Gesetzesbegründung mit dieser Vorschrift den allgemeinen Zweck verfolgt, den Rangrücktritt als „in der Deutschen Demokratischen Republik bislang unbekannt Form der Unternehmenssanierung einzuführen und im Interesse der Rechtssicherheit Zweifel über die Formulierung zu beseitigen“,¹⁰ ist die Eignung der Norm als Muster einer über den Anwendungsbereich des DMBilG hinausreichenden Regelung der rechtsgeschäftlichen Subordination von Forderungen zweifelhaft:

⁹ Gesetz über die Eröffnungsbilanz in Deutscher Mark und die Kapitalneufestsetzung v. 23. 9. 1990, BGBl. II. S. 885.

¹⁰ BT-Drs. 11/7817, S. 65, 80.

Zum einen wird man bei ihrer Anwendung und Auslegung stets den besonderen Kontext des DMBilG als Rechnungslegungsgrundsatz für die Eröffnungsbilanz bislang in Mark der DDR bilanzierender und bis zur DM-Eröffnungsbilanz in einem staatswirtschaftlichen System operierender Unternehmen der DDR berücksichtigen müssen. Als Beispiel dieser besonderen Zweckbindung mag das in § 16 Abs. 3 S. 1 DMBilG enthaltene Verbot der Passivierung subordinierter Forderungen dienen. Es widerspricht der außerhalb des DMBilG ganz herrschenden Meinung, wonach zwar Forderungen, die nur aus künftigen Gewinnen zu begleichen sind, nicht passiviert werden können,¹¹ die Passivierung subordinierter Forderungen hingegen möglich und veranlasst ist.¹² Einen über die DM-Eröffnungsbilanz hinausreichenden Regelungsgehalt wird man der Bilanzregel des § 16 Abs. 3 S. 1 DMBilG – vorbehaltlich der im Einzelfall aus dem Grundsatz der Bilanzkontinuität folgenden Wirkungen – aber zumindest insoweit nicht beimessen können, als § 16 Abs. 3 im Zusammenspiel mit § 13 Abs. 4 und § 40 Abs. 1 und Abs. 2 DMBilG der Entlastung der Unternehmen von den Folgen der Währungsumstellung und damit spezifischen Zwecken des DMBilG¹³ dient.¹⁴ Auf all' dies ist bei der Darstellung der bilanziellen Folgen der Forderungssubordination zurück zu kommen.

Es kommt hinzu, dass § 16 Abs. 3 DMBilG in mehrfacher Hinsicht missglückt ist: Inhaltlich verlangt die Norm die Erklärung eines Nachrangs für den Fall der Auflösung, Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Unternehmens, § 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 DMBilG und die Vereinbarung, die Schuld nur aus künftigen Jahresüberschüssen zu begleichen, § 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 DMBilG,¹⁵ und vermischt damit die Vereinbarung eines Nachrangs mit dem hier

¹¹ So schon RGZ 81, 17, 22. Siehe auch BFH GrS, BStBl. II., 1981, 164, 169; BFH BB 2005, 545, 547. Dazu nunmehr § 5 Abs. 2 a EStG, der diese Rechtsprechung aufgreift und um ein Verbot der Passivierung von Forderungen, die an künftige Einnahmen gekoppelt sind, erweitert. Dazu ausführlich *Köster/Wischmann* in H/H/R, Steuerreformkommentierung I, § 5 Rn. 4 f. (Mai 2000).

¹² Grundlegend BFHE 170, 449, 551 ff.; daneben aus jüngster Zeit BFH DStR 2004, 593, 594; BFH, BB 2005, 545, 546. Zur Abgrenzung zwischen haftungslosem Darlehen, § 5 Abs. 2a EStG, und Rangrücktritt *Heerma*, BB 2005, 537, 543 f.

¹³ Dazu *Hommelhoff/Habighorst/Schubel/Spoerr*, ZIP 1993, 1353, 1357.

¹⁴ Dagegen wollen *Forster/Gelhausen* der Regelung auch für nicht dem DMBilG unterliegende Unternehmen den allgemeinen Grundsatz entnehmen, dass entsprechend subordinierte Verbindlichkeiten auch im handelsrechtlichen Jahresabschluss nicht passiviert werden müssen, *Forster/Gelhausen* in Budde/Forster, DMBilG, § 16 Rn. 46.

¹⁵ Die Auffassung von *Forster/Gelhausen*, die Passivierung entfallende jeweils schon dann, wenn entweder ein Rangrücktritt iSv § 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 oder eine Verknüpfung mit künftigen Jahresüberschuss iSv § 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 DMBilG vereinbart werde, *Forster/Gelhausen* in Budde/Forster, DMBilG, § 16 Rn. 35 ff. ist mit dem Wortlaut („und“) nicht zu vereinbaren. Für Nachrang und Besserungsvereinbarung als kumulative Voraussetzung denn auch *Braatz*, DB 1992, 1149, 1152 f.; *Hommelhoff/Habighorst/Schubel/Spoerr*, ZIP 1993, 1353, 1356 f.; OFD Cottbus, BB 1998, 1581; Finanzministerium Brandenburg, BB 1998, 1632 f.; BVerfGE 95, 267, 278 und FG Mecklenburg-Vorpommern, BB 2006, 2746, 2747 f.

von nach ganz herrschender Meinung zu unterscheidenden Forderungsverzicht gegen Besserungsschein.¹⁶ Und soweit die Norm verlangt, der Rangrücktritt müsse vom Gläubiger schriftlich erklärt werden, steht sie in einem Spannungsverhältnis zu der bislang herrschenden, nunmehr durch § 39 Abs. 2 InsO gestützten Auffassung, wonach der Rangrücktritt einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner bedarf und formfrei geschlossen werden kann.¹⁷

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass der deutsche Gesetzgeber die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Subordination von Forderungen in §§ 39 InsO, 10 KWG und 16 DMBilG voraussetzt und damit mittelbar anerkennt, weitergehende Aussagen über Inhalt und Bilanzwirkung dieses Rechtsgeschäfts aber nur für den engen Bereich der DM- Eröffnungsbilanz trifft.

II. Behandlung der Subordination von Forderungen in Rechtsprechung und Literatur

1. Subordination unter einzelne Forderungen

Was zunächst die mezzaninen Darlehen und sonstige Fälle der Begründung eines Nachrangs zu Gunsten spezifischer Forderungen einzelner vorrangiger Gläubiger angeht, so ist die diesen Darlehensgewährungen zugrunde liegende rechtliche Struktur ungeachtet ihrer schon heute beachtlichen¹⁸ und weiter zunehmenden¹⁹ praktischen Bedeutung insgesamt wenig erforscht.

¹⁶ Kritisch zu der Vermischung von Rangrücktritt und Verzicht gegen Besserungsvereinbarung *Herlinghaus*, BB 1998, 1789.

¹⁷ S. statt vieler Scholz/K. *Schmidt* §§ 32a, 32b Rn. 105; vgl. auch *Forster/Gelhausen* in Budde/Forster, DMBilG, § 16 Rn. 34; Zivilrechtlich erforderlich, aber auch ausreichend, sei eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner. Das Erfordernis schriftlicher Erklärung habe lediglich Nachweisfunktion und könne durch anderen Nachweis ersetzt werden.

¹⁸ S. zum Markt für Mezzanine-Finance etwa Börsen-Zeitung v. 28. 05. 2005, S. 1 und S. 5.

¹⁹ So mit Hinweis auf Basel II *Bock*, DStR 2005, 1067. S. allgemein zur differenzierteren Betrachtung von Kreditrisiken durch Basel II *Übelhör/Warns*, Basel II, S. 22 ff.; zur stärkeren Bedeutung von mezzaninen Finanzierungen durch Basel II *Kiethe*, DStR 2006, 1763; *Müller*, Mezzanine, S. 297 f. sowie *Nitsche/Brockmann* in *Übelhör/Warns*, Basel II, S. 65, letztere allerdings mit der fragwürdigen Einschätzung, mezzanine Finanzierungsformen würden als bilanzielles Eigenkapital gelten.

a) Rechtsprechung

Obergerichtliche Rechtsprechung liegt hierzu nur vereinzelt vor. So bestand zwar in dem einer Entscheidung des Bundesfinanzhofes vom 16. 04. 1991²⁰ zu Grunde liegenden Sachverhalt ursprünglich eine allein die jeweiligen Forderungen betreffende Nachrangabrede zwischen zwei Gläubigern eines Schuldners,²¹ doch schloss der nachrangige Gläubiger anschließend mit dem Schuldner eine allgemeine Rangrücktrittsvereinbarung, und nur diese wurde letztlich entscheidungserheblich.²² Unmittelbar einschlägig ist dagegen das Urteil des Bundesfinanzhofes vom 24. 11. 1971, betreffend die Frage, ob der gegenüber einem anderen Gläubiger erklärte Nachrang eines stillen Gesellschafters ausreicht, um eine Mitunternehmerstellung des nachrangigen Gesellschafters zu begründen.²³ Beachtlich ist sodann ein weiteres Urteil des Bundesfinanzhofes vom 15. Juli 1976,²⁴ betreffend die Frage, ob die von einer darlehensgewährenden Muttergesellschaft mit einem weiteren Darlehensgläubiger der Tochtergesellschaft zu dessen Gunsten geschlossene Nachrangvereinbarung eine - seinerzeit als Gesellschaftssteuer gem. § 3 Abs. 2 KVStG 1959 steuerbare²⁵ - Sicherheitsleistung eines Gesellschafters für ein Drittdarlehen darstellt.²⁶

Besondere Aufmerksamkeit verdienen schließlich erstens eine bislang wenig beachtete Entscheidung des Achten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 8. 4. 1998²⁷ über eine gegen den Grundstücksverkäufer gerichtete Schadensersatzforderung des Käufers eines Geschäftsgrundstücks. Der Verkäufer war zugleich Gesellschafter der das Grundstück mietenden GmbH und hatte sich in dem Vertrag unter anderem verpflichtet, seiner GmbH ein gegenüber den Ansprüchen des Käufers aus dem Mietverhältnis mit der GmbH nachrangiges Darlehen zu gewähren.²⁸ Dies unterblieb, und der Bundesgerichtshof hatte darüber zu entscheiden, ob

²⁰ BFHE 165, 31, 32.

²¹ BFHE 165, 31.

²² BFHE 165, 31, 32 ff.

²³ Vom BFH zu Recht verneint, BFHE 104, 328, 333 f.

²⁴ BFHE 120, 279.

²⁵ Die Einbringung von Eigenkapital und der Einbringung entsprechende Vorgänge sind heute nicht mehr steuerbar: Das Kapitalverkehrsteuergesetz 1959 wurde durch das Kapitalverkehrsteuergesetz 1972, BGBl. I, S. 2129, ersetzt und letzteres durch das Finanzmarktförderungsgesetz vom 22. 2. 1990, BGBl. I, S. 266, 281 f. abgeschafft.

²⁶ BFHE 120, 279, 281 ff.

²⁷ NJW-RR 1998, 948.

²⁸ BGH NJW-RR 1998, 948.

und, wenn ja, in welcher Höhe der Käufer hieraus einen Ersatzanspruch geltend machen kann. Zweitens ist ein Urteil des OLG München vom 23. 11. 2001 zu nennen,²⁹ dem die untypische Situation zugrunde lag, dass die Insolvenzmasse des Schuldners dazu ausreichte, alle außen stehenden Gläubiger vollständig zu bezahlen und ein verbleibender Betrag unter den nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangigen Forderungen auf Rückerstattung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen zu verteilen war.³⁰ In diesem Zusammenhang war auch zu entscheiden, ob die darlehensgewährenden Gesellschafter miteinander den Nachrang eines Gesellschafterdarlehens gegenüber den anderen Gesellschafterdarlehen vereinbart hatten; obschon das Oberlandesgericht eine dahingehende Vereinbarung nicht feststellen kann, stützt das Gericht sein Urteil zusätzlich auf die Erwägung, dass die Insolvenzordnung eine weitere Abstufung der nachrangigen Forderungen im Insolvenzverfahren nicht vorsehe, und deshalb nicht davon auszugehen sei, dass spezifische Rangvereinbarungen insolvenzfest getroffen werden könnten.³¹

b) Literatur

Obleich das Zurücktreten eines Gläubigers mit seiner Forderung zugunsten anderer Gläubiger als sonstiges Mittel zur Kreditsicherung in der deutschen Bankpraxis seit vielen Jahren Verwendung findet³² und *Andreas von Tuhr* bereits im Jahre 1923 in einer Abhandlung zum Bürgenregress nach Schweizer Recht wie selbstverständlich davon ausgeht, dass

„jeder sonstige Gläubiger C, der mit X konkurriert, mit X verabreden kann, dass er im Konkurs des gemeinsamen Schuldners oder auch ausserhalb des Konkurses soweit zurückstehen will, als durch seine Forderung die Befriedigung des X beeinträchtigt würde...“³³

haben diese Absprachen erst mit der zunehmenden Angleichung des Kreditgeschäfts deutscher Banken an angloamerikanische Finanzierungspraktiken neuerlich größere Beachtung in der Literatur gefunden.³⁴

²⁹ OLG München, NZI 2002, 207.

³⁰ S. zu dem hier vereinfacht und verkürzt wiedergegebenen Sachverhalt ausführlich OLG München NZI 2002, 207.

³¹ OLG München NZI 2002, 207, 209. Dem folgend *Jaeger/Henckel* § 39 Rn. 97 unter Verweis auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger einer Ranggruppe, welcher durch Vereinbarungen des Schuldners mit einem Gläubiger nicht durchbrochen werden könne.

³² *Peters*, WM 1988, 641; *Merkel* in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, BankR, § 98 Rn. 132 ff.; *BuB/Wittig* Rn. 4/2978 ff.

³³ *V. Tuhr*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1923, 107, 110.

2. Subordination gegenüber allen gegenwärtigen und künftigen Forderungen aller anderen Gläubiger

a) Rechtsprechung

Mit Konstellationen, in denen ein allgemeiner Nachrang vereinbart wurde, hatte sich demgegenüber bereits das Reichsgericht zu beschäftigen.³⁵ Sie waren auch in neuerer Zeit mehrfach Gegenstand von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesfinanzhofs:

Im Zentrum der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs steht dabei bislang das Problem, inwieweit mit allgemeinem Nachrang versehene Forderungen nach den für Eigenkapital geltenden Grundsätzen zu behandeln sind. Bedeutung erhält die Frage für die Bilanzierung der Forderung als Betriebsschulden³⁶, für die Abziehbarkeit der auf subordinatede Forderungen gezahlten Zinsen als Betriebsaufwand beim Schuldner³⁷, für die Berücksichtigung subordinierter Darlehen als verdeckte Einlagen³⁸ sowie für die Möglichkeit des Gläubigers, subordinierte Forderungen gegebenenfalls (Teil-) wert zu berichtigen.³⁹ Der Bundesgerichtshof hatte sich bislang in erster Linie mit Fragen der Aufhebbarkeit von Nachrangvereinbarungen, der Frage, ob eine eigenkapitalähnliche Bindung vorliegt und der Folgen einer Rangrücktrittsvereinbarung für die Überschuldungsbilanz zu beschäftigen.

³⁴ Beispielhaft hierfür die Ausführungen von *von Einem/Schmid*, welche die vertragliche Nachrangigkeit einer Forderung zugunsten spezifischer anderer Forderungen als Unterfall des „Private Debt“ und unter der Überschrift „Intercreditor Agreements“ behandeln, ohne auf die im deutschen Recht bekannte Figur des Forderungsrücktritts hinzuweisen, *von Einem/Schmid* in *Achleitner/von Einem/von Schröder, Private Debt*, S. 163. Ähnlich *Schrell/Kirchner*, *BKR* 2004, 212, 214: Die an den Vorgaben der Londoner Loan Market Association orientierte Kreditdokumentation bestimme in angepasster Form auch den in Deutschland geltenden Marktstandard.

³⁵ RGSSt 127, 387, 388 stellt fest, dass eine Gesellschafterforderung, auf deren Geltendmachung der Gesellschafter rechtsverbindlich verzichtet hat, im Überschuldungsstatut ebenso wenig zu passivieren ist, wie eine Einlage.

³⁶ Vom BFH seit BFHE 105, 160, 163 in ständiger Rechtsprechung bejaht, BFHE 158, 426, 429 ff.; BFHE 170, 449, 451 ff. Anders noch BFHE 57, 541. S. zur Passivierung in der Steuerbilanz zusätzlich die Nachweise in Fn. 12.

³⁷ BFHE 166, 356, 358.

³⁸ Der auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhende Verzicht eines Gesellschafters auf eine (werthaltige) Forderung führt nach der Rechtsprechung des BFH zu einer verdeckten Einlage des Gesellschafters, BFHE 151, 523 und BFH DStR 1997, 1282, 1284 ff. (jew. großer Senat). Keine verdeckte Einlage entsteht hingegen nach der Rechtsprechung des BFH wenn kein Verzicht, sondern ein Stillhalteabkommen (*pactum de non petendo*) oder ein Rangrücktritt vereinbart wird; zum Stillhalteabkommen BFH DStR 1997, 1282, 1286 (obiter), zum Rangrücktritt BFH NV 2002, 677, wonach erst der Erlass, nicht ein zeitlich früherer Rangrücktritt zur verdeckten Einlage führt.

³⁹ Im Grundsatz bejahend BFH DStR 2004, 593, 594; für die Berechnung des Teilwerts möchte der BFH a.a.O. S. 595 ff. indes zumindest bei Betriebsaufspaltung die für die Anteilsbewertung maßgeblichen Grundsätze heranziehen.

b) Literatur

Auch hinsichtlich der literarischen Bearbeitung stellt sich die Situation mit Blick auf die Begründung des Nachrangs einer Forderung gegenüber allen anderen Verbindlichkeiten des selben Schuldners gänzlich anders dar, als hinsichtlich der Vereinbarungen eines spezifischen Nachrangs. Von den genannten Konstellationen haben insbesondere der Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH sowie der Finanzplankredit in der Literatur große Aufmerksamkeit gefunden. Einschlägig sind die monographischen Bearbeitungen von *Fleischer*⁴⁰ zum Finanzplankredit sowie von *Teller*⁴¹, nunmehr von *Teller* und *Steffan*,⁴² zum Rangrücktritt zur Beseitigung der Überschuldung bei der GmbH. Daneben sind die - jeweils auch die vereinbarte Nachrangigkeit von Schuldverschreibungen und Genussrechten behandelnden - Kommentierungen der Vorschriften des § 221 AktG von *Habersack*⁴³ und *Lutter*⁴⁴, und eine große Zahl teils umfangreicher Zeitschriftenbeiträge speziell zum Rangrücktritt und zum Finanzplankredit zu nennen. Hervorzuheben sind hierbei die grundlegenden Beiträge von *Habersack*⁴⁵, *Knobbe-Keuk*⁴⁶, *Peters*⁴⁷ und *K. Schmidt*⁴⁸. Ergänzt wird dieser schon für sich reiche Befund durch eine nahezu unübersehbare Zahl von Monographien, Kommentierungen und Zeitschriftenbeiträgen, die im Rahmen der Überschuldungsprüfung, der Bilanzierung von Verbindlichkeiten, des Eigenkapitalersatzes oder der Steuerfeststellung⁴⁹ auf den Rangrücktritt eingehen.

Zusätzlich hat 1996 *Harald Herrmann* eine zumindest im Ansatz allgemeine, mehrere Finanzierungsformen umgreifende Bearbeitung der Subordination von Forderungen vorge-

⁴⁰ *Fleischer*, Finanzplankredite und Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht, 1995.

⁴¹ *Teller*, Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH, 1. Auflage 1993, 2. Auflage 1995.

⁴² *Teller / Steffan*, Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH, 3. Auflage 2003.

⁴³ MünchKommAktG/*Habersack*, § 221, Rn. 111 ff.

⁴⁴ *KK/Lutter* § 221 Rn. 306 ff.

⁴⁵ *Habersack*, ZGR 2000, 384.

⁴⁶ *Knobbe-Keuk*, ZIP 1983, 127.

⁴⁷ *Peters*, WM 1988 641 und 685.

⁴⁸ S. etwa *K. Schmidt*, FS Goerdeler, S. 487; *ders.*, ZIP 1999, 1241; *ders.* GmbHR 1999, 9; *ders.* DB 2006, 2503.

⁴⁹ So z.B. *Fichtelmann*, Unternehmensanierung, S. 38 ff.

legt.⁵⁰ *Herrmann* behandelt allerdings, seinem Ziel eines Nachweises durchgängiger Wertungsprinzipien im Recht des „Quasi-Eigenkapitals“⁵¹ entsprechend,⁵² nur die Subordination einer Forderung unter die Forderungen aller außenstehender Gläubiger des Schuldners. Zudem stehen im Mittelpunkt dieser Betrachtung die kapitalmarkt- und unternehmensrechtlichen Folgen der Forderungssubordination, während die allgemeine Dogmatik der Rangvereinbarung bei *Herrmann* bewusst ausgeklammert bleibt.⁵³

C. Anliegen der Untersuchung, Gang der Darstellung und erste Eingrenzung des Themas

I. Anliegen der Untersuchung

Die überwiegend punktuelle Behandlung der Forderungssubordination führt dazu, dass selbst für den Rangrücktritt die meisten der oben angesprochenen Fragen trotz der großen Zahl literarischer Stellungnahmen noch nicht abschließend geklärt werden konnten. So reicht hinsichtlich der rechtsdogmatischen Einordnung des Rangrücktritts das Meinungsbild von der Einordnung als rein obligatorischen Vertrag⁵⁴ über die Einordnung als schuldändernde Verfü-

⁵⁰ *Herrmann*, Quasi-Eigenkapital im Kapitalmarkt und Unternehmensrecht. Ebenfalls übergreifend, aber auf Fälle der Subordination unter alle anderen Forderungen anderer Gläubiger des Schuldners begrenzt ist der Beitrag von *Habersack*, ZGR 2000, 384 ff. zu Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Forderungen.

⁵¹ Worunter lt. *Herrmann* alle Formen der Unternehmensfinanzierung rechnen, in denen die Ansprüche auf Rückzahlung und Gegenleistung des Kapitalgebers durch Vertrag oder Gesetz den Ansprüchen der Fremdkapitalgeber untergeordnet sind, *Herrmann*, Quasi-Eigenkapital S. 1. Im weiteren unterscheidet *Herrmann* sodann zwischen Quasi-Eigenkapital im engeren Sinne, welches dann entstehe, wenn der Nachrang des Kapitalgebers zum Gleichrang mit den echten Eigenkapitalgebern werde und Junior-Kapital, für welches ein Rang zwischen den echten Eigenkapitalgebern und den Fremdkapitalgebern symptomatisch sei, *Herrmann*, Quasi-Eigenkapital, S. 24 f.

⁵² *Herrmann*, Quasi-Eigenkapital, S. 10.

⁵³ *Herrmann*, Quasi-Eigenkapital, S. 10 und dort Fn. 33.

⁵⁴ So auch in neuerer Zeit beispielsweise Scholz/K. *Schmidt* §§ 32a, 32 b Rn. 105; daneben *Fahrenberg/Wolf* in *Achleitner/von Einem/von Schröder*, Private Debt, S. 197; *Leuering/Simon*, NJW-Spezial 2004, 315. Ebenso wohl *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212, 214, sowie zumindest für den „einfachen“ Rangrücktritt *Janssen*, BB 2005, 1895, wobei dort offen bleibt, ob für den von Janssen so genannten „harten“ Rangrücktritt (Rücktritt hinter alle anderen Gläubiger und Tilgung aus künftigem Bilanzgewinn, Liquidationsüberschuss oder sonstigem die Schulden der Gesellschaft übersteigenden Vermögen) sowie den von *Janssen* im Anschluss an den BGH und *Goette* als „qualifizierten“ Rangrücktritt bezeichnete Konstellation (Rücktritt auf die Stufe der Eigenkapitalgeber) etwas anderes gelten soll, s. *Janssen* BB 2005, 1895 f. Ausführlich zur Einordnung unten, Kap. 8.

gung⁵⁵ bis zur Einordnung als Unterfall des Erlassvertrages im Sinne von § 397 BGB⁵⁶; bisweilen kann man gar diese dogmatisch grundverschiedenen Einordnungen in Kombinationen antreffen.⁵⁷ Und auch mit Blick auf die Aufhebbarkeit der geschlossenen Vereinbarung wird von der jederzeitigen Aufhebbarkeit⁵⁸ über die Aufhebbarkeit nur außerhalb einer Unternehmenskrise bis zum generellen Ausschluss der Aufhebbarkeit ein weites Spektrum von Meinungen vertreten.

Es kommt hinzu, dass die fehlende Klärung der dogmatischen Grundlagen auch Unschärfen in der Kautelarpraxis der Forderungssubordination bedingt. Beispielhaft sei eine Formulierung angeführt, die erst kürzlich als Muster für die Vereinbarung eines einfachen Rangrücktritts empfohlen wurde:

„Der Gläubiger xy hat der xy-GmbH am 5.10.2003 ein Darlehen über 100.000 EUR gegeben. Mit seiner Forderung aus diesem Darlehen tritt er hiermit hinter alle übrigen Gläubiger der xy-GmbH zurück. Er soll aus seiner Forderung erst befriedigt werden, wenn alle übrigen Gläubiger der GmbH befriedigt sind“⁵⁹

Schon ein erster Blick zeigt, dass der vorgeschlagene Vertragstext viele Fragen offen lässt: Handelt es sich um eine schuldrechtliche Absprache, die - ähnlich einem pactum de non petendo - dem Schuldner eine Einrede gegen das Forderungsverlangen des Gläubigers gewährt, wofür die Formulierung „soll... erst befriedigt werden“ sprechen könnte und wie es der Urheber des Musters annimmt,⁶⁰ oder würde durch die Vereinbarung – wofür die Formulierung „tritt hinter die Forderungen zurück“ spricht, eine Änderung des Schuldinhalts und damit eine Verfügung über die Forderung vorgenommen werden? Und weiter: Meint „seine Forderung aus dem Darlehen“ die Darlehenstilgung, oder sollen auch Zinsansprüche subordiniert sein? Und sollen nur die gegenwärtigen oder auch künftige Verbindlichkeiten der Gesellschaft Vor-

⁵⁵ Grundlegend *Knobbe-Keuk*, ZIP 1983, 127, 129; daneben *Habersack*, ZGR 2000, 384, 403; *Peters*, WM 1988, 685, 689.

⁵⁶ So für den Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung erst jüngst *Schrell/Kirchner* BKR 2004, 212, 217: Die vollständige Rangrücktrittserklärung stelle rechtlich einen Forderungsverzicht dar.

⁵⁷ So schreibt *Schildknecht* in DStR 2005, 181: „Zivilrechtlich ist die Rangrücktrittsabrede ein verfügender Schuldänderungsvertrag und als Variante des pactum de non petendo zu betrachten. Sie lässt den Bestand der Forderung als solche unberührt und gibt dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht“, ohne zu begründen, worin – bei unberührtem Bestand der Forderung und Einräumung nur eines Leistungsverweigerungsrechtes – die schuldändernde Verfügung liegen soll.

⁵⁸ S. insbesondere *Scholz/K. Schmidt* §§ 32 a, 32 b Rn. 107; *ders.* ZIP 1999, 1241, 1247; diesem folgend *Braun/Bauerle* § 39 Rn. 19 sowie *MünchKommInsO/Stodolkowitz* § 135 Rn. 17.

⁵⁹ *Janssen*, BB 2005, 1895.

⁶⁰ *Janssen*, BB 2005, 1895.

rang genießen? Sowie schließlich: Soll eine Erfüllung der nachrangigen Forderung wirklich nur möglich oder – bei *pactum de non petendo* – durchsetzbar sein, wenn alle anderen – vorrangigen – Forderungen tatsächlich erfüllt wurden (so die Formulierung) oder soll eine Erfüllung bereits dann möglich sein, wenn die vorrangigen Forderungen zwar nicht tatsächlich erfüllt wurden, die Gesellschaft aber auch nach Erfüllung der nachrangigen Forderung über ausreichend Mittel verfügte, um die vorrangigen Forderungen gegebenenfalls zu erfüllen.

Es ist das Anliegen dieser Arbeit, die mit der Vereinbarung eines Nachrangs von Forderungen verbundenen Fragen einer systematischen und dogmatisch fundierten Klärung zuzuführen und damit zugleich der Rechtspraxis die Möglichkeit zu eröffnen, die vielfältigen Gestaltungen rechtsgeschäftlicher Forderungssubordination mit größerer Rechtssicherheit zu nutzen.⁶¹

II. Gang der Darstellung

Im ersten Teil der Arbeit soll zunächst eine systematische Grundlegung erfolgen. Hierzu ist der Rang als allgemeines Rechtsproblem darzustellen: Im Rahmen der Vereinbarung einer Subordination erklärt der Gläubiger regelmäßig, mit seiner Forderung hinter eine oder mehrere andere Forderungen im Rang zurückzutreten. Bereits die Ermittlung der Wortbedeutung dieser Erklärung, und damit der Ausgangspunkt juristischer Auslegung nach herkömmlicher Methode,⁶² setzt voraus, sich Klarheit über den rechtlichen Gehalt von Rang, Nachrang und Rangrücktritt zu verschaffen.

Daran anschließend sind, immer noch im Zuge der systematischen Klärung, zwei grundlegende Fragen der Unternehmensfinanzierung aufzugreifen: Zum einen der Begriff des Eigenkapitals und die Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital, zum anderen Reichweite und Grenzen der Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters. Die Behandlung der beiden Fragen hat für die rechtsgeschäftliche Subordination sowohl begrenzenden als auch inhaltsbe-

⁶¹ S. nur *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212, 213, denen zufolge der us-amerikanische Aquisitionsfinanzierungsmarkt zur Gliederung von komplexen Finanzierungen in unterschiedliche Risiko- und Renditeklassen die rechtsgeschäftliche Subordination präferiert, während der europäische Aquisitionsfinanzierungsmarkt aufgrund von in einigen Rechtsordnungen bestehenden Zweifeln an der Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit von Nachrangregeln in der Insolvenz der Erwerbengesellschaft zur Bildung struktureller Rangfolgen tendiert.

⁶² BGHZ 121, 13, 16; BGHZ 124, 39, 44 f.; BGH NJW 1998, 2966; NJW 2001, 144; NJW 2001, 2535. Aus der Literatur beispielsweise Palandt/*Heinrichs* § 133 Rn. 14; *Bork*, AT, Rn. 124 ff.; MünchKommBGB/*Busche* § 133 Rn. 56

stimmenden Charakter. So bestimmen die Grenzen der Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters zugleich diejenigen Fälle, in denen ein eigenkapitaltypischer Nachrang nicht auf rechtsgeschäftlicher Vereinbarung beruht, sondern bereits normativ entsteht. Da die rechtsgeschäftliche Subordination von Forderungen ihrerseits bisweilen dazu dient, Finanzierungsmittel, die kein Eigenkapital darstellen, dem Eigenkapital rechtlich anzunähern, ermöglicht die zur Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital erforderliche Bestimmung der rechtlichen Eigenschaften des Eigenkapitals Rückschlüsse darüber, welche Vorstellungen und Ziele die Parteien in diesen Konstellationen von und mit Inhalt und Wirkungen der rechtsgeschäftlichen Subordination verfolgen.

Im Anschluss an die systematische Grundlegung sollen die einleitend angeführten Vertragskonstellationen – Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, Nachrangdarlehen und nachrangiges Genussrecht jeweils mit Subordination unter alle anderen Forderungen anderer Gläubiger des Schuldners, Finanzplankredit und Nachrang zugunsten spezifischer Forderungen -, deren jeweiliger wirtschaftlicher Hintergrund und die typischen Interessen der Beteiligten dargestellt werden.

In einem zweiten Teil der Arbeit ist die rechtsgeschäftliche Subordination von Forderungen nach us-amerikanischem und englischem Recht zu erörtern. Für das zentrale Anliegen dieser Untersuchung – dogmatische Einordnung der rechtsgeschäftlichen Subordination und daraus folgende Ableitungen nach deutschem Recht - empfiehlt sich der Blick auf das anglo-amerikanische Recht neben dem mit Rechtsvergleichung allgemein verbundenen Gewinn an Erkenntnis⁶³ in besonderem Maße: So werden insbesondere im Bereich der Mezzanine-Finance auch deutschem Recht unterliegende Vertragswerke typischerweise und ungeachtet des aus der unterschiedlichen Kultur der Vertragsgestaltung erwachsenden Konfliktpotentials⁶⁴ in englischer Sprache und unter Verwendung von Fachtermini des (anglo-)amerikanischen Rechts erstellt. Diese Sprachwahl wiederum legt zumindest nach der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung⁶⁵ und Literatur⁶⁶ nahe, trotz Anwendbarkeit deut-

⁶³ Von *Stoll* als „reine“ und rechtssetzungsbezogene Rechtsvergleichung bezeichnet, *Stoll*, FS Bydlinski, 429, 432 ff.; s. auch *Zweigert/Kötz* S. 42 ff.

⁶⁴ Dazu *K. P. Berger*, Aufrechnungsvertrag, S. 22 f.; *Döser*, NJW 2000, 1451, 1452 ff.; zum rechtskulturellen Hintergrund der Unterschiede von kontinentaleuropäischer und angloamerikanischer Vertragsgestaltung *Kötz*, FS Heldrich, S. 771, 773 ff.

⁶⁵ So für typische Klauseln bereits RGZ 39, 65, 68. Daneben BGH NJW-RR 1992, 423, 425; OLG Hamburg TranspR 1993, 433, 434 und TranspR 1995, 214 f.

schen Rechts die Auslegung am us-amerikanischen und am englischen Rechtsverständnis zu orientieren.⁶⁷

Darüber hinaus prägt die im angloamerikanischen Recht wurzelnde Vertragspraxis, so weit es sich, wie häufig, um den Import angloamerikanischer Finanzierungstypen unter Beteiligung von angloamerikanischen Investmentbanken handelt,⁶⁸ die Vorstellung mindestens einer Vertragspartei.⁶⁹ Die Beurteilung nach angloamerikanischem Recht wird damit auch dann zu einem für die Auslegung der Verträge nach deutschem Recht mittelbar beachtlichen Gesichtspunkt, wenn man den Sprachsinne der fremdsprachlichen Regelung in jedem Einzelfall danach ermittelt, welche Vorstellung die Parteien erkennbar ausdrücken wollten.⁷⁰ Lässt sich dabei ein einheitlicher Sprachsinne nicht feststellen, so ist die Divergenz – insofern der Behandlung mehrdeutiger deutscher Begriffe entsprechend⁷¹ – nach den Grundsätzen des verdeckten Einigungsmangels zu beurteilen.

Aus diesem spezifischen Zweck folgt zugleich eine inhaltliche Begrenzung des Rechtsvergleichs: Die vorliegende Arbeit will nicht sämtliche Rechtsprobleme der Forderungssubordination rechtsvergleichend beleuchten. Vielmehr soll der Schwerpunkt der Rechtsverglei-

⁶⁶ Soergel/ v. Hoffmann Art. 32 EGBGB Rn. 10, 12; Lando, *RebelsZ* 38 (1974), 388, 394 f.; Staudinger/*Magnus* Art. 32 EGBGB Rn. 30.; Merkt, *ZHR* 171 (2007), 490, 502 f.

⁶⁷ Diesen Grundsatz zu Recht einschränkend aber *Triebel/Balthasar*, *NJW* 2004, 2189, 2193 ff. und Münch-KommBGB/*Spellenberg* vor Art. 11 Rn. 110. Ergänzend weist *K. P. Berger* am Beispiel des „netting“ darauf hin, die Teilnehmer am Rechtsverkehr seien häufig geneigt, Amerikanismen zu benutzen, um als „modern“ zu gelten, ohne sich über den Inhalt des verwendeten Begriffs nähere Gedanken zu machen, *K. P. Berger*, *Aufrechnungsvertrag*, S. 23.

⁶⁸ Allgemein zur mittelbaren Rezeption amerikanischen Rechts durch Übernahme von in den USA entwickelten Vertriebs- und Finanzierungsmodellen einschließlich deren juristischer Termini und Konzeptionen *Stürner*, *FS Rebmann*, S. 839, 846; *Wiegand*, *FS Buxbaum*, S. 601, 603 ff.; *ders.*, *FG schweizerischer Juristentag 1988*, S. 229, 242 ff. Speziell zu Finanzierungsverträgen *Döser*, *JuS* 2000, 972 und *Merkt*, *ZHR* 171 (2007) 490, 500 f. Die weitergehende Frage, ob wegen des Modellcharakters der us-amerikanischen Wirtschaft eine allgemeine Rezeption amerikanischen Rechts in Deutschland stattfindet, braucht hier nicht vertieft zu werden. Bejahend *Stürner* und *Wiegand*, *jew. a.a.O.*, kritisch *Kötz*, *FS Heldrich*, S. 771, 777 ff.

⁶⁹ Noch weiter gehend *Schrell/Kirchner*, *BKR* 2004, 212, 214, denen zufolge für die rechtsgeschäftliche Subordination die am Londoner Markt verbreitete Standarddokumentation der loan market association „in angepasster Form auch den deutschen Marktstandard bestimmt.“

⁷⁰ S. hierzu neben den in Fn. 67 genannten noch *OLG Frankfurt/Main NJW-RR* 1995, 36, 38 f. Umgekehrt hat der BGH in einem unveröffentlichten Urteil des Jahres 2000 entschieden, dass bei einer in zwei Sprachen geführten Korrespondenz schon infolge des Grundsatzes, dass Willenserklärungen nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen sind, einem in der Korrespondenz verwendeten Begriff nicht der Bedeutungsgehalt beigelegt werden kann, den der Begriff in der juristischen Fachsprache hat, wenn dem Empfänger der Willenserklärung die entsprechende Fachsprache nicht geläufig ist, *Urt. vom 01. 02. 2000, X ZR 213/98* unter II. 2. a) der Entscheidungsgründe.

⁷¹ Dazu statt aller und mit weiteren Nachweisen *Palandt/Heinrichs* § 155 Rn. 4.

chung auf Rechtsnatur, Inhalt und wesentliche Rechtsfolgen der rechtsgeschäftlichen Subordination nach angloamerikanischem Recht gelegt werden.

Aufbauend auf dem Grundlagenteil und der Betrachtung des angloamerikanischen Rechts der Forderungssubordination sind sodann im dritten Teil der Arbeit Rechtsnatur und dogmatische Einordnung der rechtsgeschäftlichen Subordination von Forderungen nach deutschem Recht zu untersuchen. Hierzu soll zunächst die bislang vorherrschende Meinung, der zufolge die genannten Konstellationen rechtsgeschäftlicher Subordination keine zu Erkenntnisgewinn verwendbaren Gemeinsamkeiten aufweisen und insbesondere die in mezzaninen Finanzierungsvereinbarungen und atypischen Kreditsicherheiten getroffene Nachrangabrede von dem Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH streng zu trennen ist,⁷² kritisch überprüft und die rechtsgeschäftliche Subordination von Forderungen als gemeinsames Merkmal von Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, eigenkapitalähnlichen Nachrangdarlehen, Finanzplandarlehen, Mezzanine-Finanzierungen und der Vereinbarung eines spezifischen Nachrangs als atypischer Kreditsicherheit betont werden. Mit dieser Institutionenbildung geht der Versuch einher, die bislang getrennt geführten Diskussionen um Forderungsrücktritt als atypisches Sicherungsmittel, Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung bei Kapitalgesellschaften, Finanzplandarlehen und mezzaninen Finanzierungen zueinander in Beziehung zu bringen. Daran anknüpfend ist die Rechtsnatur der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung eines Nachrangs zu ermitteln.

Schließlich gilt es, die zu Rechtsnatur und dogmatischer Einordnung der rechtsgeschäftlichen Subordination gefundenen Ergebnisse in einem vierten Teil weiter zu entfalten und für die Klärung einiger bei Mezzanine-Darlehen, Rangrücktritt und Finanzplankredit diskutierten Probleme fruchtbar zu machen. Das Ergebnis der dogmatischen Einordnung ist damit

⁷² *Fichtelmann*, Unternehmensanierung, S. 39 f. *Haarmann*, FS Röhrich, 137, 139; *Merkel* in Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR § 98 Rn. 135; *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212, 217. *Teller/Steffan*, Rangrücktritt, S. 8 f. Dagegen finden sich neuerdings zunehmend Stimmen, die – ohne auf die abweichende hM einzugehen – konstatieren, der Rangrücktritt könne sowohl hinter einzelne als auch hinter alle anderen Verbindlichkeiten des gemeinsamen Schuldners erfolgen. So *A/D/S* § 246 Rn. 128; *Fahrholz*, Unternehmensfinanzierung, S. 89; *Herrmann*, Quasi-Eigenkapital, S. 98 f.; *Kiethe*, DStR 2006, 1763, 1765; *Schildknecht* DStR 2005, 181. Für einen Zusammenhang zwischen Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung und Mezzanine Darlehen auch *Klein*, GmbHR 2005, 663. Unklar *Ekkenga*, WM 2006, 1986, 1993, der einerseits feststellt, durch einfachen Rangrücktritt könne die Bedienung der Forderung ausgeschlossen werden, soweit hierdurch „die Verteilungsmasse zum Nachteil bestimmter oder aller anderen Gläubiger geschmälert würde“, aber bereits in dem daran unmittelbar anschließenden Satz festhält, typischerweise sei „damit (scil.) bezweckt, die Passivierung im Überschuldungsstatus zu vermeiden“. Zur Vermeidung der Überschuldung reicht indes nach allgemeiner Ansicht ein Rangrücktritt hinter spezifische Forderungen keinesfalls aus. S. schließlich zur ebenfalls abweichenden Einschätzung im angloamerikanischen Recht unten, Kap. 6, B. I.

zugleich anhand seiner Tauglichkeit zur Lösung der in der Rechtspraxis vorherrschenden Probleme zu überprüfen. In dem letztgenannten Vorhaben fußt die Arbeit auf der Prämisse, dass die von *Karsten Schmidt* aufgestellte These, die Schwierigkeit beim Rangrücktritt liege nicht so sehr in seiner rechtsdogmatischer Einordnung, wie in seiner rechtspraktischen Auslegung,⁷³ zumindest relativiert werden kann.

III. Eingrenzung des Themas

Dem Anliegen der Arbeit entsprechend steht im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen die rechtsgeschäftliche und damit willensgetragene Unterordnung von Forderungen. Kein Gegenstand dieser Untersuchung sind damit Fälle struktureller Nachrangigkeit, bei welchen sich der Nachrang einzelner Gläubiger nicht aus einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, sondern aus der Stellung des Schuldners im Unternehmensverbund ergibt.⁷⁴ Gleiches gilt für Fälle, in denen ein wirtschaftliches „Rangverhältnis“ verschiedener Forderungen durch vorrangige Besicherung einer Forderung oder zeitliche Reihung der Fälligkeit entsteht. Was die Art der subordinierten Forderungen betrifft, so soll der Blick in erster Linie auf solche Forderungen gerichtet werden, die auf Zahlung eines Geldbetrages lauten. Zwar ist die Subordination einer Forderung von der Art der geschuldeten Leistung unabhängig, doch siedeln die hier zu behandelnden Konstellationen in der Praxis vornehmlich im Umfeld der Unternehmensfinanzierung, weswegen die rechtsgeschäftlich subordinierten Forderungen in der Regel auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtet sind.⁷⁵

⁷³ *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1241, 1246, s. auch *ders.* DB 2006, 2503: Das zivilrechtliche Gewicht der Unterscheidung zwischen pactum de non petendo und schuldänderndem Vertrag sei nicht hoch einzuschätzen.

⁷⁴ Grundlegend hierzu *U. H. Schneider*, ZGR 1984, 497, 503 ff. Daneben *Fahrholz*, Unternehmensfinanzierung, S. 55 ff.; *von Einem/Schmid* in *Achleitner/von Einem/von Schröder*, Private Debt, S. 163 f.; *Schön*, ZHR 1995, 351, 352 f.; *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212 f. Zur Verwendung struktureller Subordination bei Projektfinanzierungen v. *Hagemeister/Bültmann*, WM 1997, 549 f., zur Verwendung bei Aquisitionsfinanzierung *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212, 213. Auch insoweit ist die Terminologie uneinheitlich: Einen abweichenden Begriff der strukturellen Subordination verwendet *Müller*, *Mezzanine*, S. 44, der von struktureller Subordination dann spricht, wenn die Rangfolge wirtschaftlich dadurch verändert wird, dass das nachrangige Darlehen vor den vorrangigen Darlehen fällig wird oder vorrangig besichert ist. Später – S. 161 – wird der Begriff der strukturellen Nachrangigkeit allerdings auch von *Müller* in dem erstgenannten Sinn verwendet.

⁷⁵ Das es sich hierbei zwar meistens, aber keineswegs immer um Darlehensforderungen handelt zeigt der Sachverhalt des Verfahrens *Sumitomo Trust v. Holly's Inc. (In re Holly's)*, 140 B. R. 643 (1992), oft auch unter der Bezeichnung *Holly's Case* zitiert. Streitgegenstand dieser grundlegenden Entscheidungen zur Subordination im us-amerikanischen Recht war die rechtsgeschäftliche Vereinbarung des Nachrangs eines Geschäftsführungsentgelts (management fee), dass die Eigentümergesellschaft eines Hotels der Managementgesellschaft dieses Hotels schuldete.

Ebenfalls nicht weiter zu vertiefen ist das in jüngerer Zeit intensiv diskutierte Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht einer Kapitalgesellschaft, wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformationen Schadensersatz zu leisten, und dem Grundsatz der Kapitalerhaltung. Zwar wird zur Lösung des Konflikts von Anlegerschutz und Kapitalschutz ein „Rangrücktritt“ der Schadensersatzansprüche vorgeschlagen⁷⁶, doch handelt es sich bei diesem Rangrücktritt der Sache nach um einen (ungeschriebenen) gesetzlichen Nachrang der entsprechenden Ansprüche und damit gerade nicht um einen Fall rechtsgeschäftlicher Subordination.⁷⁷

⁷⁶ Konzept und Bezeichnung gehen wohl auf *Baums*, ZHR 167 (2003) 139, 170 zurück. Dem folgend *Langenbacher* ZIP 2005, 239, 244 f. und - zumindest in der Terminologie - *Casper* BKR 2005, 83, 89.

⁷⁷ Die Bezeichnung als Rangrücktritt ist daher irreführend und es bietet sich an, statt dessen von einem gesetzlichen Nachrang zu sprechen.

1. Teil Systematische Grundlegung und Konstellationen rechtsgeschäftlicher Subordination von Forderungen

1. Kapitel Erster Teil der systematischen Grundlegung: Der Rang als allgemeines Rechtsproblem

A. Einleitung und Problemstellung: Zur Bedeutung gesetzlicher Rangkonstellationen für die rechtsgeschäftliche Subordination von Forderungen

Das geltende Zivilrecht handelt an verschiedenen Stellen von dem Rang eines Rechtes: Rang, Rangänderung und Rangvorbehalt von Rechten an Grundstücken haben in den §§ 879 ff. BGB eine gesetzliche Regelung gefunden. Für den Rang eines Pfandrechts präzisiert § 1209 BGB den Prioritätsgrundsatz und in der Insolvenz des Schuldners stellt § 39 InsO eine Rangordnung der gegen den Schuldner gerichteten Forderungen auf. § 519 Abs. 2 BGB sowie § 1609 BGB bestimmen in bestimmten Konstellationen den Vorrang einzelner Schenkungsempfänger oder Unterhaltsgläubiger vor anderen Schenkungsempfängern und Unterhaltsgläubigern. Weitere Beispiele lassen sich unschwer finden.⁷⁸

Für die rechtsgeschäftliche Subordination von Forderungen sind die gesetzlichen Rangkonstellationen insofern von Bedeutung, als Ranginhalt und Rangwirkungen in den gesetzlichen Rangkonstellationen ein Leitbild für Inhalt und Wirkung der rechtsgeschäftlichen Subordination von Forderungen darstellen könnten. Als Beispiel sei an dieser Stelle die Rechtsnatur der Rangänderung genannt: Es entspricht der heute ganz herrschenden Meinung, dass der Rang eines dinglichen Rechtes entweder unmittelbar zum Inhalt des Rechtes gehört oder – sofern man dies mit Blick auf § 883 Abs. 1 BGB ablehnt – zumindest inhaltsgleichen Charakter hat und daher jede Rangänderung eine Verfügung über das Recht darstellt. Ein Argument für den verfügenden Charakter der rechtsgeschäftlichen Subordination von Forderungen lässt sich hieraus aber nur gewinnen, wenn der Rang von Forderungen und der Rang dinglicher Rechte wenigstens im Ansatz vergleichbar sind.

⁷⁸ S. *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 58 f.

Nachfolgend ist daher zu untersuchen, ob, und gegebenenfalls welche allgemeinen Aussagen über Inhalt und Wirkung des Rangs sich aus den einzelnen positivgesetzlichen Rangregelungen gewinnen lassen. Hierbei ist jedoch bereits die einer Bestimmung allgemeiner Rangwirkungen vorgelagerte Frage, ob das Gesetz den Begriff des Rangs in einem einheitlichen Kontext benutzt und der Rang damit als allgemeines Rechtsproblem verstanden werden kann, umstritten.

In der neueren Literatur werden überwiegend allgemeine Rangaussagen nur für die aus einem einheitlichen Stammrecht abgeleiteten dinglichen Rechte getroffen.⁷⁹ Noch enger begrenzt *Jungwirth* nicht nur den Untersuchungsgegenstand, sondern auch das normative Umfeld, aus dem er seine dogmatische Konstruktion eines einigungsabhängigen Skriptursystems gewinnen will, allein auf den Rang von Grundstücksrechten, indem er sich zwar zutreffend gegen eine abstrakte Bestimmung des Wesens des Rangs wendet und statt dessen auf die Summe der dem Rang gesetzlich zugewiesenen Funktionen verweist,⁸⁰ dabei aber allein die Funktionszuweisung durch §§ 879, 880, 881 BGB in den Blick nimmt und die Frage, ob der Rang jenseits des Grundstücksrechts Bedeutung hat und die dem Rang dort zugewiesenen Funktionen auf Inhalt und Wirkung des Rangs von Rechten an Grundstücken zurückwirken könnten mit dürrem Hinweis auf die „funktional abweichende Systematik der Bucheinrichtung“ verneint.⁸¹ Von den Autoren, die sich mit dem Rang von Forderungen befassen, wird, soweit das Problem überhaupt angesprochen ist, überwiegend vertreten, der Rang von Forderungen sei gegenüber dem Rang dinglicher Rechte inhaltlich verschieden,⁸² weswegen der Rang dinglicher Rechte und die ihn prägenden gesetzlichen Vorgaben für den Rang von Forderungen keine Bedeutung entfalten könnten.⁸³

⁷⁹ S. aus der zeitgenössischen Literatur zum Sachenrecht *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, S. 156 ff.; *Stadler*; AcP 189 (1989), 425, 427, 430 f.; *Staudinger/Kutler* (2000) § 879 Rn. 1 ff.; *MünchKommBGB/Wacke* § 879 Rn 1 f. In der neueren Literatur zum Allgemeinen Teil des BGB finden sich keine Aussagen zum allgemeinen Rang von Rechten.

⁸⁰ *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 32, 52 ff.

⁸¹ *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 65.

⁸² *Teller/Steffan*, Rangrücktritt, S. 7.

⁸³ So ausdrücklich *Teller/Steffan*, Rangrücktritt, S. 7; ebenso wohl *Obermüller*, Insolvenzrecht, Rn. 1.1010, der im Kontext der Subordination von Forderungen feststellt, der Begriff des Rangrücktritts sei bereits „durch den sachenrechtlichen Rücktritt (§ 880 BGB) besetzt und damit hier irreführend“. Anders demgegenüber *Mankowski*, WuB IV A. § 387 BGB 1.99 = WuB 1999, 1274 f.

Demgegenüber wurde in Lehrbüchern des Pandektenrechts⁸⁴ wie auch in Teilen der frühen Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁸⁵ der Rang dinglicher Rechte und der Rang von Forderungen in einheitlichem Zusammenhang mit der Kollision von Rechten gesehen und in den Erörterungen des Allgemeinen Teils abgehandelt.

Nachfolgend ist daher sowohl die Frage nach der Vergleichbarkeit der Rangbestimmung dinglicher Rechte mit der Rangbestimmung von Forderungen wie auch die Frage nach übergreifenden inhaltlichen Gesichtspunkten der gesetzlichen Regeln über den Rang zu beantworten. Da das eine nicht ohne das andere zu klären ist, soll zunächst – insoweit die Darstellung der älteren Literatur zu Pandektenrecht und Bürgerlichem Gesetzbuch aufgreifend – der Zusammenhang von Rangbestimmung und Kollision von Rechten beleuchtet werden. Hierbei ist auch der Frage nachzugehen, ob eine Kollision relativer Rechte überhaupt möglich ist. Daran anschließend sind die einzelnen Regelungen zum Rang von dinglichen Rechten und Forderungen im geltenden Zivilrecht darzulegen, ehe durch einen Vergleich der Vorschriften über den Rang von Rechten in den verschiedenen Konstellationen schließlich zu bestimmen ist, ob und ggf. mit welchen inhaltlichen Festlegungen der Rang als allgemeines Rechtsproblem verstanden werden kann.

B. Vorrang und Nachrang als Rechtstechnik zur Bewältigung der Kollision von Rechten

I. Einleitung

Sobald mehrere (potentielle) Rechte an dem selben Rechtsobjekt bestehen, sei es, dass eine Sache mit mehreren dinglichen Rechten belastet ist, sei es, dass mehrere Forderungen gegen ein und denselben Schuldner⁸⁶ und dessen Vermögen gerichtet sind,⁸⁷ stellt

⁸⁴ *Windscheid*, Pandektenrecht, Bd. I, S. 388 ff.; *Dernburg*, Pandektenrecht, Bd. I, § 287.

⁸⁵ *V. Tuhr*, AT II 2, S. 571 ff.; *Windscheid/Kipp* S. 602 ff.; dezidiert gegen eine Rangordnung obligatorischer Rechte aber *H. Emmerich*, Pfandrechtskonkurrenzen, S. 74 (dort Fn. 2) und *Leonhard*, SchuldrechtAT, S. 58 ff. Gegen den letztgenannten wiederum *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 57.

⁸⁶ Zu dem in dieser Arbeit nicht weiter vertieften Rangverhältnis mehrere Schuldner unten C.II.1. und dort Fn. 122.

sich das Problem, wie sich diese Rechte zueinander verhalten.⁸⁸ Versteht man den Begriff der Kollision von Rechten in einem weiten Sinne und fasst darunter nicht nur die Ausübung, sondern auch das Entstehen mehrerer potentiell miteinander unvereinbarer Rechte,⁸⁹ so lässt sich die Anordnung von Vorrang und Nachrang zunächst als eine von mehreren möglichen Rechtstechniken zur Lösung von Kollisionslagen beschreiben:⁹⁰ Soweit ein potentieller Konflikt beider Rechte besteht, geht das vorrangige Recht dem nachrangigen Recht vor; der Rang ordnet damit dem einen Recht einen Verdrängungswert gegenüber dem anderen Recht zu.⁹¹ Allerdings enthält das Bürgerliche Gesetzbuch, auch hier dem Vorbild des römischen Rechts folgend,⁹² keine allgemeinen Regeln über die Kollision von Rechten.⁹³ Vielmehr werden Kollisionslagen teils durch je nach Fall unterschiedliche Rechtsregeln aufgelöst, teils aber auch bewusst ohne rechtliche Lösung aufrechterhalten.⁹⁴

⁸⁷ V. Tuhr, AT I, S. 140 f klassifiziert Person und Vermögen des Schuldners als zumindest im weiteren Sinne Objekte der gegen den Schuldner gerichteten Forderung. Nicht zu übersehen ist dabei zwar, dass im Gegensatz zu der mit einem dinglichen Recht belasteten Sache das Schuldnervermögen einem ständigen Wandel ausgesetzt ist, und die Leistungspflicht des Schuldners rechtlich nicht durch sein Vermögen begrenzt wird, doch ist zumindest mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens das zu diesem Zeitpunkt vorhandene Vermögen des Schuldners zur Befriedigung der zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Gläubiger reserviert.

⁸⁸ Dazu grundlegend v. Tuhr AT II 2 S. 571 ff. und Windscheid/Kipp, Pandekten, Bd. I, S. 602 ff. Zur Kollision von Forderungen Gernhuber, Schuldverhältnis, S. 56 ff.

⁸⁹ In diesem Sinne v. Tuhr, AT II 2, S. 571 (dort Fn. 4) der im weiteren von Kollision nur dann spricht, wenn diese nicht durch ein Rangverhältnis vermieden werden kann.

⁹⁰ Den Zusammenhang des Rangs dinglicher Rechte und der Kollision von Rechten betonen Bamberger/Roth/Kössinger § 879 Rn. 2; Mankowski, WuB IV A. § 387 BGB 1.99 = WuB 1999, 1274; Stadler, AcP 189 (1989), 425, 427; Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 156; MünchKommBGB/Wacke § 879 Rn. 2. Nicht als eine von mehreren Rechtstechniken zur Lösung von Kollisionsfällen, sondern als zwingende Folge des Charakters dinglicher Grundstücksbelastungen erschiene der Rang hingegen auf der Grundlage der früher überwiegend vertretenen Eigentumssplittertheorie.

⁹¹ S. neben den in Fn. 90 Genannten noch Staudinger/Kutter (2000) § 879 Rn. 2 und de Boor, Forderungskollision, S. 13. Dabei wird ganz überwiegend etwas verkürzend von dem Verdrängungswert des Rangs selbst gesprochen.

⁹² Dazu mit weiteren Nachweisen Wacke JA 1981, 94, 96.

⁹³ Mugdan, I, S. 505 f.; v. Tuhr, AT II 2, S. 571 f.; Wacke JA 1981, 94, 96.

⁹⁴ So im Regelfall bei mehreren auf die selbe Leistung gerichteten Forderungen.

II. Kollisionsvermeidende und kollisionssteuernde Regeln im geltenden Zivilrecht

Als kollisionsvermeidende oder kollisionssteuernde Rechtsregeln des Zivilrechts sind neben der gesetzlichen Anordnung eines Rangverhältnisses⁹⁵ die Anordnung der Unwirksamkeit, die anteilige Befriedigung, die Anordnung gemeinsamer Rechtsausübung und der Losentscheid zu nennen.

Die Anordnung der Unwirksamkeit potentiell widerstreitender Rechte vermeidet Kollisionslagen, indem die wirksame Entstehung eines Rechtes die wirksame Entstehung damit potentiell unvereinbarer Rechte verhindert. So ist von mehreren miteinander unvereinbaren Verfügungen regelmäßig nur eine wirksam.⁹⁶ In weiterer Verfeinerung dieses Lösungsmodells ordnen die §§ 161 Abs. 1 S. 1 und 883 Abs. 2 BGB die relative Unwirksamkeit entgegenstehender Verfügungen an.⁹⁷ Auch die relative Unwirksamkeit ist von der Rangwirkung zu unterscheiden,⁹⁸ da die relative Unwirksamkeit zumindest im Bereich der Grundstücksrechte in ihrer Rechtsfolge über die Rangwirkung hinausgeht, zugleich aber in der Wirksamkeit gegenüber Dritten hinter dieser zurückbleibt: Wegen der nach § 883 Abs. 2 BGB nur relativen Unwirksamkeit führt zwar die Vormerkung nicht zu einer Grundbuchsperrung,⁹⁹ doch kann der Inhaber des geschützten Rechts vom Inhaber des ihm gegenüber unwirksamen Rechts nach § 888 BGB die Zustimmung zur Löschung des Letzteren verlangen. Demgegenüber sorgen die Verteilungs- und Verwertungsvorschriften des ZVG und die sonstigen Rangfolgen¹⁰⁰ zwar dafür, dass die Ausübung vorrangiger Rechte durch die Existenz nachrangiger Rechte nicht berührt wird,¹⁰¹ doch kann der Inhaber eines vorrangigen Rechts die Beseitigung nachrangiger Rechte nicht verlangen. Gleichzeitig wirkt die Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen nur dem gesicherten Gläubiger gegen-

⁹⁵ Kollisionsvermeidend wirkt dabei naturgemäß nur die Anordnung unterschiedlichen Rangs, während sich in Fällen des Gleichrangs die Frage nach dem Verhältnis der Rechte zueinander erneut stellt. Die Begrifflichkeit ist im übrigen nicht einheitlich. So sagt v. Tuhr, AT III, S. 571, eine Kollision von Rechten trete nur ein, wenn keine Rangordnung bestünde. Letzteres bedeutet freilich nichts anderes, als dass der Rang kollisionsvermeidende oder wenn man, wie hier, potentielle Konflikte einbezieht, kollisionssteuernde Wirkung hat.

⁹⁶ S. die Vorschrift des § 185 Abs. 2 S. 2 BGB, die zugleich den Altersvorzug als inhaltliche Regelung zur Bestimmung der wirksamen Verfügung vorgibt.

⁹⁷ Dazu MünchKommBGB/Wacke § 883 Rn. 46.

⁹⁸ Stadler, AcP 189 (1989) 424, 436.

⁹⁹ RGZ 132, 419, 424; BGH VIZ 2001, 103, 104; MünchKommBGB/Wacke § 883 Rn. 47.

¹⁰⁰ S. beispielsweise zu der auch außerhalb von ZVG und Insolvenz beachtlichen Bedeutung des Rangs von Nutzungsrechten unten, Kap. 1, C. II. 2. aE mit Nachweisen in Fn. 130.

¹⁰¹ §§ 11 Abs. 1, 109 Abs. 2 und 117 Abs. 1 ZVG sowie §§ 44 Abs. 1 und 52 Abs. 1 S. 1 ZVG.

über, und kann weder vom Schuldner, noch von Dritten geltend gemacht werden, während das Rangverhältnis im Grundstücksrecht das dingliche Verhältnis eines Rechts zu anderen Rechten am selben Grundstück regelt und damit allgemein wirkt.

Beispiele für die Lösung einer Rechtskollision durch anteilige Befriedigung sind die quotale Berichtigung gleichrangiger Insolvenzforderungen, wenn das Schuldnervermögen zur vollständigen Befriedigung nicht ausreicht, und die anteilige Befriedigung gleichrangiger Pfandrechte.¹⁰² Die gemeinsame Ausübung miteinander unvereinbarer gleichrangiger Nutzungsrechte an einem Grundstück¹⁰³ regelt die Vorschrift des § 1024 BGB indem sie jedem Rechtsinhaber einen Anspruch auf vertragliche Regelung der Rechtsausübung in einer den Interessen aller Beteiligten nach billigem Ermessen entsprechenden Weise zuerkennt¹⁰⁴ und damit praktische Konkordanz widerstreitender Nutzungsrechte herstellt.¹⁰⁵ Schließlich wird für die Auslobung bei Unteilbarkeit der ausgelobten Belohnung und gleichzeitiger mehrfacher Vornahme der geforderten Handlung durch mehrere Personen der hieraus an sich entstehende Konflikt durch Losentscheid vermieden.¹⁰⁶ Die den Losentscheid kennzeichnende Entscheidung durch Zufall vermag freilich von allen Lösungsmöglichkeiten am wenigsten zu überzeugen¹⁰⁷ und ist deshalb im Zivilrecht zu Recht auf Kollisionslagen begrenzt, bei denen sowohl eine Teilung als auch eine Entscheidung nach Sachkriterien ausgeschlossen ist.

Den beiden erstgenannten Konzepten – Unwirksamkeit potentiell entgegenstehender Rechte und Rangverhältnis - ist gemeinsam, dass es sich bei ihnen jeweils zunächst nur um die Technik der Konfliktbewältigung handelt. Sie bedürfen notwendig der Ergänzung um eine inhaltliche Regel, nach der sich bemisst, welches Recht die Entstehung der anderen

¹⁰² So für Grundpfandrechte ausdrücklich § 10 Abs. 1 S. 1 2. HS ZVG. Gleiches gilt nach allgemeiner Meinung für Mobiliarpfandrechte, s. RGZ 60, 73 sowie aus der Literatur beispielsweise Palandt/*Bassenge* § 1232 Rn. 2 und Soergel/*Habersack* § 1232 Rn. 4.

¹⁰³ Gleiches gilt nach § 1060 BGB für das Zusammentreffen mehrerer Nießbräuche und nach § 1090 BGB für das Zusammentreffen mehrere persönlicher Dienstbarkeiten.

¹⁰⁴ MünchKommBGB/*Falckenberg* § 1024 Rn. 3; Staudinger/*J. Mayer* (2002) § 1024 Rn. 7; Soergel/*Stürmer* § 1024 Rn. 1. Dort auch jeweils zu der strittigen Frage, ob die Regelung der Eintragung in das Grundbuch bedarf.

¹⁰⁵ So zutreffend Staudinger/*J. Mayer* (2002) § 1024 Rn. 1.

¹⁰⁶ Gleiches gilt bei Unteilbarkeit der Belohnung nach § 660 Abs. 3, 659 Abs. 2 wenn die geschuldete Handlung von mehreren Personen gemeinsam vorgenommen wurde. S. schließlich für einen weiteren Anwendungsfall des Losentscheids § 752 S. 2 BGB.

¹⁰⁷ Ebenso *de Boor*, Kollision, S. 11; MünchKommBGB/*Seiler* § 659 Rn. 4.

Rechte ausschließt oder den Vorrang gegenüber den anderen Rechten genießt. Die vor allem für den Rang mehrere dinglicher Rechte an einem Objekt und für die Wirksamkeit mehrere einander ausschließender Verfügungen über den selben Gegenstand vorherrschende inhaltliche Regel ist der in § 185 Abs. 2 S. 2 BGB zum Ausdruck kommende Altersvorzug,¹⁰⁸ weswegen in Teilen der Literatur zwischen dem Rang als Rechtstechnik und dem Prioritätsgrundsatz zur Rangbestimmung nicht unterschieden wird. Dadurch wird indes verdeckt, dass zum einen der Altersvorzug sowohl rangbestimmende als auch ausschließende Wirkung haben kann¹⁰⁹ und dass zum anderen zur Bestimmung des Rangs bisweilen vom Altersvorzug abweichende Regeln zu beachten sind, wie nicht zuletzt die Vorschrift des § 443 HGB zeigt.

III. Zur Kollision von Forderungsrechten

Nachdem gezeigt worden konnte, dass der Rang eines von mehreren möglichen Mitteln zur Steuerung von Kollisionslagen darstellt, scheint die Frage, ob Forderungen überhaupt kollidieren können, müßig, zeigt doch ein Blick in die Rangvorschriften der Insolvenzordnung oder auf §§ 659, 660 BGB, dass dem deutschen Recht Regeln zur Steuerung einer Forderungskollision durchaus nicht fremd sind. Wenn die Frage hier gleichwohl aufzugreifen ist, dann deshalb, weil die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch an einer Stelle nahe legen, eine Kollision von Forderungen sei wegen der relativen Wirkung von Schuldverhältnissen ausgeschlossen. Wörtlich heißt es dort:

„Gehen mehrere Forderungsrechte auf eine Leistung, welche vermöge ihrer Beschaffenheit nur einem der Gläubiger zuteil werden kann, so handelt es sich nicht um eigentliche Rechtskollision. Das Wesen der obligatorischen Willensherrschaft schließt die Möglichkeit einer solchen aus. Nicht die Forderungsrechte, nur das Interesse, welches die Gläubiger an der Erfüllung durch Naturalleistung haben, kann in Widerstreit geraten“¹¹⁰

Träfe die Einschätzung der Motive zu, dann mag das Gesetz zwar den Forderungsrang kennen, dieser hätte aber schon deshalb, weil ihm keine Kollision zugrunde liegt, mit dem Rang dinglicher Rechte nichts gemein und ein Vergleich beider Rangarten wäre mü-

¹⁰⁸ Kritisch für den Rang von Grundstücksrechten *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 52 ff.

¹⁰⁹ Dazu *Wacke* JA 94, 95.

¹¹⁰ *Mugdan*, Band I, S. 276. Dem folgend *Leonhard*, SchuldR AT, S. 58 ff.

big. Auch dann wäre zwar nicht ausgeschlossen, dass durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen Forderungen ein Rangverhältnis entsteht, welches dem Rang dinglicher Rechte entspricht. Der Begründungsaufwand für ein Heranziehen der Regeln über den Rang dinglicher Rechte wäre aber deutlich höher.

Die oben angeführte Aussage der Motive beruht auf der Identität von Forderung und Schuld einerseits und andererseits auf dem Grundsatz, dass der Schuldner unbeschränkt schuldet, was dazu führt, dass ein Schuldner jede gegen ihn gerichtete Forderung unabhängig von dem Bestehen weiterer Verbindlichkeiten zu erfüllen hat.¹¹¹ Ein zwingender Schluss auf ein denkwürdiges Fehlen von Kollisionslagen zwischen Forderungen ist gleichwohl verfehlt. So zeigen bereits diejenigen Fälle, in denen das bürgerliche Recht eine kollisionssteuernde Regelung enthält, dass von der unbegrenzten Schuld auf die fehlende Kollision nur geschlossen werden kann, wenn das Erfüllungsinteresse des Gläubigers einerseits und möglicherweise begrenzte Erfüllungsmöglichkeiten des Schuldners andererseits gänzlich ausgeblendet werden. Dies gilt erst recht, wenn man die Haftungsordnung und damit die mögliche Insolvenz des Schuldners zusätzlich in den Blick nimmt. Zwar wird bisweilen vertreten, die so verstandene Haftungskollision sie gegenüber der Forderungskollision abzugrenzen,¹¹² doch lässt diese Meinung außer Betracht, dass der Zugriff des Gläubigers auf das Vermögen des Schuldners lediglich eine Form der Forderungsausübung darstellt, und die Haftungskollision damit nichts anderes ist, als die Offenbarung einer schon zuvor bestehenden Forderungskollision.¹¹³ Versteht man die Kollision in diesem weiteren Sinne, dann lässt sich sogar umgekehrt sagen, dass mehrere gegen den Schuldner gerichtete Forderungen immer, aber zunächst nur potentiell konfliktieren.

Da das Schuldrecht die einzelne Schuld indes grundsätzlich isoliert betrachtet,¹¹⁴ besteht zwischen mehreren kollidierenden Forderungen in der Regel¹¹⁵ kein Rangverhältnis

¹¹¹ Für die im Rahmen der vorliegenden Arbeit besonders wichtigen Geldschulden erfährt dieser Grundsatz eine weitere Verschärfung durch das Prinzip, dass die Nichtleistung von Geldschulden stets zu vertreten ist, s. dazu *Medicus*, AcP 188 (1988) 490, 492 ff.

¹¹² *De Boor*, Forderungskollision, S. 46 ff. und *Leonhard*, SchuldR AT, S. 59.

¹¹³ So zutreffend *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 56; ebenso wohl v. *Koppensfels-Spies*, *cessio legis*, S. 271 ff.

¹¹⁴ *De Boor*, Forderungskollision, S. 78 f.; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilband 1, S. 115; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 31; *Leonhard*, SchuldR AT, S. 59; *Staudinger/Noack* (2005) vor §§ 420 ff. Rn. 43; v. *Tuhr*, AT III, S. 573 f.

nis.¹¹⁶ Ebenso wenig finden sonstige kollisionsvermeidende oder -steuernde Regeln generell Anwendung.¹¹⁷

Daher kann grundsätzlich und vorbehaltlich einer Anfechtbarkeit nach den Vorschriften der Insolvenzordnung oder des Anfechtungsgesetzes unter mehreren Gläubigern des selben Schuldners derjenige, der seine Forderung zuerst durchsetzt, die erhaltene Leistung unbeschadet einer möglichen Gefährdung der Forderungen der anderen Gläubiger behalten.¹¹⁸ Besonders deutlich zeigt sich dies beim Doppelverkauf der selben Sache: Obgleich im Falle der Stückschuld die Erfüllung eines Kaufvertrages die Ansprüche der übrigen Käufer zumindest in den Fällen notwendig vereitelt, in denen die Erfüllung des Kaufvertrages durch Lieferung eines gleichartigen Ersatzgegenstandes nicht möglich ist,¹¹⁹ besteht nach deutschem Zivilrecht weder ein Vorrang des Inhabers der ältesten Forderung, noch eine sonstige kollisionssteuernde Regelung.¹²⁰

¹¹⁵ Zu den Ausnahmen sogleich unter Kap. I, C.

¹¹⁶ S. die Nachweise in Fn. 114. Anders zum Teil die dem BGB vorhergehenden Landesrechte bzw. landesrechtlichen Entwürfe, s. Sächs. BGB § 764 und Bayer. Entwurf (1861-64) II Art. 143. Kritisch zum Fehlen einer allgemeinen Rangordnung von Forderungen *Dettmar*, Rangfunktionen, S. 19.

¹¹⁷ Eine Pflicht zur anteiligen Befriedigung mehrere Forderungen kann sich aber im Einzelfall aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB, ergeben. So ist nach hM im Fall der beschränkten Gattungsschuld der Schuldner zur anteiligen Kürzung aller Ansprüche verpflichtet, wenn der Vorrat geringer ausfällt als erwartet. S. dazu *Larenz*, SchuldR AT, S. 131, 154 f.; v. *Tuhr*, AT II 2, S. 577; *Wacke JA* 1981, 94, 97.

¹¹⁸ So ausdrücklich die Motive, Mugdan Bd. I, 506, die zwischen mehreren Gläubigern vom „Wettbewerb um die Erfüllung“ sprechen. Dies ist, von Sonderkonstellationen abgesehen, auch heute einhellige Meinung, s. statt aller *Larenz*, AT, S. 232; *Wacke JA* 1981, 94, 97 sowie aus der Rechtsprechung BGHZ 30, 149, 151 und BGHZ 32, 361, 363.

¹¹⁹ Ob sich der Verkäufer auch dann auf die Unmöglichkeit berufen kann, wenn zwar Stückschuld vereinbart war, aber eine Ersatzlieferung möglich ist, muss derzeit als offen angesehen werden. Nach BGH ZIP 2006, 1586, 1588 f. soll im Falle des Stückkaufs bei mangelhafter Kaufsache ein Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB nicht von vorneherein ausgeschlossen sein: Soweit nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien eine Ersatzlieferung in Betracht komme, was insbesondere dann möglich sei, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige Kaufsache ersetzt werden könne, stehe die Vereinbarung einer Stückschuld dem Nacherfüllungsbegehren nicht entgegen. Dabei bleibt aber offen, ob die hierin liegende Einschränkung der Unmöglichkeit auch für den ursprünglichen Erfüllungsanspruch gilt. Insofern ist zwar zum einen beachtlich, dass sich der Bundesgerichtshof, a.a.O. S. 1588 f., allein auf den Wortlaut und die Gesetzesmaterialien des § 439 BGB stützt, doch ist andererseits ein relevanter Unterschied zwischen dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch und dem Anspruch auf Nacherfüllung nicht auszumachen, vielmehr handelt es sich nach zutreffender Meinung beim Nacherfüllungsanspruch um eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs. Auch Wertungsgesichtspunkte sprechen für eine Gleichbehandlung beider Konstellationen: es erschiene widersprüchlich, wenn ein Käufer, der vom Verkäufer eine mangelhafte oder eine andere - § 434 Abs. 3 BGB - Sache erhalten hat Nacherfüllung in Form der Ersatzlieferung eines gleichartigen und gleichwertigen Gegenstands verlangen kann, während sich ein Käufer, dem der geschuldete Gegenstand von Anfang an verweigert wird, bei Stückschuld und anderweitiger Veräußerung des Kaufgegenstands durch den Verkäufer dem Einwand der Unmöglichkeit ausgesetzt sähe.

¹²⁰ *Dubischar*, JuS 1970, 6 ff; *Wacke JA* 1981, 94, 96 f.

V. Zusammenfassung

Die Anordnung eines Vor- oder Nachrangs stellt eine von mehreren Möglichkeiten zur Lösung von Kollisionslagen dar. Als kollisionssteuernde Regelung tritt der Rang im Zivilrecht neben Unwirksamkeit, anteilige Befriedigung, gemeinsame Ausübung und Losentscheid. Zur richtigen Einbettung der Anordnung eines Rangverhältnisses in das zivilrechtliche System, und damit zur Erfassung von Inhalt und Wirkung eines Rangs, ist indes zusätzlich in Erinnerung zu behalten, dass im deutschen Zivilrecht keineswegs alle potentiellen Kollisionslagen eine Lösung durch Rechtsregeln erfahren. Insbesondere für die im Kontext dieser Arbeit besonders beachtlichen schuldrechtlichen Forderungen gilt vielmehr, dass außerhalb des Insolvenzverfahrens kollisionssteuernde Regeln nur ausnahmsweise bestehen. Letzteres ist aber keine notwendige Folge aus der relativen Natur der Schuldrechte, sondern beruht auf der grundsätzlich isolierten Betrachtung mehrerer Schulden.¹²¹

Damit ist freilich weder abschließend geklärt, ob ein kollisionssteuernder Rang zwischen Forderungen rechtsgeschäftlich vereinbart werden kann, noch, ob ein solcher Rang in Inhalt und Wirkung dem kollisionssteuernden Rang dinglicher Rechte vergleichbar wäre. Beiden Fragen ist im Weiteren nachzugehen.

C. Rangbegründende und rangsichernde Regelungen im deutschen Recht

I. Die Regelungen im Überblick

Die deutsche Zivilrechtsordnung verwendet den Begriff des Rangs in verschiedenen Konstellationen. Dabei sind im Folgenden, dem Thema der Arbeit entsprechend, nur die gesetzlichen Regelungen des Rangverhältnisses mehrerer gegen den selben Schuldner gerichteter Rechte darzustellen, während Fälle, in denen mehrere Schuldner für die selbe

¹²¹ *De Boor*, Forderungskollision, S. 78 f.; *Leonhard*, SchuldR AT, S. 59; v. *Tuhr*, AT III, S. 573 f.

Forderung haften und zwischen diesen ein Rangverhältnis besteht¹²² außer Betracht bleiben.¹²³

Allgemein begründet das unter anderem in § 161 Abs. 1 und § 185 Abs. 2 S. 2 BGB zum Ausdruck kommende Prioritätsprinzip eine Rangordnung zwischen mehreren dinglichen Rechten, die durch eine Mehrzahl von Verfügungen über das selbe Verfügungsobjekt entstanden sind.¹²⁴ Zu nennen sind daneben die §§ 879 bis 881, 1024, 1060, 1124 Abs. 1 S. 2 2. Halbsatz und 1131 S. 2 BGB für das Rangverhältnis von Rechten, die auf einem Grundstück oder einem grundstücksgleichen Recht lasten, ferner die §§ 1209 und 1232 für das Fahrnis- und das Rechtspfand im Sinne der §§ 1204 ff. BGB sowie daneben und zusätzlich § 1208 BGB für das Fahrnispfand. Im Bereich der Insolvenzverfahren stellen die §§ 38, 39 InsO und § 209 InsO eine Rangfolge für die Berichtigung verschiedener Forderungen auf. An unterschiedlichen Stellen des deutschen Zivilrechts wird schließlich das Geltendmachen einer vom Drittgläubiger durch Legalzession erworbenen Forderung zum Nachteil des Gläubigers ausgeschlossen (*nemo subrogat contra se*) und damit nach herrschender Meinung ein Nachrang der legalzedierten Forderung begründet, §§ 268 Abs. 3 S. 2, 426 Abs. 2 S. 2, 774 Abs. 1 S. 2, 1164 Abs. 1 S. 2, 1176 und 1607 Abs. 4 BGB, §§ 67 Abs. 1 S. 2 und 118 S. 2 VVG sowie § 128 Abs. 3 S. 2 ZVG. Ferner bestimmen die §§ 1609, 1615 1 und 1582 BGB eine Rangfolge unter mehreren Personen, die gegenüber einem Unterhaltspflichtigen (potentiell) unterhaltsberechtig sind, und § 519 Abs. 2 BGB bestimmt mit Blick auf die Einrede des Notbedarfs unter mehreren Schenkungsversprechen des selben Schuldners den Vorrang des älteren Versprechens.

Die hier angeführten Regelungen sind nachfolgend kurz zu skizzieren. Dabei verdienen die §§ 879 ff. BGB, die als einzige der genannten Regelungskomplexe in § 879 Abs. 3 BGB spezifische Vorgaben für die rechtsgeschäftliche Bestimmung und in § 880 BGB

¹²² So besteht beispielsweise ein Rangverhältnis mehrerer (potentiell) Unterhaltsverpflichteter nach § 1582 BGB, den §§ 1606 ff. BGB und § 2 SGB XII. Nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB haftet der eine Amtspflicht lediglich fahrlässig verletzende Amtsträger nur subsidiär. In diesen Fällen ist aber regelmäßig der Ausfall des vorrangig Verpflichteten Tatbestandsvoraussetzung für den Anspruch gegen den subsidiär Haftenden, und die Fälle unterscheiden sich daher in zweifacher Hinsicht von den mit dieser Arbeit in den Blick genommenen Konstellationen: Während im Folgenden das Rangverhältnis einzelner Forderungen bei einer Mehrheit von Forderungen gegen den selben Schuldner zu untersuchen ist, besteht hier nur ein Anspruch, der sich aber gegen mehrere potentielle Schuldner richtet.

¹²³ S. zu diesen Konstellationen etwa v. *Koppentfels-Spies*, *cessio legis*, S. 46 ff.

¹²⁴ Dazu eingehend *Wacke* JA 1981, 94, 95. Daneben *MünchKommBGB/ders.* § 879 Rn. 10

Regeln für die rechtsgeschäftliche Änderung eines Rangs bereithalten besondere Aufmerksamkeit. Gleiches gilt wegen dessen besonderer Auslegungsbedürftigkeit für den Grundsatz des *nemo subrogat contra se*.

II. Rang und Rangänderung von Rechten an Grundstücken

1. Inhalt der Regelung

Die §§ 879 bis 881 BGB regeln das Rangverhältnis von Rechten, die auf einem Grundstück oder einem dem Grundstück gleichgestellten Recht lasten, die rechtsgeschäftliche Änderung und den Vorbehalt eines Rangs. Darin mittelbar enthalten ist die einer Rangbestimmung vorgelagerte Aussage, dass zumindest im Grundsatz jedem auf einem Grundstück lastenden Recht mit seiner Entstehung ein bestimmter Rang zukommt.¹²⁵ Die Vorschriften des § 879 Abs. 1 und 2 BGB bestimmen den materiellen Rang eintragungsbedürftiger Rechte durch das Lokusprinzip des § 879 Abs. 1 S. 1 BGB und das Tempusprinzip des § 879 Abs. 1 S. 2 BGB.¹²⁶ Für nicht eintragungsbedürftige Rechte bestimmt sich der Rang nach dem Gesetz¹²⁷ oder dem Entstehungszeitpunkt.¹²⁸ Spezielle, den allgemeinen Regeln der Absätze eins und zwei von § 879 BGB vorhergehende Rangbestimmungen enthalten § 1124 Abs. 1 S. 2 2. Halbsatz BGB, der den Vorrang eines Rechtes von Dritten an einer Miet- oder Pachtforderung vor einer auf dem vermieteten Grundstück lastenden Hypothek begründet und § 1131 S. 2 BGB für den Vorrang bestehender Rechte bei Zuschreibung eines Grundstücks.

¹²⁵ Staudinger/*Kutter* (2000) § 879 Rn. 1. Geht man davon aus, dass der Rang das Verhältnis eines Rechts zu anderen Rechten beschreibt, so wird man sinnvoller Weise von Rang erst dann sprechen können, wenn ein Gegenstand mit mehr als einem dinglichen Recht belastet ist; dazu *Stadler* AcP 189 (1989), 425, 430. Demgegenüber unterscheidet *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 76 ff. zwischen der Einigung hinsichtlich des Rechtes und der Einigung über den Rang. Dazu unten bei Fn. 138.

¹²⁶ Zu beiden Baur/*Stürmer*, Sachenrecht, S. 158.

¹²⁷ Siehe z. B. § 914 Abs. 1 S.1 und § 917 Abs. 2 S. 2 BGB. Weitere Fälle gesetzlicher Rangprivilegien bei MünchKommBGB/*Wacke* § 879 Rn. 9.

¹²⁸ So beim ohne Grundbucheintragung wirksamen Erwerb eines Nießbrauchs am Grundstück durch Surrogation nach § 1075 Abs. 1 BGB, s. Palandt/*Bassenge* § 879 Rn. 3; MünchKommBGB/*Pohlmann* § 1075 Rn. 5. Gleiches gilt für gem. § 1287 S. 2 BGB und damit ebenfalls außerhalb des Grundbuchs entstehende Sicherungshypotheken. Dazu zutreffend BayOblLG NJW-RR 1991, 567.

Neben die gesetzliche Bestimmung des Rangs nach § 879 Abs. 1 und Abs. 2 BGB tritt nach § 879 Abs. 3 BGB die Möglichkeit, den Rang des Rechtes durch Vereinbarung zu bestimmen.

§ 1024 BGB und die auf diese Norm verweisenden §§ 1060 und 1090 Abs. 2 BGB gewähren einen Anspruch auf eine den Interessen aller Beteiligten gerecht werdende Regelung der Ausübung, wenn mehrere gleichrangige dingliche Nutzungs- oder Nießbrauchsrechte solcherart zusammentreffen, dass die einzelnen Rechte isoliert nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können. §§ 1186 S. 2 und 1198 S. 2 stellen Umwandlungen zwischen Sicherungshypotheken und gewöhnlichen Hypotheken und zwischen Hypotheken und Grundschulden von der Zustimmung der Inhaber gleichrangiger und nachrangiger Rechte frei; entsprechendes regelt § 1203 S. 2 BGB für Umwandlungen zwischen Rentenschuld und gewöhnlicher Grundschuld. § 1182 S. 2 2. Hs. bestimmt, dass eine nach § 1182 S. 1 auf den leistenden Gesamthypothekenschuldner mit Ersatzanspruch gegen den Eigentümer eines anderen in die Gesamthypothek eingebundenen Grundstücks übergegangene Hypothek am Grundstück des Letzteren nicht zu Lasten gleich- und nachrangiger Rechte an dem Grundstück des Ersatzverpflichteten Eigentümers geltend gemacht werden kann.

2. Rangwirkung

Die Wirkung des Rangs von dinglichen Rechten an Grundstücken erweist sich vor allem in Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstücks. Zwar kann jeder Gläubiger unabhängig vom Bestehen vorrangiger Rechte die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben, innerhalb der Zwangsvollstreckung ist die Rangordnung jedoch von maßgeblicher Bedeutung und beeinflusst daher den wirtschaftlichen Wert des Rechtes: Bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks erfolgt die Befriedigung der Rechte grundsätzlich nach den vom ZVG vorgegebenen Rangklassen des § 10 ZVG, innerhalb der die Ansprüche aus Rechten an dem Grundstück betreffenden Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG erfolgt die Befriedigung jedoch sodann nach dem Rang des jeweiligen Rechtes, § 11 Abs. 1 ZVG.¹²⁹ Die Rangordnung ist daher Grundlage für die Verteilung von Erlös und Nutzungen, §§ 109 Abs. 2, 117 Abs. 1 und 155 ff. ZVG, wie für die Aufstellung des Ver-

¹²⁹ Gleiches gilt nach § 11 Abs. 1 ZVG für Ansprüche der 6. und 8. Rangklasse.

teilungsplanes, §§ 113 ff. ZVG. Zudem fallen die dem Anspruch des betreibenden Gläubigers vorhergehenden Rechte in das geringste Gebot, § 44 Abs. 1 ZVG und bleiben daher nach § 52 Abs. 1 S. 1 ZVG gegebenenfalls bestehen, während Rechte, die dem Recht des betreibenden Gläubigers im Rang nachgehen nach §§ 52 Abs. 1 S. 2, 91 Abs. 1 ZVG erlöschen.

Außerhalb der Zwangsvollstreckung ist die Rangordnung vor allem für Nutzungsrechte von Bedeutung. Für diese ergibt der Umkehrschluss aus §§ 1024, 1060, 1091 BGB, dass unter miteinander unvereinbaren, rangverschiedenen Nutzungsrechten das vorrangigere den Vorzug erhält.¹³⁰

3. Bestimmung des Rangs von Grundstücksrechten

a) Einführung und Problemaufriss

Trotz der vermeintlich eindeutigen Regelungen der Absätze 1 und 2 des § 879 BGB besteht seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine intensive und andauernde Diskussion um die richtige Bestimmung des Rangs von Grundstücksrechten.¹³¹ Aus heutiger Sicht lassen sich in dieser Diskussion drei unterschiedliche Ansätze ausmachen, wobei innerhalb der jeweiligen Ansätze weitere Differenzierungen zu finden sind: Nach der früher ganz überwiegend vertretenen und wohl noch immer herrschenden Theorie hat § 879 Abs. 1 BGB materiell rangschaffende Wirkung.¹³² Der Rang kann danach zwar auch durch Vereinbarung abweichend bestimmt (§ 879 Abs. 3 BGB) und nachträglich geändert werden (§ 880 BGB), entsteht aber bei Fehlen einer Vereinbarung durch Gesetz.

¹³⁰ Staudinger/*J. Mayer* (2002) § 1024 Rn. 2; LG Aschaffenburg MittBayNot 1992, 206, 207.

¹³¹ Bemerkenswert ist die große Zahl monographischer Bearbeitungen, s. *Bock*, Der Rang der Rechte, (Teildruck der Dissertation, 1931); *Breit*, Der Grundbuchrang und seine Probleme (1928); *Detmar*, materielle und formelle Funktion des Rangs im Grundstückssachenrecht (1977); *Friedrich*, Der Rang der Rechte im Grundbuch (1927); *Grunsky*, Rangfragen bei dinglichen Rechten (1963); *Junghans*, Berichtigungs- und Bereicherungsansprüche aus Anlass von § 879 BGB (1952); *Jungwirth*, Der vereinbarte Rang von Grundstücksrechten (1990); *Koch*, Das Wesen des Rangs der im Grundbuch eingetragenen Rechte (1909); *Richter*, Der Rang der Hypothek (1911); *Scheuerer*, Der Hypothekenrang (1955); *Schmitt*, Der Rang als Konkurrenzproblem (1939) und *Schumacher*, Der Formalrang im Grundbuch (1951).

¹³² RGZ 57, 277; BGHZ 21, 98,100; OLG Frankfurt, FGPrax 1995, 17. Aus der Literatur Palandt/*Bassenge* § 879 Rn. 8; Erman/*A. Lorenz* § 879 Rn. 21; Staudinger/*Kutter* (2000) § 879 Rn. 30. Für eine nicht nur Rangschaffende, sondern – bei ungerechtfertigter Löschung – auch rangvernichtende „formelle Rangwirkung“ von § 879 BGB *Detmar*, Rangfunktionen, S. 235 ff. Gegen diesen zutreffend *Stadler* AcP 189 (1989), 425, 442; vgl. auch *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 110 f.

Nach einer von *Philipp Heck* begründeten, in letzter Zeit zunehmend Gefolgschaft findenden Ansicht bestimmen die Abs. 1 und 2 des § 879 BGB demgegenüber nicht materiell den Rang des Rechts, sondern geben nur an, welche Rangordnung aus dem Grundbuch ersichtlich ist und damit gegebenenfalls die Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb nach § 892 BGB bildet.¹³³ Außerhalb der Fälle des gutgläubigen Erwerbs gelte hingegen die materielle Rangordnung unabhängig vom Grundbuchrang so, wie sie sich nach dem Altersvorzug ergebe. Wie nach der klassischen Auffassung der Bestimmung durch Locus- und Tempusprinzip bestimmt sich der Rang bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung daher auch nach der Auffassung Hecks durch eine Rechtsregel.

Demgegenüber ist nach der von *Jungwirth* vorgeschlagenen Theorie eines „einigungsabhängigen Skriptursystems“ die materielle Rangordnung nicht durch Rechtsregel, sondern in jedem Einzelfall nach Einigung und Eintragung zu bestimmen;¹³⁴ bei Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung sei davon auszugehen sei, dass die Parteien sich konkludent auf den nächstbereiten Rang geeinigt hätten.¹³⁵ Nach *Jungwirth*, der insoweit einen Gedanken von *Augustin* aufgreift und fortentwickelt,¹³⁶ handelt es sich beim Rang um ein selbständiges, vom Recht unterscheidbares Verfügungsobjekt, das nach der Grundregel des § 873 BGB durch Einigung und Eintragung entsteht. Die Abs. 1 und 2 des § 879 BGB verstehen sich danach lediglich als „Leseregeln“, die der Entschlüsselung der Grundbucheinträge in eine Rangfolge dienen,¹³⁷ ohne über die materielle Richtigkeit dieser Rangfolge zu entscheiden. Da der Rang aber nach dieser Theorie stets auf der Einigung basiert, bestimmen § 879 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 879 Abs. 3 BGB zugleich, was im Grundbuch

¹³³ *Heck*, Sachenrecht, Exkurs 4, S. 496 ff.; dem folgen *Böttcher*, BWNNotZ 1988, 73, 75; *Stadler*, AcP 189 (1989), 425, 443 ff.; *Soergel/Stürmer*, § 879 Rn. 7 und 10; *MünchKommBGB/Wacke* § 879 Rn. 13. Zu Unrecht wird von *MünchKommBGB/Wacke* a.a.O. Fn. 42 auch *Kutter* zu den Anhängern der Rangtheorie von *Heck* gerechnet. *Kutter* plädiert zwar für eine Einschränkung der rangschaffenden Wirkung in Fällen des andernfalls drohenden Rangverlusts bestehender Rechte, belässt es aber im übrigen bei der Bestimmung auch des materiellen Rangs nach § 879 Abs. 1, s. *Staudinger/Kutter* (2000) § 879 Rn. 30.

¹³⁴ *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 73 ff. Zustimmend *Flume*, JZ 1991, 133; ähnlich *Wilhelm*, JZ 1990, 501, 506 ff., der den Rang als Folge spezifischer Verfügungskonstellationen ausmacht und deshalb für die Rangbestimmung Einigung und Eintragung nach dem Tatbestand der Verfügung heranzieht.

¹³⁵ *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 99 f. im Anschluss an *Bauch*, Rpfleger 1983, 421 ff. und *Bielau*, Rpfleger 1983, 425 ff.

¹³⁶ Nach RGRK/*Augustin* § 879 Rz. 3 ist der Rang ein selbständiges wirtschaftliches Gut. Die von *Jungwirth* angenommene auch rechtliche Selbständigkeit findet sich dort indes nicht.

¹³⁷ *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 39 f.

eingetragen sein muss, um die Voraussetzung von Einigung und hiermit übereinstimmender Eintragung zu erfüllen und damit das Entstehen des Rangverhältnisses selbst zu gewährleisten.¹³⁸

Im Ergebnis unterscheiden sich die verschiedenen Ansätze zwar allein hinsichtlich der Folgen, die eine vom Parteiwillen bzw. Antragszeitpunkt abweichende oder sonst fehlerhafte Eintragung¹³⁹ des Rechts durch das Grundbuchamt hat und damit in den praktisch seltenen Fällen einer Falschbearbeitung durch das Amt.¹⁴⁰ Gleichwohl ist der Meinungsstreit auch im Rahmen der vorliegenden Arbeit aufzugreifen, da ihm unterschiedliche Konzepte der für die Beurteilung der Rechtsnatur eines (Nach-)Rangs bei Forderungen möglicherweise weiterführenden Rechtsnatur des Rangs von Grundstücksrechten zugrunde liegen.

b) Die Konsequenzen der unterschiedlichen Theorien für die Rechtsfolgen fehlerhafter Eintragungen

Was somit die Folgen nicht ordnungsgemäßer Eintragungen betrifft, so kommen auf der Basis der Lehre von der materiellen Rangwirkung Grundbuchberichtigungsansprüche grundsätzlich nicht in Betracht, da die im Grundbuch ausgewiesene Rangordnung der materiellen Rechtslage notwendig entspricht. Überwiegend wird von den Anhänger einer rangschaffenden Wirkung von § 879 BGB zudem vertreten, § 879 Abs. 1 und 2 habe nicht nur konstitutive Wirkung hinsichtlich des Rechts, sondern bilde, wenn unter den Parteien keine Rangvereinbarung vorliegt, gleichzeitig die causa für den so geschaffenen Rang, weswegen in der Folge auch Bereicherungsansprüche gegen den Inhaber des durch den Fehler begünstigten Rechts ausschieden.¹⁴¹ Allerdings werden in zwei Konstellationen

¹³⁸ *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 101. Dabei geht *Jungwirth* vom Rang als selbständigem Verfügungsobjekt mit einer vom Recht als solchem zu trennenden Einigung aus, s. *ders.* a.a.O. S. 76 f. Bei Diskrepanz von Einigung und Eintragung bestehe daher eine auf den Rang begrenzte Teilunrichtigkeit des Grundbuchs, *ders.* a.a.O. S. 78 ff. Offen bleibt dabei allerdings, welche Folgen diese Teilunrichtigkeit für die Ausübung des (Teil-) Wirksamen aber nach *Jungwirth* wohl ranglosen Rechts hätte.

¹³⁹ Bei störungsfreier Beachtung der grundbuchrechtlichen Ordnungsvorschriften der §§ 17, 44 und 45 GBO sowie - im automatisierten Verfahren - der §§ 129, 130 GBO entspricht der sich nach § 879 Abs. 1 und Abs. 2 BGB ergebende Rang den Parteivorstellungen und - bei Fehlen von Parteivorstellungen - dem Altersvortrag. S. dazu *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 38 f.

¹⁴⁰ Zu den möglichen Fehlern im Einzelnen *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 15 ff.

¹⁴¹ RGZ 57, 277; BGHZ 21, 98,100; OLG Frankfurt, FGPrax 1995, 17. Aus der Literatur Palandt/*Bassenge* § 879 Rn. 10; *Grunsky*, Rangfragen, S. 103 ff.; Staudinger/*Kutter* (2000) § 879 Rn. 47.

Ausnahmen von der rangschaffenden Wirkung des § 879 Abs. 1 zugelassen. So soll sich zum einen bei Eintragung in einen Zwischenraum der Rang entgegen § 879 Abs. 1 S. 1 nicht nach der räumlichen Reihenfolge der Rechte im Grundbuch, sondern nach dem Eintragungszeitpunkt richten und so vermieden werden, dass der Inhaber eines bereits bestehenden älteren Rechts wegen des Fehlers des Grundbuchamtes einen Rangverlust hinnehmen muss.¹⁴² Ebenso soll sich bei abteilungsungleichen Rechten die Rangfolge bei falscher Datumsangabe nach dem zutreffenden Zeitpunkt der Eintragung richten um so zu verhindern, dass eine irrtümliche Rückdatierung bereits entstandene Rechte anderer Abteilungen auf einen schlechteren Rang verdrängen kann.¹⁴³

Die Theorie von *Heck* verhindert - außerhalb der Fälle eines gutgläubigen Erwerbs des Vorrangs nach §§ 879 Abs. 1, 892 BGB - Rangverschlechterungen bestehender Rechte bereits durch die materiellrechtliche Bestimmung des Rangs nach dem Altersvorzug. Innerhalb dieser Gruppe umstritten sind hingegen die Folgen eines Verstoßes gegen § 17, 44, 45 GBO durch das Grundbuchamt. Insoweit wird zwar übereinstimmend der materiellrechtliche Rang an den Zeitpunkt der tatsächlichen Eintragung geknüpft, so dass Grundbuchberichtigungsansprüche nicht in Betracht kommen. Umstritten ist aber, ob dem Inhaber des infolge der abweichenden Bearbeitung rangschlechteren Rechts gegen den vorrangigen Gläubiger ein Anspruch aus Eingriffskondiktion, § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB zusteht.¹⁴⁴

Nach *Jungwirth* schließlich entsteht der Rang stets durch Einigung und Eintragung. Unproblematisch sind auf dieser Grundlage daher Fälle zu lösen, in denen ein bereits bestehendes rangrichtiges Recht durch die später erfolgende fehlerhafte Eintragung eines anderen Rechts eine Rangverschlechterung erleidet: Der mit dem neuen Recht eingetragene Rang entspricht nicht dem Inhalt der Einigung und ist daher Unwirksam. Dies macht das Grundbuch unrichtig, und der von dem vermeintlichen Vorrang betroffene Inhaber des vermeintlich nachrangigen Rechts kann einen Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB geltend machen. Schwieriger sind demgegenüber Fälle zu lösen, in denen beide Rechte

¹⁴² RGRK/*Augustin* § 879 Rn. 6; Palandt/*Bassenge* § 879 Rn. 8; Staudinger/*Kutter* (2000) § 879 Rn. 26, 35 f. Weitere Nachweise bei *Stadler* AcP 189 (1989), 425, 442.

¹⁴³ Erman/*A. Lorenz* § 879 Rn. 13; Staudinger/*Kutter* (2000) § 879 Rn. 58; Palandt/*Bassenge* § 879 Rn. 9.

¹⁴⁴ Eine Eingriffskondiktion mit Blick auf die verlorene Anwartschaft auf das rangbessere Recht bejaht *Stadler*, AcP 189 (1989), 425, 459 ff.; ebenso *Soergel/Stürmer* § 879 Rn. 16. AA MünchKommBGB/*Wacke* § 879 Rn. 34.

zusammen eingetragen werden, die vereinbarte Rangfolge aber im Grundbuch nicht ausgewiesen wird. Nach *Jungwirth* wäre in einem solchen Fall der Rang beider Rechte (Teil-)Unwirksam.¹⁴⁵ Da aber auch der Vorrang des nach dem Inhalt der Einigung vorrangigen Rechts mangels Eintragung nicht entstanden wäre, kommt hier ein Anspruch des Inhabers des nach dem Grundbuchausweis vermeintlich nachrangigen Rechts nicht in Betracht.¹⁴⁶ *Jungwirth* möchte diese Fälle gleichwohl über einen Grundbuchberichtigungsanspruch lösen: Abzustellen sei demzufolge auf die Belastung des Eigentums durch die im Buch ausgewiesene, aber von der Einigung nicht umfasste Vorrangstellung des vermeintlich vorrangigen Rechts. Diese gewähre dem Grundstückseigentümer einen Berichtigungsanspruch, welcher inhaltlich auf die Eintragung eines der Einigung entsprechenden Rangvermerks gerichtet sei und daher mittelbar auch dem vermeintlich nachrangigem Gläubiger zugute komme.¹⁴⁷ Diesem gegenüber sei der Eigentümer zudem ggf. schuldrechtlich zur Geltendmachung seines Berichtigungsanspruches verpflichtet.¹⁴⁸

c) Stellungnahme

Von den drei genannten Theorien verdient die von *Philipp Heck* begründete Theorie der Rangbestimmung den Vorzug. Was zunächst die klassische Lehre von der materiellen Rangwirkung betrifft, so hat bereits *Heck* umfassend nachgewiesen, dass Systematik, Entstehungsgeschichte und Telos der §§ 879 ff. BGB eine materiell rangschaffende Wirkung keineswegs nahe legen.¹⁴⁹ Es kommt hinzu, dass eine rangschaffende Wirkung der Eintragung, die letztlich auf eine Art originären gutgläubigen Erwerb hinausläufe,¹⁵⁰ an keiner anderen Stelle des Zivilrechts anzutreffen ist und innerhalb des BGB einen Fremdkörper darstellt. Zusätzlich kann eine stringente Anwendung der § 879 BGB als materiell rangschaffende Rechtsnormen zu einem nicht zu rechtfertigenden Rechtsverlust bereits entstandener Rechte führen,¹⁵¹ weswegen die klassische Theorie gezwungen ist, in diesen

¹⁴⁵ Nachweise bei Fn. 138.

¹⁴⁶ Insofern zutreffend *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 104.

¹⁴⁷ *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 104 f.

¹⁴⁸ *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 104.

¹⁴⁹ *Heck*, Sachenrecht, Exkurs 4, S. 496 ff.

¹⁵⁰ *Heck*, Sachenrecht, Exkurs 4, S. 497 ff; *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 14; *Stadler*, AcP 189 (1989), 425, 444.

¹⁵¹ Dazu mit weiteren Nachweisen oben, Kap. 1, C. II. 2.

Fällen Einschränkungen anzunehmen, während die von *Heck* entwickelte Theorie die sachgerechten Lösungen aus sich selbst heraus begründen kann.

Die Theorie eines einigungsabhängigen Skriptursystems vermag gleichfalls nicht zu überzeugen. Sie nimmt für sich als Vorteil in Anspruch, die problematischen Konstellationen ohne inneren Bruch und unter Rückgriff auf das im Grundstücksrecht fundamentale System von Einigung und Eintragung sachgerecht zu lösen,¹⁵² doch erscheint gerade die nach dieser Theorie ermittelte Rechtsfolge eines mittelbar rangstärkenden Grundbuchberichtigungsanspruchs überaus problematisch. Verstünde man den Rang mit dieser Theorie als selbständiges einigungsabhängiges Verfügungsobjekt, so ist nicht ersichtlich, wieso eine fehlerhafte Rangeintragung das Grundstückseigentum belasten und dem Eigentümer einen Grundbuchberichtigungsanspruch gewähren sollte. Und selbst soweit man sich hierüber hinwegsetzen wollte, könnte dieser Anspruch, da ja gerade die Selbständigkeit des Rangs propagiert wird,¹⁵³ keinesfalls auf Eintragung eines Rangvermerks und damit Eintragung eines materiell mangels Eintragung gerade nicht entstandenen Rangs lauten,¹⁵⁴ sondern lediglich auf Löschung der Rangeintragung. Letzteres würde dann endgültig das bereits aus der - *Jungwirths* Theorie zugrunde liegenden - Teilunwirksamkeit des Rangs folgende, von *Jungwirth* aber nicht angesprochene Hauptproblem dieser Auffassung vor Augen führen: Wenn der Rang unabhängig vom Recht unwirksam und damit das Recht unabhängig vom Rang wirksam sein kann, entstehen ranglose Rechte und es ist zu entscheiden, wie diese zu behandeln sind. Zwar könnte man - insoweit *Jungwirths* Ansatz fortsetzend – annehmen, ranglose Rechte wären stets letztrangig zu berücksichtigen,¹⁵⁵ doch ist keineswegs ersichtlich, weshalb ein solcher Ansatz gegenüber einer Rangbestimmung nach dem Altersvorzug die gerechteren Ergebnisse liefern sollte. Nicht überzeugen kann schließlich auch die von *Jungwirth* zur Begründung herangezogene Zusammenschau der §§ 879 Abs. 1, 879 Abs. 3 und § 880 BGB. Dass ein bereits bestehender Rang durch Einigung und Eintragung geändert werden kann und dass bei Vereinbarung eines Rechtes ein spezifischer Rang für dieses Recht vereinbart werden kann spricht keineswegs für die

¹⁵² *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 35, 103, 115 Nr. 8.

¹⁵³ *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S. 74 ff.

¹⁵⁴ S. dazu die Kritik der These *Jungwirths* bei *Stadler*, AcP 191 (1991), 275, 277 f.

¹⁵⁵ Zu kurz greift daher die von *Stadler*, AcP 191 (1991), 275, 278 geäußerte Kritik, es dürfe keine ranglosen Grundstücksbelastungen geben, weswegen es eine gesetzliche Regel zur Bestimmung des Rangs geben müsse.

These, der Rang ergebe sich stets aus rechtsgeschäftlicher Vereinbarung. Vielmehr legt gerade § 879 Abs. 3 BGB den Umkehrschluss nahe, wonach sich ohne ausdrückliche Bestimmung der Rang des Grundstücksrechts aus dem Gesetz ergibt. Dieses Verständnis ermöglicht zudem der insoweit unterschiedslosen klassischen Auffassung, wie der Theorie von *Heck*, rechtsgeschäftlichen Rangbestimmungen Wirksamkeit zu verschaffen. Soweit ein Fehler des Grundbuchamtes zu einer bestimmungswidrigen Eintragung führt, kann im übrigen der Inhaber des vereinbarungswidrig rangschlechter eingetragenen Rechts schuldrechtlich die Eintragung eines rangbesseren Rechts oder eine Rangänderung nach § 880 BGB verlangen und ist bis dahin auch dinglich geschützt, wenn man die Wirksamkeit des rangschlechteren Rechts durch § 139 BGB aufrecht erhält.¹⁵⁶

Für die Theorie von *Heck* sprechen nicht nur die auf ihrer Basis stimmig zu begründenden sachgerechten Lösungen der problematischen Konstellationen, sondern letztlich auch die Bedeutung des Altersvorzugs als Grundregel zur Bestimmung des Rangs dinglicher Rechte. Vielfach wird hierbei vertreten, eine Rangordnung nach Altersvorzug folge zwingend bereits aus dem Charakter der dinglichen Rechte.¹⁵⁷ Anknüpfungspunkt für den zwingenden Charakter der Rangordnung nach Altersvorzug bei dinglichen Rechten ist die im Sachenrecht ganz herrschende Überlegung, dass jedes dingliche Recht auf der Aufteilung und teilweisen Übertragung der in dem Vollrecht verkörperten Befugnisse beruht.¹⁵⁸ Allerdings ist der Schluss von dem dinglichen Charakter der Belastungen auf die Geltung einer Rangordnung nach Altersvorzug nicht ohne weiteres zwingend. Zum einen schliesse eine einmal übertragene Befugnis die spätere Übertragung einer rang- und inhaltsgleichen Befugnis nur dann aus, wenn man die Eigentumssplittertheorie um den der Verfügungsbe-

¹⁵⁶ Dazu BGH NJW-RR 1990, 206; Soergel/*Stürner* § 879 Rn. 15; MünchKommBGB/*Wacke* § 879 Rn. 31. Auch die gegen diesen Teilaspekt der herrschenden Meinung vorgetragene Kritik *Jungwirths* kann im Ergebnis nicht überzeugen: Da bei konsequenter Durchführung des Ansatzes von *Jungwirth* der Inhaber des zu Unrecht rangschlechter eingetragenen Rechts materiellrechtlich ein rangloses Recht erworben hätte (Teilunrichtigkeit des Grundbuchs), der von *Jungwirth* vorgeschlagene Grundbuchberichtigungsanspruch durchgreifenden dogmatischen Bedenken begegnet und dieser im übrigen den Inhaber in jedem Fall bis zur Berichtigung ranglos zurückließe, stellt sich auf Grundlage dieser Theorie hier die von *Jungwirth* übersehene, parallele Überlegung, ob nicht zur Sicherung des Inhabers des rangschlechter eingetragenen Rechts die auf besseren Rang zielende Einigung nach § 140 BGB in eine rangschlechtere, aber der Eintragung entsprechende und daher wirksame Einigung umzudeuten ist, um somit anstelle des ranglosen wenigstens das nachrangige Recht zu erhalten. Auch ein „einigungsabhängiges Skriptursystem“ kann den hiermit verbundenen Fragen also nicht entgegen.

¹⁵⁷ So eine vor allem im älteren Schrifttum häufig vertretene Meinung, s. *Heck*, Sachenrecht, S. 79 ff.; *H. Emmerich*, Pfandrechtskonkurrenzen, S. 76 f. Aus jüngerer Zeit z.B. MünchKommBGB/*Wacke* § 879 Rn. 12.

¹⁵⁸ S. neben den in Fn. 157 Genannten *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht, S. 860; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, S. 14 f. *Habersack*, Sachenrecht, Rn. 10 f.

fugnis zugrunde liegenden, aber letztlich normativen und somit gerade nicht im eigentlichen Sinne zwingenden Gedanken ergänzt, dass niemand mehr an Befugnissen übertragen kann, als er besitzt. Es kommt hinzu, dass auf der Basis der Eigentumssplittentheorie zwar die Regelfälle dinglicher Belastung erklärt werden können, aber bereits die unstreitig vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit, mehrere Grundpfandrechte an dem selben Grundstück zu bestellen, nur mit Hilfe der Annahme einer Übertragung der Anwartschaft des Eigentümers gelöst werden kann.¹⁵⁹ Vergleichbare Probleme bereitet aus Sicht der Eigentumssplittentheorie die § 1024 BGB zugrunde liegende Möglichkeit des Entstehens gleichrangiger widerstreitender Nutzungsrechte¹⁶⁰ und schließlich finden sich mit den Unterlassungsdienstbarkeiten Fälle, in denen der Inhalt des dem Berechtigten eingeräumten Rechts nicht dem entspricht, was der Eigentümer „aufgibt“.¹⁶¹ Insgesamt bildet die Eigentumssplittentheorie daher zwar ein eingängiges Erklärungsmodell für eine Vielzahl von Fällen, die zwingende Geltung einer Rangordnung nach Altersvorzug kann mit ihrer Hilfe aber nicht begründet werden.¹⁶² Die Begründung der materiellen Vorzugsregel ist daher eine Aufgabe von Gesetzgebung, Wissenschaft und Rechtsprechung. Hierbei ist aber das Erklärungsmodell der Entstehung dinglicher Rechte durch Übertragung von Teilbefugnissen des Stammrechts argumentativ zu berücksichtigen. Für den Altersvorzug als materielle Regel der Rangbestimmung spricht daneben und entscheidend, dass auf dieser Grundlage der Eigentümer die Möglichkeit verliert, später rangleiche und widerstreitende Belastungen des Rechtsobjektes zu begründen. Eine Rangordnung nach Altersvorzug sichert daher die Wertbeständigkeit und damit die Tauglichkeit dinglicher Rechte zur Kreditsicherung,¹⁶³ ohne den Eigentümer der beliebigen Sache stärker als hierzu nötig einzuschränken. Ihre Bestätigung findet diese Überlegung schließlich in der Entstehungsgeschichte des § 1209 BGB; dessen erster Entwurf sah noch eine ausdrückliche Anordnung der Rangbestimmung nach Altersvorzug vor, die aber im Fortgang der Beratungen gestrichen wurde um den Eindruck zu verhindern, die

¹⁵⁹ *Stadler*, AcP 189 (1989) 425, 428 m.w.N. Die mehrfache Belastung der selben Sache wurde daher früher überwiegend abgelehnt, vgl. v. *Tuhr*, AT I, S. 140.

¹⁶⁰ Dazu *Detmar*, Rangfunktionen, S. 39 ff. und *Grunsky*, Rangfragen, S. 17.

¹⁶¹ *Stadler*, AcP 189 (1989) 425, 429.

¹⁶² Bemerkenswerterweise bedienen sich auch die Motive insoweit einer auffallend zurückhaltenden Sprache: Die Geltung des Altersvorzugs sei durch den Grundsatz der Übertragung von Teilbefugnissen nahe gelegt; die Frage, welches Recht das stärkere ist beantworte sich entweder nach den Grundsätzen der Rechtslogik oder nach den einschlägigen besonderen Bestimmungen (Motive, *Mugdan*, Band 1, S. 505); an der Hand der Rechtslogik ergebe sich unter Umständen, dass das dingliche Recht dem persönlichen vorgeht (Motive, *Mugdan*, Band 1, S. 505).

¹⁶³ *Stadler*, AcP 189 (1989), 425, 430.

Rangbestimmung nach Altersvorzug gelte nur bei Pfandrechten im Sinne der §§ 1204 ff. BGB und nicht für alle dinglichen Rechte.¹⁶⁴

4. Die Rechtsnatur des Rangs von Grundstücksrechten

Eine im Ausgangspunkt ebenso intensive Diskussion wie hinsichtlich der Bestimmung des Rangs besteht mit Blick auf dessen Wesen und begriffliche Einordnung. Angestoßen wurde diese Diskussion durch das auffällige Schweigen der Materialien des Bürgerlichen Gesetzbuches zu Wesen und Einordnung des Rangs, welches, wie *Dettmar* zeigen konnte,¹⁶⁵ seinerseits darauf beruht, dass die wissenschaftliche Beschäftigung mit den Rangfragen bei Erstellung der Entwürfe zum BGB gerade erst begonnen hatte und noch längst nicht abgeschlossen war. Im wesentlichen wird vertreten, der Rang sei Inhalt des dinglichen Rechts,¹⁶⁶ Eigenschaft des dinglichen Rechts,¹⁶⁷ zwingende Folge der Dinglichkeit¹⁶⁸ oder ein selbständiges Gut.¹⁶⁹ Es konnte bereits gezeigt werden, dass der Rang von Grundstücksrechten weder ein neben das Recht tretendes einigungsabhängiges Verfügungsobjekt,¹⁷⁰ noch zwingende Folge des dinglichen Charakters ist.¹⁷¹

Was sodann die Frage angeht, ob der Rang Inhalt oder Eigenschaft des Rechts ist, so ist zunächst festzuhalten, dass auch nach der Rechtsprechung, die der Theorie vom Rang als Eigenschaft des Rechts zuneigt, auf den Rang wegen dessen Inhaltsähnlichkeit die für den Inhalt des Rechts geltenden Vorschriften, darunter namentlich § 877 BGB, anzuwenden sind. Die Frage wird daher zunehmend unbeantwortet gelassen.¹⁷² Vergegenwärtigt man sich, dass die Wirkung des Rangs die Möglichkeit, das Recht auszuüben und damit

¹⁶⁴ S; dazu MünchKommBGB/*Wacke* § 879 dort Fn. 31.

¹⁶⁵ *Dettmar*, Ragfunktionen, S. 9.

¹⁶⁶ So die heute wohl herrschende Meinung, vgl. Palandt/*Bassenge* § 877 Rn. 1; Baur/*Stürner*, Sachenrecht, S. 157; *Grunsky*, Rangfragen, S. 26 ff.

¹⁶⁷ So mit Blick auf die Unterscheidung von Inhalt und Rang bei § 883 Abs. 1 BGB die Rechtsprechung, RG JW 1933, 605, 606; RG HRR 1934, Nr. 1009; BGHZ 6, 70, 74; BGHZ 21, 98, 99.

¹⁶⁸ Planck/*Strecker* vor § 879 Nr. 3.

¹⁶⁹ RGRK/*Augustin* § 879 Rn. 3; *Jungwirth*, Rang von Grundstücksrechten, S.54, 73 ff.

¹⁷⁰ Kap. 1, C. II. 3.c).

¹⁷¹ Kap. 1, C. II. 4.

¹⁷² Soergel/*Stürner* § 879 Rn. 4; *Stadler* AcP 189 (1989) 425, 431; MünchKommBGB/*Wacke* § 879 Rn. 2.

den Wert, aber auch den Gehalt des Rechtes unmittelbar beeinflusst, so liegt ein Verständnis des Rangs als Inhalt des Rechtes nahe. Dem steht nicht entgegen, dass von einem Rangverhältnis erst gesprochen werden kann, wenn ein zweites Recht existiert, da der Rechtsinhalt insoweit gerade das Verhältnis zu anderen Rechten beschreibt. Man mag mit Blick auf § 883 Abs. 1 BGB statt dessen von einer inhaltsähnlichen Eigenschaft sprechen, doch ist dies lediglich eine begriffliche Differenzierung, an die keine unterschiedlichen Rechtsfolgen zu knüpfen sind und die, wenn man bedenkt dass der Inhalt des Rechts der Summe von dessen Eigenschaften entspricht, überflüssig erscheint.

5. Die Änderung des Rangs von Grundstücksrechten

Dass der Rang von Grundstücksrechten abweichend von der gesetzlichen Rangfolge bestimmt und auch nachträglich rechtsgeschäftlich geändert werden kann, steht angesichts des eindeutigen Wortlauts von § 879 Abs. 3 BGB und § 880 BGB außer Streit.¹⁷³ Ebenso außer Streit steht, dass die Rangänderung des § 880 BGB dinglich wirkt und von der schuldrechtlichen Vereinbarung über einen Rangtausch zu unterscheiden ist.¹⁷⁴ Rechnet man den Rang zum Inhalt des Rechts, dann stellt die Rangänderung eine Inhaltsänderung dar. Zweifel hinsichtlich der absoluten Wirkung dieser Inhaltsänderung begründet indes § 880 Abs. 5 BGB, der die Wirkung der Rangänderung gegenüber Zwischenrechten begrenzt. Zum Verständnis dieser Norm ist ein Blick auf ihre Entstehungsgeschichte hilfreich. Noch der Erste Entwurf des BGB hatte für die Rangänderung die Zustimmung der Inhaber von Zwischenrechten vorgesehen, dieses Zustimmungserfordernis wurde sodann durch § 880 Abs. 5 BGB ersetzt.¹⁷⁵ Die Vorschrift enthält daher ein umfassendes Neutralitätsgebot. Überwiegend wird vertreten, die Rangänderung habe daher nur eine relative Wirkung¹⁷⁶ und wirke nur dann absolut, wenn keine Zwischenrechte beständen.¹⁷⁷ Gleich-

¹⁷³ S. statt aller MünchKommBGB/Wacke § 879 Rn. 28. Dort auch zu den Fällen einer ausnahmsweise nicht dispositiven gesetzlichen Rangbestimmung. Zur Rechtslage vor Geltung des BGB ausführlich Planck/Strecker § 880 Nr. I.

¹⁷⁴ BGHZ 6, 70, 74; Staudinger/Kutter (2000) § 880 Rn. 8; Erman/A. Lorenz § 880 Rn. 1; Soergel/Stürmer § 880 Rn. 2; MünchKommBGB/Wacke § 880 Rn. 3. AA (für allein schuldrechtliche Wirkung) Breit, Grundbucheintrag, S. 54 ff., 138 f. Die schuldrechtliche Wirkung der Einräumung des Vorrangs entspricht der zum Preußischen Recht überwiegend vertretenen Auffassung, sie hat aber auf der Grundlage des BGB keine Berechtigung, vgl. BayObLGE 7, 471.

¹⁷⁵ Ausführlich dazu Planck/Strecker § 880 Nr. I.; MünchKommBGB/Wacke § 880 Rn. 16.

¹⁷⁶ Überwiegend wird statt dessen von einer relativen Wirkung gesprochen, vgl. Staudinger/Kutter (2000) § 880 Rn. 33; MünchKommBGB/Wacke § 880 Rn. 16.

wohl bleibe es bei der dinglichen Wirkung, wie sich darin zeige, dass die relative Wirkung auch gegenüber Dritten beachtlich sei.¹⁷⁸ Präziser erscheint es demgegenüber, zwischen dem Inhalt der Rechtsänderung – und damit dem Inhalt des geänderten Rechts – und dessen Wirkung zu unterscheiden. Rechnet man den Rang zum Inhalt des Rechtes, dann bedeutet § 880 Abs. 5, dass die Rangänderung den Inhalt der Rechte so ändert, dass Zwischen ihnen ein Verdrängungswert entsprechend der Rangänderung besteht, während sich gegenüber Zwischenrechten die Rangverhältnisse so bestimmen, dass diese durch die Rangänderung keinen Nachteil erleiden.¹⁷⁹ Auf der Grundlage eines nach den Vorgaben von § 880 Abs. 5 BGB beschränkten Inhalts kann es daher bei einer absoluten Wirkung bewenden, ohne die Zwischenrechte zu beeinträchtigen.¹⁸⁰

III. Rang und Rangänderung sonstiger dinglicher Rechte, insbesondere von Pfandrechten

1. Rangverhältnis nach Altersvorzug

Im Pfandrecht greift § 1209 BGB zunächst den allgemeinen Prioritätsgrundsatz auf und präzisiert diesen dahingehend, dass sich der Rang des Pfandrechts¹⁸¹ auch dann nach der Zeit der Bestellung des Pfandrechts richtet, wenn das Pfandrecht eine künftige oder eine bedingte Forderung sichert.¹⁸² Bestehen eines Rangverhältnisses unter mehreren Belastungen und Bestimmung des Rangs der Belastung sind daher im Bereich der sonstigen dinglichen Rechte, anders als bei den Grundstücksrechten unstrittig.

¹⁷⁷ KG DNotZ 1940, 494, 496; KG HRR 1942 Nr. 539; OLG Hamm JMBI NRW 1964, 269 f. Aus der Literatur *Kutter* und *Wacke*, jeweils wie vorhergehende Fn.

¹⁷⁸ *Staudinger/Kutter* (2000) § 880 Rn. 33 a.E. MünchKommBGB/*Wacke* § 880 Rn. 16 a.E. unterscheidet eine relative Wirkung gegenüber den Zwischenrechten und eine absolute Wirkung zwischen den Beteiligten, und den ihnen nachstehenden Rechten.

¹⁷⁹ Zu den Folgen im Einzelnen *Staudinger/Kutter* (2000) § 880 Rn. 35 ff.

¹⁸⁰ Im Ergebnis ebenso *Staudinger/Kutter* (2000) § 880 Rn. 34 ff., der aber die Konsequenzen des zutreffenden Ansatzes einer eingeschränkten Inhaltsänderung für die Wirkung, dort Rn. 33, nicht zieht.

¹⁸¹ Gemeint ist in diesem Zusammenhang sowohl der Rang gegenüber anderen Pfandrechten als auch das Rangverhältnis gegenüber anderen dinglichen Rechten, s. BGHZ 52, 99, 107 und BGHZ 93, 71,76 sowie BGH NJW 1993, 2876, 2878 (zum Rangverhältnis des Pfandrechts gegenüber Grundpfandrechten und Nießbrauch), aus der Literatur *Soergel/Habersack* § 1209 Rn. 2; MünchKommBGB/*Damrau* § 1209 Rn. 1

¹⁸² *Soergel/Habersack* § 1209 Rn. 1.

2. Rechtsgeschäftliche Rangänderung bei Mobiliarpfandrechten und sonstigen dinglichen Rechten

Umstritten ist demgegenüber, ob auch bei Pfandrechten eine rechtsgeschäftliche Änderung des Rangs möglich ist. Dies wird für Pfandrechte im Sinne der §§ 1204 ff. BGB überwiegend unter Hinweis auf das Fehlen einer dem § 880 BGB entsprechenden Norm abgelehnt.¹⁸³ Allerdings könnte aus dem Fehlen einer dem § 880 BGB entsprechenden Norm eine Unzulässigkeit der Rangänderung von Pfandrechten nur dann folgen, wenn es sich bei der Rangänderung um ein dem sachenrechtlichem Typenzwang unterfallendes Rechtsgeschäft handelte.¹⁸⁴ Versteht man indes den Rang des dinglichen Rechts, wie es der nunmehr ganz herrschenden Meinung entspricht,¹⁸⁵ und auch hier vertreten wird,¹⁸⁶ als Inhalt oder doch zumindest inhaltsgleiche Eigenschaft des Rechts und die Rangänderung dementsprechend als Inhaltsänderung, dann steht einer rechtsgeschäftlichen Änderung auch im Bereich der Pfandrechte und sonstiger dinglicher Rechte der Typenzwang nicht entgegen, stellt doch die Rangänderung dann gerade keinen neuen Typus dar.¹⁸⁷ Die rechtsgeschäftliche Änderung des Rangs eines dinglichen Rechtes ist vielmehr als Inhaltsänderung des Rechtes grundsätzlich zulässig.¹⁸⁸ Zu berücksichtigen bleiben dann freilich die Rechte Dritter, und damit insbesondere die Zwischenrechte an dem Pfandgegenstand und Rechte Dritter an dem zurücktretenden Pfandrecht. Da eine der Vorschrift des § 880 Abs. 5 BGB entsprechende Regelung im Bereich der Mobiliarpfandrechte fehlt, spricht

¹⁸³ MünchKommBGB/Damrau § 1209 Rn. 2; H. Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, S. 113 f.; RGRK/Kregel § 1209 Rn. 2; Staudinger/Wiegand (2002) § 1209 Rn. 9. Ebenso, aber ohne Hinweis auf § 880 BGB, Palandt/Bassenge § 1209 Rn. 1.

¹⁸⁴ So denn auch Staudinger/Kutter (2000) § 880 Rn. 1: Die ausdrückliche Anordnung der Zulässigkeit einer Rangänderung mit dinglicher Wirkung sei wegen der im Sachenrecht durch den Typenzwang eingeschränkten Vertragsfreiheit erforderlich. Ebenso H. Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, S. 113 f.

¹⁸⁵ Nachweise oben in Fn. 166.

¹⁸⁶ Oben, Kap. 1, C. II. 4.

¹⁸⁷ Inkonsequent daher Kutter, der einerseits in § 880 Abs. 1 BGB eine wegen des Typenzwangs notwendige Erlaubnis sieht (Staudinger/Kutter (2000) § 880 Rn. 1), andererseits die Rangänderung zutreffend als Inhaltsänderung begreift (Staudinger/Kutter (2000) § 880 Rn. 34 ff.). Ähnlich H. Emmerich, s. ders., Pfandrechtskonkurrenzen, S. 74 Fn. 2 einerseits (Rang als Inhalt des Pfandrechts) und S. 113 f. andererseits (Rangänderung mit dinglicher Wirkung als Verstoß gegen den Typenzwang).

¹⁸⁸ So Westermann/Gursky, Sachenrecht, § 131.2; Soergel/Habersack § 1209 Rn. 5; Heck, Sachenrecht, § 24, 11. Auch BAG NJW 1990, 2641, 2642 geht, ohne das Problem zu diskutieren, von der Gültigkeit rechtsgeschäftlicher Rangvereinbarungen aus.

alles dafür, die Rangvereinbarung nicht nur von der Zustimmung der Inhaber von abgeleiteten Rechten an dem eine Rangverschlechterung erleidenden Pfandrecht abhängig zu machen, sondern gegebenenfalls auch von der Zustimmung der Inhaber von Zwischenrechten.¹⁸⁹ Dies entspricht nicht nur der vor Einführung des § 880 Abs. 5 BGB im Bereich der Grundstücksrechte in Aussicht genommenen Lösung,¹⁹⁰ sondern ist schon deshalb erforderlich, weil andernfalls die Rangvereinbarung einen Vertrag zu Lasten Dritter darstellte.

Gegen die in Teilen des Schrifttums vertretene¹⁹¹ analoge Anwendung von § 880 BGB spricht bereits das Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke: Dass die Inhaber derjenigen Rechte, die durch die in Aussicht genommene Inhaltsänderung des Rechtes eine Verschlechterung erfahren, dieser Inhaltsänderung zustimmen müssen, gründet auf dem Verbot des Vertrages zu Lasten Dritter und damit auf einer gleichermaßen grundlegenden wie selbstverständlichen Wertentscheidung des Zivilrechts. Es kommt hinzu, dass die in § 880 Abs. 5 BGB niedergelegte Vereinfachung ihre Rechtfertigung darin findet, dass sowohl Zwischenrechte, als auch das Bedürfnis für rechtsgeschäftliche Rangänderungen im Bereich der Grundstücksrechte, nicht aber bei den sonstigen dinglichen Rechten, besonders häufig anzutreffen sind.¹⁹² Zudem können sonstige dingliche Rechte, anders als Grundstücksrechte, nicht von vornherein zahlenmäßig begrenzt oder zumindest rechnerisch erfasst werden,¹⁹³ so dass auch praktische Erwägungen einen Verzicht auf das Zustimmungserfordernis bei gleichzeitiger Anwendung des Neutralitätsgrundsatzes als nicht zweckdienlich erscheinen lassen.

3. Der Rang von Pfandrechten und Nießbräuchen an Forderungen

¹⁸⁹ So Gursky und Habersack, Nachweise jeweils wie vorhergehende Fn.

¹⁹⁰ Dazu oben, Kap. 1, C. II. 5. mit Nachweisen in Fn. 175.

¹⁹¹ Heck, Sachenrecht, § 24, 11.

¹⁹² Planck/Strecker § 880 Nr. I.

¹⁹³ Hingewiesen sei an dieser Stelle allein auf den akzessorischen Charakter des Pfandrechts und die daraus resultierende, regelmäßig durch keine Obergrenze des Mobiliarpfandrechts begrenzte Verknüpfung der Belastung mit dem jeweiligen Umfang der Forderung. Die gesicherte Forderung kann zudem beim Pfandrecht für eigene Schuld nach herrschender Meinung gemäß § 1210 Abs. 1 S 1 BGB auch dann nachträglich erweitert werden, wenn nachrangige Rechte bestehen (dazu und mit weiteren Nachweisen Soergel/Habersack § 1210 Rn. 3).

Einen gleichsam zwischen dem Rang dinglicher Rechte und dem Forderungsrang stehenden Sonderfall bildet der Rang von Forderungspfand und Nießbrauch an Forderungen. Nach § 1273 Abs. 1 BGB kann ein Pfandrecht auch an einem Recht bestellt werden, gleiches gilt nach § 1068 Abs. 1 BGB für den Nießbrauch; dass hierbei nicht nur dingliche Rechte, sondern auch obligatorische Forderungen Objekt von Pfandrecht und Nießbrauch sein können ergibt sich wiederum zwingend aus §§ 1275, 1279 bis 1290 und §§ 1070, 1074 ff. BGB.¹⁹⁴ Umstritten ist demgegenüber die Rechtsnatur von Forderungspfand und Nießbrauch an Forderungen. Trotz des unzweifelhaft relativen Charakters des Belastungsobjekts werden Forderungspfand und Nießbrauch an Forderungen überwiegend als dingliches Recht eingeordnet.¹⁹⁵ Unabhängig von der begrifflichen Einordnung bestehen aber gegenüber der dinglichen Belastung von Sachen auch auf der Basis der herrschenden Meinung wesentliche Unterschiede: So gelten weder für das Forderungspfand noch für den Nießbrauch an Forderungen sachenrechtliche Prinzipien,¹⁹⁶ der insgesamt strittige Deliktsschutz¹⁹⁷ erstreckt sich nach herrschender Meinung zumindest nicht auf den Schutz vor Eingriffen in die Forderung selbst,¹⁹⁸ und in der Insolvenz des Schuldners der Forderung sind Pfandrechtsinhaber und Nießbraucher zwar zur Anmeldung berechtigt, erhalten aber die der Forderung entsprechende Stellung als gewöhnliche Insolvenzgläubiger.¹⁹⁹

IV. Der Rang von Forderungen in der Insolvenz

Es wurde bereits ausgeführt, dass das deutsche Zivilrecht außerhalb der Insolvenz keine allgemeine Rangordnung unter mehreren gegen den selben Schuldner gerichteten Forderungen vorsieht. Tritt jedoch die Insolvenz des gemeinsamen Schuldners ein, so stel-

¹⁹⁴ S. für das Pfandrecht *Soergel/Habersack* § 1273 Rn. 4 ff., für den Nießbrauch *MünchKommBGB/Pohlmann* § 1068 Rn. 5 ff. Dort jeweils auch zu den weiteren, auf den Belastungsgegenstand bezogenen Voraussetzungen.

¹⁹⁵ S. für das Pfandrecht *Canaris*, FS Flume, S. 371, 375; *Staudinger/Wiegand* (2002) vor 1273 ff. Rn. 5. *MünchKommBGB/Damrau* § 1273 Rn. 1. Für den Nießbrauch *Erman/Michalski* vor § 1068 Rn. 1; *Staudinger/Frank* (2002) § 1068 Rn. 20. Ebenso die Motive, Mugdan, Band III, S. 302 und 304. Einschränkungend zum Nießbrauch an Forderungen *MünchKommBGB/Pohlmann* § 1068 Rn. 13; insgesamt aA für das Forderungspfand *Soergel/Habersack* vor § 1204 Rn. 4 und § 1273 Rn. 2.

¹⁹⁶ *MünchKommBGB/Pohlmann* § 1068 Rn. 13;

¹⁹⁷ Nachgewiesen wird der Streit für Nießbrauch und Pfandrecht bei *MünchKommBGB/Pohlmann* § 1068 Rn. 14.

¹⁹⁸ *MünchKommBGB/Pohlmann* § 1068 Rn. 14 a.E.

¹⁹⁹ *Soergel/Habersack* § 1273 Rn. 2; *MünchKommBGB/Pohlmann* § 1074 Rn. 6 und § 1071 Rn. 8.

len die Vorschriften der §§ 38, 39, 53 und 209 InsO eine Rangordnung auf und bestimmen objektiv und mit Wirkung gegenüber allen Insolvenzbeteiligten die Reihenfolge der Berichtigung unter mehreren Forderungen. Die Vorschrift des § 89 InsO schließt die Individualzwangsvollstreckung gegen den Schuldner mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus,²⁰⁰ und die klageweise Rechtsverfolgung wird nach Maßgabe von § 87 InsO beschränkt.

Was die Reihenfolge der Berichtigung der gegen den Schuldner oder die Masse gerichteten Forderungen betrifft, so sind zunächst die Forderungen der Massegläubiger in der Reihenfolge des § 209 InsO zu befriedigen, danach die einfachen Insolvenzgläubiger und schließlich die nachrangigen Insolvenzgläubiger in der Reihenfolge des § 39 InsO. Forderungen, für die zwischen Gläubiger und Schuldner ein allgemeiner²⁰¹ Nachrang im Insolvenzverfahren vereinbart wurde, sind nach der Vorschrift des § 39 Abs. 2 InsO in diese Rangordnung einbezogen.

Eine weitere, in mehrfacher Hinsicht bemerkenswerte Rangordnung von Insolvenzforderungen kann schließlich nach §§ 264 ff. InsO begründet werden. Nach diesen Vorschriften kann im gestaltenden Teil eines Insolvenzplans ein Kreditrahmen für Darlehen und sonstige Kredite, die der Schuldner oder die Übernahmegesellschaft während der dreijährigen Überwachungszeit aufnimmt, oder die ein Massegläubiger in die Zeit der Überwachung hinein stehen lässt, vorgesehen, und für ein Folgeinsolvenzverfahren²⁰² der Nachrang der Insolvenzgläubiger gegenüber diesen Plafondkrediten²⁰³ angeordnet werden. Wird ein Nachrang vorgesehen, so gilt nach § 265 InsO zudem, dass auch Forderungen vertraglicher²⁰⁴ Neugläubiger im Folgeinsolvenzverfahren gegenüber den Plafondkrediten nachrangig zu berücksichtigen sind. Im Ergebnis wird so die Darlehensfinanzierung während der Überwachungsphase privilegiert und dadurch erleichtert. Gleichzeitig entsteht bei

²⁰⁰ S. dazu statt aller *Smid*, Insolvenzrecht, S.149.

²⁰¹ Zu den insolvenzrechtlichen Folgen einer Subordination unter spezifische andere Forderungen unten Kap. 8., A. II.

²⁰² Nach § 266 Abs. 1 InsO ein Insolvenzverfahren, welches vor Aufhebung der Planüberwachung eröffnet wird.

²⁰³ Zu den weiteren Voraussetzungen der Privilegierung, den Höchstgrenzen des Kreditrahmens und dem Erfordernis einer vom Insolvenzverwalter bestätigten Einbeziehungsvereinbarung *Uhlenbruck/Lüer* § 264 Rn. 3 ff.

²⁰⁴ Zur relativen Privilegierung der Forderungen aus gesetzlichen Schuldverhältnissen *Uhlenbruck/Lüer* § 265 Rn. 4.

Scheitern der Sanierungsbemühungen im Folgeinsolvenzverfahren eine gegenüber dem allein auf § 39 InsO gründenden Verteilungsschlüssel deutlich differenziertere Rangordnung.²⁰⁵

Was sodann die Wirkung des Insolvenzranges betrifft, so zeigt sich diese zum einen in der Stellung der Gläubiger nachrangiger Forderungen im Insolvenzverfahren, vor allem aber in der Behandlung rangwidriger Verteilungen. Im Insolvenzverfahrensrecht ist nunmehr ausdrücklich bestimmt, dass auch die Inhaber nachrangiger Forderungen Insolvenzgläubiger im Sinne des § 38 InsO sind. Als solche nehmen sie grundsätzlich am Insolvenzverfahren teil, insbesondere können sie, soweit sie ein Rechtsschutzinteresse nach § 14 InsO geltend machen können, gegen den Schuldner Insolvenzantrag stellen²⁰⁶ und nach zutreffender Auffassung vorrangige Forderungen bestreiten.²⁰⁷ Gleichwohl ist ihre Stellung im Verfahren gegenüber den Inhabern vollrangiger Forderungen gemindert. So können nachrangige Gläubiger ihre Forderungen erst nach Aufforderung durch den Insolvenzverwalter anmelden, § 174 Abs. 3 S. 1 InsO. Sie sind bei der Ermittlung des Antragsrechts auf Einberufung einer Gläubigerversammlung nach § 75 Abs. 1 Nr. 3 und 4 InsO nicht zu berücksichtigen und haben nach § 77 Abs. 1 S. 2 InsO in der Gläubigerversammlung kein, und bei Verabschiedung eines Insolvenzplanes nur eingeschränktes Stimmrecht.

Am deutlichsten zeigt sich die Wirkung des Rangs bei der Behandlung rangwidriger Verteilungen. Hier stellt sich das Problem, ob der Gläubiger einer nach Insolvenzordnung nachrangigen Forderung, der bei der Verteilung der Insolvenzmasse nach §§ 187 ff. InsO gleichwohl berücksichtigt wurde, das Erhaltene behalten darf. Ein Spannungsverhältnis besteht deshalb, weil die Verteilung eine Zahlung auf die ursprüngliche Forderung darstellt und die Forderung den Rechtsgrund für die Erfüllungsleistung bilden und so einen konditionsfesten Erwerb ermöglichen könnte. Unter Geltung der Konkursordnung stellte sich ein entsprechendes Problem, wenn Konkursforderungen irrtümlich als Masseforderungen behandelt und bezahlt wurden oder wenn Konkursgläubiger irrtümlich mehr erhalten hatten, als es ihrer Quote entsprach. Hier wurde vereinzelt vertreten, das Geltendmachen der Forderung im Insolvenzverfahren reiche bereicherungsrechtlich als Grundlage für ein Behal-

²⁰⁵ Uhlenbruck/Lüer § 266 Rn. 2.

²⁰⁶ Haas/Scholl, ZInsO 2002, 645, 649 f.; Uhlenbruck § 13 Rn. 2; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 17.13. HKInsO/Kirchhof § 14 Rn. 18;

²⁰⁷ Uhlenbruck § 177 Rn. 6; K/P/Pape § 176 Rn. 11; aA KS/Eckardt S. 757 Rn. 27; Smid § 178 Rn. 3.

tendürfen aus, wenn die geltend gemachte (aber nicht festgestellte, dazu sogleich) Forderung tatsächlich in der Verteilung berücksichtigt wird.²⁰⁸ Nach der überwiegenden Meinung zum Konkursrecht durfte der Gläubiger das Gezahlte hingegen nur dann behalten, wenn die Ausschüttung den konkursrechtlichen Vorschriften entsprach.²⁰⁹ Diese Grundsätze können für die Insolvenzordnung übernommen und hier auch auf die rangwidrige Verteilung angewandt werden.²¹⁰ Begründen lässt sich eine Berücksichtigung der insolvenzrechtlichen Rangordnung im Rahmen des Bereicherungsausgleichs zunächst mit dem bereits zur Konkursordnung vorgetragenen Gedanken, dass der ursprüngliche Anspruch des Gläubigers mit Eröffnung des Verfahrens auf einen Anspruch auf die anteilige – und, wie man unter Geltung der Insolvenzordnung hinzufügen kann, ranggemäße – Befriedigung begrenzt wird.²¹¹ Beschränkt sich damit das Recht des Gläubigers auf eine Berücksichtigung nach den Vorschriften der Insolvenzordnung,²¹² dann kann das Gläubigerrecht auch aus der Sicht des Bereicherungsrechts nur in diesem Rahmen die causa für erhaltene Bereicherungen darstellen. Dieser Ansatz dient zugleich dem Schutz der Massegläubiger, indem Fehler des Insolvenzverwalters zu Lasten des zu unrecht begünstigten Insolvenzgläubigers korrigiert werden.²¹³ Er vermag daher auch nach Wertungsgesichtspunkten zu überzeugen.

Nur eine scheinbare Ausnahme von der hier vertretenen Meinung stellt schließlich der Fall dar, dass eine nachrangige Forderung als vollrangig zur Tabelle angemeldet und bestätigt wurde.²¹⁴ Zwar kann – und muss – diese Forderung nach herrschender Meinung im Gleichrang mit den anderen Insolvenzforderungen berichtigt werden, ohne dass der Masse ein Bereicherungsanspruch zustünde²¹⁵; dies stellt indes keine Ausnahme von den

²⁰⁸ LG Stuttgart ZIP 1985, 1515.

²⁰⁹ Dazu im einzelnen und mit reichem Nachweis von Rechtsprechung und Literatur zur Konkursordnung *P. Mohrbutter*, Verteilungsfehler, S. 39 ff.

²¹⁰ *Uhlenbruck* § 187 Rn. 15.

²¹¹ *Henckel*, FS Michaelis, 158 159.

²¹² *P. Mohrbutter*, Verteilungsfehler, S. 36.

²¹³ Diesen Aspekt betont OLG Brandenburg NZI 2002, 107.

²¹⁴ AA offenbar *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212, 216.

²¹⁵ *Uhlenbruck* § 174 Rn. 25. Zu eigenkapitalersetzenden Darlehen unter Geltung der Konkursordnung ebenso BGHZ 113, 381. AA *Gottwald/Eickmann* (wegen § 174 Abs. 3 InsO sei die Anmeldung der Forderung nichtig und eine Feststellungswirkung trete nicht ein).

Wirkungen des Nachrangs im Insolvenzverfahren dar,²¹⁶ sondern gründet auf der durch § 178 Abs. 3 InsO ausgesprochenen Rechtskraftwirkung der Feststellung zur Insolvenztabelle,²¹⁷ die auch bei einem Ausschluss nachrangiger Forderungen vom Insolvenzverfahren einträte.²¹⁸

V. Der Grundsatz des *nemo subrogat contra se*

1. Anwendungsfälle und Grundgedanke der Subrogationsklausel

Neben dem Rang im Insolvenzverfahren verdient unter dem Gesichtspunkt eines gesetzlichen Forderungsrangs der Grundsatz des *nemo subrogat contra se* Beachtung. Nach ihm kann eine vom Drittgläubiger durch Legalzession erworbene Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden, §§ 268 Abs. 3 S. 2, 426 Abs. 2 S. 2, 774 Abs. 1 S. 2, 1164 Abs. 1 S. 2, 1176 und 1607 Abs. 4 BGB, § 128 ZVG sowie §§ 67 Abs. 1 S. 2 VVG.²¹⁹ Dabei erscheint der Grundgedanke, dass niemand gegen seine eigenen Interessen zediert, und gleiches für die Legalzession gelten soll, ohne weiteres einsichtig.²²⁰ Indes lässt der in diesen Fällen nahezu identische Wortlaut der zitierten Vorschriften den genauen Inhalt und den Umfang der Beschränkung des zedierten Forderungsrechts, oder, in den Fällen der §§ 1164 Abs. 1 S. 2, 1176 BGB, der Beschränkung der übergebenen dinglichen Rechte, im unklaren. Die Bestimmungen bedürfen daher in besonderem Maße der Auslegung,²²¹ gewähren sie doch Aufschluss allein über ihre Regelungstendenz,

²¹⁶ So aber wohl *Schrell/Kirchner* BKR 2004, 212, 216, die von der Möglichkeit einer Durchbrechung des vertraglich vereinbarten Nachrangs sprechen.

²¹⁷ Dazu statt aller *Uhlenbruck* § 178 Rn. 12.

²¹⁸ Unzutreffend daher der Hinweis bei *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212, 216, die Möglichkeit der „Durchbrechung“ des Nachrangs folge aus dem Fehlen eines Ausschlusses nachrangiger Forderungen vom Insolvenzverfahren. Vielmehr war auch unter Geltung der Konkursordnung eine Forderung, die von der Teilnahme am Konkursverfahren ausgeschlossen war, im Verfahren (anteilig) zu befriedigen, wenn der Gesellschafter die Forderung unwidersprochen zur Tabelle anmelden konnte. S. beispielsweise für die nach § 32 a Abs. 1 S. 1 GmbHG a.F. ausgeschlossene Forderung aus eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen BGHZ 113, 381 sowie *Scholz/K.Schmidt*, 8. Auflage 1993, §§ 32a, 32b Rn. 53 a.E.

²¹⁹ Weitere Anwendungsfälle bei *Staudinger/Bittner* (2004) § 268 Rn. 21.

²²⁰ S zur Bedeutung der *nemo subrogat* Klausel als allgemeines Rechtsprinzip RGZ 126, 178, 181 f., und zu den Sachgründen der Anordnung v. *Koppenfels-Spies*, *cessio legis*, S. 273 f.

²²¹ S. hierzu bereits *Schulz*, Rückgriff, S. 88, ähnlich *Staudinger*¹²/*Selb* § 268 Rn. 14 f.

nicht aber über ihren Regelungsgehalt.²²² Da die Regelungstendenz der Normen auf die Vermeidung einer Kollision zwischen Altgläubiger und Neugläubiger gerichtet ist, die Vermeidung nach herrschender Meinung auf der Rechtsfolgenseite²²³ durch einen Vorrang des Altgläubigers bewirkt und dieser Vorrang sowohl für Sicherheiten als auch für die Hauptforderung selbst gelten soll,²²⁴ bildet der Grundsatz, soweit man der herrschenden Meinung folgt, einen weiteren Anwendungsfall der Kollisionsvermeidung durch Rangordnung und ist zugleich ein Beispiel für die gesetzliche Anordnung eines spezifischen Nachrangs von Forderungen.²²⁵

Im Rahmen dieser Arbeit sind dabei nur die Fälle einer Forderungszession aufzugreifen, während die §§ 1164 Abs. 1 S. 2 und 1176 BGB im Folgenden außer Betracht bleiben. Ebenfalls außer Betracht bleibt der Fall des § 1607 Abs. 4 BGB, der eine Rangordnung zwischen legalzedierten Forderungen und dem Unterhaltsanspruch des Kindes anordnet. Diesbezüglich besteht die Besonderheit, dass nicht zwischen zwei bereits bestehenden Forderungen oder zwei Teilen einer bereits bestehenden Forderung ein gesetzliches Rangverhältnis geschaffen wird, sondern zwischen einer Forderung und dem künftigen Anspruch auf Kindesunterhalt.²²⁶

2. Vorrang und Nachrang in Bezug auf die der Forderung dienenden Sicherheiten

Ohne weiteres einsichtig, aber im Kontext der vorliegenden Arbeit gleichfalls nicht weiter aufzugreifen ist der Vorrang des Gläubigers beim Zugriff auf Sicherheiten in den Fällen einer teilweisen Befriedigung durch den Neugläubiger: Nach der Regelungstendenz

²²² So zutreffend *Dieckmann*, *Derivativregreß*, S. 380 für § 774 Abs. 1 S. 2.

²²³ Anders das römische und das englische Recht, die einen Derivativregreß nur bei vollständiger Befriedigung des Gläubigers gewähren und damit schon tatbestandlich das Entstehen einer Konkurrenzsituation ausschließen, s. *Dieckmann*, *Derivativregreß*, S. 380.

²²⁴ RGZ 76, 195, 197 f.; BGHZ 92, 374, 379; BGHZ 110, 41, 4 f.; MünchKommBGB/*Habersack* § 774 Rn. 11; *Staudinger/Horn* (1997) § 774 Rn. 26 f. Kritisch zum Regelungskonzept der Norm *Staudinger/Bitmer* (2004) § 268 Rn. 24.

²²⁵ *Gernhuber*, *Schuldverhältnis*, S. 58 f.; v. *Olshausen*, KTS 2004, 403, 411.

²²⁶ § 1607 Abs. 4 schützt den künftigen Anspruch auf Kindesunterhalt indem die Verpflichtung aus dem Forderungsübergang bei der Bemessung der Leistungsfähigkeit des Schuldners nicht berücksichtigt wird. S. dazu *Palandt/Diederichsen* § 1607 Rn. 19.

der Subrogationsklausel soll die Legalzession den Anspruch des Dritten gegen den Schuldner stärken, ohne den Altgläubiger zu beschweren; letzteres würde aber geschehen, wenn der Neugläubiger nach Erwerb eines Forderungsteils mit dem Altgläubiger gleichrangig um die der Forderung dienenden Sicherheiten konkurrierte. Daher begründet das Verbot nachteiliger Geltendmachung in diesen Fällen ein Rangordnung der Berechtigung an der Sicherheit.²²⁷

Umstrittener ist demgegenüber der hier gleichfalls nicht zu vertiefende Rang der Sicherheiten bei vollständiger Befriedigung der Forderung des Altgläubigers durch den Neugläubiger. Die Legalzession der vollständig erfüllten Forderung kann nur dann eine Konkurrenzsituation zwischen Altgläubiger und Neugläubiger um Sicherheiten, die der Forderung haften und mit der Legalzession nach §§ 412, 401 BGB auf den Neugläubiger übergehen, begründen, wenn die Sicherheiten neben der übergegangenen Forderung noch eine weitere Forderung des Altgläubigers sichern. Ist dies der Fall, so gilt nach wohl herrschender Meinung das Verbot, die Forderung zum Nachteil des Altgläubigers geltend zu machen ebenso, wie in den Konstellationen der teilweisen Befriedigung,²²⁸ während nach der Gegenauffassung die Subrogationsklausel nicht jedweden Nachteil des Altgläubigers verhindern will, sondern nur Nachteile für die Durchsetzung derjenigen Forderung, die in Teilen auf den Neugläubiger übergegangen ist.²²⁹

3. Der durch die Subrogationsklausel begründete gesetzliche Forderungsrang

a) Der Anwendungsbereich des Nachrangs der Forderung

Schwieriger zu beurteilen, und im Kontext der vorliegenden Arbeit zu skizzieren, ist hingegen das Problem, ob die Subrogationsklausel auch zu einem Rangverhältnis hinsichtlich der Forderungen bzw. Forderungsteile selbst führt, und welche Auswirkungen ein solches Rangverhältnis insbesondere in der Insolvenz des Schuldners hätte. Dabei sind hier allein

²²⁷ Dazu ausführlich *Dieckmann*, *Derivativregreß*, S. 381 f.; ebenso die einhellige Meinung in der übrigen Literatur, s. statt aller *Staudinger/Bittner* (2004) § 268 Rn. 22; *MünchKommBGB/Bydlinski* § 426 Rn. 47; *MünchKommBGB/Habersack* § 774 Rn. 11; *MünchKommBGB/Krüger* § 268 Rn. 15.

²²⁸ So für den Bürgenregreß BGHZ 110, 41, 44 ff.; *Bülow*, *Recht derreditsicherheiten*, Rn. 864; *Dieckmann*, *Derivativregreß*, S. 387 f.; *MünchKommBGB/Habersack* § 774 Rn. 12; *Palandt/Sprau* § 774 Rn. 12.

²²⁹ RGZ 76, 195, 198 ff.; RGZ 136, 40, 44; *Staudinger/Bittner* (2004) § 268 Rn. 26; *Gernhuber*, *Erfüllung*, S. 471 (für § 268 BGB); *Erman/Herrmann* § 774 Rn. 13; *MünchKommBGB/Krüger* § 268 Rn. 16; *Reincke/Tiedke* DB 1990, 1953, 1955 f.; *Tiedke*, ZIP 1995, 521, 533.

diejenigen Fälle von Bedeutung, in denen der Dritte die Forderung des Altgläubigers nicht vollständig befriedigt: Wird der Altgläubiger mit seiner Forderung vollständig befriedigt und geht diese damit vollständig auf den Neugläubiger über, so ist ein Nachrang der Forderung des Neugläubigers auch dann nicht anzunehmen, wenn der Schuldner dem Altgläubiger noch aus anderen Forderungen verpflichtet ist.²³⁰ Befriedigt der Neugläubiger die Forderung des Altgläubigers hingegen nur teilweise,²³¹ so treten Altgläubiger und Neugläubiger zueinander in Konkurrenz und die Subrogationsklausel ist damit grundsätzlich und vorbehaltlich des Dazwischentretens insolvenzrechtlicher Sonderregeln²³² anzuwenden. Nach der überwiegenden Meinung führt das Verbot, den erhaltenen Forderungsteil zu lasten des Altgläubigers geltend zu machen, zu einem Rangverhältnis der Forderungsteile.²³³

b) Zur Rechtsnatur des durch die Subrogationsklausel begründeten Forderungsranges

Die Rechtsnatur des durch die Subrogationsklausel begründeten Rangverhältnisses ist, soweit hierauf überhaupt eingegangen wird, umstritten. So geht *Bittner* von einer nur relativen Wirkung des Nachrangs der Forderung zwischen Altgläubiger und Neugläubiger aus.²³⁴ Diese Relativität verhindere zudem die nach Ansicht *Bittners* de lege ferenda richtige Lösung einer Verpflichtung des Neugläubigers, in der Insolvenz des Schuldners seine Forderung anzumelden, und die darauf entfallende Quote an den Altgläubiger auszukehren,²³⁵ weswegen die gesetzliche Lösung höchst unvollkommen sei.²³⁶

²³⁰ So bereits RGZ 76, 295, 298; s. daneben BGH NJW 2003, 1036 1037 zur Gesamtschuld. Ebenso die Literatur, Staudinger/*Bittner* (2004) § 268 Rn. 26; MünchKommBGB/*Habersack* § 774 Rn. 12.

²³¹ Dies soll nach der ganz herrschenden Meinung auch dann gelten, wenn der Neugläubiger mit der teilweisen Befriedigung des Altgläubigers eine diesem gegenüber bestehende Verpflichtung vollständig erfüllt, was insbesondere bei Teilbürgschaft und Höchstbetragsbürgschaft relevant werden kann. So die ständige Rechtsprechung seit RGZ 76, 195, 198; s. BGHZ 92, 374, 378; BGHZ 110, 41, 46. Aus der Literatur stellvertretend *Dieckmann*, *Derivatvregreß*, S. 382; MünchKommBGB/*Habersack* § 774 Rn. 12.

²³² Insolvenzrechtliche Sonderregeln gelten, soweit Gesamtschuldner und Bürgen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners den Altgläubiger befriedigen: Nach § 43 InsO ist der (Alt-)Gläubiger trotz des materiellrechtlich eintretenden Forderungsübergangs nicht gehindert, die Forderung in voller Höhe anzumelden, während der Zedent seine Forderung in diesem Fall nicht anmelden kann. S. dazu BGHZ 27, 51, 54; BGHZ 92, 374, 379; BGH NJW 1985, 1159 f. sowie *Dieckmann*, *Derivatvregreß*, S. 383 ff.; MünchKommBGB/*Habersack* § 774 Rn. 13 und *Lwowski/Bitter* in MünchKommInsO § 43 Rn. 1, 3 und § 44 Rn. 1, 23.

²³³ Palandt/*Grüneberg* § 426 Rn. 13 a; MünchKommBGB/*Habersack* § 774 Rn. 11; v. Koppentfels-Spies, *cessio legis*, S. 276 f.. Besonders deutlich *Gernhuber*, *Erfüllung*, S. 472.

²³⁴ Ebenso noch RGZ 82, 133, 138, für den Fall der §§ 1150, 268 Abs. 3 BGB. Die Meinung wurde aber vom Reichsgericht in RGZ 131, 323, 327 ausdrücklich aufgegeben.

²³⁵ Staudinger/*Bittner* (2004) § 268 Rn. 24.

Demgegenüber stellt der Rang für *Gernhuber* eine Eigenart der Forderung dar. Der Vorrang der Forderung des Altgläubigers gelte auch dann, wenn mittlerweile ein Dritter diese Forderung erworben hat.²³⁷ *Gernhuber* unterscheidet damit zwischen dem Inhalt des Rangs (Vorrang bzw. Nachrang nur gegenüber der jeweils anderen Forderung) und dessen Wirkung. Dabei stützt *Gernhuber* seine These einer dinglichen Wirkung des durch die Subrogationsklausel begründeten Nachrangs auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 18. 02. 1931²³⁸. Gegenstand dieser Entscheidung war die Tilgung von Hypothekenzinsen vorrangiger Hypotheken durch den Inhaber nachrangiger Hypotheken zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Mit dieser Tilgung war eigentlich die Hypothek für die Zinsansprüche auf den Inhaber der nachrangigen Hypothek nach §§ 1150, 268 Abs. 3 BGB übergegangen. Allerdings konnte der Übergang der Zinshypothek nach § 268 Abs. 3 S. 2 BGB nicht zum Nachteil der Gläubiger der Hypothek geltend gemacht werden, zumal bei einer Zahlung der Hypothekenzinsen durch den Schuldner die Hypothek insofern nicht übergegangen, sondern nach § 1178 BGB zum Vorteil der weiteren Hypothekengläubiger teilweise erloschen wäre.²³⁹ Nachdem zwischenzeitlich auch der Inhaber der (Rest-)Hypothek über Hauptforderung und Kosten diese an einen Dritten abgetreten hatte, war das Problem zu lösen, ob sich nunmehr auch der Dritte Hypothekenerwerber gegenüber dem Inhaber der Zinshypothek auf einen auf § 268 Abs. 3 S. 2 BGB gründenden Vorrang seiner Hypothek berufen kann.²⁴⁰ Dies bejaht das Reichsgericht unter ausdrücklicher Aufgabe einer anders lautenden früheren Entscheidung.²⁴¹ Insoweit ist aber zu bedenken, dass der hier in Frage stehende Rang zwar auf § 268 Abs. 3 BGB gründet, es sich dabei aber um den Rang der Hypothek, nicht um denjenigen der Forderung handelt. Ausdrücklich bejaht das Reichsgericht die dingliche Wirkung für die nach §§ 268 Abs. 3, 1150 BGB eintretende Rangänderung in entsprechender Anwendung von § 1176 BGB.²⁴² Die dingliche Wirkung eines reinen Forderungsranges lässt sich daher richtigerweise auf RGZ 131, 323 nicht stützen. Gleichwohl gilt es, die von *Gernhuber* für den Forderungsrang ange-

²³⁶ Staudinger/*Bittner* (2004) § 268 Rn. 24.

²³⁷ *Gernhuber*, Erfüllung, S. 472.

²³⁸ RGZ 131, 323.

²³⁹ RGZ 131, 323, 325.

²⁴⁰ RGZ 131, 323 f.

²⁴¹ RGZ 131, 323, 327 unter Aufgabe von RGZ 82, 133.

²⁴² RGZ 131, 323, 326.

sprochene Unterscheidung von Inhalt und Wirkung des Rangs im weiteren Fortgang der Arbeit zu bedenken.²⁴³

c) Die Wirkung des Forderungsranges, insbesondere in der Insolvenz des Schuldners
Keine Einigkeit besteht hinsichtlich der sich aus der Anordnung des Nachrangs der Forderung in der Insolvenz des Schuldners ergebenden Konsequenzen. So wird überwiegend vorgeschlagen, der Neugläubiger könne zwar mit dem auf ihn übergegangenen Forderungsteil ebenso am Insolvenzverfahren teilnehmen, wie der Altgläubiger mit dem ihm verbleibenden Forderungsteil, doch könne der Altgläubiger vom Neugläubiger den Betrag verlangen, um den seine Quote wegen der Teilnahme des Neugläubigers herabgesetzt sei.²⁴⁴ Nach anderer Auffassung muss der Neugläubiger die auf ihn entfallende Quote bis zu dessen vollständiger Befriedigung an den Altgläubiger abführen.²⁴⁵ Schließlich wird vertreten, der Neugläubiger könne mit seinem Forderungsteil am Insolvenzverfahren teilnehmen und die auf ihn entfallende Quote behalten.²⁴⁶ Die beiden Berechnungsarten kommen, was nicht immer hinreichend gesehen wird, durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen.²⁴⁷

²⁴³ S. zu der parallelen Diskussion für den Rang von Grundstücksrechten und § 880 Abs. 5 BGB oben, Kap. 1, C. II. 5.

²⁴⁴ Gottwald/*Eickmann* § 65 Rn. 32; MünchKommBGB/*Habersack* § 774 Rn. 13; *Lwowski/Bitter* in Münch-KommInsO § 44 Rn. 29; *Uhlenbruck* § 43 Rn. 5; *Palandt/Sprau* § 774 Rn. 12; offen gelassen in RGZ 83, 401, 406.

²⁴⁵ *Palandt/Heinrichs* § 268 Rn. 7; *Bamberger/Roth/Unberath* § 268 Rn. 12; in der Tendenz ebenso BGH NJW 1997, 1014, 1015, allerdings unter unzutreffender Berufung auf *Palandt/Sprau* und RGZ 83, 401, 406, die eine Pflicht zur Auskehrung des Teils, um den die Quote des Altgläubigers durch die Teilnahme des Neugläubigers vermindert wurde, bejahen bzw. diskutieren. De lege ferenda für eine Auskehrung der vom Neugläubiger erhaltenen Quote *Staudinger/Bittner* (2004) § 268 Rn. 24.

²⁴⁶ So wohl *Dieckmann*, *Derivativreß*, S. 383 ff.; zumindest für den Fall des § 268 BGB ebenso Münch-KommBGB/*Krüger* § 268 Rn. 17. Ob weitere Ansprüche bestehen, lässt auch BGHZ 92, 374, 380 offen.

²⁴⁷ Der Unterschied wird umso größer, je Höher die Insolvenzquote ist und je mehr außenstehende Gläubiger vorhanden sind: Bei einer Hauptforderung von 100.000 € einer Bürgenteilleistung von 40.000 € außenstehenden Forderungen von nochmals 400.000 € und einem Schuldnervermögen von 50.000 € ergeben sich folgende Alternativrechnungen: Kann der Nachranggläubiger am Verfahren teilnehmen ohne zur Weitergabe seines Insolvenzverhaltes verpflichtet zu sein, so erhält der Hauptgläubiger 6.000 € aus der Insolvenzmasse (10% von 60.000 €) und damit – unter Einbeziehung der bereits erhaltenen Bürgenleistung insgesamt 46.000 € Ist der Nachranggläubiger hingegen (nur) zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Gläubiger durch die Teilnahme des Nachranggläubigers erleidet, so erhält dieser zusätzlich 522 € den Unterschiedsbetrag zwischen der Insolvenzquote bei Teilnahme des Nachranggläubigers (500000:50000 = 10%) und ohne diese Teilnahme (460000:50000 = 9,2%). Kann der Nachranggläubiger schließlich nach der dritten Variante an dem Insolvenzverfahren teilnehmen, muss er die erhaltene Quote aber bis zu dessen voller Befriedigung an den Vorranggläubiger abführen so erhält dieser 6000 € eigene Quote, die Quote des Nachranggläubigers in voller Höhe von 4.000 € (da der Verlust des Vorranggläubiger hierüber noch hinaus geht) sowie die vor Insolvenz gezahlten 40.000 € Eine weitere und ausführliche Beispielsberechnung findet sich bei *v. Olshausen*, KTS 2004, 403, 421.

Uneinigkeit herrscht diesbezüglich auch hinsichtlich der weiteren Frage, ob, soweit man einen Nachrang der legalzedierten Forderung in der Insolvenz des Schuldners annimmt, eine entsprechende Beschränkung auch für interne Ersatzansprüche des Neugläubigers gegen den Schuldner gilt, die parallel zu der legalzedierten Forderung bestehen.²⁴⁸ Dagegen herrscht, soweit die Thematik überhaupt behandelt wird, weitgehend Übereinstimmung, dass der durch die Subrogationsklausel hervorgerufene Nachrang der Forderung nur in Zwangsvollstreckung und Insolvenzverfahren sowie ggf. im Verfahren nach § 156 VVG²⁴⁹ wirkt, und außerhalb dieser Verfahren einer Befriedigung des Gläubigers des nachrangigen Forderungsteils durch den Schuldner nicht entgegensteht.²⁵⁰

d) Stellungnahme

Die Vielzahl der strittigen Punkte legt es nahe, über die Auslegung der Subrogationsklausel neu nachzudenken. Auch wenn dies an dieser Stelle nicht vertieft durchzuführen ist, soll eine eigene Lösung gleichwohl skizziert werden.²⁵¹ Anzusetzen ist dabei bereits an der zur Bestimmung des Nachteils im Sinne der §§ 268 Abs. 3 S. 2, 426 Abs. 2 S. 2, 774 Abs. 1 S. 2, 1164 Abs. 1 S. 2, 1176 und 1607 Abs. 4 BGB, § 128 ZVG sowie §§ 67 Abs. 1 S. 2 VVG verwendeten Formel. Seit RGZ 82, 136 gilt, dass der Nachteil durch einen Vergleich mit der Lage zu bestimmen ist, die bestünde, wenn nicht der Dritte, sondern der Schuldner selbst gezahlt hätte.²⁵² Allerdings versteht sich diese Formel der Nachteilsermittlung nicht von selbst, noch können auf ihrer Grundlage alle Konstellationen zufriedenstellend gelöst werden. So stellt die letztlich auf diesem Vergleich gründende Auffassung, wonach der Neugläubiger mit seiner Forderung am Insolvenzverfahren teilnimmt, der Altgläubiger aber einen Ausgleichsanspruch in der Höhe hat, in der dessen Quote

²⁴⁸ Für eine Geltung des Vorrangs auch gegenüber dem internen Ausgleichsanspruch Münch-KommBGB/*Bydlinski* § 426 Rn. 48; *Gernhuber*, Erfüllung, S. 472, dort Fn. 68 und *Staudinger*¹²/*Selb* § 268 Rn. 15. Dagegen *Staudinger/Bittner* (2004) § 268 Rn. 25; *Staudinger/Noack* (2005) § 426 Rn. 142; v. *Koppfels-Spies*, *cessio legis*, S. 278 f.; offen gelassen in RGZ 83, 401, 407.

²⁴⁹ Dazu *Staudinger/Bittner* (2004) § 268 Rn. 24.

²⁵⁰ *Gernhuber*, Erfüllung, S. 472; dagegen spricht sich *Herperts*, AcP 166 (1966), 454, 461 dafür aus, die nach dieser Meinung aus der Subrogationsklausel folgenden Beschränkungen der Zwangsvollstreckung (dazu *Herperts*, AcP 166 (1966) 454, 458 ff.) bereits im Klageverfahren zu berücksichtigen. Für einen materiellen Gehalt der – nach dieser Ansicht aber auf die legalzedierte Forderung begrenzten – *nemo subrogat* Klausel v. *Koppfels-Spies*, *cessio legis*, S. 318 ff.

²⁵¹ S. zu der verfahrensrechtlichen Stellung des Nachranggläubigers im Insolvenzverfahren des Schuldners unten unter Kap. 10, D. II. 2.

²⁵² RGZ 82, 136; RGZ 131, 325. Aus der Literatur *Herperts* AcP 166, 454 f.

durch die Beteiligung des Neugläubigers sinkt, den Neugläubiger – wenn auch nur gegenüber dem Altgläubiger – so, als hätte er an dem Verfahren nicht teilgenommen, obwohl genau dies nach der ganz herrschenden Meinung nicht verlangt werden kann. In diesem Zusammenhang verdeckt der Vergleich mit einer Zahlung durch den Schuldner zudem, dass Grund der Legalzession nicht die Zahlung durch den Schuldner ist, sondern die Zahlung durch den Neugläubiger: Wenn man – wieder in Einklang mit der ganz herrschenden Meinung – den Zweck der Subrogationsklausel darin sieht, den Altgläubigern von Nachteilen zu schützen, die dieser durch den Übergang der Forderung auf den Neugläubiger erleidet, dann ist nicht ersichtlich, warum sich diese Nachteile durch einen Vergleich mit der Lage bestimmen sollen, die bestünde, wenn der Gläubiger gezahlt hätte, während der Übergang der Forderung nicht etwa darauf gründet, dass der Schuldner nicht gezahlt hat, sondern darauf, dass der Neugläubiger dies getan hat. Zudem wird bei der Ermittlung des Nachteils nach dieser Formel nicht berücksichtigt, dass, falls der Schuldner gezahlt hätte, die zur Tilgung aufgewendeten Mittel nicht mehr im Vermögen des Schuldners vorhanden wären. Vor allem in der Insolvenz des Schuldners – und vornehmlich in diesem Fall erhält die Subrogationsklausel praktische Bedeutung – führt dies zu einer Verzeichnung der Alternativberechnung.²⁵³ Schließlich lässt die Ermittlung des Nachteils nach dieser Formel gänzlich außer Betracht, warum der Neugläubiger die Forderung des Altgläubigers teilweise befriedigt. Gerade hierin liegt indes ein wesentliches Differenzierungskriterium, da sich der Nachteil einer Geltendmachung richtigerweise in Fällen, in denen der Neugläubiger dem Altgläubiger zur Leistung verpflichtet ist und diesem gegenüber das Insolvenzrisiko des Schuldners zu tragen hat grundsätzlich anders darstellt, als in Fällen, in denen der Neugläubiger eine solche Verpflichtung gegenüber dem Altgläubiger nicht trifft. Trotz des nahezu einheitlichen Wortlauts der Subrogationsklausel sind diese Unterschiede auch in den Rechtsfolgen zu berücksichtigen. Der Nachteil des Altgläubigers ist daher durch einen Vergleich mit der Lage zu bestimmen, die bestünde, wenn der Neugläubiger den Altgläubiger nicht (teilweise) befriedigt hätte. Hier könnte der Altgläubiger seine gesamte Forderung zur Insolvenztabelle anmelden. Zusätzlich könnte der Altgläubiger soweit – und nur soweit – der Neugläubiger ihm gegenüber das Insolvenzrisiko des Schuldners zu tragen hat, sich mit seinem Ausfall bei diesem nach Maßgabe des zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisses erholen. Findet nun eine teilweise Befriedigung durch den Neugläubiger statt, so wird die zwischen beiden bestehende Verteilung des Insolvenzrisikos des

²⁵³ Die Kritik durch MünchKommBGB/Krüger § 268 Rn. 17 ist insoweit berechtigt.

Schuldners dadurch aufrechterhalten – und damit ein Nachteil des Altgläubigers vermieden –, dass die legalzedierte Forderung selbst gegenüber der Forderung des Neuschuldners nachrangig ist. Auf dieser Grundlage sind keineswegs alle Fälle des *nemo subrogat contra se* zugleich Anwendungsfälle eines aus der Subrogationsklausel folgenden gesetzlichen Nachrangs der Forderung. Dieser besteht vielmehr nur, soweit der Neugläubiger das Insolvenzrisiko des Schuldners zu tragen hat und damit stets bei Bürgschaft und sichernder Gesamtschuld, nicht notwendig hingegen in den sonstigen Fällen der Gesamtschuld²⁵⁴ sowie bei § 268 Abs. 3 BGB.

Soweit ein Nachrang besteht, ist dieser auch im Insolvenzverfahren beachtlich und führt zu einem Anspruch des Altgläubigers gegen den Neugläubiger auf Auskehrung der von diesem erhaltenen Insolvenzquote.²⁵⁵ Zudem spricht in diesen Fällen viel dafür, den Nachrang auf die konkurrierende Forderung aus dem Innenverhältnis von Neugläubiger und Schuldner zu erstrecken²⁵⁶ und dem Rang Wirkungen nicht nur in Insolvenz und Zwangsvollstreckung zuzumessen, sondern schon dann, wenn die Erfüllung der Forderung des Neugläubigers durch den Schuldner die Forderung des Altgläubigers gefährdet.

VI. Der Rang der Unterhaltsansprüche

Von den genannten Konstellationen der gesetzliche Begründung eines Rangverhältnisses kann schließlich die Konstellation einer gestuften Verpflichtung eines Unterhaltsschuldners aus der weiteren Betrachtung ausgeschieden werden. Zwar stellen diese Normen eine Rangordnung unter mehreren Berechtigten auf, die – insoweit der rechtsgeschäftlichen Subordination einer Forderung ähnlich – nach herrschender Meinung durch Vereinbarung der Beteiligten durchbrochen werden kann.²⁵⁷ Beachtlich ist aber, dass die §§ 1609, 1615 I und 1582 BGB kein Rangverhältnis mehrere Forderungen begründen, sondern bereits die Ansprüche selbst zueinander in ein Rangverhältnis setzen. Bedenkt man weiter, dass nach § 1603 Abs. 1 BGB als unterhaltsrechtlicher Besonderheit die Leistungsunfähig-

²⁵⁴ Siehe zur Unterteilung in Sicherungsgesamtschulden, gleichgründige Gesamtschulden und Schutzzweckgesamtschulden *Erman/Ehmann* vor § 420 Rn. 45 ff.

²⁵⁵ Ebenso im Ergebnis v. *Olshausen*, KTS 2004, 403, 427 f.

²⁵⁶ *Häsemeyer*, KTS 1993, 151, 160; v. *Olshausen*, KTS 2004, 403, 428 (dort Fn. 121).

²⁵⁷ BGH FamRZ 1984, 176; MünchKommBGB/*Born* § 1609 Rn. 17 ff.; Palandt/*Diederichsen* § 1609 Rn. 6.

keit negative Anspruchsvoraussetzung der Unterhaltspflicht ist,²⁵⁸ so folgt ohne weiteres, dass eine Verpflichtung des Schuldners gegenüber den nachrangigen Unterhaltsberechtigten und damit eine Forderung der Berechtigten gegenüber dem Schuldner nur insoweit entsteht, als die vorrangigen Unterhaltsgläubiger befriedigt werden können. Im Mangelfall entstehen damit Unterhaltsansprüche nur soweit die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen reicht,²⁵⁹ während die Rangfolge der Unterhaltsberechtigten bei hinreichender Leistungsfähigkeit keine Rolle spielt.²⁶⁰

D. Erstes Zwischenergebnis: Ranginhalt, Rangänderung und Rangwirkung - Unterschiede und Gemeinsamkeiten des Rangs von Rechten und Forderungen

Es konnte gezeigt werden, dass die Grundregel der untersuchten Rangverhältnisse darin besteht, dass nachrangige Rechte erst zu befriedigen sind, wenn die vorrangigen Rechte befriedigt wurden. So galt schon im gemeinen Recht für den Vorrang eines Pfandrechts, dass der Vermögenswert des Pfandes zunächst dem vorrangigen Pfandrecht zugewiesen ist, und erst soweit dieses vollständig befriedigt wurde, auch die nachrangigen Pfandgläubiger sichert.²⁶¹ Als Rechtsregel bewältigt der Rang Kollisionslagen, indem durch ihn einem Recht gegenüber einem anderen Recht ein Verdrängungswert zugewiesen wird.

Die Auffassung, Forderungsrang und Rang dinglicher Rechte seien a priori verschieden, kann nicht überzeugen. Was zunächst die Meinung betrifft, von einem Rang im Sinne des Rangs dinglicher Rechte könne bei Forderungen schon deshalb nicht gesprochen werden, weil der relative Charakter von Forderungsrechten eine durch Rangbestimmung zu steuernde Kollisionslage gar nicht erst entstehen lasse, so konnte gezeigt werden, dass der grundsätzlich zweckmäßige schuldrechtliche Präventionsgrundsatz nicht auf der relativen Wirkung von Forderungsrechten beruht, sondern auf der isolierten Betrachtung der einzelnen Schulden durch die Rechtsordnung. Zudem konnte gezeigt werden, dass in mehreren

²⁵⁸ MünchKommBGB/Luthin § 1603 Rn. 1.

²⁵⁹ MünchKommBGB/Born § 1609 Rn. 7 und 10.

²⁶⁰ OLG Nürnberg FamRZ 1997, 445; MünchKommBGB/Born § 1609 Rn. 1

²⁶¹ Windscheid, Pandektenrecht I, S. 839 f.

Konstellationen, darunter namentlich die Insolvenz des Schuldners und die Fälle des *nemo subrogat contra se*, die Rechtsordnung von der isolierten Betrachtung der einzelnen Schulden abweicht und Forderungskonkurrenzen durch die gesetzliche Anordnung einer Rangfolge löst.

Hinsichtlich der Ableitung des Rangs dinglicher Rechte aus deren Charakter als Abspaltungen eines Stammrechts ist zu bedenken, dass sich die Eigentumssplittertheorie zwar als Erklärungsmodell für die meisten Belastungen eignet, sich auf ihrer Basis aber die Existenz einer Mehrzahl von Duldungsrechten ebenso wenig befriedigend begründen lässt, wie die in § 1024 BGB vorausgesetzten, gleichrangigen, widerstreitenden Nutzungsrechte. Vorzugswürdig erscheint daher, die Lehre von den Eigentumssplittern als verständnisfördernden Begründungstopos, nicht aber als eine den Charakter dinglicher Rechte bestimmende Regel der Rechtsdogmatik anzusehen.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass eine Verschiedenheit von Forderungsrang und Rang dinglicher Rechte auch dann nicht ohne weiteres anzunehmen wäre, wenn man den Rang dinglicher Rechte mit der herrschenden Lehre als zwingende Folge des Charakters der dinglichen Belastung verstünde. Aus dieser Prämisse lässt sich allein die Feststellung ableiten, dass im Fall der Forderungen wegen deren unterschiedlichen Charakters ein Rang nicht als zwingende Folge des Charakters der Forderung folgt,²⁶² während weitergehende Aussagen darüber, ob ein dem Rang dinglicher Rechte entsprechender Forderungsrang im Einzelfall durch normative Anordnung oder durch Rechtsgeschäft begründet werden könnte, hierauf nicht zu stützen sind.²⁶³

Die eingeschränkte Relation von Dinglichkeit und Rangverhältnis zeigt sich denn auch bei Rechtsnießbrauch und Rechtspfand. Beide können nach allgemeiner Meinung nicht nur an dinglichen Rechten, sondern auch an Forderungen bestellt werden.²⁶⁴ Zwar bejaht die wohl überwiegende Lehre trotz des unstrittig relativen Charakters des Belastungsobjektes den dinglichen Charakter von Forderungspfand und Nießbrauch an Forde-

²⁶² Dass Forderungen keinen allgemeinen Rang haben, ist völlig unstrittig. S. Motive, Mugdan Bd. I, 506, die zwischen mehreren Gläubigern vom „Wettbewerb um die Erfüllung“ sprechen. Dies ist, von Sonderkonstellationen abgesehen, auch heute einhellige Meinung, s. statt aller *Larenz*, AT, S. 232; *Wacke* JA 1981, 94, 97.

²⁶³ Unzutreffend daher *H. Emmerich*, Pfandrechtskonkurrenzen, S. 76 f.

²⁶⁴ Dazu oben bei Fn. 194.

rungen, eine „Abspaltung von Eigentumssplittern“ kann aber schon deshalb nicht vorliegen, weil an dem jeweiligen Belastungsgegenstand keine Eigentumsrechte bestehen,²⁶⁵ und weil ein abgespaltenes Teilrecht wegen der Relativität des Rechtsverhältnisses vorbehaltenlich des Eingreifens von Sondernormen von den Parteien des forderungsbegründenden Rechtsgeschäftes jederzeit neu geschaffen werden könnte.²⁶⁶ Gleichwohl entspricht es der allgemeinen Meinung, einschließlich derjenigen Autoren, die den Rang dinglicher Rechte streng nach dem Altersvorzug begründen, dass § 1060 BGB auf den Nießbrauch an Forderungen und § 1209 BGB für das Forderungspfand Anwendung findet,²⁶⁷ dass also unter mehreren Forderungspfändern und mehreren Nießbräuchen an Forderungen ebenso ein Rangverhältnis besteht, wie zwischen Nießbräuchen und Pfandrechten an der selben Sache.

Nicht überzeugen kann auch die Begründung, Rang und Rangänderung dinglicher Rechte habe für den Forderungsrang – hier allein bezogen auf den Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung einer Kapitalgesellschaft – keinen Bezug, weil die Rangänderung im Sinne des § 880 BGB nur ein Tausch der Befriedigungsmöglichkeit sei.²⁶⁸ Ganz abgesehen davon, dass schon inhaltlich der Rang von Grundstücksrechten zwar vornehmlich, aber keineswegs ausschließlich den Verdrängungswert in der Zwangsvollstreckung begründet,²⁶⁹ trennt diese Auffassung nicht ausreichend zwischen dem Rang und dem (sonstigen) Inhalt des Rechtes: Dass der Rang von Grundpfandrechten – und nur für diese stimmt die Aussage sachlich - den Verdrängungswert (nur) in der Zwangsvollstreckung begründet, ist keine Folge des Rangs, sondern eine Folge des (sonstigen) Inhalts des dinglichen Rechtes, der bei Grundpfandrechten bekanntlich nach § 1147 BGB auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück gerichtet ist. Will man aber Rangwirkungen untersuchen und Rangänderungen vergleichen, so gilt es, den Rang vom (sonstigen) Inhalt des Rechtes zu abstrahieren.

²⁶⁵ Zutreffend spricht daher Soergel/*Habersack* § 1273 Rn. 2 von der Teilübertragung des Rechtes.

²⁶⁶ Konsequenter sprechen die Motive von der Bedeutung des Satzes, dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als er hat, als rechtslogische Grundlage des Rangs nur bei dem Rang dinglicher Rechte an Sachen., Motive bei *Mugdan*, Band I, S. 505.

²⁶⁷ So für das Pfandrecht BGHZ 123, 183, 190; Palandt/*Bassenge* § 1273 Rn. 2; MünchKommBGB/*Damrau* § 1273 Rn. 7; Soergel/*Habersack* § 1273 Rn. 10.

²⁶⁸ So *Teller/Stephan*, Rangrücktritt, S. 7.

²⁶⁹ Dazu oben, Kap. I, C. II. 1.

Gleichwohl sind auch die Unterschiede zwischen einem allgemeinen Forderungsrang und dem Rang von Rechten, die an einem bestimmten Belastungsgegenstand bestehen, nicht zu übersehen. Beachtlich ist zum einen, dass die obligatorische Forderung nur ein relatives Recht begründet und in der Regel den andauernden Einflussmöglichkeiten der Vertragsparteien ausgesetzt ist. Zudem ist der Forderung, anders als dem dinglichen Recht, kein begrenztes Vermögensobjekt zugeordnet. Die oben wiedergegebenen allgemeine Gleichsetzung des Objekts dinglicher Rechte mit dem Vermögen als Objekt der Forderung durch *von Tuhr* kann nicht überzeugen, da zum einen das Schuldnervermögen – anders als die aus dem Eigentum an einer Sache resultierenden Befugnisse – in seiner rechtlichen Zusammensetzung veränderlich ist. Zum anderen ist zu bedenken, dass den Schuldner unabhängig vom Umfang seines gegenwärtigen Vermögens die unbegrenzte Haftung für die Verbindlichkeiten trifft.

Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Rechtsordnung einen Forderungsrang vornehmlich im Insolvenzverfahren kennt und damit in einer Situation, die auf die geordnete Verteilung des gesamten Schuldnervermögens gerichtet ist und in der die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners durch § 80 Abs. 1 InsO dem Insolvenzverwalter zugewiesen wird. Freilich hat auch die Vergleichbarkeit von Forderungen im Insolvenzverfahren mit Belastungen eines Stammrechts ihre Grenzen. So ist – neben allen dogmatischen Unterschieden – darauf hinzuweisen, dass unter Geltung der Insolvenzordnung schon wegen der Erstreckung des Insolvenzbeschlags auf den Neuerwerb durch § 35 InsO die Insolvenzmasse veränderlich ist.²⁷⁰

Vorzugswürdig und der Arbeit im Fortgang zu Grunde zu legen ist daher eine vermittelnde Ansicht: Kann die Vergleichbarkeit von Forderungsrang und Rang dinglicher Rechte weder a priori festgestellt, noch a priori ausgeschlossen werden, so ist für Fragen des Forderungsranges in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine Vergleichbarkeit mit dem Rang dinglicher Rechte gegeben ist und ob die dort entwickelten Regeln zur Lösung der Probleme des Forderungsranges herangezogen werden können.

²⁷⁰ S. für einen Überblick über die einzelnen Konstellationen, die zu einer Veränderung des Umfangs der Masse führen, *Klopp/Kluth* in Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch, § 27 Rn. 1 ff.

2. Kapitel Zweiter Teil der Systematischen Grundlegung: Fremdkapital, Eigenkapital, Mezzanine-Finance und die Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters

A. Einführung

Nach den oben getroffenen Feststellungen kann der Rang einer Forderung als kollisionssteuernde Regelung verstanden werden. Dementsprechend können auch Gläubiger einer nicht unternehmerisch tätigen natürlichen Person miteinander oder mit dem Schuldner vereinbaren, dass zwischen ihren Forderungen ein Rangverhältnis bestehen soll.²⁷¹ Gleichwohl erweist es sich als sinnvoll, im Rahmen der systematischen Grundlegung zur vorliegenden Arbeit die Kriterien des Eigenkapitals und die Grenzen der Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters, und damit zwei Grundfragen der Unternehmensfinanzierung, näher zu beleuchten.

Was zunächst die Kriterien zur Bestimmung des Eigenkapitals betrifft, so ist beachtlich, dass Eigenkapital, verstanden als die echten Eigenmittel des Unternehmens, unabhängig vom Vorliegen rechtsgeschäftlicher Subordination nachrangiges Haftkapital darstellt.²⁷² Zusätzlich bilden die Kriterien des Eigenkapitals den Vergleichsmaßstab für die Frage, ob rechtsgeschäftlich subordinierte Forderungen, die kein Eigenkapital des Unternehmens im engeren Sinn darstellen, dem Eigenkapital so ähnlich sind, dass auf sie die für Eigenkapital geltenden Rechtsregeln, darunter namentlich diejenigen des Bilanz- und Steuerrechts, Anwendung finden. Weitere Rechtswirkungen sind mit der Klassifizierung von Finanzierungen als Beitrag zum Eigenkapital, verstanden als Eigenmittel der Gesellschaft, zwar richtigerweise nicht verbunden,²⁷³ doch stellt die Abgrenzung zudem erste Weichen für die Kategorisierung unterschiedlicher Finanzierungstitel und kann so dazu beitragen, die Diskussion um Inhalt und Wirkung verschiedener Finanzierungsinstrumente zu ordnen.

²⁷¹ Allerdings gilt der Insolvenzgrund der Überschuldung und die damit korrelierende Insolvenzantragspflicht nach § 19 InsO nur für Rechtsträger, bei denen keine natürliche Person unbegrenzt haftet.

²⁷² Dazu sogleich unter Kap. 2, B. III. 1.

²⁷³ MünchKommAktG/Kropff § 272 HGB Rn. 142.

Schließlich liefert, wie oben bereits ausgeführt,²⁷⁴ die rechtliche Gestalt des Eigenkapitals in denjenigen Fällen, in denen durch rechtsgeschäftliche Subordination Mittel, die nicht zum Eigenkapital der Gesellschaft zählen, dem Eigenkapital rechtlich angenähert werden sollen, einen Hinweis auf den von den Parteien verfolgten Zweck und die Parteivorstellungen über Inhalt und Wirkungen der rechtsgeschäftlichen Subordination.

Für die Klassifizierung von Finanzierungstiteln unerheblich und daher im weiteren nicht zu vertiefen sind dagegen die Fragen nach der optimalen Kapitalstruktur eines Unternehmens²⁷⁵, nach der Haftung von Gesellschaftern bei materieller Unterkapitalisierung²⁷⁶ und die derzeit intensiv geführte Debatte um Sinn und Erfordernis eines festen Kapitals mit gesetzlicher Mindesthöhe bei der Kapitalgesellschaft.²⁷⁷ Nachfolgend kurz darzustellen

²⁷⁴ S. oben Einl., C. II.

²⁷⁵ S. dazu grundlegend *Modigliani/Miller*, *AmEcRev* 48 (1958), 261 ff. Daneben etwa *Drukarczyk*, *Finanzierung*, S. 264 ff.; *Michalski/Fleischer Syst. Darstellung* 6 Rn. 34 ff. *Perridon/Steiner*, *Finanzwirtschaft*, S. 496 ff. und speziell zur neoinstitutionellen Betrachtung der Finanzierungsbeziehung *dies.*, *Finanzwirtschaft*, S. 538 ff. S. hierzu auch unten, Kap. 2, C. I. und dort Fn. 431.

²⁷⁶ Für eine allgemeine Verschuldenshaftung von Organen und Gesellschaftern bei Verletzung von Finanzierungsregeln *Karsten Schmidt*, *GesR*, S. 523 ff. Die überwiegende Literaturmeinung wie auch die Rechtsprechung des BGH ist demgegenüber deutlich zurückhaltender. So wird von einem Teil der Literatur und der neueren Rechtsprechung des BGH eine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung außerhalb der von § 826 BGB erfassten Fälle grundsätzlich abgelehnt, s. aus der Rechtsprechung BGHZ 68, 312, 316 ff.; BGH NJW-RR 1991, 1312 und BGHZ 142, 116; aus der Literatur etwa *Ehrlicke*, *AcP* 199 (1999), 257, 275 ff.; *Goette*, *DStR* 2005, 197, 198; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck* § 13 Rn. 16. Ein weiterer Teil der Literatur und ältere Entscheidungen des BGH bejahen demgegenüber eine Unterkapitalisierungshaftung im Grundsatz, stützen diese aber nicht auf ein Finanzierungsverschulden von Organen oder Gesellschaftern, sondern auf den Gedanken den Missbrauchs der Gesellschaftsform und beschränken den Tatbestand der Unterkapitalisierungshaftung auf Fälle einer völlig unzureichenden Ausstattung der GmbH mit Eigenkapital, die als Rechtsfolge den Durchgriff der Gesellschaftsgläubiger ermögliche. S. aus der Literatur *Michalski/Fleischer Syst. Darstellung* 6 Rn. 86; *Lutter/Hommelhoff*, § 13 Rn. 12; *Ulmer/Raiser GmbHG* § 13 Rn. 157 ff.; *Hachenburg/Ulmer Anh.* § 30 Rn. 50 ff., 55 ff.; *Weitnauer*, *FS Mailänder*, S. 441, 446; *Wiedemann*, *ZGR* 2003, 283, 295 f.; aus der Rechtsprechung BGHZ 31, 258, 268, 271; BGHZ 54, 222, 224 ff.; BGH NJW 1977, 1683, 1686. Skeptisch gegenüber der Eignung einer Haftung für materielle Unterkapitalisierung zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger *Haas* 66. *DJT* 2006, E 49 f. Zum Verhältnis einer Unterkapitalisierungshaftung zur Rechtsprechung des BGH zum existenzvernichtenden Eingriff etwa *Goette*, *DStR* 2005, 197, 200; *Haas*, 66. *DJT* 2006, E 83 ff.; *ders.*, *DStR* 2006, 993, 1000; *Ulmer*, *JZ* 2002, 1049; *Wiedemann*, *ZGR* 2003, 283 ff. und (die Unterkapitalisierung als Fallgruppe des existenzvernichtenden Eingriffs bejahend) *OLG Düsseldorf ZIP* 2007, 227, 228 ff.

²⁷⁷ Kritisch gegenüber dem Konzept des festen Kapitals und dem Erfordernis eines gesetzlichen Mindestkapitals insbesondere *Armour*, *MLR* 63 (2000), 355, 371 f.; *Haas*, *DStR* 2006, 993, 994 ff.; *Kübler*, *ZHR* 159 (1995), 550 ff.; *ders.*, *ZGR* 2000, 550, 556 f.; *Mülbert*, *Konzern* 2004, 151, 154 ff.; *Rickford*, *EBLR* 2004, 917 ff. Offen gegenüber einem Verzicht auf das Mindestkapitalerfordernis bei gleichzeitigem Festhalten am festen Kapital *Schön*, *Konzern* 2004, 162, 164 ff.; ebenso für die Aktiengesellschaft *Eidenmüller/Grünwald/Noack* in *Lutter, Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, S. 17, 39; für die GmbH *Eidenmüller*, *ZGR* 2007, 168, 189 f. (bei gleichzeitiger Aufgabe der Sachprüfung) und *Huber/Habersack* in *Lutter, Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, S. 370, 396. Skeptisch gegenüber einer Aufgabe des Gläubigerschutzes durch ein System gesetzlicher Regeln zur Aufbringung und Sicherung eines Mindestkapitals demgegenüber *Michalski/Fleischer Syst. Darstellung* 6 Rn. 88; *Hüffer*, *ZIP* 2007, 451 f.; *Kleindiek*, *ZGR* 2006, 335, 337 ff.; *K. Schmidt*, *GesR*, S. 519; *Schön*, *ZHR* 166 (2002), 1. und *Wiedemann*, *GesR Bd. I*, S. 557 f.

sind hingegen die Regeln zur Kapitalerhaltung. Der durch diese Regeln gewährleistete Schutz des Gesellschaftskapitals ist von der rechtspolitischen Bewertung des Mindestkapitals richtigerweise zu trennen.²⁷⁸ Für die hier verfolgte Fragestellung ist aber auch der Kapitalschutz nur insofern von Bedeutung, als die Regeln zur Erhaltung des Kapitals den rechtlichen Gehalt des Eigenkapitals mitprägen.²⁷⁹ Auch insoweit kann daher von einer rechtspolitischen Bewertung abgesehen werden.²⁸⁰

Die Frage nach den Grenzen der Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters wiederum dient dazu, diejenigen Konstellationen zu erfassen und aus der weiteren Untersuchung auszuscheiden, in denen eine eigenkapitaltypische Nachrangigkeit und die eigenkapitaltypische Bindung von Forderungen nicht auf rechtsgeschäftlicher Vereinbarung und damit auf dem Rechtsfolgwillen der vertragsschließenden Parteien gründet, sondern auf der Anwendung von Regeln objektiven Rechts.²⁸¹ Soweit man beispielsweise den Finanzplankredit schon kraft Gesetzes als einlagengleiches Haftkapital sieht, bleibt die zusätzliche Vereinbarung eines rechtsgeschäftlichen Nachrangs weitgehend folgenlos,²⁸² die Befassung mit dem Recht eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen kann für das Verständnis des Rangrücktritts zur Vermeidung der Überschuldung, und damit für einen besonders wichtigen Anwendungsfall rechtsgeschäftlicher Subordination, hilfreich sein. Nach Auffassung nicht weniger Autoren handelt es sich bei dem Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung gleichsam um die rechtsgeschäftliche Variante des Eigenkapitalersatzrech-

Ähnlich *Goette*, DStR 2005, 197, 198 f. Vgl. auch *Eidenmüller/Engert*, GmbHR 2005, 433, 435 ff.: Zu bemängeln sei vornehmlich der Aufwand durch die gerichtliche Prüfung der Kapitalaufbringung bei Sachgründung. Noch weitergehend *Bayer*, ZGR 2007, 220, 234 ff., der sich für eine vollständige Deregulierung der Kapitalaufbringung in der GmbH ausspricht, das Mindestkapitalerfordernis hingegen a.a.O. S. 220, 231 f. neutral bewertet.

²⁷⁸ Heute allg. Meinung, s. nur *Schön*, Konzern 2004, 162, 166.

²⁷⁹ Dabei sei zur Vermeidung von Missverständnissen bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Kapitalerhaltung rechtsformspezifisch ist und auch innerhalb einer Rechtsform verschiedene Bestandteile des Eigenkapitals der Kapitalerhaltung in unterschiedlichem Maße unterliegen. Gleichwohl kann ein Blick auf diese unterschiedlichen Regeln zum Verständnis des rechtlichen Gehalts von Eigenkapital beitragen.

²⁸⁰ Auch gegenüber der Kapitalerhaltung deutscher Prägung skeptisch *Armour, Kübler, Mülbert*, jew. a.a.O. (Fn. 280); *Haas*, 66 DJT 2006, E 141 ff.; *Jungmann*, ZGR 2006, 638, 647 ff. und *Rickford*, EBLR 2004, 919, 921 f., 968 ff., 979 ff., die stattdessen sämtlich für situative Ausschüttungssperren plädieren. Für ein Festhalten an den Regeln der Kapitalerhaltung hingegen *Schön*, Konzern 2004, 162, 168 ff.; *Veil* in Lutter, Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 92, 103 ff.; eine Verschärfung der Regeln zur Aufbringung und Erhaltung des Kapitals in der GmbH fordert *Michalski/Fleischer* Syst. Darstellung 6 Rn. 89 f.

²⁸¹ Zu dieser grundlegenden Unterscheidung ausführlich *Habersack*, ZGR 2000, 384, 385, 401. Das Sonderproblem, ob bei aufsichtsrechtlichen Eigen- und Dritrangmitteln der Nachrang auf rechtsgeschäftlicher Subordination beruht oder bereits aus den Vorschriften von VAG und KWG folgt, wird hingegen erst bei der Darstellung nachrangiger Darlehen diskutiert, dazu unten, Kap. 4, C. IV.

²⁸² So – zumindest für § 17 EStG – *BFH DStR* 1998, 73, 75.

tes: Man kann lesen, der Rangrücktritt sei eine rechtsgeschäftliche Umqualifizierung von Fremdkapital in Haftkapital, er wirke bei eigenkapitalersetzenden Darlehen nur deklaratorisch oder er sei die rechtsgeschäftliche Vereinbarung, Darlehen dem Eigenkapitalersatzrecht zu unterstellen.²⁸³

Bildlich gesprochen, gilt es deshalb, zunächst das „Minenfeld“ aus Eigenkapitalersatz, materieller Unterkapitalisierung und Finanzplankredit²⁸⁴ zu kartographieren, um sodann den rechtsgeschäftlichen Nachrang sicheren Schrittes erkunden zu können. Schließlich sind im Rahmen der systematischen Grundlegung die in der Finanzierungspraxis wie auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum zunehmend verwendeten Begriffe des Mezzanine-Darlehens oder Mezzanine-Kapitals und die ihnen zugrunde liegenden rechtlichen Konstruktionen zu beleuchten.

B. Fremdkapital, Eigenkapital und Quasi-Eigenkapital

I. Einleitung und Problemstellung

Trotz ihrer zentralen Bedeutung in Recht und Praxis der Unternehmensfinanzierung haben die Begriffe des Eigenkapitals und des Fremdkapitals bislang keine allgemeingültige Definition erfahren.²⁸⁵ Ein vornehmlich mit Blick auf die Einordnung der Beiträge stiller Gesellschafter und die zutreffenden Erfassung von Genussrechtskapital ausgetragener Streit besteht hier nicht nur hinsichtlich der einzelnen Kriterien des Eigenkapitals, sondern bereits hinsichtlich zweier den einzelnen Kriterien vorgelagerter Fragen: Zu klären ist zum einen, ob die Bestimmung durch eine abschließende Definition des Eigenkapitals erfolgt, oder ob die Zuordnung nur durch eine wertende Gesamtschau verschiedener Kriterien, also durch rechtliche Typisierung, erfolgen kann.

²⁸³ Staudinger/*Hopt/Mülbert*, § 607 Rn. 144; *Priester*, ZGR 1999, 533, 543; *Hachenburg/Ulmer* 8. Auflage, 1992, § 30 Rn. 27.; ähnlich *Kütting/Kessler*, BB 1994, 2103, 2109.

²⁸⁴ So die Bezeichnung bei *Goette*, DStR 1999, 1201.

²⁸⁵ S. statt vieler aus juristischer Sicht Michalski/*Fleischer* Syst. Darstellung 6 Rn. 98; GroßkommAktG/*Wiedemann* vor § 182 Rn. 2. Einen Überblick über die in den Wirtschaftswissenschaften vorgeschlagenen Definitionen gibt *Swoboda*, FS Wittmann, S. 343, 344 ff.

Diesem Meinungsstreit nochmals vorgelagert ist indes die namentlich von *Ekkenga*²⁸⁶ aufgeworfene Frage, ob die Bestimmung von Eigenkapital überhaupt durch Rechtsbegriffe erfolgen kann,²⁸⁷ oder ob das Recht seinerseits in jedem Einzelfall auf eine Typisierung nach dem wirtschaftlichen Sinn und Zweck des jeweiligen Finanzierungsgeschäfts zurückgreifen muss.²⁸⁸ Diesbezüglich ist auf die rechtliche Bedeutung der Qualifikation von Finanzierungsmitteln als Eigenkapital abzustellen. Beachtlich erscheint insofern zunächst, dass die Kategorisierung eines Finanzierungstitels unmittelbar Bedeutung für die Rechnungslegung der Gesellschaft erhält und damit Voraussetzung für die Erfüllung der strafbewehrten Pflicht zutreffender Rechnungslegung²⁸⁹ ist. Es kommt hinzu, dass die Klassifizierung als Fremd- oder Eigenkapital nicht nur die formale Position des Ausweises auf der Passivseite der Bilanz festlegt; vielmehr sind auf Fremd- und Eigenkapital bisweilen unterschiedliche Ansatz- und Bewertungsvorschriften anzuwenden,²⁹⁰ weswegen die Zuordnung auch den Inhalt des Bilanzausweises bestimmen kann. Schließlich ist beachtlich, dass durch die letzttrangige Verteilung des Eigenkapitals in Insolvenz und Liquidation der Gesellschaft die Kategorisierung weitreichende Bedeutung für das wirtschaftliche Risiko des Kapitalgebers erlangt. All' dies spricht entscheidend für eine rechtliche Bestimmung von Eigenkapital und Fremdkapital, weswegen es dabei bewendet, dass für die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Auslegung von Bilanzrechtssätzen die juristischen Methoden der Gesetzesauslegung heranzuziehen sind,²⁹¹ ohne dass deshalb betriebswirtschaftliche Erkenntnisse als Entscheidungshilfen von vorneherein außen vor bleiben müssten.²⁹² Dies schließt es freilich auch umgekehrt keinesfalls aus, im Rahmen von betriebswirtschaftlichen Fragestellungen und Analysen die rechtliche Grenzziehung von Eigenkapital und Fremdkapital außen vor zu lassen, und statt dessen eigene Beurteilungskriterien heranzuziehen. So ist es denn auch bei der Bilanzanalyse namentlich zu Ra-

²⁸⁶ *Ekkenga*, Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt, 1998.

²⁸⁷ So die überwiegende Meinung zumindest im juristischen Schrifttum, s. Michalski/*Fleischer* Syst. Darstellung 6 Rn. 4.

²⁸⁸ So *Ekkenga*, Rechnungslegung, S. 93 ff; ähnlich *D. Schneider*, Investition, S. 44 ff.

²⁸⁹ S. § 331 HGB.

²⁹⁰ S. hierfür am Beispiel der Rechnungslegung einer Personenhandelsgesellschaft nach IFRS *Küting/Wirth/Dürr*, WPg 2006, 69, 73 ff.

²⁹¹ Aus der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur *Coenenberg*, Jahresabschluss, S. 1089 mit Blick auf die Bedeutung der Bilanztheorie für das Bilanzrecht.

²⁹² Zutreffend *Coenenberg*, Jahresabschluss, S. 1089.

tingzwecken schon heute allgemeine Praxis, nachrangiges Fremdkapital zu einem bestimmten Prozentsatz wie Eigenkapital zu behandeln.²⁹³

Die Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital selbst wird zusätzlich dadurch erschwert, dass die Frage nach dem Eigenkapital der Gesellschaft erst in letzter Zeit als rechtsformübergreifendes Problem der Unternehmensfinanzierung verstanden wird.²⁹⁴ Zudem wird der Begriff des Eigenkapitals in unterschiedlichen Konstellationen, die freilich nicht immer hinreichend voneinander getrennt werden, unterschiedlich verwandt. So wird neben dem im Rahmen der vorliegenden Arbeit zu untersuchenden finanzierungstechnischen Begriff des Eigenkapitals und der damit verbundene Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital der Begriff des Anteils am Eigenkapital von manchen Autoren auch angeführt, um den Maßstab für die Gewinnverteilung und die Beteiligung eines Gesellschafters am Vermögen der Gesellschaft zu bezeichnen.²⁹⁵ Demgegenüber ist festzuhalten, dass sich der Maßstab der Beteiligung an Gewinn und Vermögen der Gesellschaft bei AG und gesetzestypischer GmbH gemäß den Vorschriften der §§ 60, 271 Abs. 2 AktG und §§ 14, 29 Abs. 3, 72 GmbHG nicht nach dem Anteil am Eigenkapital der Gesellschaft, sondern nach dem Anteil an dem davon zu unterscheidenden Stamm- bzw. Grundkapital bemisst, während bei der gesetzestypischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Verteilung von Gewinnen und ggf. Liquidationsüberschüssen nach §§ 722 Abs. 1, 734 BGB unter allen Gesellschaftern zu gleichen Teilen erfolgt.²⁹⁶ Bei den gesetzestypischen Personenhandelsgesellschaften wiederum gebührt jedem Gesellschafter zunächst nach § 121 Abs. 1 HGB ein Gewinnanteil in Höhe von 4 % seines Kapitalanteils und ein Mehrertrag ist nach § 121 Abs. 3 HGB nach Köpfen zu verteilen. In keinem der Fälle ist daher das Eigenkapital der Gesellschaft in dem hier verstandenen Sinne Maßstab der Beteiligung an Gewinn und Verlust des Unternehmens; immerhin bemisst sich aber bei der gesetzestypischen Personenhandelsgesellschaft nach § 155 HGB die Höhe des Auseinandersetzungsguthabens bei

²⁹³ *Kamp/Solmecke* FB 2005, 618; *Kiethe*, DStR 2006, 1763.

²⁹⁴ Grundlegend hierzu *Karsten Schmidt*, GesR, S. 513 ff. Daneben *Wiedemann*, GesR Bd. II, S. 363 f.

²⁹⁵ So sprechen *Baumbach/Hopt* § 120 Rn. 3 davon, ein Eigenkapital der Personenhandelsgesellschaft könne gesellschaftsvertraglich oder kraft Übung der Gesellschafter vorgesehen sein und entspreche dann der Summe fester Kapitalanteile. Gemeint ist damit aber nicht ein Eigenkapital im finanzierungstechnischen Sinne, sondern eine der Stamm- oder Grundkapitalziffer entsprechende Nominalkapitalziffer.

²⁹⁶ Zur Möglichkeit abweichender Vereinbarungen *MünchKommBGB/Ulmer* § 722 Rn. 5 f.; dort (§ 722 Rn 6) auch zur konkludenten Vereinbarung abweichender Beteiligungsschlüssel bei kapitalistisch strukturierten Beteiligungen.

der Liquidation der Gesellschaft nach dem Kapitalanteilen der Gesellschafter, sodass man insoweit davon sprechen kann, der Kapitalanteil bringe das Verhältnis zum Ausdruck, mit dem der Gesellschafter am Wert des Gesellschaftsvermögens beteiligt ist.^{297 298}

Hiervon nochmals zu unterscheiden und gleichfalls gegenüber dem Anteil am Eigenkapital im finanzierungstechnischen Sinn abzugrenzen ist der Anteil des Gesellschafters einer Personengesellschaft am Gesellschaftsvermögen im Sinne von § 719 BGB. Letzterer bezeichnet die Gesamthandsberechtigung und damit die dingliche Zuordnung des Gesellschaftsvermögens und ist von der wertmäßigen Beteiligung des einzelnen Gesellschafters streng zu trennen.²⁹⁹

Der Begriff des Quasi-Eigenkapitals (und die an seiner Stelle teilweise verwendeten Begriffe des funktionalen oder materiellen Eigenkapitals) nimmt nicht nur die hinsichtlich des Eigenkapitals bestehenden Unsicherheiten auf, sondern fügt diesen weitere Unsicherheiten bei:³⁰⁰ Unter materiellem Eigenkapital, funktionalem Eigenkapital und Quasi-Eigenkapital werden Mittel verstanden, die nicht im engeren Sinne Eigenkapital sind, aber eigenkapitalähnliche Eigenschaften aufweisen oder Funktionen klassischen Eigenkapitals erfüllen. Allerdings werden – ohne dass dies stets klar hervortritt – an die Bezeichnung als materielles, funktionales oder Quasi-Eigenkapital unterschiedliche Folgen geknüpft: Während von Teilen der Literatur diese Begriffe rein deskriptiv gebraucht werden und so nur der weiteren Kategorisierung von Fremdmitteln der Gesellschaft dienen,³⁰¹ verwenden sie andere auch normativ, und verbinden mit der Zuordnung von Finanzierungsmitteln zum materiellen, funktionalen oder Quasi-Eigenkapital die partielle Geltung der auf echtes Ei-

²⁹⁷ S. Staub/*Ulmer* (1999) § 120 Rn. 48; MünchKommHGB/*Priester* § 120 Rn. 84.

²⁹⁸ Ob der Kapitalanteil hingegen auch der Maßstab für die Berechnung des Abfindungsanspruchs bei vorzeitigem Ausscheiden eines Gesellschafters darstellt, ist durchaus strittig. S. dazu Staub/*Ulmer* (1999) § 120 Rn 48 und MünchKommHGB/*Priester* § 120 Rn. 84 einerseits, Staub/*Schäfer* (2004) § 131 Rn. 155 sowie BGHZ 17, 130, 133, 136 und BGHZ 19, 42, 47 andererseits.

²⁹⁹ Eingehend MünchKommBGB/*Ulmer* § 718 Rn. 6 f.; Staub/*ders.* (1988) § 105 Rn. 283 ff.

³⁰⁰ Zu Recht kritisch gegenüber der Bezeichnung daher GroßkommAktG/*Wiedemann* vor § 182 Rn. 10. Zweifelnd auch *Teller/Steffan*, Rangrücktrittsvereinbarungen, S. 60. Deziert aA *K. Schmidt*, GesR, S. 520: Das Bedürfnis nach einem ausdifferenzierten funktionellen Eigenkapitalbegriff werde immer deutlicher.

³⁰¹ So *Kütting/Kessler*, BB 1994, 2103 ff.; *D. Mayer*, BB 1990, 1935. Großfeld/*Luttermann*, BilanzR, Rn. 665 betont die schuldvertragliche Basis der Angleichung dieser Finanzierungstitel an Eigenkapital und wendet sich damit inzident ebenfalls gegen eine normative Bindung.

genkapital anwendbaren Rechtsregeln,³⁰² darunter namentlich den Nachrang in der Insolvenz des Schuldners.³⁰³ In dem letztgenannten Sinne stellt die Lehre vom materiellen Eigenkapital somit einen Fall der normativen Eigenkapitalbindung von Finanzierungsleistungen dar. Auf diesen Aspekt ist daher nachfolgend im Zusammenhang mit der Diskussion um die Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters und deren normative Grenzen zurückzukommen.³⁰⁴

II. Grundlegung und erste begriffliche Klärung

1. Das Fehlen einer gesetzlichen Definition des Eigenkapitals als Ausgangspunkt

Das deutsche Recht enthält keine allgemeine Definition des Eigenkapitals. Die Vorschrift des § 272 HGB, die ohnehin allein Kapitalgesellschaften und Personenhandelsgesellschaften, bei denen nicht wenigstens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person, oder eine Personengesellschaft mit einer natürlichen Person als haftendem Gesellschafter ist, betrifft, definiert nur in § 272 Abs. 1 S. 1 HGB das gezeichnete Kapital und nennt die einzelnen Unterposten der Kapital- und Gewinnrücklagen. § 247 Abs. 1 HGB fordert den gesonderten Ausweis des Eigenkapitals bestimmt aber nicht dessen Inhalt, und § 266 HGB legt ein verbindliches Gliederungsschema der Bilanz fest, definiert aber gleichfalls nicht den Inhalt der einzelnen Eigenkapitalpositionen.³⁰⁵ § 264 c HGB ergänzt und überlagert das Bilanzschema des § 266 HGB für Personenhandelsgesellschaften im Sinne von § 264 a HGB, enthält aber ebenfalls keine Eigenkapitaldefinition. Soweit daneben Normen des Aufsichts- und des Steuerrechts zwischen Eigen- und Fremdkapital

³⁰² In diesem Sinne *Kuhr*, Eigenkapitalersatz, S. 18 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, ZGR 1979, 31, 42, Michalski/*Fleischer* Syst. Darstellung 6 Rn. 122 f. Der Gedanke des funktionellen Eigenkapitals wird verbreitet auch als Rechtsgrund der Finanzierungsfolgenverantwortung angeführt und damit zur Rechtfertigung des Nachrangs eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen verwendet.

³⁰³ So ausdrücklich Michalski/*Fleischer* Syst. Darstellung 6 Rn. 122 f.

³⁰⁴ S. unten, Kap. 2, C.

³⁰⁵ So die ganz hM, s. *Wiedemann*, FS Beusch, S. 893, 894; aA *Prölss/Lipowsky* § 53 c Rn. 19.

differenzieren,³⁰⁶ erfolgt die Zuordnung jeweils mit Blick auf die Aufgabe der entsprechenden Regelung und kann daher nicht verallgemeinert werden.³⁰⁷

Betriebswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft haben bislang keine einheitliche Definition des Eigenkapitals hervorgebracht.³⁰⁸ An deren Stelle treten zur Umschreibung des Eigenkapitals und zur Abgrenzung von Eigenkapital gegenüber dem Fremdkapital eine Reihe von typischen Eigenkapitalfunktionen³⁰⁹ und Begriffsmerkmalen. Einigkeit besteht dabei dahingehend, dass Mittel, die eine Gesellschaft von ihrem Gesellschafter erhalten hat, die der Gesellschaft dauerhaft zur Verfügung stehen, am Verlust der Gesellschaft teilnehmen, in Liquidation und Insolvenz erst nach den Forderungen außen stehender Gläubiger zu berichtigen sind und für deren Überlassung der Gesellschafter eine gewinnabhängige Vergütung erhält keine Verbindlichkeiten begründen, sondern Eigenkapital der Gesellschaft darstellen, während Mittel, die der Gesellschaft von Dritter Seite auf Zeit überlassen wurden, die in Liquidation und Insolvenz in voller Höhe geltend Gemacht werden können und für deren Überlassung die Gesellschaft eine feste Vergütung zu zahlen hat als Verbindlichkeiten der Gesellschaft auszuweisen sind und damit Fremdkapital bilden.

2. Eigenkapital als rechtsformübergreifendes Problem

Bereits der Anwendungsbereich von § 266 HGB legt nahe, dass die Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital nicht allein ein Problem der Kapitalgesellschaften ist, sondern sich in gleicher Weise für alle bilanzierenden Gesellschaften stellt. Beurteilt man die Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital im Wege einer ersten und vorläufigen Näherung danach, ob die zur Verfügung gestellten Mittel dauerhaft der Gesellschaft zustehen und von dieser gegebenenfalls auch verwirtschaftet werden können, oder ob die Mittel der Gesellschaft zwar auf Zeit überlassen werden, aber in voller Höhe zurückzuzahlen

³⁰⁶ Zu nennen sind neben den bereits oben angeführten §§ 10 KWG und 53 c VAG, die steuerrechtlichen Vorschriften der §§ 8, 8a KStG und 8 GewStG.

³⁰⁷ GroßkommAktG/Wiedemann vor § 182 Rn. 2, 28; *ders.*, FS Beusch, S. 893, 894. Den Unterschied von Eigenkapital und Eigenmitteln im Sinne der Versicherungsaufsicht betont auch Prölss/Lipowsky § 53 c Rn. 19. AA Küting/Kessler BB 1994, 2104, 2112.

³⁰⁸ S. die Nachweise in Fn. 285.

³⁰⁹ Genannt werden üblicherweise die Investitions-, die Haftungs- und die Nutzungsfunktion, GroßkommAktG/Wiedemann vor § 182 Rn. 5 ff; *ders.*, FS Beusch, S. 893, 896 ff. Vgl. auch Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzen, S. 470; Michalski/Fleischer Syst. Darstellung 6 Rn. 94 f.

sind, so zeigt sich, dass eine Abgrenzung unabhängig von einer persönlichen Haftung des Gesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft immer dann erforderlich ist, wenn die Gesellschaft ein gegenüber den Gesellschaftern verschiedener Rechtsträger ist:³¹⁰

Soweit die Gesellschaft Trägerin eigener Rechte und Pflichten sein kann und damit selbst vermögensfähig ist, können gegenüber der Gesellschaft einerseits und einem Gesellschafter andererseits unterschiedliche Gläubigergruppen bestehen. Eigene Mittel der Gesellschaft dienen dann primär der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, und erst soweit diese befriedigt wurden, können Gläubiger des Gesellschafters – wie auch die Gesellschafter selbst - durch die Liquidation der Gesellschaft auf deren Vermögenswerte zugreifen.³¹¹ Die Separierung des Gesellschaftsvermögens gegenüber den Privatgläubigern des Gesellschafters gilt nach den Vorschriften der §§ 725 Abs. 1, 728 Abs. 2 S. 1 BGB, §§ 131 Abs. 3 Nr. 2 und 4 sowie 161 Abs. 2 HGB und § 199 InsO auch bei den Personengesellschaften. Auch bei diesen ist daher zwischen Gesellschaftsinsolvenz und Gesellschafterinsolvenz streng zu trennen.³¹²

Daher gilt im Grundsatz rechtsformübergreifend, dass mit Blick auf das Gesellschaftsvermögen Verbindlichkeiten der Gesellschafter gegenüber Gesellschaftsverbindlichkeiten strukturell nachrangig sind.³¹³ Tritt der Gesellschafter der Gesellschaft hingegen

³¹⁰ Grundlegend *K. Schmidt*, GesR, S. 515. Zur rechtsformübergreifenden Haftungsfunktion von Eigenkapital *Wiedemann*, GesR Bd. II, S. 358 ff. Ob im Falle der Gesamthand auch bei fehlender Rechtsfähigkeit wegen der Sonderstellung von gesamthänderisch gebundenem Vermögen und Gesamthandsschulden eine Unterteilung von Eigen- und Fremdkapital nötig und erforderlich ist, kann nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts dahinstehen. Dagegen kann hinsichtlich der Beiträge eines stillen Gesellschafters nicht von Eigenmitteln der stillen Gesellschaft gesprochen werden.

³¹¹ S. zum Unterschied von Einlagen und Fremdverbindlichkeiten allgemein *K. Schmidt*, GesR, S. 515 ff.; *Wiedemann*, GesR Bd. II, S. 363 f.; für Personenhandelsgesellschaften *Huber*, Vermögensanteil, S. 249 f.; für Personengesellschaften *Sieker*, Eigenkapital, S. 29 f. Zur Unterscheidung von Haftungsverbindlichkeit und Gesellschaftsschuld eingehend *Kießling*, FS Hadding, S. 477, 485 f. und *K. Schmidt*, GesR, S. 1415. Unzutreffend daher die Feststellung von *Jungmann*, ZGR 2006, 638, 644, 647 (Fn. 28 und 36), aus § 199 InsO lasse sich im Recht der Personengesellschaft wegen der persönlichen Haftung des Gesellschafters keine Aussage über den Schutz von Gesellschaftsgläubigern ableiten.

³¹² *Gottwald/Haas* § 94 Rn. 4.

³¹³ S. zu dem strukturellen Nachrang bereits oben, Einl., C. III. mit Nachweisen in Fn.74. Zur Vermeidung von Missverständnissen sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass nach der ganz herrschenden Meinung der Schutz vor einer Rückgewähr von Einlagen außerhalb von Insolvenz und Liquidation der Gesellschaft bei den einzelnen Gesellschaftsformen höchst unterschiedlich ausgestaltet ist und auch die Vorschriften über die Liquidation selbst unterschiedlichen Wertungen folgen und zudem im Recht der Personengesellschaften nach herrschender Meinung generell abdingbar sind, weswegen die Bindung des Eigenkapitals und damit die Reichweite des strukturellen Nachrangs in einzelnen Gesellschaftsformen unterschiedlich ausgestaltet ist.

als Drittgläubiger gegenüber, so kann dieser Anspruch von ihm, oder – nach Pfändung des Anspruchs – von seinen Gläubigern verwertet werden, und der Gesellschafter oder dessen Gläubiger konkurrieren vorbehaltlich eines gesetzlichen Nachrangs der Gesellschafterforderung unmittelbar und gleichrangig mit den sonstigen Gläubigern der Gesellschaft.

Die Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital stellt deshalb ein im Ausgangspunkt rechtsformübergreifendes Problem dar. Sie korreliert zudem nicht vollständig mit dem Anwendungsbereich von § 266 HGB. Die Frage nach der Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital stellt sich zusätzlich auch bei den zwar nicht unmittelbar nach §§ 238 ff. HGB rechnungslegungspflichtigen, aber rechtsfähigen³¹⁴ Gesellschaften bürgerlichen Rechts,³¹⁵ während sie andererseits bei einem rechnungslegungspflichtigen einzelkaufmännischen Unternehmen nicht die gleiche Bedeutung gewinnt: Zwar kann man auch hier diejenigen Mittel, die der Kaufmann seinem Unternehmen zugeordnet hat, als Eigenkapital erfassen,³¹⁶ doch ist das kaufmännische Unternehmen weder ein gegenüber der Person des Kaufmanns unterschiedlicher Rechtssträger, noch eine im Sinne der Gesamthand verselbständigte Vermögensmasse. Die Zuordnung von Mitteln des Kaufmanns an das Unternehmen ist daher für den Zugriff der Gläubiger ohne Belang,³¹⁷ weswegen ein gesellschaftsrechtlich begründetes Rangverhältnis hier von vornherein ausscheidet.

³¹⁴ Grundlegend BGHZ 146, 341, 344. Hierbei ist strittig, ob die Rechtsfähigkeit der GbR neben der Teilnahme am Rechtsverkehr einen bestimmten Organisationsgrad der Gesellschaft voraussetzt. Für Beschränkung der Rechtsfähigkeit auf Gesellschaften mit eigener Identitätsausstattung *John*, Rechtsperson, S. 72 ff. Dem folgend *Ulmer*, AcP 198 (1998), 113, 126 ff., 150; *ders.* ZIP 2001, 585, 593 f. *ders.* in MünchKommBGB § 705 Rn. 306. Daneben etwa *Derleder*, BB 2001, 2485; *Wiedemann*, ZGR 1996, 286, 290 f., 298 f. *ders.*, GesR, Bd. II, S. 648 f. Für Begrenzung auf unternehmenstragende Gesellschaften *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001 f. und *ders.*, GesR, S. 1720 ff., 1768 ff. Gegen eine Begrenzung der Rechtsfähigkeit *Habersack*, BB 2001, 477, 478 f.; *Mülbert*, AcP 199 (1999), 38, 63; *Pohlmann*, WM 2002, 1421, 1423. *Scholz*, NZG 2002, 153, 155 f. BGH ZIP 2006, 2128 lässt die Frage ausdrücklich offen; sie braucht auch im vorliegenden Kontext nicht abschließend entschieden zu werden. Soweit nachfolgend von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gesprochen wird, soll damit eine rechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemeint sein.

³¹⁵ Zur Vermögensfähigkeit der rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts BGHZ 146, 341, 343; *Huber*, FS Lutter, S. 107, 125 f., 128; *Kießling*, FS Hadding, S. 477, 485 ff.; MünchKommBGB/*Ulmer* § 705 Rn. 310 f.; *K. Schmidt*, GesR, S. 1771 ff. Zur Notwendigkeit der Unterscheidung von Gesellschaftsverbindlichkeit und Gesellschafterhaftung bei der GbR MünchKommBGB/*Ulmer* § 714 Rn. 32. Zum Erfordernis eines Rechnungsabschlusses s. § 721 BGB und dazu MünchKommBGB/*Ulmer* § 721 Rn. 6 ff. und zu vollstreckungsrechtlichen Folgen der Vermögensseparierung eingehend *Habersack*, BB 2001, 477, 480 f.

³¹⁶ In diesem Sinne die knappe Bemerkung bei *Habersack*, ZHR 161 (1997) 457, 480.

³¹⁷ GroßkommAktG/*Wiedemann* vor § 182 Rn. 3.

3. Eigenkapital und Nominalkapital

Abzugsgrenzen ist der Begriff des Eigenkapitals in dem hier interessierenden Kontext auch vom Eigenkapital als statutarischem Kapital der Kapitalgesellschaften, also von dem Stammkapital der GmbH und dem Grundkapital von AG und SE sowie vom – soweit gesellschaftsvertraglich vereinbart – gezeichnetem Kapital der Personenhandelsgesellschaft und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Denn während unzweifelhaft die zur Aufbringung des Stamm- und Grundkapitals oder zur Erfüllung einer gesellschaftsvertraglich vereinbarten Einlagepflicht bei Personengesellschaften mit festem Kapital geleisteten Mittel der Gesellschafter Eigenmittel der Gesellschaft und damit Eigenkapital in dem hier interessierenden Zusammenhang darstellen, würde eine Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes auf diese Mittel den relevanten Sachverhalt nur zum Teil erschöpfen. Genannt seien in diesem Zusammenhang nur die Möglichkeit, statutarisches Eigenkapital mit einem Agio zu verbinden³¹⁸ und die Möglichkeit, von der Gesellschaft erzielte Gewinne zu thesaurieren.³¹⁹ Beide Fälle führen unstreitig zu Eigenkapital der Gesellschaft.³²⁰

Es kommt hinzu, dass die Nominalkapitalziffer – und diese ist gemeint, wenn unpräzise vom „Eigenkapital“ als Maß für Beteiligungsrechte, Gewinnansprüche oder Liquidationsanteile und vom „festen Eigenkapital“ der Kapitalgesellschaften oder dem „starrten Kapitalkonten“ bei Personengesellschaften³²¹ gesprochen wird – eine unveränderliche Rechen- und Zielgröße darstellt³²², während das Eigenkapital der werbenden Gesellschaft bereits durch Gewinne³²³ und Verluste der Gesellschaft ständigen Veränderungen ausgesetzt ist. Dementsprechend wird bei dem System der festen Kapitalkonten der Personengesellschaft für jeden Gesellschafter notwendig ein zweites, variables Kapitalkonto geführt³²⁴ und bei den Kapitalgesellschaften ist zwar die Nominalkapitalziffer - vorbehaltlich förmli-

³¹⁸ Zu den bilanziellen Folgen dieser Vorgehensweise statt vieler GroßkommAktG/Wiedemann vor § 182 Rn. 33; eingehend zur bilanziellen Wirkung und Rechtsnatur der Agioverpflichtung Lüssow, Agio, S. 24 ff.

³¹⁹ Dazu etwa Großfeld/Luttermann, BilanzR, Rn. 664.

³²⁰ Siehe die Nachweise in den beiden vorhergehenden Fußnoten.

³²¹ Dazu grundlegend Huber, Kapitalanteil, S. 236 ff.; daneben etwa Wiedemann, GesR, Bd. II, S. 367 ff.

³²² Dazu etwa Bezzenberger, Kapital, S. 19.

³²³ Dies gilt zumindest für thesaurierte Gewinne sowie für Gewinne, die nicht ausgeschüttet werden können. Für ausschüttungsfähige Gewinne ist dagegen nach herrschender Meinung danach zu unterscheiden, ob ein entsprechender Gewinnverwendungsbeschluss getroffen wurde.

³²⁴ S. dazu die Nachweise in Fn. 321 sowie zur bilanziellen Darstellung des Kapitalanteils bei den vom KapCoRiLiG erfassten Personengesellschaften § 264c Abs. 2 S. 3 und S. 4 HGB.

cher Kapitalherabsetzungen oder Kapitalerhöhungen – als ein Eigenkapitalposten in der Bilanz unverändert fortzuschreiben,³²⁵ doch sind dort gleichzeitig Verlustvorträge sowie Jahresfehlbeträge oder der Bilanzverlust als negative Eigenkapitalpositionen darzustellen und ein darüber hinausgehender Verlust ist nach § 268 Abs. 3 HGB auf der Aktivseite als „nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag“ auszuweisen; die Summe der einzelnen Eigenkapitalpositionen ist daher gleichfalls variabel.

4. Zur Bedeutung der Rechnungslegung für die Bestimmung des Eigenkapitals

a) Eigenkapital als Differenz von Vermögen und Schulden

Insbesondere in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur wird Eigenkapital häufig als bilanzielle Differenz von Vermögen und Fremdkapital abzüglich passivischer Rechnungsabgrenzungsposten definiert.³²⁶ Eine rechnerische Ermittlung des Eigenkapitals aus der Bilanz setzt freilich voraus, dass feststeht, anlässlich welcher Kapitalzuführungen ein Passivposten als Fremdkapital zu bilden ist. Für die im Rahmen dieser Arbeit interessierenden materiellen Kriterien der Abgrenzung von Fremdkapital und Eigenkapital ist eine sich in dem Charakter als Residualanspruch erschöpfende Definition des Eigenkapitals naturgemäß nicht weiterführend.³²⁷

b) Eigenkapital als Rechenziffer

Das Verhältnis von Eigenkapital und Rechnungslegung verdient aus einem weiteren Grund Beachtung. Anzuknüpfen ist hier an den von *Staub* begründeten Satz, das Eigenkapital stelle

³²⁵ Dazu etwa *Bezenberger*, Kapital, S. 18 f.; *Ulmer/Habersack* GmbHG § 30 Rn. 28.

³²⁶ *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 467; *Coenenberg*, Jahresabschluss, S. 269. Ebenso *Engert*, ZGR 2004, 813, 824.

³²⁷ Zutreffend *Ulmer/Kleindiek* BilanzR § 247 Rn. 12.

„während des Bestehens der Gesellschaft lediglich eine fiktive Ziffer [dar], aus der zu ersehen ist, wie viel der Gesellschafter im Augenblick erhalten würde, wenn die Auseinandersetzung im Augenblick der Saldoberechnung erfolgen würde.“³²⁸

Für bilanzierende Unternehmensträger ist Eigenkapital ein Posten auf der Passivseite der Bilanz. Daraus folgt zugleich, dass Eigenkapital nicht gegenständlich verstanden werden kann.³²⁹ Das Gesellschaftsvermögen besteht aus einer Vielheit von Vermögensgegenständen, die größtenteils als Aktiva in der Bilanz auszuweisen sind. Da Vermögensgegenstände, die der Gesellschaft von den Gesellschaftern als Einlage übertragen wurden, und Vermögensgegenstände, die von Dritten stammen, unterschiedslos im Eigentum der Gesellschaft stehen, und das Gesellschaftsvermögen zudem ständigem Wandel ausgesetzt ist, lassen sich dem Passivposten Eigenkapital ebenso wenig einzelne Vermögensgegenstände zuordnen, wie dem Fremdkapital. Der Charakter des Eigenkapitals als Rechnungsziffer zeigt sich zudem darin, dass ein positiver Kapitalanteil als solcher kein subjektives Recht des Gesellschafters gegen die Gesellschaft verkörpert,³³⁰ wie auch umgekehrt ein negatives Kapitalkonto eines Gesellschafters einer Personengesellschaft nach ganz herrschender Meinung keinen Zahlungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter begründet.³³¹

c) Bilanzielles und „tatsächliches“ Eigenkapital

Schließlich ist auf den Unterschied zwischen Eigenkapital als Eigenmittel der rechtsfähigen Organisationseinheit und der bilanziellen Darstellung dieser Mittel hinzuweisen. Das bilanzielle Eigenkapital knüpft an die bilanzielle Darstellung von Vermögensgegenständen und Passiven des Unternehmens an und unterliegt damit mittelbar den für diese geltenden Ansatz- und Bewertungsvorschriften.³³² So können etwa stille Reserven dazu führen, dass sich die Höhe des „tatsächlichen“ Eigenkapitals eines Rechtsträgers von dessen bilanziellem Eigenkapital unterscheidet. Freilich ist auch das „tatsächliche“ Eigenkapi-

³²⁸ Staub, ADHGB, Art. 91, 6 und Art. 106, 5. Dazu Huber, Kapitalanteil, S. 215.

³²⁹ Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzen, S. 467; Huber, Kapitalanteil, S. 216.

³³⁰ S. Huber, Kapitalanteil S. 173 ff., 215 ff.; Staub/Ulmer (1999) § 120 Rn. 4 ff.

³³¹ Grundlegend Huber, Kapitalanteil, S. 216, 253; Staub/Ulmer (1999) § 120 Rn. 50; Münch-KommHGB/Priester § 120 Rn. 90.

³³² Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzen, S. 468 f.; Huber, Kapitalanteil, S. 195 f., 209 ff., 219 ff.

tal – wie auch das Eigenkapital nicht bilanzierender Rechtsträger³³³ - im Wege einer Gegenüberstellung von Vermögen und Verbindlichkeiten zu ermitteln. Die Frage nach der Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital stellt sich daher in beiden Konstellationen, weswegen im Rahmen der nachfolgenden Erörterungen die Unterschiede nicht weiter berücksichtigt werden müssen.

III. Merkmale des Eigenkapitals

1. Eigenkapitaltypischer Nachrang in Insolvenz und Liquidation

Als Eigenmittel der Gesellschaft haftet das Eigenkapital vor den Mittelzuführungen der Fremdkapitalgeber für eingetretene Verluste.³³⁴ Die Leistung einer Einlage begründet keinen Anspruch der Gesellschafter gegen die Gesellschaft, und eine Verteilung von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter findet bei Beendigung der Gesellschaft erst dann statt, wenn alle Gesellschaftsgläubiger befriedigt wurden. Dies folgt in der Liquidation je nach Unternehmensform aus §§ 733 f BGB, § 155 HGB, § 271 AktG und §§ 72 f. GmbHG. Im Recht der Personengesellschaften ist indes die gesetzliche Reihenfolge der Verteilung nach herrschender³³⁵, wenn auch bestrittener³³⁶ Auffassung dispositiv. Für die parteiautonome Abwicklung werden systematische Gründe angeführt;³³⁷ sie kann sich zusätzlich auf den Wortlaut von § 731 S. 1 BGB und § 145 Abs. 1 2. Halbs. HGB stützen.³³⁸ Die damit einhergehende Einschränkung des Gläubigerschutzes wird von der herrschenden Meinung mit Verweis auf die persönliche Haftung des Gesellschafters hingenommen.³³⁹

³³³ S. dazu MünchKommBGB/Ulmer § 721 Rn. 6 ff.

³³⁴ Zur Haftung als juristisches Begriffsmerkmal des Eigenkapitals A/D/S § 246 Rn. 81; *Knobbe-Keuk*, BilanzR, S. 592; *K. Schmidt*, GesR, S. 517 f.; *GroßkommAktG/Wiedemann* vor § 182 Rn. 5; *ders.*, GesR Bd. II, S. 365.

³³⁵ S. für die GbR BGHZ 23, 307, 315; MünchKommBGB/Ulmer § 733 Rn. 10 f.; *Soergel/Hadding* § 733 Rn. 1; *Palandt/Sprau* § 733 Rn. 1; *Erman/Westermann* § 733 Rn. 8; *Staudinger/Habermeier* (2003) § 733 Rn. 4. Für Personengesellschaften etwa *Koller* in *Koller/Roth/Morck* § 155 Rn. 1; MünchKommHGB/K. *Schmidt* § 155 Rn. 3.

³³⁶ *Wiedemann*, GesR Bd. II, S. 365 (s. aber auch *ders.* a.a.O. S. 579 f.); ebenso ursprünglich *K. Schmidt*, GesR, S. 311, 1520 f.; *ders.* ZHR 153 (1989) 270, 284 und *Schlegelberger/ders.* § 155 Rn. 1, 42, 50 f. *K. Schmidt* hat diese Meinung nunmehr ausdrücklich aufgegeben, s. MünchKommHGB/K. *Schmidt* § 155 Rn. 1, 3, 42.

³³⁷ So MünchKommBGB/Ulmer § 733 Rn. 11, 731 Rn. 3.

³³⁸ MünchKommBGB/Ulmer § 731 Rn. 3; *Baumbach/Hopt* § 145 Rn. 8 ff., 11.

³³⁹ S. etwa MünchKommBGB/Ulmer § 730 Rn. 10; MünchKommHGB/K. *Schmidt* § 155 Rn. 42.

Nicht zuletzt der letztgenannte Gedanke spricht freilich dafür, zumindest³⁴⁰ bei Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter die Parteiautonomie hinsichtlich der Verteilung des Gesellschaftsvermögens zu begrenzen, und die §§ 272 AktG, 73 GmbHG analog anzuwenden.³⁴¹

In der Insolvenz folgt der Vorrang der Berichtigung von Gesellschaftsverbindlichkeiten vor den Ansprüchen der Gesellschafter auf Rückgewähr von Einlagen aus §§ 38, 39, 199 S. 2 InsO.³⁴² Diese Vorschriften gelten rechtsformübergreifend und damit insbesondere auch für die Insolvenz der Personengesellschaft. Nach zutreffender und mittlerweile herrschender Meinung ist gemäß § 11 Abs. 2 InsO die Gesellschaft selbst insolvenzfähig und auch als solche Gemeinschuldnerin.³⁴³ Die §§ 38, 39, 199 InsO sind zwingend und schließen die Anmeldung von Ansprüchen der Gesellschafter auf Rückzahlung von Einlagen aus.³⁴⁴ § 199 S. 2 InsO enthält zwar einen Verweis auf die außerhalb des Insolvenzverfahrens geltenden Liquidationsregelungen und bezieht sich damit richtigerweise auch auf ggf. vorhandene vertragliche Abweichungen von den gesetzlichen Vorschriften,³⁴⁵ doch greift der Verweis nur innerhalb des Anwendungsbereiches von § 199 InsO und damit allein für die Verteilung eines eventuellen Überschusses an die Gesellschafter nach Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. Hierfür spricht neben Wortlaut und systematischer Stellung des § 199 InsO nicht zuletzt die historische Auslegung: Mit der Anerkennung der Insolvenzfähigkeit der Personengesellschaft verfolgt der Gesetzgeber der Insolvenzordnung ausdrücklich das Ziel, die vorrangige Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aus dem

³⁴⁰ Die Verselbständigung der Personengesellschaft als eigenständiger Rechtsträger, die Unterscheidung von Gesellschafterhaftung und Gesellschaftsschuld und die Schwächen der akzessorischen Haftung als Gläubigerschutzkonzept legen ein Nachdenken über einen generellen Nachrang der Eigenmittel in Insolvenz und Liquidation und eine generelle Begrenzung der Entnahme auf das nicht zur Tilgung von Gesellschaftsverbindlichkeiten erforderliche Vermögen nahe (vgl. auch Fn. 356). Dies ist indes im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht weiter zu vertiefen.

³⁴¹ So für Personengeschäften Staub/*Habersack* (1998) § 155 Rn. 16 f.; ebenso nunmehr MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 155 Rn. 49, 51.

³⁴² Und auch dann erfolgt die Verteilung nicht notwendig nach den geleisteten Einlagen, sondern nach den für die Liquidation der jeweiligen Gesellschaft geltenden Maßstäben, s. *Smid*, § 199 Rn. 2 sowie unten Fn. 348.

³⁴³ So Gottwald/*Haas* § 94 Rn. 37, 142 (unter Verweis auf §§ 101 Abs. 1 S.1, 227 Abs. 2 und 278 Abs. 2 InsO); daneben Graf-Schlicker/*Fuchs* § 11 Rn. 12 ff.; Staub/*Habersack* (1997) § 124 Rn. 44, § 145 Rn. 53; Uhlenbruck/*Hirte* § 11 Rn. 234, 236; *K. Schmidt*, GesR, S. 1816 f.; MünchKommHGB/*ders.* Anhang § 158 Rn. 4 f.; dort jeweils auch Nachweise zur abweichenden hM unter Geltung der Konkursordnung.

³⁴⁴ MünchKommInsO/*Ehrlicke* § 38 Rn. 54; *Uhlenbruck* § 38 Rn. 26.

³⁴⁵ *Füchsl/Weishäupl* in MünchKommInsO § 199 Rn. 2; *Uhlenbruck* § 199 Rn. 3.

Gesellschaftsvermögen unter Ausschluss der Privatgläubiger der Gesellschafter zu sichern.³⁴⁶

Die Haftungsfunktion der Eigenmittel der Gesellschaft folgt daher aus der nachrangigen Berücksichtigung von Einlagen in Insolvenz und Liquidation. Diese Haftung der Eigenmittel ist von der (Außen-) Haftung des Gesellschafters zu trennen. Dies zeigt sich besonders anschaulich im Recht der Kommanditgesellschaft: Bekanntlich ist bei der KG die (Pflicht-)Einlage des Gesellschafters von dessen Haftung zu unterscheiden.³⁴⁷ So ist die Außenhaftung des Kommanditisten auf die Höhe der Haftsumme (Hafteinlage) begrenzt und nur in dieser Höhe haftet er für Rückzahlungen der Kommanditeinlage, §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB. Das ändert aber nichts daran, dass der Kommanditist in Insolvenz und – zumindest bei gesetzestypischer KG - Liquidation der Gesellschaft vor der Verteilung eines etwaigen Überschusses auch dann keine Ansprüche hinsichtlich von ihm an die Gesellschaft als Eigenmittel geleisteter Vermögenswerte geltend machen kann, wenn deren Höhe die Haftsumme des Kommanditisten übersteigt.³⁴⁸

Eine Erweiterung erfährt die eigenkapitaltypische Haftung im Recht der Personengesellschaften schließlich durch den Grundsatz der Durchsetzungssperre in der Abwicklung. Danach sind Ansprüche der Gesellschafter im Zeitpunkt der Abwicklung als unselbständige Rechnungsposten in die Schlussabrechnung aufzunehmen und können nicht mehr selbständig geltend gemacht werden.³⁴⁹ Zwar ist im einzelnen strittig, ob Drittgläubigeransprüche hiervon auszunehmen sind,³⁵⁰ doch bleibt festzuhalten, dass die Durchsetzungssperre über die Ansprüche auf Rückgewähr von Einlagen hinausreicht.

³⁴⁶ BT-Drs. 12/2443 S. 112 f.

³⁴⁷ Koller in Koller/Roth/Morck, §§ 171, 172 Rn. 3 ff.; Staub/Schilling § 161 Rn. 15 ff.

³⁴⁸ Zum Auseinanderfallen von Haftsumme und Einlage Gummert in MünchHdb KG und Stille Ges., § 30 Rn. 4 ff.; Ulmer/Kleindiek BilanzR § 247 Rn. 23; Wiedemann, GesR Bd. II, S. 800. Darüber wesentlich hinausgehend möchte MünchKommInsO/Stodolkowitz § 135 Rn. 123 auch eine die Haftsumme übersteigende Pflichteinlage des Kommanditisten der gesetzestypischen KG den Regeln des Kapitalersatzes unterwerfen.

³⁴⁹ Grundlegend BGHZ 37, 299, 305 und BGH WM 1955, 302; daneben aus neuerer Zeit BGH NJW 1992, 2757, 2758; BGH ZIP 1995, 1085; 1087 sowie einschränkend BGH BB 2006, 1240, 1241. Zu den Einzelheiten s. MünchKommBGB/Ulmer § 730 Rn. 49 ff.

³⁵⁰ So für titulierte Drittgläubigeransprüche des Gesellschafters BGH BB 2006, 1240, 1241. Zum Ganzen MünchKommBGB/Ulmer § 730 Rn. 53 m.w.N.

Obschon hinsichtlich der „Ansprüche“ von Gesellschaftern auf Rückgewähr von Einlagen und Verteilung von Gesellschaftskapital in Insolvenz und Liquidation nicht im eigentlichen Sinne von Forderungen gesprochen werden kann, zeigt eine Gesamtbetrachtung der soeben aufgeführten Regeln zur nachrangigen Berücksichtigung von Gesellschafteransprüchen in Insolvenz und Liquidation, dass auch hier, nicht anders als bei dem Nachrang des allgemeinen Zivilrechts, der Nachrang eine kollisionssteuernde Funktion wahrnimmt und einen Verdrängungswert begründet: Die Gesellschaftsgläubiger müssen in Insolvenz und Liquidation nicht mit Ansprüchen der Gesellschafter auf Rückgewähr von Einlagen konkurrieren. Für den Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen verdrängen die gegen die Gesellschaft gerichteten Forderungen die Rechte der Gesellschafter.

2. Verlustbeteiligung

Neben dem eigenkapitaltypischen Nachrang stellt die Verlustbeteiligung ein wesentliches Merkmal des Eigenkapitals dar. Sie folgt für Eigenmittel der Gesellschaft unmittelbar daraus, dass das Eigenkapital als Residualgröße aus der Differenz von Aktiven und Verbindlichkeiten zu ermitteln ist und Verbindlichkeiten der Gesellschaft - vorbehaltlich einer ausdrücklich vereinbarten Verlustteilnahme - stets zum Nennwert zu passivieren sind. Verluste der Gesellschaft vermindern daher das Eigenkapital. Hiervon zu trennen ist die Frage, ob die einzelnen Gesellschafter untereinander besondere Vereinbarungen darüber treffen können, wie sich der Verlust des Eigenkapitals auf den Kapitalanteil des einzelnen Gesellschafters auswirkt. Dies ist für Personengesellschaften mit der herrschenden Meinung zu bejahen,³⁵¹ doch bewendet es - zumindest bei Fehlen entgegenstehender Vereinbarungen - auch hinsichtlich der Einlagen von Gesellschaftern, deren Verlustbeteiligung vollständig ausgeschlossen wurde, bei einem Nachrang entsprechender Rückgewähransprüche gegenüber den Ansprüchen der außen stehenden Gläubiger und eine Rückgewähr von Einlagen ist vor der Schlussabrechnung nur bei entsprechender Liquidität der Gesellschaft möglich.³⁵²

³⁵¹ BGH WM 1967, 346, 347; BAG NJW 1993, 2458, 2460; Soergel/Hadding vor § 705 Rn. 11; MünchKommBGB/Ulmer § 722 Rn. 3. Vgl. auch Habersack, ZHR 161 (1997) 457, 480.

³⁵² MünchKommBGB/Ulmer § 730 Rn. 54; Sieker, Eigenkapital, S. 30

3. Eigenkapitaltypische Bindung

a) Dauerhafte Überlassung

Der wirtschaftlichen Perpetuierungsfunktion von Eigenkapital entsprechend, ist zumindest im Ausgangspunkt die grundsätzlich dauerhafte Überlassung der Mittel an die Gesellschaft ein typisches Merkmal des Eigenkapitals.³⁵³ Ein gemeinsames Kennzeichen der in den handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften als Eigenkapital genannten Mittel ist, dass vor Beendigung der Gesellschaft oder der Kündigung der Gesellschafterstellung kein einseitiges (Rück-) Forderungsrecht durch Gesellschafter oder Dritte besteht.³⁵⁴ Davon zu unterscheiden ist die Möglichkeit zur Ausschüttung, Rückzahlung oder Entnahme aufgrund eines Beschlusses der Gesellschafter unter Beachtung der gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Beschränkungen. Sie lässt den Eigenkapitalcharakter der überlassenen Mittel unberührt.³⁵⁵

Nicht zu verkennen ist aber, dass dieser Grundsatz im Recht der Personengesellschaften nur mit Einschränkungen gilt. So hat zum einen in der gesetzestypischen OHG der Gesellschafter nach § 122 HGB das Recht, Entnahmen zu tätigen. Diese sind zwar nach § 122 HGB in ihrer Höhe begrenzt und nach überwiegender Meinung besteht kein Entnahmerecht, solange das Kapitalkonto des Gesellschafters negativ ist; indes unterliegt nach der herrschenden Meinung das Entnahmerecht einschließlich der genannten Beschränkungen der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter,³⁵⁶ weswegen gegen die Vereinbarung weitergehender Entnahmerechte aus Sicht des Rechts der Personengesellschaft nichts zu erinnern ist.³⁵⁷ Auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist § 122 HGB zwar nicht analog anzuwenden, weswegen gewinnunabhängige Entnahmerechte nicht ohne weiteres bestehen, doch ist

³⁵³ K. Schmidt, GesR, S. 522.

³⁵⁴ A/D/S § 246 Rn. 82 f.; GroßkommAktG/Wiedemann vor § 182 Rn. 5; ders. GesR Bd. II, S. 364; aA Lutter, DB 1993, 2441, 2444.

³⁵⁵ Ulmer/Kleindiek BilanzR § 247 Rn. 13. Auf einen „Ewigkeitswert“ kommt es daher nicht an; so aber die Interpretation von Wiedemann, FS Beusch, 893, 896 f. durch Lutter, DB 1993, 2441, 2444. Zur Qualifizierung aus Sicht der IFRS unten, Kap. 2, B. IV. 4.

³⁵⁶ Die Grenzen der Dispositionsbefugnis sind noch nicht umfassend untersucht, doch legt der Begriff der Entnahme nahe, dass ein Vermögensabfluss an Gesellschafter auch bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung nur möglich ist, solange die Gesellschaft ein insgesamt positives Nettovermögen zur Verfügung hat. Die bereits bislang überwiegend vertretene individuelle Schranke des positiven Kapitalkontos des einzelnen Gesellschafters würde so durch eine kollektive Schranke ergänzt.

auch hier nach herrschender Meinung eine Vereinbarung über Entnahmerechte im Gesellschaftsvertrag möglich.³⁵⁸

Zum anderen besteht im Recht der Personengesellschaft die Möglichkeit der Kündigung durch den Gesellschafter. Sie führt in der gesetzestypischen Personenhandelsgesellschaft nach der Vorschrift des § 131 Abs. 3 Nr. 3 HGB und in der gesetzesuntypischen, aber praxistypischen GbR mit Fortsetzungsvereinbarung gemäß §§ 736 ff. BGB nicht zur Auflösung der Gesellschaft, sondern zum Ausscheiden des Gesellschafters gegen Abfindung.

b) Kapitalerhaltung

Die oben bereits erwähnten gesetzlichen Beschränkungen der Rückzahlung von eigenen Gesellschaftsmitteln an die Gesellschafter – also der in den verschiedenen Gesellschaftsformen unterschiedlich ausgeprägte Grundsatz der Kapitalerhaltung – bilden ein weiteres Element eigenkapitaltypischer Bindung und sind deshalb für wesentliche Rechtsformen des deutschen Gesellschaftsrechts nachfolgend darzustellen. Sie bezeichnen die Konstellationen, in denen auch im Zusammenwirken von Gesellschaft und Gesellschaftern eine Übertragung von Mitteln der Gesellschaft auf den Gesellschafter unrechtmäßig und erstattungspflichtig ist, wenn die Übertragung nicht zur Erfüllung eines dem Gesellschafter zustehenden, einem Drittvergleich standhaltenden schuldrechtlichen Anspruchs erfolgt, sondern ihren Grund in der Gesellschafterstellung des Empfängers hat, wenn es sich also, wirtschaftlich gewendet, um die Ausschüttung von Eigenmitteln an den Gesellschafter und damit um eine Rückgewähr von dessen Einlage oder eine Vergütung für das Überlassen dieser Einlage handelt.

Am weitesten greift die Kapitalerhaltung und damit die Bindung der Eigenmittel der Gesellschaft bei der Aktiengesellschaft. Bei ihr ist eine Rückgewähr von Eigenmitteln an den Aktionär nur in zwei Konstellationen möglich. § 57 Abs. 1 AktG verbietet die Rückgewähr von Einlagen und nach § 57 Abs. 3 AktG kann allein der Bilanzgewinn an die Aktionäre ausgeschüttet werden. Die Vorschriften des § 57 AktG beruhen auf Vorgaben des

³⁵⁸ BGH NJW-RR 1994, 996; MünchKommBGB/Ulmer § 721 Rn. 13, 733 Rn. 11.

Europäischen Rechts.³⁵⁹ Durch sie wird das gesamte Vermögen der Aktiengesellschaft unabhängig vom Vorliegen einer Krise außerhalb der Gewinnverwendung dem Zugriff der Aktionäre entzogen. Es kommt hinzu, dass sowohl die im Zuge der Leistung von Eigenmitteln auf der Passivseite der Bilanz nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 HGB zu bildenden Kapitalrücklagen als auch die nach § 150 Abs. 1 und Abs. 2 AktG zu bildende gesetzliche Rücklage der Aktiengesellschaft nur unter den Einschränkungen des § 150 Abs. 3 und Abs. 4 AktG aufgelöst und grundsätzlich nicht an die Aktionäre ausgeschüttet werden können,³⁶⁰ so dass auch die Möglichkeit, durch Auflösung von Rücklagen Bilanzgewinne zu generieren und diese an die Aktionäre auszuschütten, zu Gunsten der Kapitalbindung eingeschränkt wird.³⁶¹ Frei verwendbar sind demgegenüber die Rücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB, die der Sperre des § 150 AktG nicht unterliegen.³⁶² Ebenfalls frei können die Gewinnrücklagen, § 272 Abs. 3 HGB, aufgelöst werden. Sie sind freilich nur aus Bilanzgewinn zu bilden. In beiden Fällen gilt zudem, dass eine Auflösung nur zu Gunsten des Bilanzgewinns erfolgen kann; eine direkte Erstattung an die Aktionäre kommt damit auch insoweit nicht in Betracht.³⁶³

Neben die Möglichkeit der Gewinnausschüttung tritt allerdings der Erwerb eigener Aktien durch die AG, §§ 71 ff. AktG. Indem die AG eigene Aktien erwirbt, entlässt sie den verkaufenden Aktionär aus seiner Gesellschafterstellung und die Zahlung des Kaufpreises stellt wirtschaftlich eine Rückgewähr der ursprünglich erbrachten Einlage (berichtigt um zwischenzeitlich eingetretene Wertsteigerungen oder Verluste) dar.³⁶⁴ Allerdings ist auch der Erwerb eigener Aktien in mehrfacher Hinsicht beschränkt. Neben den formellen Rechtfertigungs- bzw. Beschlusserfordernissen und den Verfahrensgewährleistungen ist aus

³⁵⁹ Art. 15 der Richtlinie 77/91/EWG v. 13. 12. 1976, Amtsblatt EG Nr. L 026 v. 31. 1. 1977, S. 1 ff. Dazu *Habersack*, Europ. GesR, § 6 Rn. 33. Zu den durch die Richtlinie den Mitgliedstaaten gelassenen Spielräumen hinsichtlich einer Bindung von Kapital- und Gewinnrücklagen *Bezenberger*, Kapital, S. 26 ff.

³⁶⁰ MünchKommAktG/*Kropff* § 150 Rn. 24 ff.; dort auch zur Möglichkeit einer Umgehung des Ausschüttungsverbote durch Verwendung der Rücklage zur Kapitalerhöhung und anschließende Kapitalherabsetzung.

³⁶¹ MünchKommAktG/*Kropff* § 150 Rn. 4 ff.

³⁶² S. dazu statt aller MünchKommAktG/*Kropff* § 272 HGB Rn. 99 sowie *Förschle/Hoffmann* in BeckBKomm § 272 Rn. 72.

³⁶³ Zur Bedeutung der Begrenzung auf die Gewinnverteilung als Schutz von Aktionärsgleichbehandlung und organschaftlicher Kompetenz der Hauptversammlung *Ulmer/Habersack GmbHG* § 30 Rn. 19.; *Bezenberger*, Kapital, S. 204 ff. Daneben schützt aber auch die Bindung der Ausschüttung an die Gewinnverwendung zumindest mittelbar das Gesellschaftskapital, indem sie unterjährige Ausschüttungen nur nach Maßgabe von § 59 AktG ermöglicht und damit sicherstellt, dass auch die frei verfügbaren Rücklagen bis zum folgenden Jahresabschluss als Verlustpuffer fungieren. Diesbezüglich wohl aA *Bezenberger*, a.a.O. S. 204 f.

³⁶⁴ Dazu statt vieler MünchKommAktG/*Oechsler* § 71 Rn. 21; *Habersack/Mayer* CFILR 2000, 330, 339.

Sicht der Bindung von Eigenmitteln zum einen beachtlich, dass ein allein auf die Ermächtigung der Hauptversammlung gestützter Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft derzeit³⁶⁵ auf höchstens 10 % des Stammkapitals beschränkt ist, § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG. Zum anderen und vor allem ist der Erwerb nur möglich, wenn die Gesellschaft auf der Passivseite der Bilanz eine entsprechende Rücklage für eigene Aktien, § 272 Abs. 4 HGB, bilden kann, ohne das Grundkapital oder eine nach Gesetz oder Satzung zu bildende Rücklage zu schmälern, § 71 Abs. 2 S. 2 AktG. Der Erwerb kann daher nur zu Lasten freien Vermögens erfolgen und auch dann nur, soweit das freie Vermögen der Gesellschaft den Betrag des gebundenen Kapitals einschließlich der gebundenen Rücklagen übersteigt.³⁶⁶

Anders als in der AG sind bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach § 30 Abs. 1 GmbHG die Eigenmittel der Gesellschaft einem Zugriff der Gesellschafter zumindest im Ausgangspunkt nur insoweit entzogen, als durch den Zugriff das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft angegriffen würde. Die Bindung des GmbH-Vermögens gegenüber den Gesellschaftern ist damit auf die Höhe der Stammkapitalziffer begrenzt, während sonstige Eigenkapitalpositionen grundsätzlich frei aufgelöst und damit frei werdende Gesellschaftsmittel an die Gesellschafter ausgeschüttet werden können. Ausnahmen hiervon bestehen im Anschluss an eine vereinfachte Kapitalherabsetzung: So unterliegen Kapitalrücklagen, die gem. § 58 b Abs. 2 GmbHG oder § 58 c GmbHG im Zuge einer vereinfachten Kapitalherabsetzung gebildet wurden für die Dauer von fünf Jahren gemäß §§ 58 b Abs. 3, 58 c S. 2 GmbHG einer an § 150 AktG orientierten Bindung, und im Zeitpunkt der Kapitalherabsetzung bereits bestehende Kapital- und Gewinnrücklagen unterliegen nach § 58 d GmbHG bis zur Höhe von 10 % des neuen Stammkapitals ebenfalls für fünf Jahre einer Ausschüttungssperre. Die Verknüpfung mit der vorangehenden Kapitalherabsetzung und die Aufhebung der Bindung für den Fall, dass gegen die Gesellschaft keine zum Zeitpunkt der Kapitalherabsetzungen bereits bestehenden Forderungen mehr gerichtet sind macht indes deutlich, dass diese Rücklagenbindung anders als § 150 AktG keine Ausweitung des ursprünglichen Haftungsfonds bezweckt, sondern

³⁶⁵ Auf der Ebene des Europäischen Rechts ist die 10% Grenze mit der Reform der Kapitalrichtlinie durch die Richtlinie 2006/68/EG abgeschafft. Die Mitgliedstaaten können eine entsprechende Grenze aber weiterhin vorsehen, s. Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 i) der Richtlinie 77/91/EWG in der Fassung der Richtlinie 2006/68/EG.

³⁶⁶ MünchKommAktG/Oechsler § 71 Rn. 271 f. Zur entsprechenden Vorgabe des europäischen Rechts siehe Art. 19 Abs. 1 lit. c) der Kapitalrichtlinie a. F. und dazu Habersack, Europ. GesR, § 6 Rn. 53. Die Grenze des freien Vermögens bleibt auch nach der Reform der Kapitalrichtlinie erhalten, Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. b) der Richtlinie 77/91/EWG in der Fassung der Richtlinie 2006/68/EG.

der Sicherung derjenigen Gesellschaftsgläubiger dient, die von der durch die Kapitalherabsetzung hervorgerufenen Verminderung des Haftungsfonds nachteilig betroffen sind.

Auch im Recht der GmbH bezieht sich die Bindung des Gesellschaftsvermögens nicht allein auf direkte Zuwendungen an die Gesellschafter, vielmehr sind mittelbare Ausschüttungen gleichfalls erfasst. Eine weitere Effektivierung erfährt der GmbH-rechtliche Vermögensschutz durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum existenzvernichtenden Eingriff³⁶⁷ und durch die Einschränkung der bilanziellen Betrachtungsweise im Stadium der Unterbilanz.³⁶⁸

Darüber hinaus ist, insoweit den Regelungen der §§ 71 ff. AktG vergleichbar, auch der Erwerb eigener Gesellschaftsanteile durch die Gesellschaft nach §§ 33 Abs. 2 GmbHG, 272 Abs. 4 HGB nur möglich, wenn der Kaufpreis aus dem Vermögen der Gesellschaft aufgebracht werden kann, ohne die Grenze des § 30 GmbHG zu verletzen. Im Ergebnis kann damit bei der GmbH Eigenkapital nur zu Lasten eines die Stammkapitalziffer übersteigenden freien Vermögens an die Gesellschafter ausgeschüttet werden.

Im Bereich der Personenhandelsgesellschaften wie auch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind Ausschüttungen auch zu Lasten des Eigenkapitals der Gesellschaft grundsätzlich unbegrenzt möglich,³⁶⁹ eine zu Lasten des Eigenkapitals erfolgende Ausschüttung kann aber in der Kommanditgesellschaft nach Maßgabe der §§ 172 Abs. 4, Abs. 5, 171 Abs. 1 HGB zu einer Haftung des Kommanditisten führen.

Anders ist die Rechtslage aber für Personengesellschaften, bei denen keine natürliche Person unbeschränkt haftet. Als Beispiel für Formen der typenvermischten Personengesellschaft ohne natürliche Person als haftenden Gesellschafter soll nachfolgend die GmbH und Co. KG dargestellt werden. Bei dieser können Auszahlungen aus dem Vermögen der KG mittelbar gegen die Kapitalerhaltung in der GmbH verstoßen und deshalb Rückgewähran-

³⁶⁷ Zur Bedeutung dieser Rechtsprechung für den Vermögensschutz in der GmbH *Ulmer/Habersack* GmbHG § 30 Rn. 14 f.

³⁶⁸ Dazu eingehend *Ulmer/Habersack* GmbHG § 30 Rn. 43 ff.

³⁶⁹ *MünchKommBGB/Ulmer* § 733 Rn. 11. S. aber auch zum Gesellschaftsvertrag als Grundlage einer Ausschüttungssperre *Schön*, ZHR 168 (2004), 268, 278 und *Wiedemann*, GesR Bd. II, S. 384 f.

sprüche nach §§ 30 f. GmbHG auslösen.³⁷⁰ Die Rechtsprechung knüpft dabei an der mittelbaren Minderung des Gesellschaftsvermögens der GmbH an, ordnet aber zugleich den Rückgewähranspruch der KG zu³⁷¹ und erstreckt die Verantwortung auf den Nur-Kommanditisten,³⁷² wodurch zumindest der Sache nach ein eigener Kapitalschutz der GmbH und Co KG begründet wird,³⁷³ der freilich nach derzeitigem Recht erst mit Entstehen oder Vertiefen einer Unterbilanz bei der GmbH einsetzt.³⁷⁴

Weitere Besonderheiten bestehen bei der KGaA, deren Aktienkapital der durch die §§ 57, 58 AktG normierten Kapitalerhaltung unterliegt, während den persönlich haftenden Gesellschaftern der KGaA grundsätzlich ein Entnahmerecht nach §§ 161 Abs. 2, 109 HGB und §§ 168, 121 f. HGB zusteht. Einschränkungen hiervon bestehen durch § 288 AktG, der auch persönlich haftenden Gesellschaftern Grund- und Gewinnentnahmen untersagt, und damit eine Kapitalaufzehrung verhindert, wenn die Summe der Verlustanteile persönlich haftender Gesellschafter, Einzahlungsverpflichtungen und Forderungen aus Krediten an persönlich haftende Gesellschafter und deren Familienangehörige größer ist als die Summe aus Gewinnvortrag, Kapitalrücklagen, Gewinnrücklagen und den Kapitalanteilen persönlich haftender Gesellschafter.³⁷⁵

Auch wenn der Umfang der Kapitalerhaltung damit in den einzelnen Gesellschaftsformen und innerhalb einer Gesellschaftsform in einzelnen Eigenkapitalpositionen unterschiedlich ausgeprägt ist, so lässt sich doch als Gemeinsamkeit festhalten, dass außerhalb

³⁷⁰ Grundlegend BGHZ 60, 324; BGHZ 69, 274. Aus der Literatur beispielsweise *K. Schmidt*, GesR, S. 1655 ff.

³⁷¹ BGHZ 60, 324, 329 f.; BGHZ 69, 274, 280.

³⁷² BGHZ 110, 342, 356 ff.; BGH NJW 1995, 1960.

³⁷³ Zutreffend *K. Schmidt*, GesR, S. 1656.

³⁷⁴ S. BGHZ 110, 342; *K. Schmidt*, GesR, S. 1656. Anders MünchKommInsO/*Stodolkowitz* § 135 Rn. 119 und 123, der schon de lege lata die Einlagen des Kommanditisten als einen Fall des Kapitalersatzes ansieht und den in der Kapitalgesellschaft für eigenkapitalersetzende Darlehen geltenden Bindungen unterwirft. Eine Neubewertung des Rechtes der Einlagenbindung in der GmbH und Co. KG kann schließlich, ohne dass dies hier im einzelnen auszubreiten wäre, als Folge der mit dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ins Auge gefassten Neuregelung der Gesellschafterdarlehen veranlasst sein: Soweit nach neuem Recht die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen der Insolvenzanfechtung unterliegt, wird man zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen Kommanditisteneinlagen auch dann einer vergleichbaren Bindung unterstellen müssen, wenn die Höhe der Einlage über die Höhe der Haftziffer hinausreicht.

³⁷⁵ *Riotte/Hansen* in *Schütz/Bürgers/Riotte*, KGaA, § 6 Rn. 101 ff. *Semler/Perlitt* in: *MünchKommAktG*, § 288 Rn. 45 ff.

von Insolvenz und Liquidation eine Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter zumindest in Gesellschaften, die keine natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter aufweisen, nur möglich ist, wenn auch nach der Ausschüttung die Gesellschaft über ausreichend Aktiva verfügt, um alle Verbindlichkeiten zu erfüllen. Inwieweit ein über diesen Mindestbetrag hinausgehendes Vermögen Ausschüttungssperren unterliegt, lässt sich demgegenüber nicht einheitlich beantworten.

4. Erfolgsabhängigkeit der Vergütung

Als weiteres Begriffsmerkmal des Eigenkapitals wird die Erfolgsabhängigkeit der Vergütung genannt. Sie bewirkt, dass der Eigenkapitalgeber nicht nur hinsichtlich des überlassenen Kapitals, sondern auch hinsichtlich der dafür zu beziehenden Vergütung am Risiko des Unternehmens beteiligt ist.³⁷⁶ Aus Sicht der Fremdkapitalgeber bedeutet dies zudem, dass innerhalb der jeweiligen Rechnungsperiode Ansprüche auf Vergütung der Überlassung von Fremdkapital nicht mit Ansprüchen der Eigenkapitalgeber auf Vergütung für die Überlassung der Eigenkapitalmittel konkurrieren.

5. Eigenkapital als Anknüpfung mitgliederschaftlicher Beteiligungsrechte

Daneben werden als typische Eigenkapitalmerkmale die Einräumung von mitgliederschaftlichen Beteiligungsrechten als Gegenleistung für die Überlassung des Kapitals³⁷⁷ und die Gewährung eines Anteils am Gesellschaftsvermögen mit der Möglichkeit, am Wertzuwachs des Unternehmens zu partizipieren, genannt. Zutreffend erscheint demgegenüber, die Überlassung von Eigenmitteln von der Mitgliedschaft gedanklich zu trennen. Während die Mitgliedschaft eine Beitragspflicht begründet, und der Gesellschafterbeitrag in der Regel³⁷⁸ zumindest auch in der Leistung einer Einlage besteht,³⁷⁹ führt umgekehrt die Über-

³⁷⁶ A/D/S § 246 Rn. 84.

³⁷⁷ Für notwendigen Zusammenhang zwischen haftendem Kapital und Mitgliedschaftsrechten hingegen *Hirte* ZIP 1988, 477, 480; gegen diesen zutreffend *Hüffer* § 221 Rn. 34.

³⁷⁸ Die Pflicht zur Leistung einer Einlage ist keine zwingende Folge der Mitgliedschaft. Beispielsweise wird für die GmbH und Co. KG häufig vereinbart, dass die Komplementär-GmbH zur Leistung einer Einlage in die KG nicht verpflichtet ist. S. dazu allgemein und zutreffend einschränkend, dass damit keine beitragsfreie Beteiligung verbunden ist, *MünchKommBGB/Ulmer* § 706 Rn. 17.

³⁷⁹. Zur Unterscheidung von Beitrag und Einlage statt vieler *MünchKommBGB/Ulmer* § 706 Rn. 2 ff.

lassung von Vermögensgegenständen als Eigenmittel an die Gesellschaft keineswegs notwendig zu einer Mitgliedschaft oder, soweit eine solche bereits besteht, zur Erweiterung mitgliedschaftlicher Rechte. Eigenkapital der Gesellschaft, welches nicht von den Mitgliedern stammt, entsteht, wenn Dritte Zuzahlungen im Sinne des § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB leisten,³⁸⁰ sowie – soweit man darin echtes Eigenkapital sieht – bei Überlassung von Genussrechtskapital durch Nichtgesellschafter³⁸¹ und bei der (atypisch) stillen Beteiligung an einem Unternehmen, die nach herrschender Meinung je nach Ausgestaltung ebenfalls zu Eigenmitteln der Unternehmensinhaberin und damit zu Eigenkapital führt, während der stille Gesellschafter der stillen Gesellschaft als Innengesellschaft, nicht aber der Gesellschaft als Inhaberin des Unternehmens wird, an dem er sich still beteiligt.³⁸² Die verbreitete Feststellung, Eigenkapital rühre (stets) von den Mitgliedern her,³⁸³ ist daher ungenau.

IV. Die Abgrenzung von Fremdkapital und Eigenkapital

1. Einführung

Wenn auch die aufgezeigten Merkmale als solche im wesentlichen unbestritten sind, so herrscht doch ein vornehmlich bei der Frage des Eigenkapitalcharakters von Genussrechten und Einlagen atypisch stiller Gesellschafter ausgetragener Meinungsstreit darüber, ob diese Kriterien kumulativ Eigenkapital definieren, oder ob sie nur den Eigenkapitalcharakter einer Finanzierung wesensmäßig umschreiben, ohne notwendig kumulativ vorliegen zu müssen. Hierbei geht es zum einen sachlich um die Frage, ob auch Finanzierungsmittel,

³⁸⁰ S. etwa zur Möglichkeit Dritter, bei Kapitalgesellschaften Zuzahlungen in die Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB zu leisten, A/D/S § 272 Rn. 133; KK/Lutter § 221 Rn. 420 f.; die Gegenansicht von MünchKommAktG/Habersack § 221 Rn. 357 kann sich freilich auf den Wortlaut des § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB stützen.

³⁸¹ Nach der ganz hM begründet das Genussrecht keine Mitgliedschaft, s. statt aller und mit zahlr. weiteren Nachw. MünchKommAktG/Habersack § 221 Rn. 86.

³⁸² Einen abweichenden Ansatz verfolgt K. Schmidt mit der These eines aus Unternehmen und dem (atypisch) stillen Gesellschafter bestehenden Innenverbandes, s. K. Schmidt, GesR, S. 1848. Auch nach dieser Auffassung wird der stille Gesellschafter aber nicht Mitglied des Unternehmens selbst.

³⁸³ Kuhr, Eigenkapitalersatz, S. 11; auch K. Schmidt, FS Goerdeler, S. 487, 491; zutreffend hingegen ders. GesR S. 515 ff.; A/D/S § 246 Rn. 85; Habersack, ZHR 161 (1997), 457, 480. Vgl. auch GroßkommAktG/Wiedemann vor § 182 Rn. 28, demzufolge innerhalb des Eigenkapitals zwischen Kernkapital, welches stets von den Mitgliedern stamme, und Ergänzungskapital, das auch durch Dritte aufgebracht werden könne, zu trennen ist.

die dem Unternehmen nicht dauerhaft, sondern nur auf Zeit überlassen sind zum Eigenkapital zählen können; die Auseinandersetzung spiegelt aber zusätzlich die methodische Frage, ob es sich beim Eigenkapital um einen definitorisch begrenzten Begriff oder um einen rechtlichen Strukturtypus³⁸⁴ handelt. Daneben haben *Swoboda*³⁸⁵ und *Sieker*³⁸⁶ eigenständige Modelle zur Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital vorgeschlagen und auch die IFRS verfolgen eine eigenständige, von den – aus Sicht des deutschen Rechts - herkömmlichen Kriterien des Eigenkapitals in Einzelheiten abweichende Grenzziehung zwischen Eigenkapital und Fremdkapital.

2. Eigenkapital als Risikokapital und Eigenkapital kraft Beitragscharakters der Kapitaleistung – die Konzeptionen von *Swoboda* und *Sieker*

Eine eigenständige, die vorgeannten Merkmale des Eigenkapitals nur lose aufgreifende Methode der Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital hat zunächst *Swoboda* entwickelt.³⁸⁷ Danach sei zur Bestimmung des Eigenkapitals allein auf das Risiko eines Verlustes der eingesetzten Mittel abzustellen.³⁸⁸ Dieses Konzept kann jedoch im Ergebnis nicht überzeugen: Zwar könnte ein Grenzwert des Risikomaßes festgelegt werden,³⁸⁹ doch wäre eine solche Festlegung – und damit die Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital – immer willkürlich. Zudem und vor allem fehlt nicht nur der Grenzwert als solcher, sondern ebenso eine einheitliche Methode zur Bestimmung des Ausfallrisikos. Da insofern stets das Risiko zukünftigen Ausfalls zu bestimmen ist, der Bestimmung also immer ein Prognoseelement innewohnt, ist eine personenunabhängige, objektive Methode letztlich nicht zu gewinnen. Es kommt hinzu, dass sich das Verlustrisiko hinsichtlich einer bestimmten Forderung im Laufe der Zeit durch ein geändertes Marktumfeld, Managementfehler, eine Änderung in der Kapitalstruktur des Schuldners oder ähnliche Vorkommnisse

³⁸⁴ Zu diesem *Larenz*, Methodenlehre, S. 461 ff.

³⁸⁵ *Swoboda*, FS Wittmann, S. 343 ff.

³⁸⁶ *Sieker*, Eigenkapital, S.6 ff.

³⁸⁷ *Swoboda*, FS Wittmann, S. 343 ff.

³⁸⁸ *Swoboda*, FS Wittmann, S. 343, 356 ff.; Zustimmend *Fleischer*, Finanzplankredite, S. 106 ff. *Swoboda* spricht dabei untechnisch von dem Risikograd des Anspruchs des Kapitalgebers, ohne darauf einzugehen, dass ein Rückzahlungsanspruch bei Überlassung von Eigenkapital in der Regel nicht oder zumindest nicht ohne weiteres besteht.

³⁸⁹ *Swoboda* bedient sich hierzu statistischer Verfahren und schlägt als Risikomaß eine Standardabweichung der Rendite vor, s. *ders.*, FS Wittmann, S. 343, 357.

ändern kann, was nach der Konzeption *Swoboda*s eine Änderung des Fremd- bzw. Eigenkapitalcharakters der überlassenen Mittel zur Folge hätte.³⁹⁰ Eine Abgrenzung allein nach dem Risikograd ist daher abzulehnen; der Vorschlag wurde denn auch von *Swoboda* selbst in späteren Werken als (nur) „theoretisch befriedigender“, aber „wenig operationaler“ Ausweg relativiert.³⁹¹

Neben *Swoboda* hat *Sieker* ein eigenständiges Modell zur Abgrenzung von Fremdkapital und Eigenkapital vorgelegt.³⁹² *Sieker* bezieht sich ausschließlich auf die Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital bei der Personengesellschaft und möchte die Grenzziehung anhand des Beitragscharakters der Kapitalleistung vornehmen.³⁹³ Bereits aus der Bindung einer Kapitalüberlassung an den Gesellschaftszweck folge der einlagentypische Nachrang etwaiger Rückforderungsansprüche des Gesellschafters in Liquidation und Insolvenz.³⁹⁴ Eine Unterscheidung von Einlagen und sonstigen Gesellschafterbeiträgen sei daher entbehrlich,³⁹⁵ und die Grenzziehung zwischen Fremdkapital und Eigenkapital der Personengesellschaft könne hinsichtlich der von Gesellschaftern überlassenen Mittel nach dem Maßstab des § 717 S. 2 BGB erfolgen.³⁹⁶ Diesem Ansatz ist zu Recht entgegengehalten worden, er verkenne die Möglichkeit, den Gesellschaftszweck auf unterschiedliche Weise zu fördern.³⁹⁷ Nicht zuletzt der auch europarechtlich verankerte Gesichtspunkt der Finanzierungsfreiheit³⁹⁸ spricht dafür, den Gesellschaftern grundsätzlich und vorbehaltlich des Eingreifens gesonderter Rechtsregeln die Möglichkeit zu eröffnen, den Gesellschaftszweck sowohl durch Einlagen als auch durch die Gewährung von Darlehen und damit durch das Zurverfügungstellen von Fremdkapital fördern zu können.³⁹⁹ Die gesellschafts-

³⁹⁰ Diese Konsequenz wird von *Swoboda*, FS Wittmann, S. 343, 358 erkannt, aber hingenommen.

³⁹¹ *Swoboda*, Finanzierung, S. 11.

³⁹² *Sieker*, Eigenkapital, S. 6 ff.

³⁹³ *Sieker*, Eigenkapital, S. 36 ff.

³⁹⁴ *Sieker*, Eigenkapital, S. 47, 60.

³⁹⁵ *Sieker*, Eigenkapital, S. 47, 60.

³⁹⁶ *Sieker*, Eigenkapital, S. 41 ff.

³⁹⁷ Eingehend *Fleischer*, Finanzplankredite, S. 149.

³⁹⁸ Dazu unten, Kap. 2, C. I.

³⁹⁹ So die ganz hM s. BGHZ 104, 33, 40; sowie aus der Literatur etwa *Fleischer*, Finanzplankredite, S. 149 und *K. Schmidt*, FS Goerdeler, S. 487, 496 f.

vertragliche Grundlage ist somit für die Klassifizierung überlassener Mittel als Eigen- oder Fremdkapital nicht ausschlaggebend.⁴⁰⁰

3. Bestimmung des Eigenkapitals durch Gesamtabwägung – Eigenkapitalcharakter auch bei zeitlich befristeter Überlassung

Die überwiegende Meinung trifft die Entscheidung über den Eigenkapitalcharakter im Wege einer Gesamtabwägung und ordnet auch bei Fehlen einzelner Kriterien Finanzierungen dem Eigenkapital zu, solange fehlende Kriterien durch die deutliche Ausprägung anderer Eigenkapitalkriterien kompensiert werden. Dahinter steht die meist unausgesprochene und wohl auch nicht immer reflektierte These, dass Eigenkapital und Fremdkapital keine in ihrer rechtlichen Struktur verschiedene Grundtypen der Unternehmensfinanzierung darstellen, sondern lediglich zwei Pole auf einer Skala von Risiko, Dauer und Entgelt der Kapitalüberlassung bilden.

Die Konsequenzen dieses Ansatzes zeigen sich besonders deutlich bei dem oben bereits umrissene Problem, ob die dauerhafte Überlassung der Mittel ein notwendiges Begriffsmerkmal des Eigenkapitals darstellt. Dabei geht für den Fall der Unternehmensfinanzierung durch Genussrechte die überwiegende Meinung in der Literatur im Anschluss an eine Stellungnahme des IDW⁴⁰¹ davon aus, dass Genussrechtskapital auch dann bilanziell Eigenkapital der Gesellschaft darstellt, wenn die Überlassung nicht auf Dauer erfolgt und damit ein einseitiger Rückzahlungsanspruch des Genussrechtsinhabers zumindest potentiell besteht.⁴⁰² Erforderlich ist demnach, dass der Rückzahlungsanspruch des Genussrechtsinhabers im Insolvenz- oder Liquidationsfall erst nach Befriedigung aller anderen Gläubiger geltend gemacht werden kann, die Vergütung für die Kapitalüberlassung erfolgsabhängig ist, das Genussrechtskapital in voller Höhe am Verlust teilnimmt und die Überlassung für einen längeren Zeitraum erfolgt.⁴⁰³ Innerhalb dieser Gruppe ist allerdings

⁴⁰⁰ S. neben den in Fn. 399 angeführten Fundstellen *Fleischer*, Finanzplankredite, S. 26 und GroßkommAktG/*Wiedemann* vor § 182 Rn. 10.

⁴⁰¹ Stellungnahme des IDW HFA 1/1994, WPg 1994, 419 ff.

⁴⁰² MünchKommAktG/*Habersack* § 221 Rn. 352; *Claussen*, FS Werner, S. 81, 88 f.; *Ellrott/Krämer* in BeckBilKomm § 266 Rn. 186; *Kessler/Suchan* in MünchKommAktG § 266 HGB Rn. 103; *Lutter*, DB 1993, 2441, 2444 f.; *Ulmer/W. Müller* GmbHG Anh. § 29 Rn. 38; *Weitnauer*, FS Mailänder, S. 441, 453.

⁴⁰³ IDW HFA WPg 1994, 419 ff.

nochmals zu differenzieren: Während die wohl überwiegende Anzahl der Autoren eine Einordnung der Genussrechte als Eigenkapital auch dann anerkennt, wenn die Genussrechte von Anfang an eine feste Laufzeit haben,⁴⁰⁴ sehen andere eine notwendige Voraussetzung des Eigenkapitals im Fehlen einer von Anfang an begrenzten Laufzeit, während ein Kündigungsrecht vorbehaltlich einer mehrjährigen Kündigungsfrist oder Nachhaftungsdauer unschädlich sein soll.⁴⁰⁵ Diese Abgrenzungskriterien werden überwiegend auf die Beurteilung der Einlagen stiller Gesellschafter übertragen.⁴⁰⁶

4. Der Eigenkapitalbegriff nach IFRS

Eine eigenständige, von der bislang im deutschen Recht herrschenden Auffassung deutlich abweichende Grenzziehung zwischen Eigenkapital und Fremdkapital findet sich in den International Financial Reporting Standards (IFRS) des International Accounting Standards Board (IASB).

a) Rechtsnatur und Anwendungsbereich der IFRS

Die IFRS bestehen aus einem Bezugssystem (*framework*), einzelnen Standards (International Accounting Standards - IAS und International Financial Reporting Standards – IFRS) sowie hierzu jeweils gegebenenfalls ergangenen Auslegungshinweisen. Als von einem privaten Gremium⁴⁰⁷ entwickelte Rechnungslegungsvorschriften haben die IFRS als solche keinen Rechtsnormcharakter.⁴⁰⁸ Sie erhalten aber durch die IAS-Verordnung⁴⁰⁹ und das dort vorgesehene Verfahren der Anerkennung durch die Kommission der Europäischen

⁴⁰⁴ MünchKommAktG/*Habersack* § 221 Rn. 352; *Kessler/Suchan* in MünchKommAktG, § 266 HGB Rn. 103. Auch die in der IDW-Stellungnahme offen gelassene Mindestdauer der Laufzeit wird dabei unterschiedlich angegeben. Die Vorschläge reichen von 5 Jahren (so etwa *Ulmer/W.Müller GmbHG Anh.* § 29 Rn. Rn. 38 mit Verweis auf § 10 Abs. 5 KWG) bis hin zu „15 – 25“ Jahren (*Ellrott/Krämer* in BeckBilKomm § 266 Rn. 186).

⁴⁰⁵ *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 517 ff.

⁴⁰⁶ *Lutter* DB 1993, 2441, 2444 f.; *Weinauer* FS Mailänder, S. 441, 453; *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 517 ff.

⁴⁰⁷ Dazu *Habersack*, Europ. GesR, § 8 Rn. 58. Zu verfassungsrechtlichen Bedenken vgl. *Kirchhof*, ZGR 2000, 681 ff.

⁴⁰⁸ *Habersack*, Europ. GesR, § 8 Rn. 61.

⁴⁰⁹ Verordnung Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.7.2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. Nr. L 243/1 v. 11.9.2002.

Gemeinschaft zwingende Geltung für die konsolidierten Abschlüsse kapitalmarktorientierter Gesellschaften. Zudem können nach § 315 a Abs. 3 HGB nicht kapitalmarktorientierte Gesellschaften ihren Konzernabschluss ebenfalls nach Maßgabe der durch die Kommission übernommenen IFRS erstellen. Auch wenn die IFRS damit nur eine eng begrenzte Bedeutung für die Rechnungslegung deutscher Gesellschaften aufweisen und ihre Tauglichkeit als Grundlage einer bilanzorientierten Ausschüttungssperre überwiegend skeptisch beurteilt wird,⁴¹⁰ ist die durch sie vorgenommene Grenzziehung von Fremdkapital und Eigenkapital als mögliches Modell zur Bestimmung des Eigenkapitals zu berücksichtigen. Die gilt umso mehr, als die IFRS ihrerseits ausdrücklich einen rechtsformunabhängigen Ansatz verfolgen.⁴¹¹

b) Die Grenzziehung zwischen Eigenkapital und Fremdkapital nach derzeitigem Stand der IFRS

Eine Grenzziehung zwischen Eigenkapital und Fremdkapital findet sich in den Textziffern 49 (b) und 49 (c) des Bezugsrahmens sowie in den IAS 1 und 32 der IFRS. Nach Tz. 49 (c) des Bezugsrahmens und IAS 32 .11 ist das Eigenkapital als Residualgröße aus bilanzierten Vermögenswerten abzüglich der Gesellschaftsschulden zu ermitteln. Damit setzt auch die Eigenkapitaldefinition der IFRS einen Schuldbegriff und damit die Kriterien zur Abgrenzung von Eigenkapital und Schulden voraus.⁴¹² IAS 32.11 ff. enthält eine sehr weit reichende Definition der Schulden. Nach IAS 32.11 Abs. 2 (a) und IAS 32. 16 (a) sind alle Finanzinstrumente, die - außerhalb der Gewinnverwendung - eine Verpflichtung der Gesellschaft zur Übertragung von Geld oder anderen Vermögenswerten vorsehen als Schulden zu klassifizieren.⁴¹³ Nach IAS 32.18 (b) ist eine Klassifizierung als Verbindlichkeit nunmehr auch dann vorzunehmen, wenn sich die Pflicht zur Abgabe von Vermögen erst nach einer Kündigung des Finanzinstruments ergibt. Daher können nach derzeitigem Stand der IAS wegen der Kündigungsmöglichkeit nach § 131 HGB und dem daraus fol-

⁴¹⁰ S. die amtliche Begründung des Bilanzrechtsreformgesetzes, BT/Drs. 15/3419, S. 23. Aus der Literatur etwa Arbeitskreis Bilanzrecht der Hochschullehrer Rechtswissenschaft, BB 2002, 2372, 2373 f.; *Kleindiek*, ZGR 2006, 335, 348; *Schön*, ZGR 2000, 706, 725 ff., 738; *ders.*, Konzern 2004, 162, 164. Deziert aA *Bezenberger*, Kapital, S. 151 ff.

⁴¹¹ S. Tz. 68 des IFRS-Bezugsrahmens.

⁴¹² *Kütting/Wirth/Dürr*, WPg 2006, 69, 70.

⁴¹³ *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 521; *Clemens/Hebestreit* in BeckIFRS-Handb., § 12 Rn. 5 ff.; *Kütting/Wirth/Dürr*, WPg 2006, 69, 70; *Lüdenbach/Hoffmann*, BB 2004, 1042; *Schubert*, WM 2006, 1035 f.

genden Abfindungsanspruch des Gesellschafters Einlagen in der IFRS-Bilanz einer Personhandelsgesellschaft nicht als Eigenkapital der Gesellschaft ausgewiesen werden.⁴¹⁴ Gleiches gilt für kündbare Genussrechte und kündbare stille Gesellschaften. Das gesellschaftsrechtliche Eigenkapital der Kapitalgesellschaften erfüllt zwar in der Regel die Eigenkapitalklassifikation nach IAS 32, doch ist aus der Perspektive der IFRS auch hier eine Klassifizierung als Fremdkapital geboten, wenn Gesellschafterkündigungsrechte gegenüber der Gesellschaft bestehen.⁴¹⁵

c) Der Vorschlag des International Accounting Standards Board zur Reform von IAS 32

Der rigide, allein auf das Vorhandensein einer potentiellen Pflicht zur Abgabe von Vermögenswerten abstellende Ansatz zur Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital durch IAS 32 wurde vielfach kritisiert.⁴¹⁶ Das IASB hat hierauf im Juni 2006 durch Veröffentlichung eines Vorschlags zur Ergänzung von IAS 32 mit Blick auf Finanzinstrumente, die nur einen Anspruch auf einen Anteil des jeweiligen Reinvermögens begründen (financial instruments puttable at fair value) und auf Pflichten des bilanzierenden Unternehmens, welche nur im Liquidationsfall entstehen, reagiert. Vorgesehen ist danach insbesondere eine gleich lautende Ergänzung von IAS 32.11 Abs. 2 (a) und 32.16 (a) um je zwei Rückausnahmen zur Definition der Verbindlichkeit. Danach soll erstens die Verpflichtung, im Falle der Auflösung der Gesellschaft einen Anteil des Reinvermögens der Gesellschaft zu zahlen und zweitens die Verpflichtung, ein Finanzinstrument auf Aufforderung zum Wert eines Anteils des Reinvermögens der Gesellschaft zu zahlen keine Verbindlichkeit begründen. Voraussetzung ist in beiden Fällen, dass alle Finanzinstrumente der tiefsten Rangklasse des bilanzierenden Unternehmens eine gleich lautende Verpflichtung enthalten.⁴¹⁷ Entgegen der Verlautbarung des IASB⁴¹⁸ stellt die vorgeschlagene Ergänzung materiell eine tiefgehende Änderung der Grenzziehung zwischen Eigenkapital und Fremdkapital nach

⁴¹⁴ So die ganz hM, s. *Clemens/Hebestreit* in BeckIFRS-Handb. § 12 Rn. 88; IDW, WPg 2005, 670, 674, Tz. 46 ff.; *Hennrichs*, Wpg 2006, 1253, 1254; *Kohler*, ZHR 170 (2006), 101, 102; *Küttig/Wirih/Dürr*, WPg 2006, 69, 71. *Sieker*, ZIP 2007, 849, 851 ff. AA *Lüdenbach/Hoffmann*, BB 2004, 1042, 1043 ff.

⁴¹⁵ IDW, WPg 2005, 670, 675.

⁴¹⁶ S. statt vieler *Hennrichs*, Wpg 2006, 1252, 1258 f.; *Kohler*, ZHR 170 (2006), 101, 106, 108 f.; *Schubert*, WM 2006, 1033, 1036 f. und *Sieker*, ZIP 2007, 849, 852 f. *Hennrichs* a.a.O. S. 1260 und *Sieker* a.a.O. S. 855 sprechen sich sogar für die Unwirksamkeit der Anerkennung von IAS 32 durch die Kommission der Europäischen Gemeinschaft aus, da der Bilanzierungsstandard gegen höherrangiges europäisches Recht verstoße.

⁴¹⁷ IASB, Exp. Draft – Amendment to IAS 32, S. 13 f.

⁴¹⁸ IASB, Exp. Draft – Amendment to IAS 32, S. 9.

IFRS dar: An die Stelle der rigiden Abgrenzung nach dem Vorhandensein eines Anspruches auf Abgabe von Geldmitteln, und damit materiell nach der Dauerhaftigkeit der Überlassung, tritt eine inhaltliche Bestimmung des Eigenkapitals, die an der Verlustteilnahme und der Nachrangigkeit überlassener Mittel anknüpft.

5. Eigener Ansatz: Das Fehlen einseitiger Rückforderungsrechte als notwendiges Merkmal des Eigenkapitals

Bereits in der Einleitung dieses Kapitels war festzuhalten, dass die Bestimmung des Eigenkapitals keine betriebswirtschaftliche, sondern eine juristische Aufgabe darstellt.⁴¹⁹ Auch die Diskussion der Eigenkapitalkriterien sollte daher ihren Ausgangspunkt bei den gesetzlichen Vorgaben nehmen. Damit sind zunächst die gemeinsamen Merkmale derjenigen Finanzierungstitel zu bestimmen, die nach dem Gesetz Eigenkapital darstellen. Finanzierungstitel, die sich durch ihre rechtliche Struktur oder durch typische Merkmale von den im Gesetz als Eigenkapital genannten Finanzierungsmitteln unterscheiden, sind hingegen nur dann als Eigenkapital zu erfassen, wenn hierfür überzeugende juristische Gründe angeführt werden können.

Richtig erscheint es daher, die Zuordnung zu Fremd- oder Eigenkapital nicht durch Gesamt abwägung zu treffen, sondern zwischen notwendigen und typischen Merkmalen des Eigenkapitals zu differenzieren.⁴²⁰ Dabei konnten bereits als zentrale Elemente des Eigenkapitals die Nachrangigkeit und die Teilnahme an Verlusten identifiziert werden.⁴²¹ Finanzierungsmittel, die gegenüber Drittverbindlichkeiten der Gesellschaft nicht nachrangig sind, oder die nicht am Verlust der Gesellschaft teilnehmen, können deshalb nicht als Eigenkapital gewertet werden.

Allen nach HGB ausdrücklich als Eigenkapital auszuweisenden Mitteln ist schließlich das Fehlen eines individuellen schuldrechtlichen Anspruchs des Gesellschafters ge-

⁴¹⁹ Oben, Kap. 2, B. I.

⁴²⁰ Zutreffend K. Schmidt, GesR, S. 515.

⁴²¹ S. oben, Kap. 2, B. III. 1 und 2. AA hinsichtlich der Verlustteilnahme Habersack, ZHR 1997, 457, 480.

meinsam.⁴²² Dieses gemeinsame Strukturmerkmal gewinnt durch seine Rückwirkungen auf die bereits als zentral erkannten Kriterien der Nachrangigkeit und der Verlustteilnahme zusätzliche Bedeutung: Nachrangigkeit und Verlustteilnahme folgen für die im HGB ausdrücklich als Eigenkapital genannten Mittel aus dem Zusammenspiel des Fehlens eines Rückforderungsrechtes mit den Verteilungsvorschriften in Insolvenz und Liquidation des Rechtsträgers und damit unabhängig von rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen der Gesellschafter.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen den nach HGB ausdrücklich als Eigenkapital bezeichneten Mitteln und solchen Finanzierungstiteln, hinsichtlich derer ein – wenn auch vereinbarungsgemäß nachrangiger und verlustsensitiver - individueller Anspruch auf Rückzahlung besteht, liegt schließlich in der Bindung dieser Finanzierungsmittel. Zwar ist es richtig, dass verschiedene Eigenkapitalpositionen der Kapitalerhaltung in höchst unterschiedlichem Maße unterliegen, doch setzt eine Ausschüttung entsprechender Beträge an die Gesellschafter in nahezu⁴²³ allen Varianten eine korrespondierende Entscheidung der Gesellschaftsorgane voraus, während ein individueller schuldrechtlicher Anspruch von Rechts wegen zu erfüllen ist.⁴²⁴ Die daraus resultierenden Unterschiede in der Bindung mögen für einen außen stehenden Gesellschaftsgläubiger vernachlässigbar erscheinen; für gegenwärtige und potentielle Gesellschafter erlangen sie aber große Bedeutung, weil und soweit diese auf die Auflösung und Ausschüttung von Rücklagen Einfluss nehmen können, nicht aber auf Geltendmachung schuldrechtlicher Ansprüche durch Dritte.⁴²⁵ Finanzierungsmittel, hinsichtlich derer ein einseitiges Rückforderungsrecht des Finanzierenden besteht, sind daher grundsätzlich keine Eigenmittel der Gesellschaft und damit auch kein Eigenkapital.⁴²⁶

Damit ist im Ausgangspunkt dem derzeitigen Ansatz der IFRS zu folgen; eine wesentliche Abweichung gegenüber dem derzeitigen Konzept der IFRS ist indes für die Mög-

⁴²² Zutreffend *Bezenberger*, Kapital, S. 79.

⁴²³ S. zu den Entnahmerechten im Recht der Personengesellschaften sogleich.

⁴²⁴ Eingehend *MünchKommAktG/Kropff* § 272 HGB Rn. 146; im Ergebnis ebenso *Bezenberger*, Kapital, S. 79.

⁴²⁵ *MünchKommAktG/Kropff* § 272 HGB Rn. 146 f.

⁴²⁶ *Groh*, BB 1993, 1882, 1889 und *ders.*, BB 1995, 559 f. *MünchKommAktG/Kropff* § 272 Rn. 146 f.; *KK/Lutter* Vor § 182 Rn. 3 f.; *Wiedemann*, FS Beusch, S. 893, 896 f.

lichkeit eines Ausscheidens aus der Gesellschaft zu machen. Wie oben bereits dargestellt sehen die IFRS in dem Ausscheiden gegen Abfindung eine potentielle Verpflichtung zur Übertragung von Geldmitteln an den Gesellschafter und Verweigern deshalb den Ausweis entsprechender Einlagen als Eigenkapital. Aber auch umgekehrt wird die Tatsache, dass die Gesellschafterstellung in Personengesellschaften kündbar ist, Einlagen aber nach §§ 266, 264 c HGB gleichwohl als Eigenkapital auszuweisen sind, als Argument für den Eigenkapitalausweis von kündbaren Darlehen, kündbar oder befristet überlassenen Genussrechten und Einlagen stiller Gesellschaften herangezogen. Beide Auffassungen vermögen indes nicht zu überzeugen. Ihr gemeinsamer Schwachpunkt liegt in der Gleichsetzung der Kündigung der Gesellschafterstellung mit der Kündigung der Finanzierungsmittel selbst. Hierzu ist zunächst bereits formal festzuhalten, dass nach geltendem Recht auch in der Personengesellschaft nicht die Einlage gekündigt und zurückgefordert werden kann, sondern nur die Gesellschaft selbst. Mit diesem formalen Unterschied verknüpfen sich auch inhaltliche Differenzierungen. So ist nach zutreffender herrschender Meinung die Gesellschaft nur insgesamt kündbar, während bei Genussrechten und Darlehen grundsätzlich auch eine Teilkündigung in Betracht kommt. Vor allem geht die Rechtswirkung der Kündigung der Gesellschaft über die Rückzahlung der Einlage deutlich hinaus: Mit der Kündigung der Gesellschaft beendet der Gesellschafter seine Gesellschafterstellung und verliert damit die mit ihr verbundenen, gerade im Personengesellschaftsrecht ausgeprägten mitgliedschaftlichen Rechte.

Von der Möglichkeit der Kündigung der Gesellschaft und den daraus resultierenden Abfindungsrechten ist die Kapitalentnahme zu unterscheiden. Kapitalentnahmerechte ermöglichen dem Gesellschafter der Personengesellschaft ein einseitiges Zugriffsrecht auf Mittel der Gesellschaft und stehen damit in einem Spannungsverhältnis zu der hier vertretenen Konzeption des Eigenkapitals. Dabei bilden die gesetzlichen Entnahmerechte allerdings lediglich einen Ausgleich für die mit der Selbstorganschaft verbundenen Leitungstätigkeiten des Gesellschafters, und sollten deshalb als echte Ausnahme den Eigenkapitalcharakter der von den Entnahmerechten betroffenen Gesellschaftsmittel nicht in Frage stellen. Vergleichbares sollte für solche Entnahmerechte gelten, die ihren Grund darin finden, dass der Gesellschafter der Personengesellschaft und nicht die Personengesellschaft selbst Steuersubjekt ist, und der Gesellschafter deshalb die aus der Gesellschaftstätigkeit erwachsende Steuerlast zunächst selbst zu tragen hat. Indes ist nach der hier vertretenen Konzep-

tion anders zu entscheiden, wenn der Gesellschaftsvertrag weitergehende Kapitalentnahmen zulässt.

C. Finanzierungsfreiheit und Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters

I. Zum Grundsatz der Finanzierungsfreiheit

Abgesehen von den gesetzlichen Mindestkapitalanforderungen für GmbH, AG und SE, den Kapitalsicherungsvorschriften und den Insolvenzantragspflichten überlässt es das deutsche Recht grundsätzlich und vorbehaltlich der nachfolgend zu diskutierenden Einschränkungen den Inhabern einer Gesellschaft, über deren Finanzausstattung selbst zu bestimmen.⁴²⁷ Die Beteiligten können daher im Ausgangspunkt frei entscheiden, ob sie der Gesellschaft Finanzmittel darlehensweise überlassen⁴²⁸ oder als Einlagen und damit als Eigenmittel zur Verfügung stellen. Die Finanzierungsfreiheit ermöglicht den Gesellschaftern die nötige Flexibilität bei der Unternehmensfinanzierung,⁴²⁹ zumal gesellschaftsrechtliche, betriebswirtschaftliche und steuerliche Gründe für die Finanzierung einer Gesellschaft durch Gesellschafterdarlehen sprechen können⁴³⁰ und allgemeine Aussagen über eine verbindliche Kapitalstruktur mit den Mitteln der Finanzierungstheorie nicht zu gewinnen sind.⁴³¹

⁴²⁷ Heute nahezu einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur, s. BGHZ 75, 334, 337; BGHZ 76, 326, 330, BGHZ 81, 252, 257; BGHZ 90, 381, 390. BGHZ 127, 17, 23. Aus der Literatur grundlegend *Ulmer*, ZIP 1984, 1163, 1166. Daneben *Fleischer*, Finanzplankredite, S. 91; *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 2; *K. Schmidt*, GesR, S. 526, *Staudinger/Hopt/Mülbert* § 607 Rn. 124, jew. mit weiteren Nachw. Missverständlich *MünchKommInsO/Stodolkowitz* § 135 Rn. 3: Finanzierungsfreiheit sei die Freiheit der Gesellschafter darüber, ob und auf welche Weise sie die Gesellschaft am Leben erhalten wollen.

⁴²⁸ Mit der Folge, dass diese auch im Jahresabschluss als Verbindlichkeiten des Unternehmens auszuweisen sind, BGHZ 124, 282, 284.

⁴²⁹ *K. Schmidt*, GesR, S. 527.

⁴³⁰ So bereits BGHZ 76, 326, 330. Aus der Literatur *Fleischer*, Finanzplankredite, S. 10 ff.; *Ulmer/Habersack* §§ 32 a/b Rn. 10; *Lutter/Hommelhoff*, ZGR 1979, 31, 52; *Scholz/K. Schmidt* §§ 32a/b Rn. 4, 7; *Wiedemann*, FS Beusch, S. 893, 899 f.

⁴³¹ Grundlegend *Modigliani/Miller*, *AmEcRev* 48 (1958), 261 ff. Insbesondere in der juristischen Rezeption des Ersten Modigliani/Miller-Theorems wird freilich bisweilen übersehen, dass deren Modell zum Nachweis der Irrelevanz der Kapitalstruktur auf der ausdrücklichen Prämisse der Abwesenheit von Steuern, Insolvenzkosten und asymmetrischen Informationen bei gleichzeitigem Vorhandensein eines effizienten Kapitalmarkts basiert.

Es kommt hinzu, dass die Darlehensgewährung von Muttergesellschaften an ihre Töchter nach den Begriffsbestimmungen zur Nomenklatur im Anhang der Richtlinie 88/361/EWG als wesentliches Beispiel für langfristige Kredite im Sinne des Punktes I.3. dieser Nomenklatur gelten, und damit nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich im Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit liegen.⁴³² Einzelne Literaturstimmen, die eine generelle Gleichstellung von Gesellschafterkrediten mit Haftkapital befürworteten,⁴³³ konnten sich daher zu Recht ebenso wenig durchsetzen, wie die frühere Rechtsprechung des Dritten Senats des Bundesfinanzhofs, der im Rahmen der Einheitswertfeststellung die Darlehensgewährung durch Gesellschafter bereits dann als verdecktes Stammkapital behandelte, wenn die Zuführung weiterer Mittel objektiv notwendig und das Einspringen des Gesellschafters mangels anderer Finanzierungsquellen zwingend war.⁴³⁴

II. Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters - Bindung und Nachrang durch die Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen

1. Einführung

Die Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters erfährt nach derzeitigem Recht in der Krise der Gesellschaft eine wesentliche Einschränkung dadurch, dass in der Krise gewährte oder stehen gelassene Gesellschafterhilfen den Regeln über eigenkapitalersetzende Gesell-

⁴³² S. dazu, dass der EuGH zur Auslegung des Begriffs der Kapitalverkehrsfreiheit in Art. 56 EG die Nomenklatur im Anhang der Richtlinie 88/361/EWG heranzieht EuGH Rs. C-222/97, *Trummer und Mayer*, Slg. 1999 I-1661, 1678 f. (Rn. 20 f.); Rs. C-483/99, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2002, I-4781, Rn. 36 f.; Rs. C-98/01, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg. 2003, I-4641, Rn. 39 f. Aus der Literatur *Habersack*, *Europ. GesR*, § 3 Rn. 29 und *Kainer*, *ZHR* 168 (2004) 542, 553 ff. Zurückhaltend gegenüber dieser Rechtsprechung hingegen GA *Colomer*, *Schlussantrag v. 13. 02. 2007*, Rs. C-112/05, *Kommission/Deutschland*, ZIP 2007, 574, Rn. 57 ff. S. schließlich zu dem Spannungsverhältnis von Kapitalverkehrsfreiheit und Insolvenzanfechtung von Gesellschafterdarlehen nach Art. 9 Nr. 7 und Nr. 4 des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 29. 05. 2006 *Oechsler*, *NZG* 2007, 161, 165 f.

⁴³³ So für die personalistische GmbH *Immenga*, *Kapitalgesellschaft*, S. 423. Krit. zur Gesellschafterfinanzierung durch Darlehen *Flume*, *Die juristische Person*, S. 83.

⁴³⁴ BFHE 71, 403. Diese Rechtsprechung hat der Senat mit Urteil vom 10. 3. 1972, BFHE 105, 160 aufgegeben und sich der bereits zuvor die Finanzierungsfreiheit betonenden Rechtsprechung der Ertragsteuerenate (s. z.B. BFHE 68, 515; BFHE 84, 539) angeschlossen. Dazu auch die nachfolgenden Urteile des Dritten Senats BFHE 111, 534 und BFH, *Urt. v. 25. 2. 1983*, III R 21/82 (nicht veröffentlicht). Vgl. aber zu Beschränkungen der ertragsteuerlichen Anerkennung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach derzeitigem Recht § 8 a KStG.

schafterleistungen unterliegen.⁴³⁵ Die mit diesem Rechtsinstitut zahlreich verbundenen Fragen sind im Rahmen dieser Arbeit nicht im Einzelnen auszubreiten. Die nachfolgende Diskussion des Rechts eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen dient vielmehr dem spezifischem Zweck, von dem anerkannten Fall einer Bindung von Gesellschafterdarlehen ausgehend weitere Konstellationen einer gesetzlichen Bindung von Finanzierungsmitteln diskutieren zu können und so den Anwendungsbereich rechtsgeschäftlicher Subordination durch Abgrenzung zu bestimmen. Daher sind Tatbestand und Rechtsfolgen lediglich im Überblick wiederzugeben und vertiefte Ausführungen können sich auf den Rechtsgrund der Bindung, die Rolle des Nachrangs und die Ähnlichkeit von eigenkapitalersetzenden Darlehen und Eigenkapital⁴³⁶ beschränken. Zudem soll von dem Grundfall einer Darlehensgewährung ausgegangen werden, und die Erörterung kann nahezu vollständig auf die Rechtsprechungsregeln begrenzt werden.

2. Rechtsfolgen, Tatbestand und Anwendungsbereich im Überblick

a) Rechtsfolgen

Nach der Rechtsprechung des BGH unterliegen eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen neben den nunmehr in §§ 32 a Abs. 1, 32 b GmbHG, § 135 InsO und § 6 AnfG normierten Folgen einer Rückzahlungssperre analog § 30 GmbHG.⁴³⁷ In der Folge dürfen, soweit und solange Darlehen den Regeln über Eigenkapitalersatz unterliegen, weder Zins-⁴³⁸ noch Tilgungsleistungen⁴³⁹ verlangt und erbracht werden. Gleichwohl erhalte-

⁴³⁵ Zum Normativen Charakter der Bindung Michalski/*Fleischer* Syst. Darstellung 6 Rn. 125.

⁴³⁶ Die Einordnung kapitalersetzender Gesellschafterleistungen als materielles oder funktionales Eigenkapital ist insbesondere in der Literatur weit verbreitet. Exemplarisch *Goette*, ZHR 162 (1998), 223, 224; *ders.* DStR 1999, 1201; *Habersack*, ZHR 161 (1997) 457, 460 f.

⁴³⁷ St. Rechtsprechung seit BGHZ 31, 258, 272; s. aus jüngerer Zeit BGHZ 127, 17, 23 ff.; BGHZ 140, 147, 149 f.; zur Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln auch nach der GmbHG-Novelle von 1980 BGHZ 90, 370, 376 ff. = NJW 1984, 1891; aus der Literatur statt aller Roth/*Altmeyen*, GmbHG, 4. Aufl., § 32 a Rn. 107 ff; Ulmer/*Habersack* GmbHG §§ 32a/b Rn. 24, 206 ff.; *Huber* in FS Priester, S. 259, 264 ff.; *Lutter/Hommelhoff* §§ 32a/b Rn. 10 ff.; Scholz/*K.Schmidt*, GmbHG, §§ 32a, 32b Rn. 19 ff., 77 ff.

⁴³⁸ BGHZ 109, 55, 61; Ulmer/*Habersack* §§ 32a/b Rn. 215 (mit zutreffenden Hinweis auf den davon unberührten Zinslauf); *Hueck/Fastrich* in Baumbach/*Hueck* § 32a Rn. 95; *Lutter/Hommelhoff* §§ 32a/b Rn. 104 (mit unzutreffender Stellungnahme gegen die Passivierung anfallender, aber von § 30 GmbHG analog erfasseter Zinsen in der Handelsbilanz. Richtig ist demgegenüber, die bilanzielle Darstellung der Zinsen dem Ausweis der Hauptforderung anzugleichen).

⁴³⁹ *Hueck/Fastrich* in Baumbach/*Hueck* § 32a Rn. 95;*

ne Leistungen der Gesellschaft sind analog § 31 GmbHG zu erstatten.⁴⁴⁰ In der Insolvenz der Gesellschaft sind die Darlehensforderungen gemäß § 32 a Abs. 1 GmbHG, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig; zuvor erbrachte Leistungen der Gesellschaft sind in der Insolvenz nach § 135 InsO, außerhalb der Insolvenz nach § 6 AnfG anfechtbar. Dabei verstricken die Novellenregeln der § 32a/b GmbHG das Darlehen insgesamt, während das Rückzahlungsverbot analog § 30 GmbHG nach allgemeiner Meinung nur soweit reicht, als „durch die Rückzahlung das Stammkapital angegriffen oder eine Überschuldung herbeigeführt oder vertieft würde“.⁴⁴¹

b) Tatbestand

Die Regeln über eigenkapitalersetzende Darlehen greifen ein, wenn ein Gesellschafter seiner Gesellschaft in der Krise der Gesellschaft⁴⁴² ein Darlehen oder eine sonstige Finanzierungshilfe neu gewährt, oder ein bereits bestehendes Darlehen oder eine bestehende Finanzierungshilfe nicht von der Gesellschaft abzieht, sondern stehen lässt.⁴⁴³ Ein Ausnahme kommt – abgesehen von den in § 32 a Abs. 3 S. 2 und S. 3 GmbHG ausdrücklich normierten Privilegierungen von kleinbeteiligten Gesellschaftern und von Gesellschafter, die ihre Beteiligung aus Gründen der Unternehmenssanierung erworben haben – nach der Rechtsprechung des BGH allenfalls für kurzfristige Überbrückungskredite in Betracht,⁴⁴⁴ wobei die zulässige Höchstdauer der Kreditgewährung in Anlehnung an die Überlegensfrist des § 64 Abs. 1 GmbHG drei Wochen beträgt.⁴⁴⁵

⁴⁴⁰ Allg. Meinung, s. etwa *Ulmer/Habersack GmbHG §§ 32a/b Rn. 220 ff.*; *Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck*, § 32a Rn. 96; *Lutter/Hommelhoff §§ 32a/b Rn. 106*.

⁴⁴¹ So wörtlich oder nahezu wörtlich die Rechtsprechung s. BGHZ 76, 326, 332 f.; BGHZ 81, 311, 318; BGHZ 81, 365, 367; BGHZ 90, 370, 378; BGH NJW 1990, 1730, 1731. Aus der Literatur etwa *Ulmer/Habersack GmbHG §§ 32a/b Rn. 213*; *Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck § 32 a Rn. 95*; *Lutter/Hommelhoff § 32a/b Rn. 102*; missverständlich hingegen BFH ZIP 2006, 249, 252 f.

⁴⁴² Ausführlich zum Begriff der Krise und seinen Tatbestandsmerkmalen BGHZ 105, 168, 175 f.; BGHZ 127, 17, 23 f.; BGH NJW 1995, 457; BGH ZIP 2004, 1049, 1051 f. Aus der Literatur etwa *Ulmer/Habersack GmbHG §§ 32a/b Rn. 58 ff.*; *Huber/Habersack in Lutter, Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, S. 370, 376 ff.; *Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck § 32 a Rn. 46 ff.*

⁴⁴³ Ausführlich zum Tatbestand eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen *Ulmer/Habersack GmbHG §§ 32a/b Rn. 39 ff.*; *Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck § 32 a Rn. 16 ff.*, 93; *Lutter/Hommelhoff §§ 32a/b Rn. 18 ff.*

⁴⁴⁴ BGHZ 75, 334, 337; BGHZ 90, 381, 394; BGH ZIP 1995, 23, 24; BGH ZIP 1997, 1648, 1650; BGH ZIP 2006, 2130. *Haas*, DJT 66 (2006) E-63. Ablehnend *Ulmer/Habersack GmbHG §§ 32a/b Rn. 80*; *Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck § 32 a Rn. 29*; *Scholz/K.Schmidt §§ 32a, 32b Rn. 43*.

⁴⁴⁵ So ausdrücklich BGH ZIP 2006, 2130.

c) Adressaten der Regeln über Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen

Die weitgehend zum Recht der GmbH entwickelten Grundsätze zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen sind auf Personenhandelsgesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist⁴⁴⁶ und im Aktienrecht⁴⁴⁷ entsprechend anzuwenden. Obschon sich dabei im Fall der Personenhandelsgesellschaften die für § 30 GmbHG relevante Frage nach Entstehen oder Vertiefen einer Unterbilanz auf die Komplementär-GmbH bezieht, und bei der OHG nach § 129 a HGB zudem nur die mittelbaren Gesellschafter erfasst werden,⁴⁴⁸ kann doch die entsprechende Anwendung der Rechtsprechungsregeln mittelbar zu einer eigenkapitalähnlichen Bindung von Gesellschafterdarlehen der KG und Darlehen mittelbarer Gesellschafter der OHG führen.⁴⁴⁹

3. Das geltende Eigenkapitalersatzrecht in der Kritik: Komplexität, Rechtsgrund und Korrelation von Rechtsgrund und Rechtsfolgen

a) Einleitung

Das Recht eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen ist in den letzten Jahren verstärkt in die Kritik geraten. Mit dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Rechts der GmbH⁴⁵⁰ liegt ein Vorschlag für eine weitgehende Umgestaltung vor, der seinerseits ganz wesentlich auf Reformvorschlägen aus der Rechtswissenschaft⁴⁵¹ beruht.

⁴⁴⁶ S. zur Kommanditgesellschaft § 172 a HGB, zur OHG § 129 a HGB.

⁴⁴⁷ Zu eigenkapitalersetzenden Aktionärsleistungen grundlegend BGHZ 90, 381, 386 f. Aus dem Schrifttum namentlich MünchKommAktG/Bayer § 57 Rn. 160 ff.; Habersack ZHR 162 (1998), 201; GroßKommAktG/Henze § 57 Rn. 57; Hüfner § 57 Rn. 17.

⁴⁴⁸ Während die unmittelbaren Gesellschafter ohnehin nach § 128 HGB haften. Dazu Staub/Habersack (1997) § 129 a Rn. 11, 14.

⁴⁴⁹ S. dazu, dass die Tilgung eines Darlehens durch die OHG zu einer Unterbilanz auf der Ebene der GmbH führen kann Staub/Habersack (1997) § 129 a Rn. 14.

⁴⁵⁰ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 29. 05. 2006. Dazu Bayer/Graff, DSStR 2006, 1654, 1655 ff.; T. Bezenberger, FS Bezenberger, S. 23, 27.

⁴⁵¹ S. den Reformvorschlag von U. Huber und M. Habersack: Huber/Habersack, in: Lutter, Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 370, 390 ff. sowie dies., BB 2006, 1 ff.

Die Kritik am gegenwärtigen Rechtsstand bezieht sich zum einen auf die als über-
groß empfundene Komplexität des Nebeneinanders von Rechtsprechungs- und Novellen-
regeln,⁴⁵² und auf einen vorgeblichen Mangel an ökonomischer Effizienz des Kapitaler-
satzrechts.⁴⁵³ Zum anderen wird das Fehlen eines sachlichen Grundes für die Rücksetzung
und Sperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen behauptet,⁴⁵⁴ oder, soweit
man die Rechtfertigung in der Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters
sieht, auf eine mangelhafte Korrelation von sachlichem Grund und rechtlicher Ausgestal-
tung des Eigenkapitalersatzes hingewiesen. Die beiden letztgenannten Kritikpunkte betref-
fen die Stellung kapitalersetzender Darlehen als „materielles Eigenkapital“ und, wie zu
zeigen sein wird, die Finanzierungsfolgenverantwortung als Rechtfertigung eines gesetzli-
chen Nachrangs. Sie sind daher nachfolgend aufzugreifen.

b) Finanzierungsfolgenverantwortung als Aufgreifkriterium und sachlicher Grund der Rückstufung von Gesellschafterdarlehen

In der frühen Rechtsprechung von Reichsgericht⁴⁵⁵ und Bundesgerichtshof⁴⁵⁶ wie
auch in dem ersten Versuch einer gesetzlichen Regelung eigenkapitalersetzender Gesell-
schafterdarlehen⁴⁵⁷ wurde die Rückstufung von Gesellschafterdarlehen mit der Schädigung
außen stehender Gläubiger durch Darlehensgewährung an eine unterkapitalisierte Gesell-
schaft verbunden und damit in den Kontext einer Pflicht zur Gewährung von Eigenkapital
gestellt.⁴⁵⁸ Allerdings trafen die Folgen der eigenkapitalersetzenden Verstrickung von An-
fang an primär denjenigen Gesellschafter, der das Darlehen gewährt hatte, während andere
Gesellschafter – die einer Pflicht zur Kapitalisierung durch Eigenkapital in gleicher Weise

⁴⁵² S. *Grunewald/Noack*, GmbHR 2005, 189, 193; *Huber/Habersack* in Lutter, Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 370, 390; *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck § 32a Rn. 1, 92; *Kallmeyer*, GmbHR 2004, 377, 378. Wohl auch *Lutter/Hommelhoff* § 32a/b Rn. 16 („kompliziertes Nebeneinander“), s. aber auch *dies.* a.a.O. Rn. 1 (Recht eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen als abgestimmtes System). AA *Goette*, ZHR 162 (1998), 223, 229.

⁴⁵³ S. zur Kritik des Eigenkapitalersatzes mit den Mitteln der ökonomischen Analyse des Rechts einerseits exemplarisch und mit zahlreichen weiteren Nachweisen *Engert*, ZGR 2004, 813, 815 ff., andererseits *K. Schmidt*, GmbHR 2005, 797, 798 f.

⁴⁵⁴ *T. Bezenberger*, FS Bezenberger, S. 23 ff.; *Buck*, S. 102 ff., 195 ff., 336 ff.; *Engert*, ZGR 2004, 815 ff.; *Grunewald*, GmbHR 1997, 7 ff.; *dies./Noack*, GmbHR 2005, 193.

⁴⁵⁵ RG JW 1938, 862

⁴⁵⁶ BGHZ 31, 258, 268 ff. mit Ausdrücklichem Hinweis auf die Analogie zu §§ 30 f. GmbHG.

⁴⁵⁷ § 36 Abs. 1 GmbHG-Entwurf 1939. Dazu *Bayer/Graff*, DStR 2006, 1654.

⁴⁵⁸ Überblick über die historische Entwicklung bei *Bayer/Graff*, DStR 2006, 1654 f. S. auch *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 8.

unterlägen – allenfalls durch eine Ausfallhaftung analog § 31 Abs. 3 GmbHG betroffen waren. Schon bald wurde daher die Verstrickung eigenkapitalersetzender Darlehen mit der Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters begründet. Nach ihr ist es dem Gesellschafter möglich, in der Krise der Gesellschaft entweder die Kapitalisierung durch Eigenkapital sicherzustellen oder die Liquidierung der Gesellschaft herbeizuführen. Entschieden er sich statt dessen für eine Finanzierung der Gesellschaft durch Gesellschafterdarlehen oder sonstige Finanzierungshilfen aus Gesellschafterhand, so soll er sich außen stehenden Gläubigern der Gesellschaft gegenüber nicht auf den Darlehenscharakter der überlassenen Mittel berufen können.⁴⁵⁹ Ergänzend entspricht es heute allgemeiner Meinung, dass die Regeln über den Eigenkapitalersatz keine gesetzliche Pflicht zur Ausstattung der Gesellschaft mit angemessenem Eigenkapital begründen.⁴⁶⁰

c) Kritik am Grundsatz der Finanzierungsfolgenverantwortung

Auch wenn der Gedanke der Finanzierungsfolgenverantwortung heute in Rechtsprechung⁴⁶¹ und Schrifttum⁴⁶² weite Verbreitung gefunden hat und geeignet ist, das Grundanliegen des Rechts eigenkapitalersetzender Darlehen zu umschreiben, bleiben zwei Fragen ungelöst: So lässt sich zum einen mit der Finanzierungsfolgenverantwortung selbst nicht begründen, warum den Gesellschafter eine Finanzierungsfolgenverantwortung überhaupt trifft.⁴⁶³ Zum anderen lassen sich die am Schutz des Eigenkapitals orientierten Rechtsprechungsregeln nicht bruchlos mit einer oben skizzierten Finanzierungsfolgenverantwortung vereinbaren.

⁴⁵⁹ So die nunmehr ständige Rechtsprechung, s. BGHZ 127, 17, 29; BGHZ 127, 336, 344 f.; BGHZ 140, 147, 150; BGH ZIP 2005, 484, 485. Aus der Literatur eingehend *Haas*, 66. DJT 2006, E 52 f., 57 f.; und *Habersack*, ZHR 162 (1998) 201, 203 ff. Daneben etwa *Ulmer/Habersack* §§ 32 a/b Rn. 12; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck* § 32 a Rn. 1 f.; *Lutter/Hommelhoff* §§ 32a/b Rn. 3 f.

⁴⁶⁰ BGHZ 127, 344; BGHZ 105, 175. Aus der Literatur *Goette*, ZHR 162 (1998) 223, 224; *Ulmer/Habersack GmbHG* §§ 32a/b Rn. 9; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck* § 32 a Rn. 2; *Scholz/K. Schmidt* §§ 32a, 32b Rn. 3 f.

⁴⁶¹ BGHZ 127, 17, 29; BGHZ 127, 336, 344 f.; BGHZ 140, 147, 150; BGH ZIP 2005, 484, 485.

⁴⁶² *Haas*, 66. DJT 2006, E 52 f., 57 f.; *Habersack*, ZHR 162 (1998) 201, 203 ff.; *Ulmer/Habersack* §§ 32 a/b Rn. 12; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck* § 32 a Rn. 1 f.; *Lutter/Hommelhoff* §§ 32a/b Rn. 3 f. S.; *Scholz/K. Schmidt* §§ 32a, 32b Rn. 4; schließlich *Bork*, ZGR 2007, 250, 257 f., der auch auf der Basis des durch den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vorgeschlagenen Reformmodells an der Finanzierungsfolgenverantwortung als Rechtfertigung festhalten möchte. Insoweit aA *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1932, 1934.

⁴⁶³ S. statt vieler *Haas*, NZI 2001, 1,2; *ders.* DJT 66 (2006) E- 57; *Habersack*, ZHR 162 (1998), 201, 204 f.

(1) Die These der Eigenkapitalfunktion von Gesellschafterdarlehen

Was zunächst den Grund für die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters angeht, so wird in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes⁴⁶⁴ wie auch in zahlreichen Stellungnahmen der Literatur⁴⁶⁵ die Figur des funktionellen Eigenkapitals bemüht: Danach stelle der Gesellschafter seiner Gesellschaft zwar formal Fremdkapital zur Verfügung, doch habe dieses Fremdkapital für die Gesellschaft als Mittel der Krisenfinanzierung die Funktion von Eigenkapital, da es der an sich sanierungsbedürftigen Gesellschaft die weitere Existenz ermögliche, dabei aber zugleich das Risiko der außen stehenden Gläubiger erhöhe.⁴⁶⁶ Der Gesellschafter müsse es sich dann gefallen lassen, dass seine gewährte Hilfe auch rechtlich als das behandelt wird, was sie in Wirklichkeit darstelle, nämlich (funktionelles) Eigenkapital.⁴⁶⁷ Mit diesem Denkmodell korreliert die Bezeichnung als Eigenkapitalersatz und die analoge Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG nach den Rechtsprechungsregeln des Bundesgerichtshofs.⁴⁶⁸

(2) Kritik an der These der Eigenkapitalfunktion von Gesellschafterdarlehen

Der Gedanke des funktionellen Eigenkapitals kann indes im Ergebnis nicht überzeugen. Ein Vergleich mit den oben entfalteten Charakteristika des tatsächlichen Eigenkapitals der Gesellschaft zeigt, dass Gesellschafterdarlehen weder in der Krise der Gesellschaft funktionell Eigenkapital darstellen, noch durch das Eingreifen des Eigenkapitalersatzrechts eigenkapitalähnlich „umqualifiziert“ werden. Eine funktionelle Ähnlichkeit mit Eigenkapital, die ja die Vergleichbarkeit der Tatbestände erst begründen und damit eine Analogie rechtfertigen könnte, ist für Gesellschafterdarlehen vor dem Eingreifen des Kapitalersatzrechts schon deshalb nicht zu erkennen, weil die Darlehensgewährung, anders als Eigenkapital, einen Rückzahlungsanspruch begründet⁴⁶⁹ (der ja erst durch die „Umqualifizierung“

⁴⁶⁴ BGHZ 127, 17, 29.

⁴⁶⁵ *Raiser/Veil*, GesellschaftsR, § 38 Rn. 1; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Pentz* § 32 a Rn. 17.

⁴⁶⁶ Besonders deutlich Ulmer/*Habersack* GmbHG §§ 32a/b Rn. 12 und *Goette*, ZHR 162 (1998), 223, 224.

⁴⁶⁷ So besonders deutlich *Goette*, ZHR 162 (1998), 223, 224 sowie *ders.*, DSStR 1999, 1201. S. auch die amtliche Begründung der Novellenregeln BT-Drs. 8/1347, S. 39. Ähnlich bereits die Lufttaxi Entscheidung des BGH, BGHZ 31, 258 ff., 272, bei der freilich als Besonderheit hinzukam, dass die Gesellschafter selbst die Darlehensmittel in der Überschuldungsbilanz unberücksichtigt gelassen hatten, weshalb hier der Einwand widersprüchlichen Verhaltens besonders nahe lag.

⁴⁶⁸ St. Rechtsprechung seit BGHZ 31, 258, 272 f.

⁴⁶⁹ Ebenso *T. Bezenberger*, FS Bezenberger, S. 23, 45.

bis zur Überwindung der Krise gesperrt wird). Das Darlehen ist - zumindest typischerweise - gewinnunabhängig zu verzinsen, auf Zeit überlassen, in der Handelsbilanz und im Überschuldungsstatut zu passivieren und konkurriert – wieder vorbehaltlich der „Umqualifizierung“ durch Eigenkapitalersatzrecht - in Insolvenz und Liquidation gleichrangig mit den Forderungen außen stehender Gesellschaftsgläubiger. Die Darlehensgewährung durch den Gesellschafter kann daher keine der Funktionen erfüllen, die dem Eigenkapital zugewiesen sind, und die einzige Gemeinsamkeit mit der Gewährung von Eigenkapital besteht darin, dass die Gesellschaft durch die Darlehensgewährung neue Finanzmittel erhält. Allein hieraus auf eine funktionelle Eigenkapitalähnlichkeit zu schließen setzte voraus, dass die Gesellschaft neue Finanzmittel nur als Eigenkapital erhalten darf, und hat damit gerade denjenigen Rechtssatz zur Prämisse, dessen Geltung die Figur des funktionellen Eigenkapitals erst begründen soll.

d) Zur Legitimität des Analogieschlusses aus §§ 30, 31 GmbHG im Kapitalersatzrecht

Es kommt hinzu, dass ein Abstellen auf den Gesichtspunkt des funktionalen Eigenkapitals nicht nur auf der Ebene des Tatbestandes, sondern auch hinsichtlich der Rechtsfolgen Probleme nach sich zieht. So zeigt bereits ein Blick auf den durch § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gesetzlich vorgegebenen Insolvenzzrang eigenkapitalersetzender Darlehen, dass diese zwar gegenüber den Forderungen der außen stehenden Gläubiger nachrangig sind, dabei aber vor der Verteilung des echten Eigenkapitals und, soweit die rechtsgeschäftliche Subordination der Vermutung des § 39 Abs. 2 InsO entspricht, sogar vor der Befriedigung der rechtsgeschäftlich im Rang zurückgetretenen Gläubiger berücksichtigt werden. Eine echte Gleichstellung mit dem Eigenkapital der Gesellschaft findet also gerade nicht statt.⁴⁷⁰ Die begrenzte Annäherung an Eigenkapital zeigt sich zudem exemplarisch in der geringen Bedeutung der Eigenkapitalersatzfunktion des Darlehens für das Innenrecht der GmbH.⁴⁷¹

Die gerade auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erforderliche Passivierung eigenkapitalersetzender Darlehen in der Handelsbilanz hat schließlich die bemerkenswerte Folge, dass die von dem Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung zur

⁴⁷⁰ T. Bezenberger, FS Bezenberger, S. 23, 24, 45.

⁴⁷¹ Dazu allgemein Ulmer/Habersack GmbHG §§ 32a/b Rn. 225 ff. Speziell zur Organkompetenz ders. §§ 32 a/b Rn. 226 f.; Scholz/K.Schmidt §§ 32a, 32b Rn. 110; und Michalski/Heidinger §§ 32 a/b Rn. 375 einerseits, Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 43 f. andererseits.

Umschreibung der Reichweite der Bindung eigenkapitalersetzender Darlehen verwendete Formel bei Lichte betrachtet nicht ohne weiteres funktioniert. Nach dieser Formel ist die Rückzahlung eigenkapitalersetzender Darlehen insoweit unzulässig, als durch die Tilgung eine Unterbilanz entstünde oder eine bestehende Unterbilanz vertieft würde;⁴⁷² da indes mit der Darlehenstilgung auch der entsprechende Passivposten aufzulösen ist, kann durch den Mittelabfluss an den Gesellschafter eine Unterbilanz weder entstehen noch vertieft werden;⁴⁷³ vielmehr handelt es sich entweder um eine Bilanzkürzung⁴⁷⁴ oder um einen Passivtausch⁴⁷⁵.

Zwar wird man allein auf das letztgenannte Problem kaum eine generelle Ablehnung des Rechts der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen stützen können,⁴⁷⁶ zumal eine Korrektur der rein handelsbilanziellen Betrachtung bei der analogen Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG und damit im herkömmlichen Rahmen des Rechts eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen erreicht werden kann.⁴⁷⁷

Allerdings betreffen die aufgezeigten Abweichungen bei der Berechnung der Höhe des Rückzahlungsanspruches nicht mehr allein die Tatbestandsseite der §§ 30, 31 GmbHG. Es kommt hinzu, dass auch weitere Rechtsfolgen der §§ 30, 31 GmbHG mit den Wertungen einer Finanzierungsfolgenverantwortung nicht zu begründen sind. Dies gilt namentlich für die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter analog § 31 Abs. 3 GmbHG, da diese zwar bei der Festlegung der Stammkapitalziffer, nicht aber bei Aufnahme der kapitalersetzenden Darlehen zur Mitwirkung befugt sind.⁴⁷⁸ Das Erfordernis, im Wege der analogen Anwen-

⁴⁷² Nachweis der Rechtsprechung in Fn. 441.

⁴⁷³ So nunmehr auch Ulmer/*Habersack* GmbHG §§ 32 a/b Rn. 214 sowie *Huber*, FS Priester, S. 259, 270..

⁴⁷⁴ So, wenn die Tilgung aus Kassenbeständen oder zu Lasten eines kreditorischen Gesellschaftskontos erfolgt.

⁴⁷⁵ Tilgung zu Lasten eines debitorischen Gesellschaftskontos.

⁴⁷⁶ So aber *Buck*, Kritik, S. 32 f., 264 ff. der den vom Kapitalersatzrecht in den Blick genommenen Konfliktlagen statt dessen mit einer deliktischen Haftung des Gesellschafters begegnen möchte.

⁴⁷⁷ So Ulmer/*Habersack* GmbHG §§ 32 a/b Rn. 214. Ausgeschlossen ist damit aber jedenfalls die unmittelbare Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG, wie sie offenbar in BGHZ 90, 370, 380 und BGHZ 95, 188, 191 vertreten wurde.

⁴⁷⁸ So zutreffend Ulmer/*Habersack* GmbHG § 32a/b Rn. 222. Kritisch gegenüber der Ausfallhaftung von Mitgesellschaftern bei eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen daneben *Fastrich*, FS Zöllner, Bd. I, S. 143, 157 und *Bayer/Graff*, DStR 2006, 1654, 1657. AA BGH WM 1990, 502, 504; *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck § 32 a Rn. 96; *Raiser/Veil*, GesellschaftsR., § 38 Rn. 58. Für die Anwendung des Kleinbeteiligungs- und des Sanierungsprivilegs auf § 31 Abs. 3 im Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafter-

dung der §§ 30, 31 auf eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen auch auf der Rechtsfolgenseite der Normen korrigierend einzugreifen, stellt aber die Legitimität des Analogieschlusses insgesamt infrage.⁴⁷⁹ Die Analogie gründet auf der wertenden Vergleichbarkeit von Tatbeständen und ermöglicht die Übertragung der für einen Tatbestand im Gesetz gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm ähnlichen Tatbestand.⁴⁸⁰ Ein Analogieschluss, der auch die Rechtsfolge ändert, verdeckt indes eine offene Rechtsfortbildung, die als solche ausgewiesen und begründet werden sollte.⁴⁸¹

4. Die alternativen Begründungen durch *Fastrich* und *Haas*

Die soeben aufgezeigten Brüche legen es nahe, die Anknüpfung an funktionelles Eigenkapital zur Rechtfertigung der Finanzierungsfolgenverantwortung und zur Konturierung von Tatbestand und Rechtsfolgen des Kapitalersatzes aufzugeben. Den Versuch einer alternativen Gründung des Rechts eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistung haben in jüngerer Zeit namentlich *Haas* und *Fastrich* unternommen.

Nach *Fastrich* sind Krisenfinanzierungen durch Gesellschafter deshalb problematisch, weil durch sie die Außenkontrolle des Kreditmarkts unterlaufen wird.⁴⁸² Indem eine fallierende Gesellschaft vom Kreditmarkt die für ihre Fortexistenz nötigen Mittel nicht erhält, wird sie zur Insolvenz oder zur außerinsolvenzlichen Liquidation gezwungen. Diese Außenkontrolle unterläuft die Gesellschafterfinanzierung, und gefährdet dadurch die Fremdgäubiger. Der Gesellschafter soll auf die Außenkontrolle daher nur verzichten können, wenn er das vorrangige Risiko trägt.⁴⁸³

Haas stellt demgegenüber nicht auf die Umgehungswirkung der Gesellschafterfinanzierung ab, sondern auf die Doppelrolle des Gesellschafters als Darlehensgeber und Ge-

darlehen *Gaiser*, GmbHR 1999, 210, 216; *Grunewald*, FS Lutter, 413, 420 f.; *Ulmer/Habersack* GmbHG §§ 32 a/b Rn. 222; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz* § 32 a Rn. 219.

⁴⁷⁹ *Bartels*, JZ 2000, 608, 612.

⁴⁸⁰ *Larenz*, Methodenlehre, S. 381. Aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs etwa BGH IX ZR 92/05 Rn. 15; BGH NJW 2003, 2601, 2603; BGHZ 105, 140, 143.

⁴⁸¹ *Bartels*, JZ 2000, 608, 612. AA *Becker-Eberhard*, Forderungsgebundenheit, S. 528 f.: Moderne wertende Analogie.

⁴⁸² *Fastrich*, FS Zöllner, Bd. I, S. 143, 149 ff.; *ders.*, Funktionales Rechtsdenken, S. 29.

⁴⁸³ *Fastrich*, FS Zöllner, Bd. I, S. 143, 151.

sellschafter. Beachtlich sei diesbezüglich zum einen, dass der Gesellschafter gegenüber den außen stehenden Gesellschaftsgläubigern einen potentiellen Wissensvorsprung habe.⁴⁸⁴ Zum anderen verfolge der Gesellschafter nicht die typischen Ziele eines Drittgläubigers; vielmehr erfolge sein außergesellschaftsrechtliches Handeln zu dem Zweck, die aus der Mitgliedschaft fließenden Vorteile zu erhalten.⁴⁸⁵ Den Gläubigerschutz durch Kapitalersatz gewinnt *Haas* sodann nicht unmittelbar aus den angesprochenen Problemen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Vielmehr verdichtet er diese Problemlagen zu einer mitgliederschäftlichen Pflicht des Gesellschafters, den „Todeskampf“ der GmbH in der Insolvenzkrise nicht zu verlängern. Nicht die Rückzahlung, sondern die Gewährung des Darlehens sei, da – und soweit⁴⁸⁶ – die Darlehensgewährung zur Insolvenzverschleppung beitrage,⁴⁸⁷ Anknüpfung der Verantwortlichkeit des Gesellschafters. Gleichwohl sei die Verantwortung der Höhe nach auf das eingebrachte Kapital begrenzt, da der Gesellschafter für den Fall der Einbringung von Eigenkapital gleichfalls nur den Verlust des Kapitals zu tragen gehabt hätte.⁴⁸⁸ Durch den Gedanken der Begrenzung kraft rechtmäßigen Alternativverhaltens ist allerdings ein gewisses Spannungsverhältnis vorgezeichnet. So ist nicht ohne weiteres einsichtig, warum die Gewährung von Eigenkapital vor dem Hintergrund einer Pflicht, den Todeskampf der Gesellschaft nicht zu verlängern, stets rechtmäßiges Alternativverhalten zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung darstellt, da auch neues Eigenkapital den Todeskampf der Gesellschaft verlängern kann.⁴⁸⁹

5. Nachrang von Gesellschafterdarlehen in der Unternehmenskrise als offene Rechtsfortbildung

Die bisherigen Einordnungsversuche und Rechtfertigungen der Rechtsprechungsregeln zu eigenkapitalersetzenden Darlehen konnten nicht vollständig überzeugen. Daher soll

⁴⁸⁴ *Haas*, 66. DJT (2006), E-52.

⁴⁸⁵ *Haas*, 66. DJT (2006), E-53; s. auch *ders.*, a.a.O. E-43 zum Wegfall der Interessengleichrichtung von Gesellschafter einerseits und Gesellschaft und Gesellschaftsgläubiger andererseits in der Insolvenzkrise.

⁴⁸⁶ *S. Haas*, 66. DJT (2006), E-77 f. zu Korrekturen der Typisierung des Kapitalersatzrechts.

⁴⁸⁷ *Haas*, 66. DJT (2006), E-57 f., 77.

⁴⁸⁸ *Haas*, 66. DJT (2006), E-57 f.

⁴⁸⁹ Ob die von *Haas*, 66. DJT (2006) E-58 angeführte Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters hieran etwas ändern kann, ist zweifelhaft. Hierzu müsste ihr vor dem Hintergrund der „Todeskampfverlängerung“ der Satz zu entnehmen sein, der Gesellschafter dürfe seiner Gesellschaft Eigenkapital stets, also auch dann zuführen, wenn dies den Todeskampf der Gesellschaft verlängert.

nachfolgend versucht werden, das Anliegen des Kapitalersatzrechts auf dogmatisch stimmiger Grundlage zu verwirklichen. Ihren Ausgangspunkt nimmt die Überlegung bei dem Schutz der außen stehenden Gesellschaftsgläubiger als im Grundsatz berechtigtes Anliegen des Kapitalersatzrechts einerseits und andererseits bei der oben dargelegten Kritik an der Verwirklichung dieses Schutzanliegens durch eigenkapitalähnliche Bindung der Gesellschaftermittel analog §§ 30, 31 GmbHG. Zur Begründung des Schutzanliegens lassen sich die von *Haas* und *Fastrich* vorgetragene Überlegungen heranziehen: In der Krise der Gesellschaft erhöht eine Fremdfinanzierung der Gesellschaft durch den Gesellschafter das Risiko der außen stehenden Gesellschaftsgläubiger, da die Darlehensfinanzierung durch Gesellschafter die Kontrollfunktion des Kreditmarktes unterläuft. Zwischen außen stehenden Gesellschaftsgläubigern und Gesellschaftern bestehen zudem Informationsasymmetrien, die in der Gesellschaftskrise besondere Bedeutung erlangen. Zusätzlich ist der generelle Gleichlauf von Gesellschafterinteresse, Gesellschaftsinteresse und den Interessen der außen stehenden Gläubiger in der Gesellschaftskrise zumindest eingeschränkt.

Das Schutzanliegen gründet somit auf dem Zusammentreffen von Gesellschafterforderungen und Forderungen außen stehender Gläubiger, deren Privilegierung die Schutzrichtung ist. Dies legt es nahe, das Schutzanliegen durch einen Nachrang der Gesellschafterforderungen zu verwirklichen, wie er für die Insolvenz in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ausdrücklich vorgesehen ist. Will man das gegenwärtige Niveau des Gläubigerschutzes durch Kapitalersatzrecht im wesentlichen aufrechterhalten und gleichzeitig die unrichtige Anknüpfung an das funktionelle Eigenkapital vermeiden,⁴⁹⁰ so ist zu prüfen, ob sich ein Nachrang außerhalb der Insolvenz ohne den verfehlten Rückgriff auf die §§ 30, 31 GmbHG begründen lässt.⁴⁹¹ Damit ändert sich freilich die Struktur der Prüfung: Will man eine Rückstufung der Gesellschafterdarlehen in der Krise nicht durch analoge Anwendung von §§ 30, 31 GmbHG, sondern durch offene Rechtsfortbildung hin zu einem allgemeinem Nachrang der Gesellschafterdarlehen in der Krise der Gesellschaft gewinnen, so ist nicht mehr nach der Vergleichbarkeit der Finanzierung mit funktionellem Eigenkapital zu fragen, sondern danach, ob und in welchen Konstellationen überzeugende Gründe dafür spre-

⁴⁹⁰ Vgl. auch *Röhrich*, ZIP 2005, 505, 512. Ebenso bereits *Kamprad*, GmbHR 1975 54, 55; *Rümker*, ZGR 1988, 494, 500, 502 und *Scheel*, Konzerninsolvenz, S. 409. AA *Kleindiek*, ZGR 2006, 335, 355, der einen notwendigen inneren Zusammenhang des Kapitalersatzrechts mit dem Eigenkapitalersatz konstatiert.

⁴⁹¹ Einen ähnlichen Gedanken verfolgt gleichsam von der anderen Seite *Oechler* in ZHR 169 (2005), 61, 63, wenn er feststellt, die Eigenkapitalbindung des Kapitalersatzrechts analog § 30 GmbHG führe zu einer auch außerhalb der Insolvenz wirksamen Rangfolge.

chen, von dem Grundprinzip der Prävention zu einer Rangordnung der Forderungen zu Lasten der Gesellschafterforderungen fortzuschreiten. Dies soll nachfolgend skizziert werden. Dabei sind die im Ersten Teil der Systematischen Grundlegung zu Rang und Rangwirkung gewonnenen Erkenntnisse zu entfalten.

Im Ersten Teil der Systematischen Grundlegung dieser Arbeit konnte gezeigt werden, dass der Rang eine kollisionssteuernde Funktion erfüllt. Der Rang setzt die Kollision mehrerer Rechte voraus. Da hier ein Rangverhältnis unter mehreren Forderungen erreicht werden soll, ist zunächst darzulegen, warum der Grundsatz der isolierten Betrachtung mehrerer Schulden in der Unternehmenskrise ausnahmsweise nicht sachgerecht ist. Begründen lässt sich ein Abweichen von dem Grundsatz isolierter Betrachtung durch die Nähe der Krise zur Insolvenz. Bei Gesellschaften, die keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter haben, kann zudem der Grundsatz der unbeschränkten Schuld die isolierte Betrachtung nur bedingt rechtfertigen. Auch hier zeigen sich damit deutliche Unterschiede zwischen einer Anknüpfung an funktionales Eigenkapital und der offenen Rechtsfortbildung zu einem Nachrang unter Berücksichtigung rangtypischer Wertungen. Denn während die Anknüpfung an funktionales Eigenkapital eine Erweiterung der Regeln über Eigenkapitalersatz auf alle Gesellschaftsformen, bei denen zwischen Eigen- und Fremdkapital zu unterscheiden ist, nahe legt,⁴⁹² sucht eine an den Rangwirkungen orientierte Auslegung nach Gründen, die isolierte Betrachtung von Schulden einzuschränken und vermag so ohne weiteres zu erklären, warum ein Nachrang von Gesellschafterdarlehen vor allem bei Gesellschaften ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter in Betracht kommt.

Schließlich lässt sich gegen die Anwendung des Präventionsgrundsatzes die Informationsasymmetrie anführen, und für den Nachrang der Gesellschafterdarlehen die mit der Darlehensgewährung verknüpfte Umgehung der Kontrollfunktion des Kreditmarktes und die Doppelstellung der Gesellschafter. Zudem vermag der Kollisionsgedanke zu erklären, warum die Tilgung der nachrangigen Forderung aus freiem Vermögen möglich ist. Rang-

⁴⁹² So denn auch *K. Schmidt*, ZHR 147 (1983), 169 ff.; *ders.* GesR S. 530; *ders.* ZIP 1991, 1 ff.; sowie *Scholz/ders.* §§ 32a, 32b Rn. 21 f. Dem folgend *Koller*, FS Heinsius, S. 371 ff. S. aber dagegen *Huber/Habersack*, BB 20006, 1,2 und *Huber*, FS Priester, S. 259, 277, die den allgemeinen Nachrang von Gesellschafterdarlehen nach dem Reformvorschlag des MoMiG auf eine missbräuchliche Ausnutzung der Haftungsbeschränkung stützen. Kritisch hierzu wiederum *Eidenmüller*, FS Canaris, S. 49, 60 f.

widrige Darlehenstilgungen durch die Gesellschaft sind, nicht anders als rangwidrige Zahlungen innerhalb der Insolvenz, von dem Gesellschafter zurück zu gewähren.

Andere Elemente des derzeitigen Rechts eigenkapitalersetzender Kredite lassen sich hingegen nicht ohne weiteres mit dem Konzept eines vom Gedanken des funktionalen Eigenkapitals entkleideten, während der Krise der Gesellschaft – und damit auch außerhalb der Insolvenz - geltenden Nachrangs der Gesellschafterforderung verbinden. Genannt seien die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter, der Ausschluss des *dolo agit* Einwandes gegen den Rückzahlungsanspruch und die Verknüpfung der Entsperrung – hier also Beendigung des Nachrangs und Rückkehr zur Prävention als Kollisionsregel - mit dem Wiederauffüllen des Stammkapitals⁴⁹³.

III. Weitere Fälle der normativen „Quasi-Eigenkapital“ Bindung von Finanzierungsmitteln?

Im Folgenden sind einige weitere Konstellationen der Gesellschaftsfinanzierung durch Gesellschafter anzusprechen, in denen Finanzierungsmittel eigenkapitalähnlich ausgestaltet sind. Dabei ist jeweils der Frage nachzugehen, ob die eigenkapitalähnliche Bindung auf der Privatautonomie der Parteien gründet, oder normativ vorgegeben ist. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung lässt sich diese Frage noch präziser dahingehend stellen, dass zu untersuchen ist, ob in verschiedenen Fällen der Gesellschaftsfinanzierung durch Gesellschafter die Darlehensforderung des Gesellschafters gegenüber anderen Forderungen nachrangig ist, und, wenn ja, ob dieser Nachrang auf rechtsgeschäftlicher Subordination beruht, oder aus normativen Vorgaben folgt.

1. Finanzierungen, die unbefristet und unkündbar sind

Am einfachsten sind dabei diejenigen Konstellationen zu beurteilen, in denen der Gesellschafter der Gesellschaft Finanzmittel unbefristet und unkündbar überlässt und diese Finanzmittel daher nur bei Insolvenz, Liquidation oder dem Ausscheiden des Gesellschaf-

⁴⁹³ So BGH ZIP 2005, 82, 84; BGH ZIP 2005, 2016, 2017. Bereits auf Grundlage der analogen Anwendung von §§ 30 f. GmbHG aA Ulmer/Habersack GmbHG §§ 32a/b Rn. 82; Scholz/K. Schmidt §§ 32a, 32b Rn. 54.

ters aus der Gesellschaft zurück erhalten kann. Nach der oben getroffenen Abgrenzung sind solche Finanzmittel, mögen sie auch irrig als Darlehen bezeichnet werden, Eigenkapital der Gesellschaft.⁴⁹⁴ Eine Rangkonkurrenz mit sonstigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft findet schon mangels Forderungsrechts des Gesellschafters nicht statt⁴⁹⁵ und in der Insolvenz gilt rechtsformübergreifend die zwingende Vorgabe des § 199 S. 2 InsO.

2. Finanzplanfinanzierungen

Wesentlich schwieriger als in den Fällen der Gewährung von Eigenkapital unter falscher Bezeichnung ist die Bestimmung des Rechtsgrundes der gegebenenfalls vorhandenen Nachrangigkeit bei Finanzplanfinanzierungen, auch Finanzplankredit oder Finanzplanungskredit genannt.⁴⁹⁶ Sie ist nachfolgend zu untersuchen, wobei die Fragestellung zweifach abzuschichten ist: Zunächst ist zu klären, ob bei Finanzplankrediten ein Nachrang von Forderungen normativ angeordnet wird oder der Willensbindung der Parteien entspricht. Für den letzteren Fall ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob ein auf dem Rechtsfolgenwillen der Parteien gründender Nachrang durch rechtsgeschäftliche Subordination der Forderung entsteht, oder auf anderen parteiautONOMEN Bindungen beruht.

a) Grundtatbestand der Finanzplanfinanzierung

Eine Finanzplanfinanzierung liegt vor, wenn die Gesellschafter aufgrund einer gesonderten Vereinbarung der Gesellschaft Finanzmittel gewähren oder die Gewährung von Finanzmitteln versprechen, die nach der Gesamtwürdigung des Vertragsganzen einlageähnlichen Charakter haben sollen.⁴⁹⁷ Im Zuge der vorliegenden Arbeit sollen darunter nur solche Finanzierungen verstanden werden, deren Zusage respektive Gewährung ihren Grund in der Gesellschafterstellung des Finanziers findet. Die letztlich rein begriffliche

⁴⁹⁴ Ebenso KS/Müller/Haas, S. 1799, 1822 f. und Gottwald/Uhlenbruck § 6 Rn. 52, jew. für Genussrechte, sowie Fleischer, Finanzplankredite, S. 133 ff. und Ekkenga, WM 2006, 1986, 1994 für sonstige Gesellschafterfinanzierungen.

⁴⁹⁵ Vgl. aber Habersack, ZHR 161 (1997), 482.

⁴⁹⁶ S. zur Begriffsbildung Fleischer, Finanzplankredite, S. 9.

⁴⁹⁷ Goette/Kleindiek, Eigenkapitalersatz Rn. 121 f.; Habersack, ZGR 2000, 384, 413. Vgl. auch Fleischer, Finanzplankredite, S. 128 ff.

Abgrenzung erweist sich deshalb als hilfreich, weil bei den *causa societatis* gewährten Finanzierungen der Beitragscharakter der Finanzierungsleistung bei der Frage nach einer Pflicht zur Ausreichung der zugesagten Finanzmittel in der Insolvenz der Gesellschaft zu bedenken ist.

Historischer Ausgangspunkt des Rechts der Finanzplankredite ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur gesplitteten Einlage des Kommanditisten einer Publikums-KG,⁴⁹⁸ die nachfolgend auf die GmbH & Co KG⁴⁹⁹ und auf vergleichbare Finanzierungszusagen des GmbH-Gesellschafters⁵⁰⁰ ausgedehnt wurde.⁵⁰¹

b) Normative Eigenkapitalbindung von Finanzplankrediten

Die Ansätze zu einer normativen Nachrangigkeit von Finanzplanforderungen gründen auf der oben dargestellten Rechtsprechung zu den gesplitteten Einlagen, die ganz überwiegend dahingehend verstanden wurde, dass eine einlagengleiche Bindung entsprechender Mittel auch dann anzunehmen ist, wenn die Parteien ausdrücklich etwas anderes vereinbaren.⁵⁰² Damit war zugleich die Frage nach der Rechtfertigung einer normativen Einlagenbindung gestellt.⁵⁰³

(1) Die Konzeption von Holger Fleischer: Das Verbot der Risikoabwälzung als Rechtsgrund der Bindung

Holger Fleischer hat 1995 eine grundlegende Arbeit über Finanzplankredite vorgelegt. Mit dieser Arbeit wendet er sich deutlich gegen eine Gleichsetzung von Finanzplan-

⁴⁹⁸ BGHZ 70, 61; BGH NJW 1980, 1522; NJW 1981, 2251; NJW 1982, 2253; BGHZ 93, 159.

⁴⁹⁹ BGHZ 104, 33, 37 ff. Dazu *Fleischer*, Finanzplankredite, S. 22 und *Habersack*, ZHR 161 (1997), 457, 462 ff.

⁵⁰⁰ BGHZ 142, 116, 121 ff.

⁵⁰¹ *Ulmer/Habersack* §§ 32a/b Rn. 242.

⁵⁰² S. insbesondere BGHZ 104, 33, 37 ff.

⁵⁰³ S. dazu insbesondere die sehr kritische Bewertung dieser Rechtsprechung durch *Joost*, ZGR 1987, 370, 393 ff.

kredit und gewillkürtem Eigenkapital⁵⁰⁴ und sieht Unterschiede von Rangrücktritt und Finanzplankredit gerade in dem unterschiedlichen Rechtsgrund der Nachrangigkeit:

„Während die Nachrangigkeit der mit einem Rangrücktritt versehenen Darlehen auf einer willentlichen Entscheidung der Gesellschafter beruht, bedarf es für die Zurückstufung der Finanzplankredite eines objektivrechtlichen Rechtssatzes.“⁵⁰⁵

Für den Rechtsgrund der Zurückstufung knüpft Fleischer an eine Funktionsanalyse der zugeführten Kapitalien nach objektive Maßstäben an und stellt fest, „der fehlende Widmungsakt zum Eigenkapital wird durch wirtschaftliche Zweckgleichheit ersetzt“.⁵⁰⁶ Er sieht den Finanzplankredit als Kategorie des materiellen Eigenkapitals⁵⁰⁷ und als Unterfall des Kapitalersatzrechts. Rechtsvergleichend nimmt Fleischer dementsprechend die equitable subordination⁵⁰⁸, nicht die contractual subordination in den Blick. Hierbei erkennt Fleischer zutreffend, dass die Einordnung als materielles Eigenkapital für sich allein keine Begründung für einen Nachrang liefert.⁵⁰⁹ Grund und Rechtfertigung der – dem Grundsatz der Finanzierungsfreiheit widersprechenden – Rangklassifizierung nach objektiven Kriterien ist für Fleischer ein Verbot der Risikoabwälzung, welches seinerseits aus dem Prinzip der Symmetrie von Chancen und Risiken gewonnen werden könne.⁵¹⁰ Die Eigenkapitalfunktion sei bereits durch lange Laufzeit, beteiligungsproportionale Darlehensgewährung, und Kündigungsausschluss indiziert.⁵¹¹

Gegen diesen Ansatz spricht letztlich die Finanzierungsfreiheit, die, von Extremfällen abgesehen, einer generellen Pflicht zu angemessener Eigenkapitalausstattung entgegensteht, was auch Fleischer nicht verkennt.⁵¹² Als eigentliches Hindernis einer privatautonomen Rangbestimmung von Forderungen aus Finanzplankrediten durch die Gesellschafter

⁵⁰⁴ Fleischer, Finanzplankredite, S. 57 ff. (60).

⁵⁰⁵ Fleischer, Finanzplankredite, S. 296.

⁵⁰⁶ Fleischer, Finanzplankredite, S. 84.

⁵⁰⁷ Fleischer, Finanzplankredite, S. 83 f.

⁵⁰⁸ Fleischer, Finanzplankredit, S. 197 f.

⁵⁰⁹ Fleischer, Finanzplankredite, S. 86.

⁵¹⁰ Fleischer, Finanzplankredit, S. 87 ff.

⁵¹¹ Fleischer, Finanzplankredit, S. 133 f.

⁵¹² Fleischer, Finanzplankredit, S. 143.

identifiziert *Fleischer* die Möglichkeit, einen privatautonom begründeten Nachrang ebenso aufzuheben.⁵¹³

In neueren Stellungnahmen von *Fleischer* ist eine Akzentverschiebung festzustellen; so handele es sich bei dem Finanzplankredit um

„Finanzierungshilfen aus Gesellschafterhand, die langfristig im Unternehmen verbleiben und bestimmungsgemäß wie Einlagen behandelt werden sollen. Nicht anders als beim Rangrücktritt handelt es sich also um *freiwillig* zur Verfügung gestelltes Ergänzungskapital. Allerdings **beruht** sein **Risikokapitalcharakter auf korporationsrechtlicher Konvention**: Die Finanzplanabrede ist Bestandteil der Satzung, Gegenstand eines Gesellschafterbeschlusses oder Inhalt einer schuldrechtlichen Nebenabrede der Gesellschafter.“⁵¹⁴

Letztlich bleibt damit in der neueren Stellungnahme *Fleischers* offen, worauf der Nachrang des Finanzplans gründet, scheint doch die „korporationsrechtliche Konvention“, so es sie gibt,⁵¹⁵ genau in der Mitte von privatautonomer Vereinbarung und normativer Anordnung zu liegen.

(2) Finanzplanbindung als Unterfall des funktionellen Eigenkapitals

Ein maßgeblich von *Karsten Schmidt* entwickelter Ansatz begründete die eigenkapitalähnliche Bindung der gesplitteten Einlagen mit dem einlagengleichen Zweck, der diesen Mitteln nach den Vorstellungen der Gesellschafter zukommen solle,⁵¹⁶ und führte so die Rechtsprechung zu den gesplitteten Einlagen und die Rechtsprechungs- und Gesetzesregeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen auf einen einheitlichen Gesichtspunkt zurück,⁵¹⁷ bei dem aber insoweit Unterschiede bestehen, als die funktionelle

⁵¹³ *Fleischer*, Finanzplankredit, S. 157.

⁵¹⁴ Michalski/*Fleischer* Syst. Darstellung 6 Rn. 129. Die Hervorhebungen entstammen dem Original.

⁵¹⁵ Daran kann man insbesondere deshalb zweifeln, weil die Konvention normalerweise tatsächliche Übereinkünfte bezeichnet, denen Rechtswirkungen zuerkannt werden, wie anschaulich das Beispiel der Handelsbräuche zeigt. Demgegenüber soll hier offenbar eine rechts(wissenschaftliche) Übereinkunft bezeichnet werden, hinsichtlich derer schon die tatbestandliche Erfüllung zweifelhaft erscheint. Erst recht wäre begründungsbedürftig, warum eine „korporationsrechtliche Konvention“ rechtliche Folgen zeitigen sollte.

⁵¹⁶ Grundlegend *K. Schmidt*, FS Goerdeler, 487, 490 ff.; *ders.* ZHR 147 (1983), 165, 167 und *ders.* GesR, S. 528 ff.

⁵¹⁷ So noch Schlegelberger/*K.Schmidt* § 172 a Rn. 25, s. aber nunmehr MünchKommHGB/*K.Schmidt* § 172a Rn. 31, *ders.* ZIP 1999, 1241, 1248 und Scholz/*ders.* §§ 32a, 32b Rn. 97, 102, wo in Übereinstimmung mit BGHZ 142, 116, 119 f. die Unterschiede von Finanzplanbindung und Eigenkapitalersatz betont werden. Dabei ist freilich festzuhalten, dass *K. Schmidt* bereits zeitlich vor Erlass der Grundlagenentscheidung in

Gleichbehandlung im Recht der Finanzplanbindung auf dem Gesellschaftsvertrag gründet,⁵¹⁸ während im Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen die Gleichstellung kraft zwingenden Rechts erfolge.⁵¹⁹ Diese Konzeption begrenzt die Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter insofern, als es diesen danach nicht ohne weiteres möglich ist, den Gesellschafts Zweck durch die Gewährung von Fremdkapital zu verfolgen. Es kommt hinzu, dass auch insoweit gegen den Topoi des funktionellen Eigenkapitals die bereits oben mit Blick auf eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen geltend gemachten Bedenken bestehen. Auch soweit eine funktionelle Gleichheit ihren Rechtsgrund in den vertraglichen Absprachen finden soll, bleibt zu bedenken, worin die funktionelle Gleichbehandlung durch die Gesellschafter besteht, wenn eigenkapitaltypische Bindung und eigenkapitaltypischer Nachrang nicht vereinbart waren.

c) Der rechtsgeschäftliche Nachrang als konstitutives Kriterium nachrangiger Finanzplankredite

Die eigenkapitalähnliche Bindung von nicht rechtsgeschäftlich subordinierten Finanzierungsmitteln aus dem Gleichlauf von Chance und Risiko oder aus dem Gesichtspunkt funktionellen Eigenkapitals kann nicht überzeugen. Nicht zuletzt der oben bereits dargestellte Grundsatz der Finanzierungsfreiheit spricht vielmehr dafür, auch beim Finanzplankredit die Ausgestaltung des Rangs den Parteien des Vertrages zu überlassen. Daher sind auch in diesen Konstellationen, wie *Goette* bereits 1998 in großer Klarheit festgestellt hat, Bindung und Nachrang eine Frage der vertraglichen Abrede.⁵²⁰ Dem ist der Zweite Zivil-

BGHZ 142, 116 die rechtsgeschäftliche Grundlage der Finanzplanbindung ausdrücklich betont und diese vom Recht des Eigenkapitalersatzes unterschieden hat, s. etwa *K. Schmidt*, GesR, 3. Auflage 1997, S. 527 f., 529 ff. Noch weitergehend sieht *Kuhr*, Eigenkapitalersatz, S. 83 ff., 122 f. eine Übereinstimmung von Kapitalersatzhaftung und gesplitteter Einlage hinsichtlich Tatbestandsvoraussetzungen und Zweckrichtung. Als Unterfall des Eigenkapitalersatzrechts wertete den Finanzplankredit auch das Kammergericht, NZG 1999, 71, 73, dem wiederum die Revisionsentscheidung des BGH, BGHZ 142, 116, 119 ff. nachdrücklich widerspricht.

⁵¹⁸ *K. Schmidt*, GesR, S. 528 f.

⁵¹⁹ *K. Schmidt*, GesR, S. 530 f.

⁵²⁰ *Goette*, ZHR 162(1998), 223, 229 mit Hinweis auf BGH WM 1997, 576. S. aber auch *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatz, Rn. 5 (Recht des Finanzplankredits als „Haftungsinstrument“) und Rn. 114 (Finanzplankredit und Eigenkapitalersatz rechtsdogmatisch klar zu trennen, aber wirtschaftlich-funktional benachbart).

senat mit seinem Grundsatzurteil vom 28. 06. 1999 ausdrücklich gefolgt,⁵²¹ und es entspricht heute den überwiegenden Stellungnahmen in der Literatur.⁵²²

Wenn es damit auch der heute ganz herrschenden Meinung entspricht, dass die einlagengleiche Bindung von Finanzplandarlehen auf dem Willen der Parteien gründet, so ist gleichwohl offen, ob dies auch rechtstechnisch mit Hilfe der Forderungssubordination und damit zwar gegebenenfalls *causa societatis* und im Gesellschaftsvertrag, aber auf Grundlage des allgemeinen Zivilrechts, geschieht, oder ob die parteiautonom eigenkapitalähnliche Bindung in diesen Fällen gesellschaftsrechtlichen Ursprungs ist. Danach entscheidet sich, ob bei Vereinbarung eines „einlagengleichen Charakters“ durch Auslegung zu ermitteln ist, ob und inwieweit damit ein Nachrang in der Insolvenz und Liquidation und ein Rückzahlungsausschluss in der Krise vereinbart wurden, oder ob in diesen Fällen unmittelbar die Kapitalerhaltungsvorschriften kraft Parteivereinbarung analog heranzuziehen sind.⁵²³

Die oben aufgeworfene Frage ist bislang in der Literatur wenig behandelt. Immerhin vertritt *Karsten Schmidt*, ein Zusammentreffen von Finanzplanfinanzierung und Rangrücktritt sei möglich,⁵²⁴ und spricht sich damit mittelbar für eine von der rechtsgeschäftlichen Subordination zu trennende gesellschaftsrechtliche Bindung aus, doch lehnt *K. Schmidt* andererseits eine analoge Anwendung der Vorschriften zur Kapitalerhaltung auf den Finanzplankredit ausdrücklich ab.⁵²⁵

Zur Beantwortung der Frage ist zunächst festzuhalten, dass nach den bisherigen Ergebnissen dieser Arbeit Nachrang und Bindung entscheidende Kriterien des Eigenkapitals sind, dass aber von Eigenkapital nur dann gesprochen werden kann, wenn ein einseitiges

⁵²¹ BGHZ 142, 116, 119 ff. Schlechterdings unverständlich ist die gegenteilige Auffassung von *St. Kling*, NZG 2000, 872, der BGH habe in diesem Urteil den Finanzplankredit als Eigenkapitalersatz bestätigt.

⁵²² Gottwald/*Haas* § 92 Rn. 524 ff.; *Habersack*, ZGR 2000, 384, 410f.; Ulmer/*Habersack* GmbHG §§ 32a/b Rn. 243; *Hueck/Fastrich* in Baumbach/*Hueck* § 32 a Rn. 52; *KS/Müller/Haas* S. 1799, 1821; *Scholz/K.Schmidt* §§ 32a, 32 b Rn. 97, 99 f.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz* § 32 a Rn. 49.

⁵²³ So BGHZ 142, 116, 121 f. Zumindest mit Blick auf die Bindung der ausgereichten oder zugesagten Darlehen ab Eintritt der Unternehmenskrise ebenso *Lutter/Hommelhoff* §§ 32a/b Rn. 171. S. auch *Habersack*, ZHR 161 (1997), 457, 489 f.; indes betont *ders.*, ZGR 2000, 384, 415 f. und *Ulmer/ders.* GmbHG §§ 32a, 32 b Rn. 248 nunmehr die funktionale Ähnlichkeit von Finanzplanmitteln und Nachschusskapital. Für eigenkapitalgleiche Vermögensbindung schließlich *Haas*, GmbHR 2004, 557, 560.

⁵²⁴ *Scholz/K.Schmidt* §§ 32a, 32b Rn. 102. S. auch zur ggf. isolierten Aufhebung von Finanzplanbindung und Rangrücktritt *Scholz/ders.* §§ 32a, 32b Rn. 104.

⁵²⁵ *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1241, 1248 f.

Rückforderungsrecht des Gesellschafters nicht besteht. Zudem ist auch im Recht der Finanzplanfinanzierungen der von *Karsten Schmidt*⁵²⁶ zu Recht betonte Unterschied von Gesellschaftsbeitrag und Einlage zu bedenken. Aus dieser Differenzierung folgt, dass Gesellschafter Beiträge auch in Form der Nutzungsüberlassung schulden können und sich als Beitragsleistung auch zur Gewährung eines Darlehens verpflichten können.⁵²⁷ Daher ist zweifelhaft, worin, wenn nicht in der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung eines Nachrangs, die „Einlagengleichheit“ von Finanzplanmitteln bestehen soll. Es kommt hinzu, dass wegen der Trennung von Gesellschafterbeitrag und Einlage auch der finanzplantypische gesellschaftsrechtliche Schuldgrund der Darlehensgewährung⁵²⁸ die Bestimmung der Rangtiefe nicht präjudiziert.⁵²⁹ Diese unterliegt vielmehr auch bei als Gesellschafterbeitrag gewährten Darlehen der privatautonomen Regelung der Parteien. Schließlich ist zu bedenken, dass eine allgemeine Vereinbarung des Einlagencharakters von Darlehen keine eindeutigen Rechtsfolgen hätte, da unterschiedliche Eigenkapitalpositionen der eigenkapitaltypischen Bindung in unterschiedlichem Maße unterliegen.

Der ohnehin nur mit Einschränkungen zu erzielende einlagenähnliche Charakter des Finanzplandarlehens besteht daher nur, wenn und soweit eine einlagenähnliche Bindung und ein einlagenähnlicher Nachrang rechtsgeschäftlich vereinbart sind, während auch insoweit aus einer angeblich einlagenähnlichen Funktion nicht auf eine entsprechende Bindung oder einen entsprechenden Nachrang geschlossen werden kann.⁵³⁰ Die rechtsgeschäftliche Subordination ist damit notwendige Voraussetzung der „Einlagenähnlichkeit“ von Finanzplankrediten. Zwischen der finanzplantypischen Gesellschafterpflicht zur Darlehensgewährung, und der Nachrangigkeit des Gesellschafterdarlehens ist zu trennen. Vor allem der erstgenannte Aspekt der Gesellschafterpflicht zur Darlehensgewährung, nicht die Subordination, bestimmt, ob die Möglichkeiten der Darlehenskündigung und die Frage, ob das Darlehen auch in Krisensituationen ausgereicht werden muss gesellschaftsrechtlichen

⁵²⁶ *K. Schmidt*, FS Goerdeler, S. 487, 496; *ders.* GesR, S. 529. Ebenso *Habersack*, ZHR 161 (1997), 457, 482; *ders.*, ZGR 2000, 384, 413.

⁵²⁷ Neben dem zuvor, Fn. 526 genannten GroßkommAktG/*Wiedemann* vor § 182 Rn. 4. S. auch BGHZ 104, 33, 40.

⁵²⁸ Dazu *Habersack*, ZGR 2000, 384, 411.

⁵²⁹ AA *Habersack*, ZGR 2000, 384, 417: Wegen der funktionalen Äquivalenz von Nachschusskapital und Finanzplanmitteln liege es nahe, § 199 S. 2 InsO zur Anwendung zu bringen.

⁵³⁰ Eingehend zum Verhältnis von Finanzplankredit und einlagenähnlicher Bindung *Roth/Altmeyen* § 32 a Rn. 77 ff. AA *Lutter/Hommelhoff* §§ 32 a/b Rn. 171 f., denen zufolge die Bindung einlagengleicher Gesellschafterleistungen ihre Rechtfertigung in der Einigung über den Leistungszweck finde.

oder, genauer, gesellschaftsvertragsrechtlichen Regeln unterliegt und in welcher Form eine Aufhebungsvereinbarung geschlossen werden muss;⁵³¹ diesen finanzplantypischen Besonderheiten ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht weiter nachzugehen. Demgegenüber sind hinsichtlich der Aufhebung des Nachrangs bereits ausgereichter Finanzplankredite die für die Aufhebung der Subordination auch außerhalb der Finanzplanbindung gelten und im weiteren Verlauf dieser Untersuchung darzulegenden Beschränkungen zu beachten.⁵³² Eine weitergehende Anwendung von gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, und damit insbesondere die Anwendung der Regeln über die Kapitalbindung auf den Finanzplankredit ist entgegen BGHZ 142, 116, 121 nicht veranlasst.⁵³³

d) Besonderheiten der Rangvereinbarung im Rahmen von Finanzplanfinanzierungen

Mit Blick auf Wesen und Wirkung der rechtsgeschäftlichen Rangvereinbarung unterscheidet sich der Rangrücktritt im Rahmen von Finanzplanfinanzierungen daher nicht grundlegend von den anderen Konstellationen rechtsgeschäftlicher Subordination. Besonderheiten bestehen aber insofern, als zum einen zu Fragen ist, ob aus der Vereinbarung einer einlagenähnlichen Bindung auf die Vereinbarung einer Rangabrede geschlossen werden kann, was eine Frage nach der Auslegung der entsprechenden Erklärungen darstellt.

Zum anderen ist wegen des Zusammentreffens von korporationsrechtlicher Finanzierungsabrede und anschließender Darlehensgewährung in jedem Einzelfall durch Auslegung der entsprechenden Absprachen zu bestimmen, durch welches Rechtsgeschäft und zu welchem Zeitpunkt die rechtsgeschäftliche Subordination erfolgt. Hier sind wegen der korporationsrechtlichen Vereinbarung der Pflicht zur Darlehensgewährung drei unterschiedliche Konstellationen denkbar. So ist es möglich, dass die Abrede der Gesellschafter diese lediglich verpflichtet, mit der Gesellschaft gegebenenfalls einen Darlehensvertrag zu schließen und ein nachrangiges Darlehen zu gewähren. Die Subordination erfolgt hier erst im Zeitpunkt der Darlehensgewährung durch Vereinbarung zwischen Gesellschafter und Gesell-

⁵³¹ BGHZ 142, 116, 123 f. Eingehend *Habersack* ZGR 2000, 384, 413 ff. und *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1241, 1250. S. daneben die Analyse von BGHZ 70, 61 bei *Fleischer*, Finanzplankredite, S. 25 f.

⁵³² S. Kap. 9, E.

⁵³³ Zutreffend *Roth/Altmeyen* § 32 a Rn. 78 ff.; *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1241, 1250. Eine Anwendung der Regeln über Nachschusskapital befürworten demgegenüber *Fleischer*, DSr 1999, 1777 ff. und *Ulmer/Habersack* GmbHG §§ 32a/b Rn. 248., doch ist auch insoweit zu Bedenken, dass schon wegen der Existenz des Tilgungsanspruchs Darlehen und Nachschusskapital nicht funktionsgleich sind und die Einlagenähnlichkeit von Finanzplanmitteln auf deren rechtsgeschäftlicher Subordination beruht und damit nicht weiter reichen kann als die Rangvereinbarung selbst.

schaft. Die Abrede der Gesellschafter kann aber darüber hinaus die Darlehensmodalitäten einschließlich der Rangvereinbarung bereits vollständig enthalten. In diesem Fall bedarf angesichts der gesellschaftsvertraglichen Rechtsgrundlage die Überlassung der Darlehensmittel keiner weiteren Absprachen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter,⁵³⁴ und für die Rangvereinbarung ist daher zu klären, ob der allgemeine Nachrang einer gegen die Gesellschaft gerichteten Gesellschafterforderung auch zwischen den Gesellschaftern verabredet werden kann.⁵³⁵ Schließlich kann die Abrede zwischen den Gesellschaftern die Pflicht zur Gewährung eines durch Darlehensvertrag zwischen Gesellschaft und Gesellschafter noch weiter auszugestaltenden Darlehens enthalten und dabei gleichzeitig die aus der darlehensweisen Überlassung künftig entstehende Darlehensforderung bereits gegenwärtig subordinieren.⁵³⁶

Die genannten Konstellationen unterscheiden sich mit Blick auf die Rangwirkung gegenüber Dritterwerbem der Gesellschafterforderung: Gewährt der Gesellschafter im ersten Fall ein vollrangiges Darlehen, so verletzt dies seine gesellschaftsvertragliche Pflicht zur Gewährung eines nachrangigen Darlehens, der Rückzahlungsanspruch selbst ist aber vollrangig. Die Gesellschaft kann einem Tilgungsverlangen des Dritterwerbers der Gesellschafterforderung die Gesellschafterpflicht zur Gewährung des nachrangigen Darlehens im Wege der *dolo agit* Einrede in Verbindung mit § 404 BGB nur insoweit entgegen halten, als wegen des gesellschaftsvertraglichen Rechtsgrundes die Pflicht zur Darlehensgewährung auch in der Krise der Gesellschaft besteht. Demgegenüber könnte im zweiten wie im dritten Fall auch ein Dritterwerber der Forderung diese nur nachrangig geltend machen, wodurch eine Tilgung in der Krise der Gesellschaft regelmäßig ausgeschlossen wäre.

D. Mezzanine Finance

In den letzten Jahren ist in der Finanzierungspraxis der Unternehmen eine Diversifizierung zu beobachten: neben die Finanzierung durch echtes Eigenkapital und die Finan-

⁵³⁴ S. zum parallelen Fall der Gebrauchsüberlassung MünchKommBGB/*Ulmer* § 706 Rn. 18.

⁵³⁵ Dazu unten, Kap. 9, B. II. 3. a.E.

⁵³⁶ S. zur Möglichkeit der Subordination künftiger Forderungen Kap. 9, C. III. 1.

zierung durch reines Fremdkapital (in der Regel Bankdarlehen und Inhaberschuldverschreibungen) treten verstärkt Finanzierungen durch Darlehen, die mit einem allgemeinem oder einem gegenüber bestimmten Gläubigern begrenzten Nachrang versehen sind, durch Einlagen stiller Gesellschafter, durch Wandel-/ und Optionsanleihen sowie durch Genussrechte. Diese Finanzierungen werden neuerdings in der betriebswirtschaftlichen wie in der juristischen Literatur⁵³⁷ als Mezzanine-Finance, Mezzanine-Debt, Mezzanine-Instrument oder Mezzanine-Kapital bezeichnet⁵³⁸.

I. Mezzanine Finance als unspezifische Sammelbezeichnung

Das englische Wort *mezzanine* geht auf das italienische *mezzanino* zurück und bezeichnet in seinem ursprünglichen Wortsinn ein vor allem in der Architektur der italienischen Renaissance beliebtes Zwischengeschoß.⁵³⁹ In der Unternehmensfinanzierung wird durch die Bezeichnung Mezzanine-Finance in der Regel zum Ausdruck gebracht, dass der entsprechende Finanzierungstitel weder dem reinen Fremdkapital noch dem echten Eigenkapital entspricht und daher gleichsam zwischen Eigen- und Fremdkapital steht.⁵⁴⁰ Der Begriff der Mezzanine Finance konnte bislang aber noch keine eindeutig umgrenzte Bedeutung erlangen⁵⁴¹ und ist deshalb als Abgrenzungskriterium ungeeignet:⁵⁴² So wird teils jede Finanzierung, die nicht den originären Fremd- oder Eigenkapitalcharakter aufweist als Mezzanine

⁵³⁷ Aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Rudolph*, BB-Special 5/2005, S. 15 ff. *Kamp/Solmecke* FB 2005, 618 ff. Aus vornehmlich juristischer Sicht von *Einem/Schmid/Pütz*, BB-Special 5/2005, S. 9 ff.; *Weinauer*, FS Mailänder, S. 441, 451 ff. Betriebswirtschaftliche und juristische Aspekte behandeln *Golland u.a.* BB-Special 4/2005, S. 1 ff.; *Kiethe* DStR 2006, 1763 ff.

⁵³⁸ Nachfolgend wird Mezzanine-Finance verwandt. Daneben findet sich für Gestaltungen, die Elemente der Eigen- und Fremdfinanzierung verbinden, der Begriff der hybriden Finanzierung; dazu und mit weiteren Nachw. *K. Schmidt*, GesR, S. 520. Von Mischfinanzierungsformen spricht schließlich MünchKommAktG/*Peifer* vor § 182 Rn. 29.

⁵³⁹ *Fahrholz*, Unternehmensfinanzierung, S. 88.

⁵⁴⁰ *Golland u.a.*, BB-Special 4/2005, S. 2; *Hofert/Arends* ZIP 2005, 1297; *Kiethe*, DStR 2006, 1763, 1764; *Müller*, Mezzanine, S. 19 für Mezzanine Finance im weiteren Sinne.

⁵⁴¹ *Fahrholz*, Unternehmensfinanzierung, S.89; innerhalb des deutschen Sprachraums ist das Wort Mezzanin mit gleicher Bedeutung in Österreich gebräuchlich, *Hartmann*, Kunstlexikon, Stichwort „Mezzanin“

⁵⁴² Methodisch bedenklich daher die Aussage von *Golland u.a.*, BB-Special 4/2005, S. 1, man könne bestimmte Finanzierungsinstrumente unter den Begriff des Mezzanine-Kapitals „subsumieren“.

bezeichnet,⁵⁴³ teils aber der Begriff des Mezzanine auch enger als derjenige Bereich von Finanzierungen verstanden, die sowohl Fremd- als auch Eigenkapitalkomponenten beinhalten und eine mittlere Risiko-Rendite-Relation aufweisen. Nach der letztgenannten Definition wäre das „echte Mezzanine“ nicht nur von Fremd- und Eigenkapital zu unterscheiden, sondern auch von fremdkapitalähnlichen und eigenkapitalähnlichen Instrumenten.⁵⁴⁴ Nochmals unterschiedlich zählt *Müller* zur Mezzanine-Finance im engeren Sinne nur solche Finanzierungsinstrumente, die dem Unternehmen potentiell unbegrenzt zur Verfügung stehen (residual claim), was nach *Müller* auf laufzeitbegrenzte Finanzierungstitel nur dann zutrifft, wenn diese die Möglichkeit aufweisen, zum Ende ihrer Laufzeit zu echtem Eigenkapital zu werden.⁵⁴⁵

II. Der Nachrang als konstitutives Kriterium von Mezzanine Kapital?

Ein über die Funktion als Sammelbegriff hinausweisendes, für die vorliegende Arbeit zudem besonders bedeutsames Charakteristikum von Mezzanine-Finance könnte indes die auf rechtsgeschäftlicher Vereinbarung beruhende Nachrangigkeit der entsprechenden Finanzierungstitel sein. Zum Teil wird in der Nachrangigkeit ein konstitutives Merkmal mezzaniner Finanzierungen gesehen.⁵⁴⁶ Allerdings lässt sich auch in dieser Hinsicht kein einheitliches Meinungsbild feststellen, da andere Autoren den hybride Charakter mezzaniner Instrumente allein wirtschaftlich verstehen⁵⁴⁷ und damit auch solche Instrumente der Mezzanine-Finance zuordnen, die, ohne im rechtlichen Sinne nachrangig zu sein, ein gegenüber reinem Fremdkapital höheres wirtschaftliches Risiko tragen, wie es insbesondere bei gewinnabhängigen Finanzierungstiteln, - seien sie mit oder ohne Verlustbeteiligung -

⁵⁴³ Nochmals weiter *Betsch/Groh/Lohmann*, Corporate Finance, S. 301 ff. und *Michalski/Fleischer* Syst. Darstellung 6 Rn. 98, die unter Mezzanine-Finance den Teil einer Projekt- oder Akquisitionsfinanzierung verstehen, der weder Eigenkapital noch vorrangig besichertes Fremdkapital darstellt.

⁵⁴⁴ So *Achleitner/Wahl* in *Achleitner/von Einem/von Schröder*, Private Debt, S. 46 ff. Noch enger *Müller*, Mezzanine, S. 157 der von Mezzanine Kapital im engeren Sinne nur dann sprechen will, wenn die Forderung letztlich in echtes Eigenkapital gewandelt werden kann.

⁵⁴⁵ *Müller*, Mezzanine, S. 22.

⁵⁴⁶ So *Müller*, Mezzanine, S. 19; ebenso *Dyer*, J. Int. Bank. L. 1990, 154, *Fahrholz*, Unternehmensfinanzierung, S.89, der konsequent nur die nachrangige stille Gesellschaft zu den Methoden der Mezzanine-Finanzierung rechnet, S. 91.

⁵⁴⁷ So sollen nach *Golland u.a.* insbesondere die erfolgsabhängigen Vergütungsbestandteile dem Mezzanine-Kapital einen gewissen Eigenkapitalcharakter verleihen, S. BB-Special 4/2005, S. 2.

sowie bei Wandel- und Optionsanleihen, deren Gesamtrendite auch von dem (Börsen-)Wert des Unternehmens bestimmt wird, der Fall ist. Mehrere Autoren sehen schließlich zwar in der Nachrangigkeit ein gemeinsames Merkmal von Mezzanine-Finance,⁵⁴⁸ zählen dann aber auch Wandel- und Optionsanleihen sowie stille Gesellschaften zu den Mezzanine-Titeln,⁵⁴⁹ ohne dass klar würde, ob es sich dabei nur um nachrangige Anleihen und stille Gesellschafter mit nachrangiger Einlageforderung⁵⁵⁰ handeln soll.

Es kommt hinzu, dass unter nachrangigen Mezzanine-Instrumenten sowohl Finanzierungen verstanden werden, bei denen der Nachrang nur gegenüber spezifischen Forderungen bestimmter Gläubiger erklärt wird, als auch Finanzierungen, die gegenüber allen gegenwärtigen und künftigen Gläubigern nachrangig sein sollen⁵⁵¹. Abgesehen davon, dass bei Vereinbarung eines Nachrangs gegenüber spezifischen Darlehen nicht ohne weiteres ersichtlich ist, wieso derart subordinierte Darlehen zwischen Fremd- und Eigenkapital stehen und deshalb im übertragenen Wortsinn mezzaninen Charakter haben sollten, birgt die gemeinsame Diskussion von Darlehen, die gegenüber allen gegenwärtigen und künftigen Forderungen anderer Gläubiger des Schuldners nachrangig sein sollen, und solchen Forderungen, die nur gegenüber spezifischen anderen Forderungen nachrangig sind, unter dem einheitlichen Begriff der Mezzanine-Finance die zusätzliche Gefahr, dass damit grundlegende Unterschiede verwischt werden, was die rechtliche Einordnung des Darlehens und damit die Bestimmung der aus der Subordination folgenden Rechtswirkungen erschwert. Beispielsweise seien hierfür drei aktuelle Veröffentlichungen genannt: So stellt *Kroschewski*, für mezzanine Darlehen zunächst fest, deren Rückzahlung erfolge „typischerweise erst zum

⁵⁴⁸ So von *Einem/Schmid/Pütz*, BB-Special 5/2005, S. 9; *Golland u.a.*, BB-Special 4/2005, S. 15; *Kiethe*, DStR 2006, 1763, 1765; *Weitmauer*, FS Mailänder, S. 441, 451, 453.

⁵⁴⁹ Von *Einem/Schmid/Pütz*, BB-Special 5/2005, S. 11; *Golland u.a.*, BB-Special 4/2005, S. 15 ff.; *Kiethe*, DStR 2006, 1763, 1764; *Weitmauer*, FS Mailänder, S. 441, 451.

⁵⁵⁰ Die Einlageforderung des stillen Gesellschafters ist wegen § 236 HGB weder rechtlich, noch – da die Verlustbeteiligung vertraglich ausgeschlossen werden kann, § 231 Abs. 2 HGB – notwendig wirtschaftlich nachrangig. Mindestens missverständlich deshalb *Golland u.a.*, die festhalten, gemeinsame Charakteristika von stiller Gesellschaft und Nachrangdarlehen seien insbesondere „(1) die Tatsache, dass der stille Gesellschafter und der Nachrangdarlehensgeber nicht an den laufenden Verlusten der Gesellschaft beteiligt sind, und (2) ihre Stellung als nachrangige Insolvenzgläubiger“, BB-Special 4/2005, S. 19.

⁵⁵¹ *Fahrholz*, Unternehmensfinanzierung, S. 89 hebt zutreffend hervor, dass die Begrenzung der Subordination auf selektive Gläubigergruppen möglich ist. Ebenso *Golland u.a.*, BB-Special 4/2005, S. 2. Weitergehend sehen einige Autoren in der Subordination unter die Forderungen spezifischer Darlehensgeber den typischen Fall des Nachrangdarlehens als mezzanine Finanzierungsform. So *Häger/Elkemann-Reusch*, Mezzanine Rz. 458; *Hofert/Arends*, ZIP 2005, 1297, 1298; *Kiethe*, DStR 2006, 1763, 1765 und *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212.

Ende der Laufzeit nach Amortisation der vorrangigen Senior Loans“,⁵⁵² um später auf Besonderheiten des mit mezzaninen Darlehen angeblich verbundenen allgemeinen Rangrücktritts einzugehen.⁵⁵³ Mindestens unklar sind auch die Ausführungen von *von Einem/Schmid/Pütz*, die zunächst darlegen, bei „Private-Debt-Darlehen“ werde regelmäßig die Nachrangigkeit gegenüber sonstigen klassischen Darlehen vereinbart,⁵⁵⁴ was auf Nachrang gegenüber spezifischen Forderungen hindeutet, und später feststellen „in dem Überschuldungsstatus eines Unternehmens finden Private-Debt-Darlehen bei Vereinbarung eines Rangrücktritts keinen Ansatz“.⁵⁵⁵, was nur bei Vereinbarung eines Nachrangs gegenüber allen gegenwärtigen und künftigen Gläubigern zutrifft. Schließlich sei auch in diesem Zusammenhang die gemeinsame Stellungnahme von *Golland/Gehlhaar/Grossmann/Eickhoff-Kley* und *Jänisch* genannt.⁵⁵⁶ *Golland u.a.* erkennen zwar im Ausgangspunkt zutreffend, dass eine Forderung entweder gegenüber allen anderen Forderungen oder gegenüber einzelnen anderen Forderungen nachrangig sein kann.⁵⁵⁷ Bei der Behandlung der rechtlichen Ausgestaltung des Nachrangdarlehens stellen diese dann jedoch zunächst die Vereinbarung eines Nachrangs gegenüber bestimmten anderen Fremdkapitalgebern in den Mittelpunkt⁵⁵⁸ und führen aus, der Nachrangdarlehensgeber werde in der Insolvenz nachrangig gegenüber dem Senior Darlehensgeber befriedigt.⁵⁵⁹ Sodann stellen diese Autoren aber fest,

„die Rangrücktrittserklärung muss vom Inhalt her verdeutlichen, dass die Forderung des Nachrangdarlehensgebers innerhalb des Insolvenzverfahrens nur mit einem Rang nach den einfachen Insolvenzgläubigern befriedigt werden darf“,⁵⁶⁰

um schließlich unter der Überschrift „Typische Regelungsinhalte der Rangrücktrittserklärung“ auszuführen:

⁵⁵² *Kroschewski*, Stbg 2005, 341.

⁵⁵³ *Kroschewski*, Stbg 2005, 344.

⁵⁵⁴ *Von Einem/Schmid/Pütz*, BB-Special 5/2005, S. 9, 10.

⁵⁵⁵ *Von Einem/Schmid/Pütz*, BB-Special 5/2005, S. 9, 12.

⁵⁵⁶ *Golland u.a.*, BB-Special 4/2005, S. 1 ff.

⁵⁵⁷ *Golland u.a.*, BB-Special 4/2005, S. 2.

⁵⁵⁸ *Golland u.a.*, BB-Special 4/2005, S. 18 f. unter 3.b) aa).

⁵⁵⁹ *Golland u.a.*, BB-Special 4/2005, S. 19.

⁵⁶⁰ *Golland u.a.*, BB-Special 4/2005, S. 19.

„Im Hinblick auf die Insolvenz der zu finanzierenden Gesellschaft verpflichtet die Rangrücktrittserklärung den Nachrangdarlehensgeber in der Regel, seine Forderungen als Insolvenzgläubiger anzumelden. Der Insolvenzverwalter wird jedoch angewiesen, die auf das Nachrangdarlehen entfallende Quote an den vorrangigen Senior-Darlehensgeber auszukehren. Sollte der Nachrangdarlehensgeber Zahlungen aus der Insolvenzmasse vor der vollständigen Rückführung des Senior-Darlehens erhalten, ist er verpflichtet, das Erhaltene an den Senior-Darlehensgeber auszuzahlen.“⁵⁶¹

Auch wenn die zuletzt genannte Rechtsfolge dem typischen Parteiinteresse bei Forderungen mit Nachrang gegenüber spezifischen Forderungen durchaus entspricht, so bleibt doch bei *Golland u.a.* ungeklärt, worauf diese, dem amerikanischen Recht zur contractual subordination nachgebildete⁵⁶² Rechtswirkung der Nachrangvereinbarung nach deutschem Recht beruhen soll. Denn anders als das US-amerikanische Recht kennt das deutsche Recht weder bislang eine allgemeine double dividends rule, noch das Rechtsinstitut des trust. In jedem Fall bliebe die Übertragung der auf die Nachrangforderung entfallenden Insolvenzquote auf den Gläubiger der Vorrangforderung wirtschaftlich folgenlos, wenn, wie von *Golland u.a.* zuvor angeführt, die Rangrücktrittsvereinbarung zugleich festlegte, dass der nachrangige Gläubiger erst nach den einfachen Insolvenzgläubigern befriedigt werden soll. Insofern ist daran zu erinnern, dass bei der großen Mehrzahl von Insolvenzverfahren nachrangige Gläubiger keine Insolvenzquote erhalten.⁵⁶³ Nichts anderes gilt im übrigen, wenn man die Ausführungen von *Golland u.a.* so versteht, dass der allgemeine Rangrücktritt ggf. zu dem Nachrang gegenüber spezifischen Forderungen hinzutritt, es ohne zusätzlichen Rangrücktritt aber bei dem Nachrang (nur) gegenüber der Vorrangforderung⁵⁶⁴ bleibt: Wegen des Grundsatzes der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung und der Verteilung nach Rangklassen könnte auch dann auf die nachrangige Forderung eine Insolvenzquote erst entfallen, wenn alle Forderungen, die mit der Vorrangforderung auf gleicher Stufe stehen, erfüllt wurden. Die von *Golland u.a.* vorgeschlagene, oben angeführte Regelungsfolge der Rangrücktrittsvereinbarung lässt sich demgegenüber nur dann verwirklichen wenn die „Nachrang“ Forderung am Insolvenzverfahren des Schuldners nicht nachrangig, sondern gegenüber der Vorrangforderung und anderen Insolvenzgläubigern gleichrangig teilnimmt,

⁵⁶¹ *Golland u.a.*, BB-Special 4/2005, S. 20. Eine ähnliche Formulierung findet sich bei *Kieth*, DStR 2006, 1763, 1765.

⁵⁶² S. Kap. 6, B. III. 1.

⁵⁶³ Dazu und zu den Gründen, die gleichwohl für eine Einbeziehung der nachrangigen Gläubiger in das Insolvenzverfahren sprechen *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 70b.

⁵⁶⁴ Für diesen *Golland u.a.*, BB-Special 4/2005, S. 19.

die auf die Nachrangforderung entfallende Insolvenzquote aber zunächst dem Gläubiger der Vorrangforderung gebührt.

E. Zweites Zwischenergebnis: Eigenkapital, gesetzlicher Nachrang und rechtsgeschäftliche Subordination

Nachfolgend sind die aus dem zweiten Teil der systematischen Grundlegung zur Unternehmensfinanzierung gewonnenen Ergebnisse noch einmal zusammenfassend darzustellen. Das weitere Vorgehen ist zu skizzieren.

Festzuhalten ist zunächst, dass der Nachrang ein konstitutives Element des Eigenkapitals bildet. Der Nachrang des Eigenkapitals beruht nach der hier vertretenen Abgrenzung von Eigenkapital und (nachrangigem) Fremdkapital auf dem Charakter des Eigenkapitals als Eigenmittel der Gesellschaft, denen kein einseitiges Forderungsrecht gegenübersteht. Der Nachrang des Eigenkapitals ist damit schon wegen des Fehlens einseitiger Forderungsrechte der Kapitalgeber keine Rechtsregel zur Steuerung der Kollision mehrerer Forderungen. Er resultiert aus zwei Regelungskonzepten: Zum einen stellen die ausdrücklichen Verteilungsvorschriften für Insolvenz und Liquidation sicher, dass in Liquidation und Insolvenz der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter erst verteilt werden kann, wenn alle Drittgläubiger befriedigt wurden. Außerhalb von Insolvenz und Liquidation wird der Vorrang der Fremdkapitalgeber durch die rechtsformspezifischen Regeln über die Kapitalerhaltung gewahrt.⁵⁶⁵ Diese schützen zwar das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft in ganz unterschiedlicher Weise, doch gilt im Grundsatz rechtsformübergreifend⁵⁶⁶, dass eine Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter nur möglich ist, wenn auch nach der Ausschüttung genügend Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, um die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu tilgen.

⁵⁶⁵ S. auch *Haas*, 66. DJT 2006, E-130.

⁵⁶⁶ Zu den Einschränkungen im Recht der Personengesellschaft oben, Kap. 2, B. III. 3.

Das Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen lässt sich bereits de lege lata als gesetzliche Anordnung eines auf die Dauer der Unternehmenskrise begrenzten Nachrangs der Forderungen aus Gesellschafterdarlehen zum Schutz der außen stehenden Gläubiger vor typisierten Gefahren der Gesellschafter-Fremdfinanzierung in der Gesellschaftskrise konzeptualisieren. So verstanden stellt das Kapitalersatzrecht ein Anwendungsbeispiel der Steuerung von Forderungskollisionen durch gesetzlichen Rang dar. Der in der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der überwiegenden Literatur vertretene Rückgriff auf eigenkapitaltypische Wertungen und die analoge Heranziehung der §§ 30 und 31 GmbHG haben demgegenüber ein geringeres Rationalisierungspotential.

Beim Finanzplankredit und bei den weiteren, unter dem Schlagwort des Quasi-Eigenkapitals diskutierten Konstellationen wiederum beruht der Nachrang der Forderung allein auf rechtsgeschäftlicher Vereinbarung. Der Begriff des funktionellen, materiellen oder Quasi-Eigenkapitals ist abzulehnen. Erstens verdeckt dieser Begriff, dass in den darunter üblicherweise verstandenen Fällen einseitige Gläubigerforderungen bestehen, was nach der hier vertretenen Konzeption beim „echten“ Eigenkapital gerade nicht der Fall ist. Zweitens erfüllt das „funktionelle Eigenkapital“ nur einzelne Eigenkapitalfunktionen, und auch diese nur gegenüber vollrangigen Gesellschaftsgläubigern, so dass auch insoweit wesentliche Unterschiede zu „echtem“ Eigenkapital bestehen.

Was schließlich die Klassifizierung untypischer Unternehmensfinanzierungen als Mezzanine-Finance angeht, so ist zunächst als Verdienst der derzeitigen Diskussion um Mezzanine-Finance festzuhalten, dass durch sie rechtliche Instrumente für eine Diversifizierung der Unternehmensfinanzierung benannt werden und der betriebswirtschaftliche Anwendungsbereich⁵⁶⁷ von Finanzierungstiteln, die hinsichtlich ihrer Risikostruktur weder reines Fremdkapital noch echtes Eigenkapital darstellen, aufgezeigt und umschrieben werden kann. Die Bewertung von Mezzanine-Finance als ein die einzelnen Finanzierungstitel überwölbendes juristisches Konzept muss dagegen kritisch ausfallen. So ist zunächst festzuhalten, dass, entgegen vielen Literaturstimmen aus jüngerer Zeit,⁵⁶⁸ die unter Mezzanine-Finance üblicherweise verstandenen Finanzierungsinstrumente keineswegs neu und innovativ sind. Vielmehr handelt es sich um die Renaissance alter Finanzierungsformen

⁵⁶⁷ S. Link, Finanzierung, S. 29 ff.; Müller, Mezzanine, S. 134.

⁵⁶⁸ Kieth, DStR 2006, 1763, 1764.

mit teilweise neuartiger Vergütungsstruktur⁵⁶⁹ und unter neuem Oberbegriff. Wegen der begrifflichen Unschärfe, letztlich aber auch wegen der Verschiedenheit und des bisweilen gegenläufigen Charakters der unter Mezzanine-Kapital häufig verstandenen Finanzierungstitel hat die zusammenfassende Bezeichnung als Mezzanine Kapital ihre Berechtigung vornehmlich als Mittel zum Marketing der entsprechenden Finanzierungsinstrumente und der mit diesen verbundenen Finanz- und Anwaltsdienstleistungen. Eine inhaltlich begründete Ordnung, aus der sich systematische Erkenntnisse folgern ließen, ist hieraus aber zumindest derzeit nicht zu gewinnen.⁵⁷⁰ Im Gegenteil birgt die gemeinsame Bezeichnung die Gefahr, bestehende Unterschiede zu verwischen. Dies zeigt sich gerade mit Blick auf die rechtsgeschäftliche Subordination: Während die außerhalb der Diskussion um Mezzanine-Finance herrschende Meinung zwischen Rangrücktritt hinter alle gegenwärtigen und künftigen Gläubiger und Rangrücktritt hinter einzelne Forderungen kategorisch unterscheidet, und damit die Frage nach bestehenden Gemeinsamkeiten erst gar nicht stellt, werden von manchen Autoren innerhalb der Diskussion um Mezzanine-Finance allgemeiner und spezifischer Nachrang vermischt, und dadurch bestehende Unterschiede verdeckt.

Im weiteren Fortgang dieser Untersuchung soll daher auf den Begriff des Mezzanine soweit möglich verzichtet werden; dessen ungeachtet sind die üblicherweise darunter verstandenen Finanzierungsinstrumente nachfolgend daraufhin zu untersuchen, ob und ggf. mit welchem Inhalt in ihrem jeweiligen Rahmen der Nachrang einer Forderung rechtsgeschäftlich begründet wird. Das einen Nachrang begründende Rechtsgeschäft wird im Folgenden allgemein als Subordination bezeichnet, die ihm zugrunde liegende Vereinbarung Nachrangvereinbarung. Soweit die subordinierte Forderung gegenüber allen außen stehenden Gläubigern nachrangig sein soll, wird von allgemeinem Nachrang gesprochen, bei Subordination unter eine oder mehrere – aber nicht alle – anderen Forderungen von spezifischem

⁵⁶⁹ So wird bei vielen Mezzanine-Finanzierungen der geschuldete Zins in einen periodisch fälligen Zins und einen endfälligen Zins aufgeteilt, um so während der Laufzeit der Finanzierung den cash-flow des Schuldners zu schonen. Zusätzlich werden häufig Vereinbarungen getroffen, die es dem Gläubiger erlauben, an Steigerungen des Unternehmenswertes des Schuldners zu partizipieren. S. zu den üblichen Vergütungsbestandteilen bei Mezzanine-Kapital *Golland u.a.*, BB-Special 4/2005 S. 3 ff., 15, 21 f.; *Kieth* DSfR 2006, 1763, 1764.

⁵⁷⁰ Denn auch zur Ausbildung eines Typus müssen einzelne Züge vorhanden sein, die zueinander dergestalt in sinnhafter Beziehung stehen, dass sie einander bis zu einem gewissen Grade bedingen oder fordern, mindestens aber miteinander verträglich sind. So *Larenz*, Methodenlehre, S. 467. Nicht ausgeschlossen ist aber, dass die weitere Rechtspraxis und die rechtswissenschaftliche Forschung zur Ausbildung solcher Züge führt und damit Mezzanine künftig zu einem Rechtstypus erhebt. Hierzu mag es sich anbieten, die rechtsgeschäftliche Subordination als konstitutives Merkmal eines juristisch geprägten Begriffs von Mezzanine-Finance zu verwenden.

Nachrang. In diesem Fall wird die Forderung, der gegenüber der Nachrang bestehen soll, als Vorrangforderung gekennzeichnet.

3. Kapitel Der Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung

A. Einführung

Im Gegensatz zu den allgemeinen Nachrangdarlehen wie auch zu dem Forderungsrücktritt hinter spezifische Forderungen, die jeweils einen breiten wirtschaftlichen Anwendungsbereich haben, verfolgen die Parteien mit einem Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung einen spezifischen Zweck: Durch den Rangrücktritt soll der Ausweis der subordinierten Verbindlichkeit im Überschuldungsstatut und damit der Eintritt der bilanziellen Überschuldung vermieden und so eine andernfalls erforderliche Stellung eines Insolvenzantrags oder die Verstrickung weiterer Darlehen nach den Regeln eigenkapitalsetzender Gesellschafterleistungen abgewendet werden.⁵⁷¹ Dieser spezifische Zweck konkretisiert zum einen die inhaltlichen Anforderungen an den Rangrücktritt. Zum anderen begrenzt der Zweck der Überschuldungsvermeidung für diesen Bereich rechtsgeschäftlicher Subordination den Ertrag des Rechtsvergleichs mit dem angloamerikanischen Recht: Zwar hat auch in der englischen und der us-amerikanischen Finanzierungspraxis die rechtsgeschäftliche Subordination Bedeutung bei der außergerichtlichen Sanierung notleidender Unternehmen,⁵⁷² doch kennt weder das englische noch das us-amerikanische Recht die Überschuldung als Insolvenzantragsgrund. Von den drei in dieser Arbeit in den Blick genommenen Rechtsordnungen ist daher nur dem Rangrücktritt nach deutschem Recht der spezifische Zweck, die Überschuldung zu vermeiden, zu eigen.

⁵⁷¹ Allg. Meinung, s. etwa *Kammeter/Geißelmeier*, NZI 2007, 214; *Priester* ZGR 1999, 532, 543; *Teller/Steffan*, Rangrücktrittsvereinbarungen, S. 1.

⁵⁷² Die rechtsgeschäftliche Subordination von Forderungen, die dem Schuldner nahe stehenden Personen oder wichtigen Geschäftspartnern des Schuldners zustehen, soll hier dazu dienen, andere Gläubiger davon abzuhalten, ihre Forderungen einzutreiben oder andere Gläubiger dazu bringen, dem Unternehmen trotz der Unternehmenskrise neues Geld zur Verfügung zu stellen. S. dazu *Ferran*, *Company Law*, S. 545; *Wood*, *Subordinated Debt*, S. 3; *ders.*, *Project Finance*, S. 39 f.

Während die ältere Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs den Rangrücktritt als Mittel, die Überschuldung zu vermeiden oder eine eingetretene Überschuldung zu beseitigen, noch ablehnte,⁵⁷³ und die Insolvenzordnung zwischenzeitlich erneute Unsicherheiten in dieser Hinsicht begründete,⁵⁷⁴ steht die generelle Eignung des Rangrücktritts zur Vermeidung der Passivierung entsprechend subordinierter Forderungen heute außer Frage.⁵⁷⁵ Unsicherheiten bestehen mit Blick auf die zur Vermeidung der Passivierungspflicht erforderliche Tiefe des Rangrücktritts, für die Frage, wann die Passivierung endet sowie bezüglich der Frage, ob der durch den Rangrücktritt vereinbarte Nachrang der Forderung nur in der Insolvenz, oder während der Krise der Gesellschaft auch außerhalb der Insolvenz gelten muss.

B. Der wirtschaftliche Hintergrund: Feststellung und Folgen der Überschuldung

Begriff und Messung der Überschuldung sind in § 19 Abs. 2 InsO vorgegeben. Für Gesellschaften ohne natürliche Person als unbegrenzt haftenden Gesellschafter ist die Überschuldung Insolvenzgrund. Gleichzeitig besteht Insolvenzantragspflicht. Zusätzlich bildet die Überschuldung ein Krisenmerkmal und eröffnet so die mögliche Verstrickung von Gesellschafterdarlehen nach den Grundsätzen über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen. Zur Feststellung der Überschuldung ist ein Statut aufzustellen. Auf der Aktivseite sind alle Vermögensgegenstände aufzuführen, wobei grundsätzlich Liquidationswerte anzusetzen sind. Nur soweit für den Schuldner eine positive Fortbestehensprog-

⁵⁷³ BFHE 93, 44, 48: Geeignet sei allein die Abrede, die Darlehensschuld nur aus Bilanzgewinnen oder einem entsprechenden Liquidationsguthaben zu tilgen.

⁵⁷⁴ Für Passivierung nachrangiger Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatut nach neuem Insolvenzrecht *Herlinghaus*, BB 1998, 1789; zweifelnd *Bormann*, InVo 1999, 105, 106 und *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck* § 32 a Rn. 12. Unklar *St. Kling*, NZG 2000, 872, 873 der einerseits von Passivierung nachrangiger Verbindlichkeiten ausgeht, um andererseits festzustellen, es werde „dem GF [gemeint ist wohl Geschäftsführer, zutreffend wäre Gesellschaft] ermöglicht, die grundsätzliche Passivierung der Verbindlichkeit durch den Rangrücktritt bzw. den Freistellungsanspruch im Wege eines Passivtauschs durch den Buchungssatz Verbindlichkeiten an Eigenkapital auszugleichen“.

⁵⁷⁵ Grundlegend BGHZ 146, 264, 269 ff. Aus der Literatur *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatz, Rn. 45; *Ulmer/Habersack* §§ 32 a/b Rn. 241; *HKInsO/Kirchhof* § 19 Rn. 26; *Andres/Leithaus* § 19 Rn. 8; *Jaeger/HF Müller* § 19 Rn. 96; *FKInsO/Schmerbach* § 19 Rn. 18 d; *Gottwald/Uhlenbruck* § 6 Rn. 51. AA die in Fn. 574 Genannten.

nose besteht, können statt dessen Fortführungswerte herangezogen werden.⁵⁷⁶ Die Überschuldungsbilanz ist nicht Konkursöffnungsbilanz; es geht nicht darum, welche Verbindlichkeiten im Falle der Insolvenz das Schuldnervermögen wirtschaftlich belasten.⁵⁷⁷ Daher folgen Handelsbilanz und Überschuldungsbilanz verschiedenen Ansatzvorschriften.

C. Inhalt der rechtlichen Vereinbarung im Überblick

Mit dem Rangrücktritt tritt der Gläubiger mit seiner Forderung hinter die Forderungen der anderen Gläubiger, einschließlich künftiger Forderungen und Forderungen künftiger Gläubiger, zurück. So lautet der Wortlaut des in der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 30.3.1993 streitgegenständlichen Rangrücktritts:

„Die Gläubigerin tritt mit ihren Forderungen in Höhe von DM 1 Millionen hinter die Forderungen aller anderen Gläubiger in der Weise zurück, dass ihre Forderungen nur zu Lasten von Bilanzgewinnen, aus einem Liquidationsüberschuss oder aus dem die sonstigen Verbindlichkeiten der Schuldnerin übersteigenden Vermögen bedient zu werden brauchen.“⁵⁷⁸

Ein neueres, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in BGHZ 146, 264 einbeziehendes Formulierungsbeispiel lautet:

„Zur Vermeidung der Überschuldung oder eines sonstigen Insolenzgrundes der Schuldnerin tritt der Darlehensgeber mit allen gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüchen, insbesondere aus und im Zusammenhang mit Ansprüchen aus [z.B. Darlehensvertrag vom ..., einschließlich Tilgung, Verzinsung und Rückzahlung] im Rang hinter allen anderen Ansprüchen aller anderen gegenwärtigen und zukünftigen Gläubiger der Schuldnerin zurück. Die Erfüllung solchermaßen nachrangiger Ansprüche kann nur aus einem etwaigen frei verfügbaren Jahres- oder Liquidationsüberschuss oder aus dem die sonstigen Verbindlichkeiten der Schuldnerin übersteigenden frei verfügbaren Vermögen geltend gemacht werden und zwar nur

(i) nach Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger im Sinne des § 39 Abs. 2 InsO und

⁵⁷⁶ BGH ZIP 2006, 2171.

⁵⁷⁷ So aber wohl *Wozar*, Gesellschafterdarlehen S. 56.

⁵⁷⁸ BFHE 170, 449, 450. S. dazu auch den in der gleichen Sache ergangenen Beschluss des BFH v. 18.10.1989, BFHE 158, 426 sowie den Beschluss BFH NV 1990, 423. Einen nahezu identischen Wortlaut hat auch der für die Entscheidung des BFH v. 20.10.2004 streitgegenständliche Rangrücktritt, DStR 2005, 186.

(ii) im Range vor den Einlagerückgewähransprüchen der Gesellschafter im Sinne des § 199 S. 2 InsO⁵⁷⁹

D. Insbesondere: Umfang, Dauer und Tiefe des Nachrangs

I. Umfang der Subordination: Die betroffenen Forderungen

Beim Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung ist das Interesse der Parteien mit Blick auf den Umfang der subordinierten Forderungen eindeutig: Es sollen Forderungen in ausreichender Höhe subordiniert werden, um die Überschuldung zu verhindern. Gleichzeitig sollen so wenig Forderungen wie möglich subordiniert sein, um die mit der Subordination verbundene Erhöhung des Ausfallrisikos zu minimieren. Dieser Interessenlage entspricht die Formulierung, die Forderung trete in dem Maße zurück, wie es erforderlich ist, um eine Überschuldung zu verhindern.⁵⁸⁰ Aus der Sicht der Überschuldungsfeststellung steht der Variabilität als solcher nichts entgegen, da hierdurch sichergestellt ist, dass die Forderung in genau der Höhe subordiniert ist, die zum jeweiligen Ausgleich der Überschuldung erforderlich ist, weswegen das freie Vermögen stets zur Befriedigung aller anderen Gläubiger ausreicht; im Gegenteil: Die Flexibilität schafft ein Polster erforderlichenfalls subordinierter Forderungen und kann so in der akuten Krisensituation das Überschuldungsmanagement⁵⁸¹ vereinfachen und verhindern, dass der Schuldner auf eine bestehende Überschuldung zu spät reagiert. Die weitere insolvenzrechtliche Voraussetzung ist allerdings, dass auch in den Fällen des variablen Rangrücktritts sichergestellt ist, dass die Forderung, sollte es trotz Sanierungsbemühungen zu dem Insolvenzverfahren nach anderen Eröffnungsgründen kommen, vollrangig am Verfahren nur in der nicht subordinierten Höhe teilnimmt. Dies setzt zum einen die Teilbarkeit der Forderung voraus, zum anderen, dass eine auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bezogene Überschuldungsprüfung statt findet, um die Höhe des von dem Nachrang betroffenen Forderungsteils zu bestimmen. Ob ein solchermaßen variabler Nachrang rechtsgeschäftlich erzielt werden kann, ist im Weiteren zu untersuchen.

⁵⁷⁹ *Klein* GmbHR 2005, 663, 669; ebenfalls verwendet von *Janssen* BB 2005, 1895, 1896.

⁵⁸⁰ Ein – allerdings im Rahmen eines Vergleichs abgegebener- variabler Rangrücktritt war Gegenstand der Entscheidung BGH ZIP 2005, 816.

⁵⁸¹ Zu diesem etwa *K. Schmidt*, Insolvenzzgründe, in: Lutter, Kapital in Europa, 188, 199 f.

II. Beginn, Tiefe und Ende der Subordination

1. Beginn der Nachrangbindung

a) Einführung

Hinsichtlich des Beginns der Nachrangbindung ist umstritten, ob auch eine auf das Insolvenzverfahren begrenzte Subordination erlaubt, die Forderung im Überschuldungsstatut unberücksichtigt zu lassen. Bisweilen wird vorgeschlagen, der subordinierende Gläubiger verpflichte sich gegenüber dem Schuldner, seine Forderung in der Insolvenz erst nach der Befriedigung aller anderen Gläubiger geltend zu machen.⁵⁸² Demgegenüber wird zum geltenden Recht überwiegend vertreten, die Bindung müsse während der Dauer der Krise auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens bestehen.⁵⁸³

b) Ziel und Zweck der Überschuldungsmessung als Entscheidungsmaßstab

Die Frage, ob ein Rangrücktritt, der die Forderung nur im und für das Insolvenzverfahren subordiniert, geeignet ist, um die Passivierung der Forderung im Überschuldungsstatut zu beseitigen, beantwortet sich nach Ziel und Zweck der Überschuldungsfeststellung und der mit ihr korrespondierenden Insolvenzantragspflicht. Insofern erscheint beachtlich, dass die Überschuldung oder drohende Überschuldung zunächst vor der Insolvenzeröffnung festgestellt wird, und nun zu prüfen ist, wie diese beseitigt werden kann. Die Entscheidung, ob ein Insolvenzverfahren zu eröffnen ist entscheidet zugleich darüber, ob die Gesellschaft in der Krise weiterhin aus eigener Kraft eine Sanierung versuchen kann. Für eine auf die Dauer der Krise, und nicht nur auf das Insolvenzverfahren, bezogene Funktion der Überschuldungsprüfung streitet schließlich das prognostische Element der Regel des § 19 Abs. 2 S. 2 InsO. Dabei ist zwar zu bedenken, dass die Bedeutung der Fortführungsprognose nach der Insolvenzzordnung hinter der Bedeutung zurückbleibt, die einer positive

⁵⁸² Vor allem in der älteren Literatur verbreitet, s. – zum schweizer Recht – *Duss*, Rangrücktritt, S. 20 f. Ebenso aber auch *Leuring/Simon*, NJW-Spezial 2004, 315.

⁵⁸³ Eingehend *Teller/Steffan*, Rangrücktrittsvereinbarungen, S. 85, 94 f. Zu diesen Autoren ist auch *Karsten Schmidt* zu rechnen, der zwar einerseits von einem Rangrücktritt in der Insolvenz spricht, daneben und zusätzlich aber eine kapitalersatzähnlich Bindung außerhalb der Insolvenz fordert.

Fortführungsprognose nach der Rechtsprechung zur Konkursordnung⁵⁸⁴ zukam.⁵⁸⁵ Entscheidend ist insofern aber, dass die Überschuldungsmessung auch nach neuem Recht ein Prognoseelement inne hat, denn eine allein der sicheren Befriedigung aller Insolvenzgläubiger verpflichtete Überschuldungsmessung könnte es bei einer executorischen Prüfung bewenden lassen. Versteht man die Überschuldungsprüfung krisenbezogen und deren Zweck damit in der Feststellung, ob der Schuldner weiterhin außerhalb des förmlichen Insolvenzverfahrens agieren kann, dann sind die durch die Insolvenz eintretenden Wirkungen im Überschuldungsstatut nicht zu berücksichtigen⁵⁸⁶ und eine allein auf das Insolvenzverfahren bezogene Subordination lässt die Pflicht zur Passivierung der Forderung im Überschuldungsstatut unverändert.⁵⁸⁷ Dem steht auch der Wortlaut von § 39 Abs. 2 InsO nicht entgegen. Zwar wird dort etwas ungenau von Forderungen gesprochen, für die zwischen Schuldner und Gläubiger der Nachrang „im Insolvenzverfahren vereinbart“ ist. Beachtlich ist aber, dass § 39 InsO nur die Rangordnung der Forderungen im Insolvenzverfahren regelt und § 39 Abs. 2 InsO daher allein zum Ausdruck bringt, dass Forderungen nur dann einen Insolvenzrang nach § 39 InsO erhalten, wenn die Subordination auch für das Insolvenzverfahren gilt. Zu den zur Vermeidung der Passivierung gegebenenfalls erforderlichen Wirkungen außerhalb des Insolvenzverfahrens lässt sich hieraus nichts entnehmen.

c) Keine Neubewertung durch die Nichtberücksichtigung von Gesellschafterdarlehen nach dem Reformvorschlag zum Recht eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen

Die hier vertretene Einschätzung wird schließlich auch nicht durch die mit dem MoMiG in Aussicht genommene Änderung von § 19 InsO in Frage gestellt. Allerdings sollen nach dem Reformvorschlag künftig Gesellschafterdarlehen nicht mehr zu passivieren sein, und die geistigen Väter des Entwurfs begründen dies vornehmlich damit, dass Forderungen der Gesellschafter nach dem Reformvorschlag des Kapitalersatzrechts in der

⁵⁸⁴ Danach genügte allein eine positive Fortbestehensprognose, um eine Überschuldung auszuschließen, s. dazu BGHZ 119, 213 f.

⁵⁸⁵ HKInsO/Kirchhof § 19 Rn. 6; Andres/Leithaus § 19 Rn. 5

⁵⁸⁶ Zutreffend Haas, NZI 2006, Heft 10 S. VII.

⁵⁸⁷ So bereits Priester, DB 1977, 2429 ff.; dem folgend Hartung, NJW 1995, 1186, 1187.

Insolvenz zweifelsfrei nachrangig sind.⁵⁸⁸ Wenn es aber zur Nichtberücksichtigung zwangsweise subordinierter Gesellschafterforderungen allein auf das zweifelsfreie Bestehen eines Nachrangs in der Insolvenz ankäme, so könnte in der Tat von den ihre Forderungen zur Vermeidung der Überschuldung freiwillig subordinierenden Gläubigern kaum mehr als ein Nachrang in der Insolvenz und damit eine durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufschiebend bedingte Subordination der Forderung verlangt werden. Beachtlich ist aber zunächst, dass es sich hierbei nicht um eine Stellungnahme zum geltenden Recht, sondern um den Vorschlag einer Rechtsreform handelt, der zudem gerade in dieser Frage besonders umstritten ist.⁵⁸⁹ Vor allem aber lässt sich eine mögliche Nichtberücksichtigung auch de lege ferenda allenfalls mit der nach dem Reformmodell durch das Zusammenspiel von Insolvenznachrang und korrespondierender Anfechtbarkeit eventueller Darlehenstilgungen gemeinsam erreichten Bindung von Gesellschafterdarlehen im Vorfeld der Insolvenz begründen.⁵⁹⁰ Bei Lichte betrachtet streitet daher auch das Reformmodell des Rechts eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen entgegen den insoweit etwas missverständlichen Formulierungen von *Huber/Habersack*⁵⁹¹ einerseits und der dieser Argumentation folgenden Begründung des Referentenentwurfs⁵⁹² andererseits keineswegs für die Nichtberücksichtigung von Darlehen, deren Nachrang allein in der Insolvenz besteht.

d) Zusammenfassung

Richtigerweise ist zur Vermeidung der Überschuldung die Forderung so zu subordinieren, dass das Vermögen der Gesellschaft während der Krise und in der Insolvenz den anderen Gläubigern bevorrechtigt zusteht.⁵⁹³ Dies setzt voraus, dass weder in der Krise,

⁵⁸⁸ *Huber/Habersack* in Lutter, Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 370, 409 f., 413; *Habersack*, ZHR 170 (2006), 607, 612.

⁵⁸⁹ S. etwa die eindeutige Ablehnung dieses Details der Reform durch den 66. Deutschen Juristentag, Beschluss E. IV. 23 sowie aus der Literatur *Bork*, ZGR 2007, 250, 261 f.; *Haas*, NZI 2006, Heft 10 S. VII; *Milbert*, WM 2006, 1977, 1979 und *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1931. Auch insoweit dem Reformvorschlag zustimmend hingegen *Flitsch*, DZWIR 2006, 397, 398; *Noack*, DB 2006, 1475, 1481 und *Schiffer*, BB 2006, Beil. 7, 14, 17.

⁵⁹⁰ So die Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2007, 211, 220 (Rn. 88 a.E.). Ähnlich *Bork*, ZGR 2007, 250, 261, der aber im Ergebnis auch diese Begründung ablehnt.

⁵⁹¹ S. die Nachweise oben in Fn.588.

⁵⁹² Begründung zu Art. 9 Nr. 3 Referentenentwurf MoMiG, S. 82 f.

⁵⁹³ Darauf haben schon früh *Priester*, DB 1977, 2429, *Fleck*, JbFfStR 1983/84, 337 und *Fichtelmann*, Unternehmensanierung, S. 40 hingewiesen. In neuerer Zeit statt vieler *Haas/Scholl*, ZInsO 2002, 645, 649; *Habersack/Mayer*, NZG 2001, 365, 366; *Suchanek/Hagedorn*, FR 2004, 451, 452.

noch in der Insolvenz eine rechtsbeständige Tilgung der Nachrangforderung vor Tilgung aller vollrangigen Forderungen möglich ist. Gleichfalls unzureichend ist deshalb eine Vereinbarung, die in der Insolvenz ihre Gültigkeit verliert.⁵⁹⁴ Die Leitentscheidung des Bundesgerichtshofs formuliert insoweit zutreffend,⁵⁹⁵ dass sich die Frage der Passivierung eigenkapitalersetzender Darlehen auch beim Überschuldungsstatut dann nicht stellt,

„wenn der betreffende Gesellschafter seinen Rangrücktritt, also sinngemäß erklärt hat, er wolle wegen der genannten Forderung erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handle es sich bei seiner Gesellschafterleistung um statutarisches Kapital“.⁵⁹⁶

2. Zur erforderlichen Tiefe des Nachrangs

a) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Insolvenzordnung

In der Eingangs dieses Kapitels angeführten, noch zur Konkursordnung ergangenen, aber ganz offensichtlich bereits von der Insolvenzordnung geprägten Entscheidung des Zweiten Zivilsenats vom 08. 01. 2001 stellt der Bundesgerichtshof fest, die Pflicht zur Passivierung entfallende auch bei rechtsgeschäftlich subordinierten Gesellschafterdarlehen nur dann, wenn der Gesellschafter erkläre, er wolle (1) erst nach allen anderen Gesellschaftsgläubigern und bis zur Abwendung der Krise (2) auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagenrückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt werden. In einer nachfolgenden Entscheidung bezeichnete der Senat, – insoweit literarische Vorarbeiten des Mitglieds und heutigen Vorsitzenden *Goette* aufgreifend⁵⁹⁷ - eine entsprechende Abrede als qualifizierten Rangrücktritt.⁵⁹⁸

⁵⁹⁴ A/D/S § 246 Rn. 139. Deswegen ist der von *Herlinghaus*, Forderungsverzichte, S. 93 wiedergegebene und als Rangrücktritt eingeordnete, ursprünglich von *Schruff* mitgeteilte und durch die Eröffnung des Konkursverfahrens auflösend bedingte Erlass gegen Besserungsvereinbarung aus heutiger Sicht zur Vermeidung der Insolvenzantragspflicht ungeeignet.

⁵⁹⁵ S. aber zur Tiefe des Nachrangs sogleich.

⁵⁹⁶ BGHZ 146, 264, 271.

⁵⁹⁷ *Goette*, DStR 2001, 179.

⁵⁹⁸ BGH BB 2001, 1599, 1600.

Schien damit der Bundesgerichtshof für die Dauer der Krise eine Behandlung der Darlehen wie echtes Eigenkapital zu fordern,⁵⁹⁹ spricht mittlerweile manches dafür, dass sich der BGH einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung⁶⁰⁰ angeschlossen hat, wonach ein Rücktritt hinter die Gläubiger des § 39 Abs. 2 InsO, aber noch vor die Ansprüche aus § 199 S. 2 InsO ausreichend ist. So hatte bereits im unmittelbaren Anschluss an die Entscheidung des BGH vom 08. 01. 2001 *Goette* darauf hingewiesen, dass die dort enthaltene Formulierung „bis zur Abwendung der Krise“ auch so verstanden werden könne, dass damit nicht nur die Dauer der Bindung sondern auch die Tiefe des erforderlichen Rangrücktritts begrenzt wird. Demnach wäre auch die vollständige Befriedigung aller anderen Forderungen einschließlich der Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen und sonstiger nachrangiger Forderungen als „Abwendung der Krise“ zu verstehen.⁶⁰¹

Eine Abkehr von BGHZ 146, 264 hin zu einer großzügigeren Handhabung der genannten Kriterien könnte zudem das Urteil des BGH vom 13.2.2006⁶⁰² darstellen. Allerdings betrifft dieses Urteil den Rangrücktritt nur mittelbar. Im Zentrum der Entscheidung steht vielmehr die Frage nach dem Eigenkapitalcharakter der Einlagen stiller Gesellschafter einer GmbH und einer daraus folgenden Bindung solcher Einlagen nach § 30 GmbHG. Insbesondere mit Blick auf die weit reichenden Befugnisse der stillen Gesellschafter bejaht der Gerichtshof in dem zu entscheidenden Fall den Eigenkapitalcharakter der Einlagen und kommt daher zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit von § 30 GmbHG auf diese Mittel, womit eine Rückgewähr der Einlagen nur möglich war, wenn diese ohne Entstehen oder Vertiefen einer Unterbilanz erfolgen konnte. Fragen der Forderungssubordination stellten sich in dem Fall allein deshalb, weil der Alleingesellschafter der GmbH dieser Darlehen gewährte und für diese Darlehen ausweislich der Entscheidungsgründe erklärt hatte, „dass seine Darlehensforderungen hinter die Rechte der übrigen Gläubiger zurücktreten und nur

⁵⁹⁹ So auch die Interpretation dieser Entscheidung durch OLG Frankfurt/Main GmbHR 2004, 53, 54 und OLG Stuttgart GmbHR 2002, 1072, 1074 sowie erst unlängst durch *Ekkenga*, WM 2006, 1986, 1993. S. aber auch *Röhricht*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2001, 3, 19 f., wonach es sich bei dem Eindruck, der BGH verlange eine Subordination auf die Stufe der Einlagenrückgewähransprüche der anderen Gesellschafter um ein „bedauerliches Missverständnis“ handle.

⁶⁰⁰ *Bork*, FS Röhricht, S. 47, 51 ff.; *ders.* ZGR 2007, 250, 261; *Teller/Steffan*, Rangrücktrittsvereinbarungen, S. 92 f.

⁶⁰¹ *Goette*, ZinsO 2001, 529, 535. Ebenso bereits zuvor *Priester* EWiR 2001, 329, 330. Eingehend hierzu *Teller/Steffan*, Rangrücktrittsvereinbarungen, S. 90 f.

⁶⁰² BGH ZIP 2006, 703.

aus Bilanzgewinn oder einem Liquidationsüberschuss beglichen werden sollen⁶⁰³; der Bundesgerichtshof stellt hierbei zutreffend fest, dass darin kein Rücktritt auf die Stufe der Eigenkapitalgeber zu sehen ist⁶⁰⁴ und eine Passivierung als Eigenkapital in der Handelsbilanz daher ohne weiteres ausscheidet.⁶⁰⁵ Von Interesse ist diese Feststellung deshalb, weil der Gerichtshof zuvor für Darlehen mit Rangrücktritt einschließlich solcher mit einem qualifizierten Rangrücktritt die Passivierung in der Handelsbilanz als Verbindlichkeiten fordert,⁶⁰⁶ während er in der nachfolgenden Textziffer die bilanzielle Einordnung als Eigen- oder Fremdkapital für Forderungen, bei denen für die Dauer der Krise ein Rangrücktritt auf die Stufe der Einlagenrückgewähransprüche erfolgt ausdrücklich offen lässt.⁶⁰⁷ Damit scheint der Gerichtshof drei Varianten der Subordination zu unterscheiden: Den einfachen Rangrücktritt, der eine Passivierung der Verbindlichkeit als Fremdkapital sowohl in der Handels- als auch in der Überschuldungsbilanz erfordert; den qualifizierten Rangrücktritt, der die Pflicht zum Ausweis der Verbindlichkeit in der Handelsbilanz unberührt lässt, aber zum Wegfall der Verbindlichkeit im Überschuldungsstatut führt und schließlich den Rangrücktritt auf die Stufe der Rückgewähransprüche der Eigenkapitalgeber, der ebenfalls den Ansatz im Überschuldungsstatut ausschließt, während die Einordnung in der Handelsbilanz ausdrücklich offen bleibt.

b) Die vier Strömungen des Schrifttums

Im Schrifttum lassen sich zur Frage der erforderlichen Tiefe des Rangrücktritts vier Meinungen ausmachen. Teilweise wird vertreten, der Rang müsse so gestaltet werden, dass die Mittel Eigenkapital oder wie Eigenkapital würden.⁶⁰⁸

Des weiteren wird zweitens vertreten, erforderlich, aber auch ausreichend sei ein Rücktritt hinter die in § 39 Abs. 1 und Abs. 2 InsO genannten Gläubiger, aber noch vor den

⁶⁰³ BGH ZIP 2006, 703, 706.

⁶⁰⁴ BGH ZIP 2006, 703, 706.

⁶⁰⁵ BGH ZIP 2006, 703, 706; für Forderungen, die auf die Stufe der Eigenkapitalgeber subordiniert werden, lässt der BGH die bilanzielle Behandlung dagegen ausdrücklich offen.

⁶⁰⁶ BGH ZIP 2006, 703, 706 (Tz. 29).

⁶⁰⁷ BGH ZIP 2006, 703, 706 (Tz. 30).

⁶⁰⁸ *Weitauer*, FS Mailänder, S. 441, 453 f.

Einlagerückgewähransprüchen nach § 199 Abs. 2 InsO.⁶⁰⁹ Zur Begründung wird angeführt, auch Gläubiger im Rang des § 39 Abs. 2 seien Insolvenzgläubiger und fielen deshalb unter den Schutzzweck des Insolvenzgrundes der Überschuldung,⁶¹⁰ doch erscheint zweifelhaft, warum ein Gläubiger, der seine Forderung rechtsgeschäftlich und damit notwendig willentlich subordiniert insoweit noch schutzwürdig sein sollte.⁶¹¹

Daneben fordern einige Literaturstimmen den Rücktritt auf die Stufe des § 39 Abs. 2 BGB⁶¹², während schließlich bereits der Rangrücktritt auf die Stufe eigenkapitalersetzender Darlehen, also auf den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO für ausreichend gehalten wird.⁶¹³

c) Stellungnahme

Die zur Vermeidung der Überschuldung erforderlich Rangtiefe bemisst sich danach, welche Gläubiger durch die an die Überschuldung anknüpfenden Rechtsfolgen geschützt werden sollen. Dabei greift es zu kurz, den Schutzbereich allein danach festzulegen, wer als Beteiligter in der Insolvenzordnung erwähnt ist. Insofern ist zunächst beachtlich, dass die Insolvenz nach zutreffender Meinung der Vollbeendigung der Gesellschaft dient,⁶¹⁴ was freilich von der Rechtsprechung⁶¹⁵ und der überwiegenden Literaturmeinung⁶¹⁶ noch anders gesehen wird. Abgesehen davon ist zu bedenken, dass alle natürlichen und juristischen Personen gemäß § 11 InsO insolvenzfähig sind, die Überschuldung nach § 19 InsO

⁶⁰⁹ *Bauer*, ZinsO 2001, 486, 491; *Goette*, DStR 2001, 179; *ders.*, ZinsO 2001, 529, 535; *ders./Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 45; *Hölzle*, GmbHR 2005, 852, 853 (dort Fn. 15); *Janssen*, BB 2005, 1895, 1896; *Klein*, GmbHR 2005, 663, 666 ff.;

⁶¹⁰ *Klein*, GmbHR 2005, 663, 665; *Teller/Steffan*, Rangrücktrittsvereinbarungen, S. 92 f. Ähnlich *Röhrich*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2001, S. 3, 20, der aber die Frage nach der erforderlichen Tiefe des Rangrücktritts bewusst offen lässt.

⁶¹¹ Zutreffend *Jaeger/H.F. Müller* § 19 Rn. 103.

⁶¹² *Altmeppen*, ZIP 2001, 240, 241; *Heerma*, BB 2005, 537, 541.

⁶¹³ *Fleischer*, JZ 2001, 1191, 1193; *Haas*, NZI 2002, 457, 463; *Habersack*, ZGR 2000, 384, 401; *Habersack/Mayer*, NZG 2001, 365, 366; *Jaeger/H.F. Müller* § 19 Rn. 102; *Obermüller*, Insolvenzrecht, Rn. 1.161; *K. Schmidt*, GmbHR 1999, 9 ff.; *ders.* DB 2006, 2503; *Scholz/ders.* §§ 32a, 32b Rn. 105; *Uhlenbruck*, § 19 Rn. 73 f.; *Wittig*, NZI 2001, 169, 174.

⁶¹⁴ *K. Schmidt*, Insolvenzrecht, S. 99 ff.; *ders.*, ZIP 2000, 1913, 1920. Dem folgend *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 133 ff.

⁶¹⁵ BGH ZIP 2001, 1469, 1471.

⁶¹⁶ MünchKommInso/Lwowski § 80 Rn. 104; daneben *Förster*, ZInso 2000, 315 ff.; *Henckel*, ZIP 1991, 133 ff.

aber nur für Juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, einen Insolvenzeröffnungsgrund darstellt, was ebenfalls gegen einen strikten Gleichlauf des Schutzbereiches der Überschuldungsprüfung mit der Beteiligtenstellung nach der Insolvenzordnung spricht. Es kommt hinzu, dass nachrangige Gläubiger zwar in § 39 InsO erwähnt werden, die Anmeldung nachrangiger Forderungen aber gemäß § 174 Abs. 2 InsO nur nach besonderer Aufforderung durch das Insolvenzgericht erfolgen kann.

Umgekehrt zeitigt die Überschuldung nicht nur Insolvenzfolgen, sie ist vielmehr auch außerhalb des Insolvenzverfahrens bedeutsam. Als Krisenmerkmal eröffnet die Überschuldung den Anwendungsbereich der Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen. Zur Bestimmung des Schutzbereiches der an die Überschuldung anknüpfenden Rechtsfolgen ist daher aus insolvenzrechtlicher Sicht zu fragen, zu wessen Schutz die an die Überschuldung anknüpfende Insolvenzantragspflicht besteht; aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist zu fragen, zu wessen Schutz die Bindung der Gesellschafterdarlehen nach den Grundsätzen über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen erfolgt. Hierbei ist der Schutzbereich der Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen leicht zu ermitteln, da dieser durch die gesetzliche Rangfolge des § 39 InsO bestimmt wird: Die Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen schützen alle Gläubiger, deren Ansprüche vor der Rangstelle des § 39 Abs. 1 Nr. 5 befriedigt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich hierbei um Forderungen außen stehender Gläubiger handelt oder um solche Gesellschafterforderungen, die von den Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen nicht erfasst werden. Nicht überzeugen kann deshalb die von *Kirchhof* vorgeschlagene Differenzierung der erforderlichen Rangtiefe nach der Gesellschafterstellung des Gläubigers.⁶¹⁷ Da somit die kapitalersatzrechtliche Betrachtung einen Rücktritt auf die Stufe des § 39 Abs. 1 Nr. 5 nahe legt und durchgreifende insolvenzrechtliche Bedenken hiergegen nicht bestehen, spricht alles dafür, zur Nichtberücksichtigung entsprechend subordinierter Verbindlichkeiten in der Überschuldungsbilanz lediglich einen Rangrücktritt auf die Stufe des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu fordern. Dieses Ergebnis erweist sich auch als wertungsrichtig, da es verhindert, dass ein seine Forderungen subordinierender Gesellschafter – oder ein außen stehender Gläubiger – ein größeres Opfer bringen muss, als ein seiner Finanzierungsfolgenverantwortung nicht gerecht werdender Gesellschafter,

⁶¹⁷ HKInso/*Kirchhof* § 19 Rn. 26.

dessen Forderungen andernfalls noch vor den Forderungen der freiwillig subordinierenden Gläubiger rangierten.

3. Dauer der Bindung

Nachdem somit Beginn und Rangtiefe der Subordination bestimmt werden konnten, ist nunmehr die von der Frage der Rangtiefe zu trennende Frage zu beurteilen, ab wann eine Bezahlung subordinierter Forderungen im übrigen möglich ist und ab wann damit das Forderungsrecht des Gläubigers von diesem auch einseitig geltend gemacht werden kann, ohne den anfänglichen Nichtansatz der Forderung in der Überschuldungsbilanz zu gefährden.⁶¹⁸

Auszugehen ist dabei von der zutreffenden Vorgabe des Bundesgerichtshofs, wonach die Forderung für die Dauer der Krise zu subordinieren ist. Damit ist indes nur die weitere Frage aufgeworfen, nach welchen Kriterien sich das Ende der Krise bemisst. In Betracht kommen insofern sowohl künftige Jahresüberschüsse als auch das Vorhandensein von freiem Vermögen.⁶¹⁹ Allerdings sind auch diese Begriffe jeweils mehrdeutig. So könnte mit freiem Vermögen zum einen jede positive Differenz zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemeint sein. Indes erscheint es nach der Wortbedeutung nicht weniger plausibel, die Überwindung der Krise hier nach den gleichen Kriterien zu bestimmen, wie sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Entsperrung eigenkapitalersetzender Darlehen gelten, und damit als freies Vermögen nur die Differenz zwischen dem Vermögen der Gesellschaft auf der einen Seite und der Summe aus Verbindlichkeiten und Stammkapital auf der anderen Seite zu erfassen.

Dementsprechend wäre es vorstellbar, als „künftigen Gewinn“ nur den Bilanzgewinn nach § 158 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 AktG, § 268 Abs. 1 S. 2 HGB⁶²⁰ gelten zu lassen oder, noch strenger, zusätzlich die vorab vorzunehmende Dotierung von gesetzlichen oder satzungsg-

⁶¹⁸ Hingegen versteht es sich von selbst, dass die Forderung nach dem Ende der Nachrangbindung wieder zu passivieren ist.

⁶¹⁹ S. hierzu die oben wiedergegebenen Formulierungsbeispiele für Rangvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung.

⁶²⁰ So *Fichtelmann*, Unternehmenssanierung, S. 40; *Fleck*, JbFfSt 1983/84, 338.

bestimmten Rücklagen zu verlangen und damit nur den ausschüttungsfähigen Gewinn als Indiz für die Überwindung der Krise anzusehen und dementsprechend nur in dieser Höhe eine Erfüllung der Forderung zuzulassen. Andererseits erscheint nicht ausgeschlossen, auch insoweit auf die Auffüllung des Kapitals, den Abbau von Verlustvorträgen und die Rücklagendotierung zu verzichten und als Gewinn den Gewinn im Sinne der GuV-Rechnung, also den Jahresüberschuss nach § 275 Abs. 2, Abs. 3 HGB zu verstehen.

Auch für die Frage nach der erforderlichen Dauer der Nachrangbindung sind die im Rahmen der Bestimmung des Beginns der Rangbindung und der erforderlichen Tiefe des Nachrangs angestellten Überlegungen heranzuziehen. Maßstab ist daher auch insoweit der Schutzzweck der an die Überschuldung anknüpfenden Regeln. Abzulehnen ist damit zunächst die Auffassung von *Schildknecht*, demzufolge auch bei Vorhandensein eines über die Stammkapitalziffer hinausgehenden freien Vermögens die Nachrangbindung fortzubestehen habe, da auch bezüglich des Eigenkapitals ein einseitiges Forderungsrecht auch dann nicht bestehe, wenn die Gesellschaft über freies Vermögen verfüge.⁶²¹ Diese Auffassung verkennt die richtigerweise an einen überschuldungsvermeidenden Rangrücktritt zu stellenden Anforderungen, denn zwar besteht hinsichtlich des Eigenkapitals der Gesellschaft kein einseitiges Forderungsrecht einzelner Gesellschafter und eine „Tilgung“ kann insoweit auch aus freiem Vermögen nicht verlangt werden, doch ist eine generelle Gleichstellung der Forderung mit Eigenkapital zur Vermeidung der Passivierung nicht erforderlich und wegen der steuerrechtlichen Folgen einer solchen Gleichstellung im übrigen auch von den Parteien in der Regel nicht gewollt. Da es, wie oben bereits gezeigt werden konnte, zur Vermeidung der Passivierung einer Verbindlichkeit im Überschuldungsstatut ausreicht, sicherzustellen, dass diese Forderung nicht mit den Forderungen anderer Gläubiger konkurriert, spricht alles dafür, auch mit Blick auf die Dauer der Krise allein auf die Summe der zu schützenden vorrangigen Forderungen abzustellen, und eine (ggf. partielle) Tilgung der Nachrangforderung schon dann zuzulassen, wenn und soweit das Vermögen des Schuldners die Summe der zu schützenden Vorrangforderungen übersteigt. Hierfür spricht neben dem Schutzzweck der Überschuldungsprüfung entscheidend, dass andernfalls die Dauer der Krise und damit die Dauer der erforderlichen Nachrangbindung von der Höhe der Stammkapitalziffer der Gesellschaft abhängig wäre. Schließlich ist zu bedenken, dass

⁶²¹ *Schildknecht*, DStR 2005, 181, 184; diesem folgend *Rätke* StuB 2005, 497, 500. Ebenso *Weitnauer*, FS Mailänder, S. 441, 454.

es sich insoweit gerade nicht um die Ausschüttung von Vermögen der Gesellschaft an einen Gesellschafter handelt, sondern um die Tilgung einer Gesellschaftsschuld.

4. Kapitel Nachrangdarlehen und nachrangige Genussrechte

Nachrangdarlehen und nachrangige Genussrechte stellen weitere Anwendungsfälle der rechtsgeschäftlichen Subordination dar. Sie unterscheiden sich von dem Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung vor allem durch die unterschiedliche Zweckrichtung. Im Vordergrund steht nicht die Vermeidung der Überschuldung, sondern die Unternehmensfinanzierung. Entsprechend häufig werden nachrangige Darlehen als Anleihen verbrieft. Grund und Ausgestaltung des Nachrangs sind unterschiedlich, doch ist allen Gestaltungen ein Nachrang zumindest in der Insolvenz gemeinsam. Einen Sonderfall stellen nachrangige Bank- und Versicherungsdarlehen und nachrangige Bank- und Versicherungsgenüsse dar, die dazu dienen, die aufsichtsrechtlichen Eigenmittel der jeweiligen Gesellschaft zu stärken.

A. Wirtschaftlicher Hintergrund und Parteiinteresse

Nachrangige Darlehen werden aus unterschiedlichen wirtschaftlichen Gründen begeben. Häufig kann eine größere Variabilität von Darlehensmitteln die Kapitalkosten insgesamt senken, weil die Begebung von vor- und nachrangigen Darlehen es ermöglicht, unterschiedliche Investoren anzusprechen: Auch mit identischem Schuldner sind bei Finanzierungsmitteln unterschiedlicher Rangklassen Risiko- und Vergütung verschieden, wobei die subordinationsbedingte Erhöhung des Risikos höhere Renditeerwartungen begründet. Dieser ohne weiteres einleuchtende Grundzusammenhang ist in der Finanzwissenschaft unumstritten. Allerdings zeigt die intensive Debatte um den Vorschlag, jede amerikanische Bank zur Begebung nachrangiger Schuldtitel zu verpflichten,⁶²² dass unterschiedliche Renditen

⁶²² *Evanoff/Wall*, Subordinated Debt, 2 ff. *Chen/Robinson/Siems*, RFE 13 (2004), 103, 105 ff. Der aus Kreisen der amerikanischen Notenbank stammende, durch den Gramm-Leach-Bliley Act vom Kongress unterstützte Vorschlag beabsichtigt durch Messung und Beobachtung von Änderungen des Renditeunterschiedes zwischen diesen nachrangigen Schuldverschreibungen und dem allgemeinem Kapitalmarktzins öffentlicher Anleihen einen Indikator zur Früherkennung von Bankkrisen zu gewinnen. Eine Übernahme dieses Modells an Stelle von Basel II befürwortet *Herring*, J Fin. Stab. 1 (2004), 137, 143 ff.

von im übrigen identischen, aber rangverschiedenen Schuldtiteln des selben Schuldners nicht notwendig allein die nachranginduzierte Risikoerhöhung abbilden.⁶²³

Daneben erhöht die Begebung nachrangiger Darlehen aus der Sicht der übrigen Fremdkapitalgeber die Kreditwürdigkeit des Schuldners, statt diese, wie es bei der Aufnahme weiterer vollrangiger Darlehen der Fall wäre, zu reduzieren. Da die Darlehensmittel dem Schuldner zufließen, die Rückzahlungsforderungen aber im Rang den Ansprüchen der außen stehenden Darlehensgeber nachgehen, wirken diese Darlehen aus der Sicht der vorrangigen Darlehensgeber wirtschaftlich wie Eigenkapital. In *Security Pacific National Bank v. The Resolution Trust Corp.* formuliert das amerikanische Appellationsgericht des neunten Gerichtskreises:

„Subordination is a device by which lawyers enhance productive capacity through ideas and words. Ordinarily if a debtor borrows money, then its ability to borrow more money from others is reduced. Other things being equal, only so much debt can be piled on a debtor's back, and more would be unsound for both debtor and creditor. But if debt is subordinated, then it may enhance the creditworthiness of the debtor instead of reducing it. To the holder of the senior debt, the subordinated debt functions as capital, enhancing the productive capacity of the borrowing firm without encumbering its assets in competition with the senior creditor. The subordinated creditor may have an equity interest in the firm independent of the debenture, or may be getting a high yield on the debenture. If the company succeeds, the debenture holder gets the higher interest likely to have agreed upon as compensation for subordination, and if it fails, at least he gets his share ahead of the stockholders.“⁶²⁴

Schließlich besteht ein Zusammenhang zwischen der Aufnahme nachrangiger Darlehen und der Bindung des Schuldners durch Covenants aus anderen Kreditverträgen. In Kreditverträgen wird die Kapazität des Schuldners zur Aufnahme weiterer Schulden oftmals begrenzt, um den Rückzahlungsanspruch für den gewährten Kredit nicht durch eine Verwässerung des Schuldnervermögens infolge der Aufnahme weiterer Kredite zu gefährden.⁶²⁵ Da nachrangige Forderungen nicht mit den vorrangigen Forderungen konkurrieren,

⁶²³ *Birchler/Hancock*, Yield, 4 f., 15, 45 ff.; *Bigus/Prigge*, J Int. Fin. Mark., Inst. & Money 15 (2005), 369, 371 ff.; *Evanoff/Wall*, Subordinated Debt, 20 f.

⁶²⁴ *Security Pacific National Bank v. The Resolution Trust Corp.*, 63 F.3d 900, 901 f. (9th Cir., 1995). Ähnlich *Carlson*, Vand. Law Rev. 1985, 975, 977; *Ferran*, Company Law, S. 545 f. und *Wood*, Subordinated Debt, S. 2.

⁶²⁵ Dazu MünchKommBGB/K.P.Berger vor § 488 Rn. 46; *Ferran*, Company Law, S. 470 ff.; *Kästle*, Covenants, S. 67 und *Schwartz*, Cornell Law Rev. 82 (1997) 1396, 1398 ff.

können nachrangige Darlehensmittel in aller Regel aufgenommen werden, weil entweder die Covenant-Klausel die Aufnahme nachrangiger Kredite von Haus aus freistellt oder der Gläubiger einer Aufnahme solcher Darlehen zustimmt.⁶²⁶

B. Die Nachrangvereinbarung als konstitutives Merkmal nachrangiger Darlehen und nachrangiger Genussrechte

Auch hinsichtlich der nachrangigen Darlehen stellt die rechtsgeschäftliche Vereinbarung des Nachrangs das konstitutive Element dar.⁶²⁷ Anders als beim Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung bestehen keine Vorgaben hinsichtlich Rangtiefe und Bindung. Die Ausgestaltung obliegt den Parteien. Allerdings besteht auch hier ein Interesse zumindest der Vorranggläubiger daran, dass die Tilgung nachrangiger Darlehen nicht nur vom Gläubiger nicht verlangt werden kann, sondern dass, soweit die Subordination reicht, auch der Schuldner die Tilgung nicht rechtsbeständig herbeiführen darf oder kann, da sich nur in diesem Fall die Vorranggläubiger darauf verlassen können, dass ihre Forderungen nicht mit den Nachrangforderungen um die Finanzmittel des Schuldners konkurrieren. Dies setzte zudem Voraus, dass die Rangvereinbarungen auch gegenüber Dritterwerbenden der Nachrangforderung wirkt.

Von der abstrakten Identifikation typischer Interessen der Vorranggläubiger ist die Frage zu trennen, ob diese Interessen durch die konkrete Rangvereinbarung geschützt werden. Dis hängt seinerseits auch mit der weiteren Frage zusammen, ob die Vorranggläubiger überhaupt Partei einer allgemeinen Subordination sind. Soweit indes der Schuldner die Rangvereinbarung trifft, um seine Attraktivität für Fremdkapitalgeber zu erhöhen, ist es regelmäßig auch im Interesse des Schuldners, die Rangwirkungen so auszugestalten, dass die Interessen der Vorranggläubiger bestmöglich geschützt sind.

⁶²⁶ *Schwartz*, Cornell Law Rev. 82 (1997), 1396, 1398 ff.

⁶²⁷ *Böcking/Oldenburger* in MünchKommHGB § 340 a Rn. 22, *Krumnow*, Rechnungslegung, § 4 RechKredV Rn. 2.; *BuB/Bosch*, Band 5, Rn. 10/207.

C. Der Sonderfall nachrangiger Bank- und Versicherungsverbindlichkeiten: Nachrangige Verbindlichkeiten als aufsichtsrechtliche Eigenmittel

Nachrangige Darlehen und nachrangige Genussrechte spielen insbesondere bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen eine bedeutende Rolle. Grund hierfür ist, dass nachrangige Verbindlichkeiten unter bestimmten Voraussetzungen aufsichtsrechtlich nach § 10 Abs. 2b, 4, 5, 5a und 7 KWG zu den Eigenmitteln von Finanzdienstleistungsinstituten zählen; im Versicherungsrecht sind nachrangige Verbindlichkeiten bei der Solvabilitätsermittlung gemäß § 53 c Abs. 3 S. 1 Nr. 3a und Nr. 3b, Abs. 3b und Abs. 3c VAG den Eigenmitteln des Versicherungsunternehmens zuzurechnen.

I. Die internationalen Vorgaben für die Bank- und Versicherungsaufsicht

Hintergrund des gegenüber dem Handelsrecht erweiterten aufsichtsrechtlichen Eigenmittelbegriffs in der Bankenaufsicht ist der Erste Basler Eigenkapitalakkord (International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards, nachfolgend Basel I) aus dem Jahre 1988. Basel I bestimmt als zentrales Instrument der Bankaufsicht die Einhaltung von Mindesteigenkapitalanforderungen. Damit war als Problem und Gegenstand der Vereinbarungen die Beschreibung eines geeigneten Eigenkapitalbegriffs vorgegeben.⁶²⁸ Der Umfang der aufsichtlich anerkannten Eigenmittel wurde nachfolgend zweifach präzisiert, so dass die derzeitige Eigenmitteldefinition des Basler Ausschusses im Wesentlichen auf drei Verlautbarungen beruht.⁶²⁹ Danach sind drei aufsichtliche Eigenkapitalkategorien zu unterscheiden:⁶³⁰ Das dem handelsrechtlichen Eigenkapital weitgehend entsprechende Kernkapital (Tier 1-Capital) bildet die hauptsächliche Verlustauffanglinie; es ist bankaufsichtlich vollständig und unlimitiert als Eigenmittel anzuerkennen. Dem Ergänzungskapital (Tier 2) wird ebenfalls Verlustkompensationsfunktion zugeschrieben, doch ist es nur in

⁶²⁸ *Krumnow*, Rechnungslegung, S. 1637 Tz. 6.

⁶²⁹ Basel I, 1988; Amendment to the Capital Accord to Incorporate Market Risks, 1996; Instruments Eligible for Inclusion in Tier 1 Capital, 1998.

⁶³⁰ Zum Ganzen *Krumnow*, Rechnungslegung, S. 1638.

Höhe des Kernkapitals als bankaufsichtliches Eigenmittel anzuerkennen.⁶³¹ Die mit dem Amendment to the Capital Accord to Incorporate Market Risks 1996 eingeführten Drittrangmittel (Tier 3) schließlich dürfen nur zur Abdeckung von Marktrisiken eingesetzt werden. Ihre Anerkennung als aufsichtliche Eigenmittel ist nach dem Basler Akkord zudem daran geknüpft, dass ausreichend freies Kernkapital vorhanden ist.⁶³²

Grundlagen der Eigenmitteldefinition in der Versicherungsaufsicht sind die Richtlinien 2002/13/EG für die Schadensversicherung, die Richtlinie 2002/83/EG für die Lebensversicherung und die Richtlinie 2002/87/EG über Finanzkonglomerate.

II. Die Zuordnung nachrangiger Verbindlichkeiten zu den verschiedenen Eigenmittelkategorien

Im Bereich der Bankaufsicht zählen nach § 10 Abs. 2b Nr. 4 und Nr. 5 KWG nachrangige Genussrechtsverbindlichkeiten im Sinne von § 10 Abs. 5 KWG und nachrangige langfristige Darlehensverbindlichkeiten im Sinne von § 10 Abs. 5a KWG zum Ergänzungskapital, während kurzfristige nachrangige Verbindlichkeiten im Sinne von § 10 Abs. 7 KWG nach § 10 Abs. 2c Nr. 2 KWG Drittrangmittel darstellen. Weder nachrangige Genussrechte noch nachrangige Darlehen können zum aufsichtsrechtlichen Kernkapital von Kreditinstituten gerechnet werden; diese besteht vielmehr im Grundsatz nach § 10 Abs. 2a KWG aus den echten Eigenmitteln des Instituts, und damit aus solchen Finanzierungstiteln hinsichtlich derer kein einseitiges Rückforderungsrecht des Finanzierenden besteht. Zusätzlich zählen aber nach § 10 Abs. 2 a Nr. 8, Abs. 4 KWG langfristige Einlagen stiller Gesellschafter ebenfalls zum Kernkapital des Instituts, soweit der Einlagenanspruch verlustsensitiv und nachrangig ist, doch bestehen insoweit begründete Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit dem Begriff des Kernkapitals nach dem Baseler Eigenkapitalakkord.⁶³³

⁶³¹ Das Kreditinstitut kann also durch Ergänzungskapital sein aufsichtliches Eigenkapital gegenüber dem Kernkapital maximal verdoppeln.

⁶³² S. zu den quantitativen Begrenzungen nach KWG *Boos* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 10 Rn. 3.

⁶³³ S. dazu und zu der kompromisshaften Verlautbarung des Baseler Ausschusses über innovative Kapitalinstrumente *Boos* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 10 Rn. 38 f.

Im Bereich der Versicherungsaufsicht sind nachrangiges Genusssrechtskapital und nachrangige Verbindlichkeiten nach § 53 c Abs. 3 S. 1 Nr. 3a und Nr. 3b, Abs. 3b und Abs. 3c VAG den Eigenmitteln des Versicherungsunternehmens zuzurechnen und § 53 c Abs. 1 VAG enthält einen insoweit einheitlichen Eigenmittelbegriff; allerdings ergibt sich auch hier mit Blick auf § 53 c Abs. 3 c VAG eine gestufte Berücksichtigung der unterschiedlichen Finanzierungstitel, da die Berücksichtigung nachrangigen Genusssrechtskapitals und nachrangiger Verbindlichkeiten als Eigenmittel nach dieser Vorschrift quantitativen Beschränkungen unterliegt.⁶³⁴

Für das mit der vorliegenden Arbeit verfolgte Thema sind innerhalb der insgesamt komplexen aufsichtlichen Eigenmitteldéfinition nach KWG und VAG besonders zwei Fragen von Interesse, denen im Folgenden nachzugehen ist: Zum einen ist zu bestimmen, welchen Umfang und welche Dauer die Nachrangbindung nachrangiger Darlehen und Genüsse aufweisen muss, um die Anerkennung der entsprechenden Finanzierungstitel als aufsichtliches Eigenkapital zu gewährleisten. Zum anderen ist zu erörtern, auf welchem Rechtsgrund die entsprechende Nachrangbindung beruht, ob es sich also um einen Fall rechtsgeschäftlicher Subordination oder um einen gesetzlichen Nachrang entsprechender Finanzierungstitel handelt.

III. Inhaltliche Voraussetzungen für die Anerkennung als Ergänzungskapital und als Drittrangmittel – Umfang und Dauer der Nachrangbindung

Was zunächst Umfang und Dauer der Nachrangbindung von Darlehen und Genussrechten mit aufsichtlichem Eigenmittelcharakter angeht, so legt der nahezu identische Wortlaut von § 53c Abs. 3a S. 1 Nr. 2 und Abs. 3b S. 1 Nr. 1 VAG und § 10 Abs. 5 S. 1 Nr.1, Abs. 5 S. 1 Nr. 1 und Abs. 7 S. 1 Nr. 1 KWG nahe, dass ein Nachrang nur im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder bei Liquidation der Gesellschaft bestehen soll. So kann beispielsweise nach § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 KWG Genusssrechtskapital den Eigenmitteln des Kreditinstituts dann zugerechnet werden, wenn unter anderem

⁶³⁴ Dazu Prölls/Lipowsky § 53 c Rn. 50.

„2. vereinbart ist, dass es im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Instituts oder der Liquidation des Instituts erst nach Befriedigung aller nicht nachrangigen Gläubiger zurückgezahlt wird.“.

Beachtlich ist zudem, dass der heutige Wortlaut dieser Vorschriften von einer früheren Textfassung der Norm gerade insoweit abweicht, als nach dem früheren Wortlaut der Nachrang auch außerhalb von Insolvenz und Liquidation bestehen sollte.⁶³⁵ Zudem wird für die Begrenzung des Nachrangs auf Insolvenz und Liquidation geltend gemacht, dieser erstrecke lediglich die ohnehin vorgesehene Verlustteilnahme auf den Fall der Insolvenz oder Liquidation.⁶³⁶

Gleichwohl ist ein Verständnis der Norm als eine auf Liquidation und Insolvenz begrenzte Rangvorgabe weniger zwingend, als es im Lichte der soeben aufgeführten Argumente zunächst scheint. So ist gegenüber dem Hinweis, die Rangvorgabe erstrecke eine ohnehin bestehende Verlustteilnahme auf Insolvenz und Liquidation, zu bedenken, dass die Verlustteilnahme nach VAG und KWG zwar für Einlagen stiller Gesellschafter und für Genussrechtskapital vorausgesetzt wird, nicht aber für langfristige und kurzfristige nachrangige Darlehen, während die Rangvorgabe für Darlehen, Genussrechtskapital und stille Gesellschaft mit nahezu identischem Wortlaut angeordnet wird. Es kommt hinzu, dass KWG und VAG für das Genussrechtskapital die „volle Verlustteilnahme“ fordern, woraus überwiegend geschlossen wird, dass mindestens verlustbedingte Kapitalberichtigungen eine Kürzung des Rückzahlungsanspruches des Genussrechtsinhabers zur Folge haben und dieser darüber hinaus auch an einem negativen Betriebsergebnis oder einem Jahresfehlbetrag zu beteiligen ist,⁶³⁷ was wiederum bedeutet, dass der Genussrechtsinhaber mit Blick auf die Verlustteilnahme auf einer Stufe mit dem Eigenkapital und stillen Einlagen steht, während er in Insolvenz und Liquidation gegenüber beiden Finanzierungsarten den Vorrang genießt.⁶³⁸

⁶³⁵ Dazu MünchKommAktG/*Habersack* § 221 Rn. 112.

⁶³⁶ MünchKommAktG/*Habersack* § 221 Rn. 112.

⁶³⁷ *Boos* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, § 10 Rn. 75 mit weiteren Nachw.

⁶³⁸ S. zur Nachrangigkeit der stillen Einlagen gegenüber den anderen nachrangigen Verbindlichkeiten § 10 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 KWG einerseits und § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 KWG andererseits.

Schließlich ist zu beachten, dass sowohl nach KWG als auch nach VAG die Eigenmittelfunktion der nachrangigen Finanzierungsinstrumente auch außerhalb von Liquidation und Insolvenz in dreifacher Weise geschützt ist.⁶³⁹ So ist erstens eine nachträgliche Änderung der Verträge insoweit nichtig, als hierdurch die Verlustteilnahme (soweit einschlägig) geändert, der Nachrang beschränkt oder die Laufzeit oder Kündigungsfrist verkürzt würde.⁶⁴⁰ Dem Schuldner steht zweitens gegenüber dem Gläubiger ein Rückgewähranspruch zu, wenn Finanzierungsmittel vorzeitig getilgt, erworben oder anderweitig zurückgezahlt wurden und dabei die an den Gläubiger zurückgezählten Finanzierungstitel nicht durch die Einzahlung anderer, zumindest gleichwertiger Eigenmittel ersetzt worden sind oder die Aufsichtsbehörde der Rückzahlung zustimmt.⁶⁴¹ Und drittens darf der Schuldner, soweit die Finanzierungstitel verbrieft Forderungen begründen, diese Forderungen nur unter starken Einschränkungen selbst erwerben.⁶⁴² Damit sind die Eigenmittel nicht nur durch den Nachrang in Liquidation und Insolvenz gebunden, sondern es besteht während der vertraglichen Laufzeit eine eigenkapitalähnliche Bindung auch außerhalb von Insolvenz und Liquidation.

IV. Zum Rechtsgrund der Nachrangbindung

Nachdem soeben darzulegen war, dass bank- und versicherungsaufsichtliche Eigenmittel in der Form nachrangiger Darlehen, nachrangiger Genussrechte und nachrangiger Einlagen stiller Gesellschafter nicht nur in Insolvenz und Liquidation nachrangig sind, sondern auch darüber hinaus einer eigenkapitalähnlichen Bindung unterliegen, ist nunmehr zu klären, ob Nachrang und Bindung rechtsgeschäftlicher Natur sind oder unabhängig von den vertraglichen Absprachen der Parteien durch die Vorschriften der §§ 53 c VAG und 10 KWG normativ angeordnet werden. Das Gesetz spricht hierbei einerseits von der Vereinbarung von Laufzeit und Nachrang, ordnet aber andererseits den Rückzahlungsanspruch

⁶³⁹ S. zum Folgenden am Beispiel des Genussrechtskapitals mit Eigenmittelcharakter in der Versicherungsaufsicht Prölls/Lipowsky § 53 c Rn. 42 ff.

⁶⁴⁰ S. § 53 c Abs. 3 a S. 2 und Abs. 3 b S. 2 VAG sowie § 10 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 S. 3, Abs. 5a S. 4 und Abs. 7 S. 2 KWG.

⁶⁴¹ § 53 c Abs. 3 a S. 3, Abs. 3 b S. 3 VAG sowie § 10 Abs. 4 S. 3, Abs. 5 S. 4, Abs. 5a S. 5 und Abs. 7 S. 3 KWG.

⁶⁴² § 53 c Abs. 3 a S.5 und Abs. 3 b S. 5 VAG sowie § 10 Abs. 5 S. 6 und S. 7, Abs. 5a S. 6 und S. 7 sowie Abs. 7 S. 5 und S. 6 KWG.

und die Beschränkungen der Befugnis, die getroffenen Absprachen zu ändern, selbst an und gibt dem Schuldner diesbezüglich lediglich auf, den Gläubiger über die entsprechenden Rechtsfolgen zu informieren, was für einen Charakter des Rückgewähranspruchs als gesetzlichen Anspruch sprechen könnte. Dafür streitet auch, dass nach dem Wortlaut der entsprechenden Vorschriften die abredewidrig erfolgte Zahlung ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen zurückzugewähren ist. Andererseits ist zu bedenken, dass die Rechtsfolgen an die Eigenmittelqualität der entsprechenden Finanzierungstitel gebunden sind und damit allein davon abhängen, dass der Schuldner die Finanzierungsmittel seinen Eigenmitteln zuordnet. Die nach dieser Vorstellung gesetzlich angeordneten Beschränkungen und Rückgewährpflichten würden damit auf einem Tatbestandselement gründen, welches der Gläubiger und Rückgewährverpflichtete selbst nicht beeinflussen kann. Daher spricht viel dafür, die Vorschriften als Vorgabe und Maßstab für die Eigenmittelfähigkeit entsprechender Finanzierungstitel zu verstehen, Nachrang und Bindung aber nicht aus dem Gesetz, sondern aus den vertraglichen Absprachen der Parteien zu gewinnen, die durch die gesetzlichen Vorschriften lediglich insoweit besonders geschützt werden, als entgegen sonstigen Zivilrechtsgrundsätzen die Parteien nachträgliche Vertragsänderungen nurmehr unter den in VAG und KWG niedergelegten Einschränkungen vornehmen können.

Davon getrennt ist die Frage zu beantworten, ob aus Gründen des Vertrauensschutzes eine nachrangige Befriedigung solcher Finanzierungstitel in der Liquidation oder Insolvenz des Schuldners auch dann gerechtfertigt ist, wenn entweder die Subordination nicht rechtswirksam vorgenommen wurde oder der Erwerb des Schuldtitels anfechtbar ist. Die Frage war in den Vereinigten Staaten von Amerika wiederholt Gegenstand von Gerichtsentscheidungen und wurde ganz überwiegend zu Gunsten des Schutzes der Allgemeinheit und außen stehender Gläubiger in den Anschein der Eigenmittelbasis und damit zu Lasten der Nachranggläubiger entschieden.⁶⁴³

⁶⁴³ *Northwest Racquet Swim & Health Clubs, Inc. v. Federal Savings & Loan Insurance Corp.*, 721 F.Supp. 211, 217 (D.Minn., 1989); *Adams v. Resolution Trust Corp.*, 731 F.Supp 352, 357 (D.Minn. 1990).

V. Exkurs: Zur Rechnungslegung von Banken und Versicherungen

Was schließlich den Ausweis der entsprechenden Eigenmittel in der Handelsbilanz des Versicherungs- oder Kreditinstituts betrifft, so sind nach den Rechnungslegungsvorschriften für Banken⁶⁴⁴ und Versicherungen⁶⁴⁵ diese Finanzierungsmittel durchgängig und ungeachtet ihrer eigenkapitalähnlichen Bindung als nachrangiges Fremdkapital auszuweisen.

⁶⁴⁴ S. § 4 der Verordnung über die Rechnungslegung von Banken.

⁶⁴⁵ S. § 22 der Verordnung über die Rechnungslegung von Versicherungsunternehmen.

5. Kapitel Der vereinbarte Nachrang gegenüber spezifischen Forderungen

A. Die Subordination unter spezifische vorrangige Forderungen im Überblick

Die Subordination unter spezifische Forderungen ist dadurch gekennzeichnet, dass die zurücktretende Forderung nicht hinter alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen aller anderen Gläubiger, sondern nur hinter spezifische Forderungen einzelner Gläubiger zurücktritt. Sie wird auch als Forderungsrücktritt und relativer Rangrücktritt⁶⁴⁶ bezeichnet.

Ein Formulierungsbeispiel für die Subordination einer Forderung unter eine andere Forderung findet sich im Sachverhalt der Entscheidung BFHE 104, 328. In ihm wird mitgeteilt, die Gläubigerin sei mit ihrem Darlehen hinter einen langfristigen Kredit eines anderen Gläubigers des Schuldners zurückgetreten und habe

„sich dabei verpflichtet, während der Laufzeit des Kredits ohne vorherige Zustimmung des Gläubigers Rückzahlungen auf ihre Darlehensforderung weder zu verlangen noch entgegenzunehmen und auch nicht anderweitig über ihre Ansprüche zu verfügen“.⁶⁴⁷

Ein anderes Formulierungsbeispiel lautet

„Der (zurücktretende Gläubiger) verpflichtet sich hiermit unwiderruflich, mit seinen gesamten derzeitigen und künftigen Ansprüchen und Rechten aus oder im Zusammenhang mit dem (zurücktretenden Kreditvertrag) und den ihm mit den Sicherheitenverträgen bestellten Sicherheiten sowie allen im Zusammenhang mit dem (zurücktretenden Kreditvertrag) und den Sicherheiten von ihm abgeschlossenen Verträgen („zurücktretende Ansprüche“) hinter allen derzeit und künftigen Ansprüchen und Rechten der (bevorrechtigten Gläubiger) aus oder im Zusammenhang mit dem (bevorrechtigten Kreditvertrag) und der den (bevorrechtigten Gläubigern) diesbezüglich bestellten Sicherheiten sowie allen im Zusammenhang mit dem (bevorrechtigten Kreditvertrag) und den diesbezüglich bestellten Sicherheiten abgeschlossenen Vereinbarungen zurück zu treten.“⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ A/D/S § 246 Rn. 129.

⁶⁴⁷ BFHE 104, 328, 329; vgl. auch den Tatbestand der Entscheidung BFHE 120, 279, 280.

⁶⁴⁸ Schrell/Kirchner, BKR 2004, 212, 214.

Daneben findet nach *Schrell/Kirchner*⁶⁴⁹ auch für Finanzierungen nach deutschem Recht die von der Loan Market Association in deren Standard-Kreditdokumentation für ein Inter-Creditor-Agreement vorgesehene Klausel Anwendung:

„Sofern nichts anderes in diesem Vertrag bestimmt ist, stehen die Kreditgeber zueinander in dem nachfolgenden Rangverhältnis und Zahlungen sollen in der nachfolgenden Reihenfolge an die Kreditgeber geleistet werden:

Erstens: Senior Bankdarlehen;
Zweitens: Mezzanine Bankdarlehen;
Drittens: Intercompany Darlehen;
Viertens: Gesellschafterdarlehen“⁶⁵⁰

B. Wirtschaftlicher Hintergrund und typisches Parteinteresse bei Forderungs- subordination mit spezifischem Nachrang

I. Einführung

Auch der spezifische Nachrang dient in erster Linie der Diversifizierung von Unternehmensfinanzierung. Hierbei steht häufig keine bilanzielle Betrachtung im Vordergrund; vielmehr legen die Parteien ihrer Finanzierungsentscheidung den erwarteten cash flow des Unternehmens zu Grunde und strukturieren die Darlehen dergestalt, dass zwar auch Zins und Tilgung nachrangiger Darlehen aus dem cash flow des Schuldners gezahlt werden,⁶⁵¹ dies aber nur, soweit hierdurch die Forderungen aus vorrangigen Darlehen nicht gefährdet sind⁶⁵²; letztere haben damit wirtschaftlich einen gegenüber den Nachrangdarlehen vorrangigen Zugriff auf den cash flow der Gesellschaft, erstere erhalten eine höhere Vergütung, die teils auch mit Eigenkapitalelementen versehen wird. Häufig finden sich zum Schutz des vorrangigen Zugriffs des Vorrangdarlehens auf den cash-flow der Gesellschaft die

⁶⁴⁹ *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212, 214.

⁶⁵⁰ Mitgeteilt und übersetzt von *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212, 214.

⁶⁵¹ Insoweit zutreffend *Müller*, *Mezzanine*, S. 243. Ein Beispiel bildet die Nachrangvereinbarung, die der Entscheidung *Adolph J. Maier, Jr. v. CMS Associates, Inc.* 601 So.2d 724 (Ct. of App., La. 1992) zu Grunde liegt. Das Gericht hatte in der Folge über die Auslegung des Begriffs cash-flow zu entscheiden.

⁶⁵² *Fahrholz*, *Unternehmensfinanzierung*, S. 89.

Klausel, dass Teile der Zinsen des Nachrangdarlehens endfällig sind.⁶⁵³ Daneben können auch im Bereich der Finanzierungen mit spezifischem Vor- und Nachrang die bereits bei den Darlehen mit allgemeinem Nachrang angesprochenen Gründe den Wunsch nach rechtsgeschäftlicher Subordination auslösen: Die Aufnahme nachrangiger Darlehen kann die einzige verbleibende Möglichkeit des Schuldners sein, neue Finanzmittel zu gewinnen und gleichzeitig Finanzierungsklauseln (covenants) über die maximalen Darlehensverbindlichkeiten des Unternehmens aus bereits bestehenden Darlehen einzuhalten, wie auch umgekehrt die Subordination bereits bestehender Darlehensforderungen die Bereitschaft neuer Gläubiger zur Gewährung dann vorrangiger Darlehen steigern kann.

Soweit der Vorranggläubiger durch die Subordination in der Insolvenz des Schuldners die auf die Nachrangforderung entfallende Insolvenzquote erhält, bedeutet die Rangvereinbarung eine zusätzliche Besserstellung des Vorranggläubigers in der Insolvenz, weswegen für diesen die Aufnahme ihm gegenüber spezifisch nachrangiger Darlehen durch den Schuldner wirtschaftlich attraktiver sein kann, als die Erhöhung des Eigenkapitals des Schuldners.⁶⁵⁴

II. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. 4. 1998

Im Ergebnis hat auch der Achte Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in einer Entscheidung vom 8. 4. 1998⁶⁵⁵ das besondere Interesse des Vorranggläubigers an der Gewährung eines nur ihm gegenüber nachrangigen Darlehens an den Schuldner betont: Dem Verfahren lag eine sale- and lease back Transaktion über ein Geschäftsgrundstück zu Grunde, wobei der Verkauf durch die Alleingesellschafterin einer GmbH erfolgte, und diese GmbH das Grundstück sodann langfristig anmieten sollte. Dabei hatte sich die Alleingesellschafterin gegenüber dem Käufer und künftigen Vermieter des Grundstücks verpflichtet, aus dem Kaufpreis der Gesellschaft ein gegenüber den Mietforderungen des Vermieters nachrangiges Darlehen in bestimmter Höhe zu gewähren. Nachfolgend wurde ein solches Darlehen nur in deutlich geringerer Höhe gewährt, und als die GmbH vermögenslos aufgelöst wurde,

⁶⁵³ Hofert/Arends, ZIP 2005, 1297, 1298 f.

⁶⁵⁴ Calligar, Yale L.J. 70 (1961) 376 f.; Wood, Subordinated Debt, S. 3, 13 f.; ders., Project Finance, S. 40 f., 46.

⁶⁵⁵ BGH NJW-RR 1998, 948.

nahm der Vermieter die Gesellschafterin unter anderem wegen der Differenz zwischen gewährtem und vereinbarten Nachrangdarlehen auf Schadensersatz in Anspruch.⁶⁵⁶

Das Oberlandesgericht wies die Klage ab: Zwar habe die Gesellschafterin ihre Pflicht zur Darlehensgewährung nicht (vollständig) erfüllt, doch sei der Vermieterin hieraus kein Schaden entstanden, da die Gesellschafterin statt dessen mit dem Kaufpreis ihr gegenüber bestehende Forderungen der Gesellschaft beglichen habe und nicht auszuschließen sei, dass die entsprechenden Darlehensmittel im Rahmen des Geschäftsbetriebs der GmbH durch Begleichung anderweitiger Verbindlichkeiten aufgezehrt worden wären.⁶⁵⁷

Insofern erscheint zunächst zutreffend, dass die Rangvereinbarung dem Vorranggläubiger keinen Zugriff auf die Darlehensvaluta der Nachrangforderung ermöglicht, weswegen die Darlehensvaluta im Geschäftsbetrieb der Schuldnerin nach deren Maßgabe hätte verwendet werden können. Gleichwohl hatte die Gläubigerin der Vorrangforderung ein besonderes Interesse an der Gewährung des Darlehens, da und soweit dadurch die Liquidität der Gesellschaft erhöht worden wäre, ohne dass die damit korrespondierende Darlehensforderung in Insolvenz und Liquidation mit ihrer eigenen Forderung konkurriert hätte. Zu Recht hat daher der Bundesgerichtshof das Urteil insoweit aufgehoben. Nicht überzeugen können demgegenüber die Feststellungen des Senats über die Höhe des Schadens, den die Vorranggläubigerin durch die Nichtgewährung des Nachrangdarlehens erleidet. Der Gerichtshof stellt diesbezüglich allein darauf ab, dass die vereinbarungsgemäße Gewährung des Darlehens die Aktiva der Schuldnerin erhöht hätte, ohne im Verhältnis zur Vorranggläubigerin die Passiva zu erhöhen.⁶⁵⁸ Diese habe daher durch die Nichtgewährung einen Schaden in voller Höhe des nichtgewährten Darlehens.⁶⁵⁹ Vergegenwärtigt man sich dem gegenüber, dass, wie unten ausgeführt,⁶⁶⁰ die rechtsgeschäftliche Subordination unter begrenzte Vorrangforderungen zwar zwischen den Forderungen ein Rangverhältnis begründet und in Insolvenz und Liquidation die auf die Nachrangforderung entfallenden

⁶⁵⁶ BGH NJW-RR 1998, 948.

⁶⁵⁷ S. die Widergabe des Berufungsurteils im Tatbestand der Revisionsentscheidung, BGH NJW-RR 1998, 948.

⁶⁵⁸ Wörtlich schreibt der Senat: „Bei vereinbarungsgemäßigem Verhalten hätten deshalb die Aktiva der GmbH ohne Steigerung von deren Passiva im Verhältnis zur Klägerin zugenommen.“, BGH NJW-RR 1998, 948, 950.

⁶⁵⁹ BGH NJW-RR 1998, 948, 950.

⁶⁶⁰ Dazu unter Kap. 10, D. II.

Quoten den Gläubigern der Vorrangforderungen zuordnet, dass hierdurch aber gerade kein Zugriff auf die Darlehensvaluta begründet wird,⁶⁶¹ so hätte der zu ersetzende Schaden der Vorranggläubigerin richtigerweise danach berechnet werden müssen, in welcher Höhe sich ihre Quote durch die Zuführung der Valuta und die Zuordnung der auf die Darlehensquote entfallenden Forderung erhöht hätte.

Allerdings ist ein spezifischer Nachrang damit zur Vermeidung der Überschuldung von Haus aus ungeeignet und in der Überschuldungsbilanz – wie auch in der Handelsbilanz - des Schuldners sind spezifisch nachrangige Verbindlichkeiten stets zu passivieren.⁶⁶²

⁶⁶¹ S. aber zu der parallelen Frage, ob Nachrang und Bindung von Forderungen nach den Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen ein Sicherungsrecht begründen die innovative Betrachtung von *Oechster*, ZHR 169 (2005), 61, 68 ff. und zu diesem *Ulmer/Habersack* §§ 32 a/b Rn. 12 (dort Fn. 16 a.E.).

⁶⁶² Äußerst missverständlich, aber in der Sache letztlich zutreffend formuliert der Achte Zivilsenat des BGH in NJW-RR 1998, 948, 950 durch die Gewährung eines mit spezifischem Nachrang versehenen Darlehens hätten „die Aktiva der Gesellschaft zugenommen, nicht aber deren Passiva im Verhältnis zur Vorranggläubigerin“. Entscheidend ist hierbei, dass allenfalls im Verhältnis zur Vorranggläubigerin davon gesprochen werden kann, die Passiva hätten durch die Darlehensgewährung nicht zugenommen, während im Verhältnis zu allen anderen Gläubigern, zu den Gesellschaftern und zur Gesellschaft selbst sehr wohl davon auszugehen ist, dass durch die Gewährung spezifisch nachrangiger Darlehen die Passiva der Gesellschaft erhöht werden, weshalb eine Passivierung dieser Darlehen in Handelsbilanz und Überschuldungsstatut angezeigt ist.

2. Teil: Rechtsvergleichende Betrachtung

6. Kapitel Die rechtsgeschäftliche Subordination nach angloamerikanischem Recht

Vertragsklauseln über die Subordination von Darlehensforderungen sind in der amerikanischen Finanzierungspraxis heute allgemeiner Standard.⁶⁶³ Einer Stellungnahme der amerikanischen Bankenvereinigung in dem Verfahren *In re Southern Pacific Funding Corp. (Spieker Prop. v. SPFC Liquidating Trust and Bank of New York HSBC et al.)*⁶⁶⁴ lässt sich entnehmen, dass im Jahre 1997 Darlehen und Schuldverschreibungen in Höhe von 6, 8 Billionen Dollar ausstanden, die als Vorrangforderungen im Vertrauen auf die Gültigkeit einer Rangvereinbarung gewährt wurden. Wenig lässt vermuten, dass dieser Betrag zehn Jahre später sehr viel geringer sein könnte. Zudem sind die fünfzig größten us-amerikanischen Banken durch den Gramm-Leach-Bliley Act gesetzlich verpflichtet, nachrangige Schuldverschreibungen zu begeben.⁶⁶⁵ Eine Erstreckung dieser Pflicht auf alle Kreditinstitute, die der amerikanischen Einlagensicherung unterliegen, wird in den USA intensiv diskutiert.⁶⁶⁶

⁶⁶³ So bereits *Calligar*, Yale L.J. 70 (1961), 376.

⁶⁶⁴ *In re Southern Pacific Funding Corp.*, S. den Hinweis von Judge Tashima, dort Fn. 4. In dem Verfahren bestritt der Kläger die Gültigkeit von Nachrangklauseln unter Verweis auf die Vorschrift der U.S.C. 11 sec. 365(e), welche auf den Insolvenzfall bezogene Lösungsklauseln untersagt. Der Einwand wurde in allen Instanzen zurückgewiesen.

⁶⁶⁵ Dazu *Chen/Robinson/Siems*, RFE 13 (2004) 103 ff.

⁶⁶⁶ S. bereits oben mit Nachweisen in Fn. 622 und Fn. 623.

A. Der institutionelle Rahmen des us-amerikanischen Rechts

I. Das zur Entscheidung über Fragen der Forderungssubordination berufene Recht

Im US-amerikanischen Recht ist, dem deutschen Recht nicht unähnlich, die Forderungssubordination nur rudimentär geregelt.⁶⁶⁷ Das Recht der Forderungssubordination wird in den Vereinigten Staaten von Amerika im wesentlichen durch die Vorschrift der sec. 510 (a) des Amerikanischen Konkursgesetzes und die Vorschrift 1-209 des Uniform Commercial Code entfaltet. Beide Vorschriften weisen freilich nur wenig materiellen Regelungsgehalt auf. Sec. 510(a) des amerikanischen Konkursgesetzes (11 U.S.C) lautet:

A subordination agreement is enforceable in a case under this title to the same extent that such agreement is enforceable under applicable nonbankruptcy law

Die besondere Bedeutung der Vorschrift erschließt sich, wenn man bedenkt, dass in den USA das Konkursrecht bundesstaatliches⁶⁶⁸, das Vertragsrecht aber einzelstaatliches⁶⁶⁹ Recht ist. U.S.C. 11 sec. 510 (a) delegiert damit die Frage nach der Gültigkeit von Nachrangvereinbarungen in der Insolvenz zurück auf die Ebene des einzelstaatlichen Rechts.⁶⁷⁰ Für dieses bestimmt sec. 1-209 des Uniform Commercial Code, dass die Subordination von Forderungen möglich ist, und stellt zudem klar, dass durch die Subordination kein Siche-

⁶⁶⁷ *Schnebel*, Banking L.J. 118 (2001), 48.

⁶⁶⁸ Die Kompetenz beruht auf Artikel 1 Sec. 8 der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika. Das bundeseinheitliche Konkursgesetz wurde 1978 in Kraft gesetzt und seither mehrfach reformiert. Es bildet den 11. Titel des US Code und ist in weitere Kapitel gegliedert. Ein Normzitat nach 11. U.S.C. bezieht sich daher auf das Konkursgesetz insgesamt, nicht notwendig auf das auch in Deutschland berühmte Verfahren nach dem 11. Kapitel dieses Gesetzes.

⁶⁶⁹ S. etwa *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.* 514 U.S. 52, 60 (Supr. Ct., 1995).

⁶⁷⁰ Der Verweis auf einzelstaatliches Recht folgt dabei strenggenommen erst durch einen zweiten Schritt: Zunächst verweist U.S.C. 11 sec. 510 (a) auf Recht außerhalb des Konkursrechts und der Supreme Court hat den im Bankruptcy Act auch andernorts verwendeten Begriff des „applicable non-bankruptcy law“ in anderem Zusammenhang so ausgelegt, dass damit jedes einschlägige bundesstaatliche und einzelstaatliche Recht gemeint ist, s. *Patterson v. Shumate*, 504 U.S. 753, 757 ff. (Supr. Ct., 1992). Die Frage nach der Auslegung und Gültigkeit von Verträgen bestimmt sich aber in aller Regel nach dem Recht der Einzelstaaten, so dass durch U.S.C. 11 sec. 510 (a) regelmäßig das einzelstaatliche Recht zur Entscheidung über Wirksamkeit und Umfang der Subordination berufen ist. S. dazu insgesamt *In re Southeast Banking Corp.*, 156 F.3d, 1114, 1121 (11th Cir., 1998).

rungsrecht im Sinne von Section 9-102 des UCC entsteht.⁶⁷¹ Bei der Vorschrift der sec. 1 – 209 UCC handelt es sich allerdings um eine optionale Norm, die zwar in vielen, aber nicht in allen Einzelstaaten adaptiert wurde.⁶⁷²

II. Gerichtszuständigkeit, Instanzenzug und Stellung der Konkursgerichte

1. Gerichtszuständigkeit und Instanzenzug

Über Fragen rechtsgeschäftlicher Subordination von Forderungen entscheiden in der Insolvenz des Schuldners und in der Insolvenz des Nachranggläubigers Bundesgerichte. Zur Entscheidung über Konkursachen ist regelmäßig ein bankruptcy judge berufen. Konkursgerichte sind gemäß 28 U.S.C. sec. 151 nach der amerikanischen Gerichtsorganisation ein sachlich verselbständigter Teil der Distriktgerichte. Den Distriktgerichten steht in Konkursachen nach 28 U.S.C. sec. 1334(a) die ausschließliche Jurisdiktion zu, doch kann und wird die Jurisdiktion nach 28 U.S.C. sec. 157(a) in fast allen Distrikten auf das Konkursgericht übertragen. Obschon die Konkursgerichte Teil der Distriktgerichte sind, besteht zwischen beiden ein hierarchisches Verhältnis, da zwar der Konkursrichter grundsätzlich abschließend entscheidet, in aller Regel aber eine beschränkte Berufung vom Konkursrichter zum Distriktgericht möglich ist. Der weitere Instanzenzug entspricht dem normalen Rechtsweg in den amerikanischen Bundesgerichten, sodass von den Distriktgerichten die (ebenfalls begrenzte) Revision zu den in 13 Gerichtskreisen (Circuits)⁶⁷³ organisierten Federal Courts of Appeals und von dort eine hauptsächlich auf Fragen des Verfassungsrechts begrenzte Revision zum Supreme Court der USA möglich ist, welcher sich indes, soweit erkennbar, mit Fragen der rechtsgeschäftlichen Forderungssubordination bisher nicht zu befassen hatte.

⁶⁷¹ Ein Sicherungsrecht bedürfte nach UCC der perfection, also in der Regel einer förmlichen Registrierung, und wäre andernfalls in der Insolvenz unbeachtlich. Dabei war problematisch, ob die Subordination eine Sicherung des Vorranggläubigers aus dem Vermögen des Nachranggläubigers darstellt, die dann in dessen Insolvenz unwirksam wäre. Die Probleme stellen sich also insbesondere in den Fällen der Doppelsolvenz von Schuldner und Nachranggläubiger. Eingehend hierzu *Coogan/Kripke/Weiss*, Harvard Law Rev. 79 (1965), 229, 242 ff.

⁶⁷² *Schnebel*, Banking L.J. 118 (2001), 48 f.

⁶⁷³ Zu den 11 numerisch bezeichneten Gerichtskreisen tritt der Circuit des District of Columbia und ein spezieller Federal Circuit. Letztere haben indes in Konkursachen wenig Bedeutung.

Die Konkurszuständigkeit betrifft nicht nur das Abwicklungsverfahren nach dem 7. Kapitel des Konkursgesetzes, sondern auch die Reorganisationsverfahren des 11. und 13. Kapitels, und auch bei der Bestätigung eines Sanierungsplans durch das Konkursgericht können sich mittelbar Fragen nach Reichweite und Wirkung von Subordinationsvereinbarungen stellen.⁶⁷⁴

Außerhalb der Insolvenz des Schuldners entscheiden auch die einzelstaatlichen Gerichte über Fragen der Forderungssubordination. Dies begegnet insbesondere im Zusammenhang mit Zahlungsklagen des Nachranggläubigers, gegen die sich der Schuldner unter Berufung auf die rechtsgeschäftliche Subordination verteidigt.⁶⁷⁵ Die übergroße Mehrzahl der gerichtlichen Stellungnahmen zur rechtsgeschäftlichen Subordination von Forderungen betrifft indes die Wirkung der Subordination im Konkurs von Schuldner oder Nachranggläubiger und stammt daher von amerikanischen Bundesgerichten.

2. Die Stellung der Konkursgerichte als Courts of Equity

Die in England bis zum Jahre 1873 auch institutionell vollzogene Trennung der Zivilgerichte in die Courts of Common Law einerseits und die den Regeln der Equity folgenden Chancery Courts andererseits⁶⁷⁶ prägt das angloamerikanische Recht bis zum heutigen Tage. Die mit ihr verbundene Rivalität der Gerichtszweige ist historische Ursache für die besonders strenge Präjudizienbindung der Courts of Common Law, die sich hiervon zusätzliche Legitimität erhofften. Sie ist zudem Ursache der besonderen Betonung des adver-

⁶⁷⁴ Ein Beispiel bildet *In re Best Products*, 168 B.R. 35 (Bankr. Ct. S.D.N.Y., 1994). S. dort a.a.O. S. 64 zur Zuständigkeit des Gerichts und S. 69 ff. zur Auslegung der Rangvereinbarung. S. daneben beispielsweise *In re General Homes Corp.*, Bankr. Nos. 9004810-H3-11 (Bankr. Ct. S.D.Tex., 1991) zur Bildung der Gläubigergruppen in einem Reorganisationsverfahren. Eine neuere Entscheidung des Appellationsgerichts des dritten Gerichtskreises legt nahe, dass zumindest dann, wenn ein Vorranggläubiger einen Reorganisationsplan gerichtlich angreift, alle aus der – in diesem Fall: spezifischen – Subordination folgenden Fragen bereits in diesem Verfahren geltend zu machen sind und eine isolierte Klage des Vorranggläubigers gegen den Nachranggläubiger auf Berücksichtigung der aus der Nachrangvereinbarung stammenden Rechte später nicht mehr möglich ist. S. *CoreStates Bank NA v. Huls America Inc.*, 176 F.3d 187 (3rd Cir., 1999) und dazu die abweichende Meinung des Richters *Stapleton*, a.a.O. S. 187, 207 ff. und die kritische Besprechung von *Tancredi/Heath*, Am. Bankr. Inst. J. 18 (1999), 10.

⁶⁷⁵ S. *Culp v. Tri-County Tractor Inc.*, 112 Idaho 894, 736 P.2d 1348 (Id.Ct.App., 1987) und *Becker et al. v. North's Restaurants, Inc.*, 157 Or.App. 136, 967 P.2d 1246 (Or.Ct.App., 1998). Unzutreffend daher *Scheel*, *Konzerinsolvenz*, S. 130, der ausführt, eine Subordinationsvereinbarung erlange ausschließlich in der Insolvenz praktische Bedeutung.

⁶⁷⁶ S. dazu ausführlich *Pollock/Maitland*, *History of English Law*, S. 189 ff. Daneben etwa *Henrich/Huber*, *Englisches Privatrecht*, S. 16.

sarischen Charakters der Verfahren vor den ordentlichen Gerichten und spielt, was hier freilich nicht im einzelnen entfaltet werden kann, nach der Auffassung des Verfassers eine Rolle bei der Zurückhaltung des englischen Rechts gegenüber einer Fortentwicklung seiner dogmatischen Strukturen.⁶⁷⁷ Eine solche Änderung hätte zum einen der strengen Präjudizienbindung widersprochen. Sie war zum anderen aber auch dort, wo die dogmatischen Strukturen des common law an ihre Grenzen stoßen, nicht notwendig, da im Zweifel ein Court of Equity einen geeigneten Rechtsbehelf bereit hielt⁶⁷⁸ und damit insbesondere das englische Wirtschaftsleben durch Eigenheiten des common law im Ergebnis nicht übermäßig belastet wurde.

Für die Einordnung rechtsgeschäftlicher Subordination nach amerikanischem Recht spielt die historische Trennung der Zivilgerichte Englands, die in den USA institutionell nie nachvollzogen wurde, deshalb eine bemerkenswerte Rolle, weil sich die amerikanischen Konkursgerichte seit je als Courts of Equity verstehen.⁶⁷⁹ Ihr Verfahren ist nicht-adversarisch und die Gerichte sehen ihren Auftrag darin, eine gerechte Verteilung des Schuldnervermögens in Abwicklungsverfahren und eine die Gläubigerinteressen insgesamt gerecht austarierenden Reorganisation in den Planverfahren zu gewährleisten.⁶⁸⁰ Ihre besondere Stellung als Courts of Equity zeigt sich denn auch exemplarisch in dem weiten Ermessen, das den Konkursrichtern bei Fragen der Zurückstufung von Forderungen nach den Grundsätzen der equitable subordination,⁶⁸¹ und bei der recharacterization⁶⁸² von Fremd- in Eigenkapital zukommt.

⁶⁷⁷ Von einer „Erstarrung“ des Common Law sprechen *Henrich/Huber*, *Englisches Privatrecht*, S. 15 f., 36 f.

⁶⁷⁸ Zur Fruchtbarkeit der Equity exemplarisch *Hanbury/Martin*, *Modern Equity*, S. 41 f.

⁶⁷⁹ S. U.S.C. 11 sec. 105 sowie die Nachweise zu equitable subordination und recharacterization unten Fn. 681 und Fn. 682.

⁶⁸⁰ Der Supreme Court identifiziert als oberste Maxime des Konkursrechts die gerechte Verteilung des verbliebenen Schuldnervermögens, *Union Bank v. Wolas* 502 U.S. 151, 161 (Supr. Ct., 1991).

⁶⁸¹ Grundlegend *Taylor v. Standard Gas Electric Co.*, 306 U.S. 307 (Supr. Ct., 1939); *Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295 (Supr. Ct., 1939) und *In re Mobile Steel*, 563 F. 2d 692, 700 ff. (5th Cir., 1977). Die Befugnis zur Rückstufung von Darlehensforderungen ist heute in 11 U.S.C. sec. 510 (c) kodifiziert. S. zur equitable subordination nach us-amerikanischem Recht ausführlich *Scheel*, *Konzerninsolvenz*, S. 132 ff. und *Sprayregen/Friedland/Brighton/Bianca*, *Ann. Survey of Bankr. Law*, 2004, 1, 4 ff. Daneben *Gehde*, *Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen*, S. 202 ff., 236 ff.; *Herrmann*, *Quasi-Eigenkapital*, S. 171 ff.; *Huber/Habersack* in *Lutter*, *Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, S. 370, 381 f.; und *Oechsler*, *ZHR* 169 (2005) 61, 65 ff. Knappe Hinweise schließlich bei *Fleischer*, *ZIP* 1998, 313, 318 f.

⁶⁸² Die Befugnis der Konkursgerichte zur recharacterization ist unter den Gerichten umstritten, wird aber mehrheitlich bejaht. S. etwa *In re Georgetown Building Associates*, 240 B.R. 124, 139 (Bankr. Ct. DC, 1999); *In re AutoStyle Plastics, Inc.*, 269 F.3d 726, 748 ff. (6th Cir., 2001), *In re Outboard Marine Corp.* 50 Collier. Bankr. Cas. 2d. (MB) 931 (D.N.M., 2003). AA *In re Outboard Marine Corp.*, Case Nr. 00 B 37405

B. Inhalt, dogmatische Einordnung und ausgewählte Rechtsprobleme der contractual debt subordination nach us-amerikanischem Recht

I. Der Inhalt der Forderungssubordination

Eine häufig zitierte Definition der Forderungssubordination lautet:

“A subordination agreement is simply a contract in which a creditor (the subordinated or junior creditor) agrees that the claims of specified senior creditors must be paid in full before any payment on the subordinated debt may be made to, and retained by, the subordinated creditor. The contracting parties may include the senior creditor or the contract may be between the debtor and the subordinated creditor for the benefit of the senior creditor. Unless the specific terms of the contract provide otherwise, the contract's effect runs between the subordinated creditor and the senior creditor.”⁶⁸³

Literatur und Rechtsprechung zur amerikanischen Forderungssubordination unterscheiden in der Regel zwei verschiedene Gestaltungstypen der Subordination. Zum einen eine als complete subordination⁶⁸⁴ bezeichnete Abrede, nach der das Geltendmachen der Nachrangforderung bis zur Erfüllung der Vorrangforderung ausgeschlossen sein soll, und andererseits eine nur auf die Insolvenz begrenzte, bisweilen als inchoate subordination bezeichnete⁶⁸⁵ Subordination der Nachrangforderung.⁶⁸⁶ Dabei gelten die verschiedenen Gestaltungen allerdings nicht als unterschiedliche Rechtsgeschäfte, sondern nur als die Pole der möglichen Gestaltung einer Subordination. So ist es ohne weiteres möglich, die Subordination auf die Insolvenz und weitere, von den Parteien frei zu vereinbarende und dem Vertrag über die Subordination zu Grunde zu legende Auslösetatbestände zu begren-

(Bankr. Ct., D.N.M., anschließend aufgehoben vom Distriktsgericht) sowie *In re Abtox*, Verfügung Nr. 00 A 00661 (Bankr. Ct. N.D. Ill., 2003). Zum ganzen ausführlich *Sprayregen/Friedland/Brighton/Bianca*, Ann. Survey of Bankr. Law, 2004, 1 ff., insbes. 12 ff. Daneben *Huber/Habersack* in Lutter, Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 370, 381. Diesen folgend wiederum *Haas* 66. DJT (2006), E 59.

⁶⁸³ *New York Stock Exch. v. Pickard & Co, Inc.* 296 A 2d 143, 146 f. (Del.Ch.,1972).

⁶⁸⁴ *Calligar*, Yale L.J. 70 (1961) 376, 378.

⁶⁸⁵ *Mears*, Probate and Property, 1999, 19; *Calligar*, Yale L.J. 70 (1961), 376, 377; *Zinman*, Am. Bankr. Inst. Law Rev. 2 (1994) 293, 320. Kritisch gegenüber dieser Bezeichnung *Coogan/Kripke/Weiss*, Harvard Law Rev. 79 (1965), 229, 234.

⁶⁸⁶ S. neben den in den beiden vorhergehenden Fußnoten genannten noch *Carlson*, Vanderbilt Law Rev. 38 (1985), 975, 983; *Ryan*, Banking L.J. 105 (1988), 4, 5; *Schnebel*, Banking L.J. 118 (2001), 48, 53 f.

zen.⁶⁸⁷ Ebenfalls frei vereinbar ist die Tiefe der Subordination, wobei die amerikanische Literatur zwischen dem allgemeinen und dem spezifischen Nachrang keine Kategorien-grenze ausmacht; beide gelten als Fall der Subordination.⁶⁸⁸

II. Zur Rechtsnatur der Subordination

Der Rückverweis der sec. 510(a) Bankruptcy Code auf das einzelstaatliche Recht erfolgt nicht durch Bezug auf eine Rechtsmaterie, sondern durch einen allgemeinen Gültigkeitstest, und hält damit die dogmatische Einordnung der Subordination zumindest dem Wortlaut nach offen. Insbesondere die ältere Rechtsprechung hatte hierzu vier unterschiedliche Rechtstheorien entwickelt. Nachrangvereinbarungen wurden als Sicherungsrecht nach Treu und Glauben (*equitable lien*)⁶⁸⁹, als Abtretung nach Treu und Glauben (*equitable assignment*)⁶⁹⁰, als gesetzliche Treuhand mit dinglicher Wirkung (*constructive trust*)⁶⁹¹ und als privatautonomes Rechtsgeschäft (*contract*)⁶⁹² eingeordnet.⁶⁹³

⁶⁸⁷ Ausführlich und mit Formulierungsvorschlägen hierzu *Ryan*, *Banking L.J.* 105 (1988), 4, 5 ff. Daneben *Calligar*, *Yale L.J.* 70 (1961), 376, 378, 382; *Coogan/Kripke/Weiss*, *Harvard Law Rev.* 79 (1965), 229, 233 f. Häufig wird beispielsweise neben der Insolvenz des Schuldners die Fälligkeitstellung (*acceleration*) des Vorrangdarlehens durch den Vorranggläubiger, die ihrerseits an Zahlungsstockungen oder andere Pflichtverletzungen im Verhältnis Vorranggläubiger – Schuldner gebunden ist, als Auslösegrund der Schuldsubordination der Nachrangforderung vereinbart. S. schließlich ausführlich zu entsprechenden Vereinbarungen nach englischem Recht *Wood*, *Subordinated Debt*, S. 52 ff.

⁶⁸⁸ Grundlegend *Calligar*, *Yale L.J.* 70 (1961), 376, 378 und *Coogan/Kripke/Weiss*, *Harvard Law Rev.* 79 (1965), 229, 233. Aus neuerer Zeit etwa *Schnebel*, *Banking L.J.* 118 (2001), 48, 54. Ebenso zum englischen Recht *Ferran*, *Company Law*, S. 545, 552 ff. (insbes. S. 554 f.); *Wood*, *Subordinated Debt*, S. 4 f.; *ders.* *project Finance*, S. 41 f.

⁶⁸⁹ *Searle v. Mechanics' Loan & Trust Co.*, 249 F. 942 (9th. Cir. 1918); *In re George P. Schinzel & Son*, 16 F. 2d 289 (S.D.N.Y. 1926); *Bank of Am. v. Engleman*, 101 Cal. App.2d 390, 225 P 2d 597 (1950).

⁶⁹⁰ *In re Handy-Andy Community Stores*, 2 F. Supp. 97 (W.D.LA 1932); *In re Itemlab, Inc.*, 197 F. Supp. 194 (E.D.N.Y. 1961)

⁶⁹¹ *In re Dodge-Freedman Poultry*, 148 F. Supp. 647 (D.N.H. 1956), bestätigt unter dem Namen *Dodge-Freedman Poultry Co. v. Delaware Mills, Inc.* F 2d 314 (1st Cir. 1957).

⁶⁹² Grundlegend *In re Credit Industrial Corp.*, 366 F 2d 402, 410 (2nd. Cir., 1966)

⁶⁹³ Eingehend *Calligar*, *Yale L.J.* 70 (1961), 376, 383 ff. S. daneben *Mears* *Probate and Property*, 1999, 19. Aus der Rechtsprechung *In re Holly's*, 140 B.R. 643, 667 ff. (Bankr. Ct. W.D.Mich., 1992).

1. Sicherungsrecht des Vorranggläubigers an der auf die Nachrangforderung entfallenden Insolvenzquote aus Treu und Glauben (equitable lien)

In den frühen Fällen, in denen die Nachrangvereinbarung als equitable lien eingeordnet wurde, war die Wirkung eines spezifischen Nachrangs streitig. So hatten in dem Sachverhalt der Entscheidung *Bank of America v. Engleman* zwei ehemalige Gesellschafter ihrer Gesellschaft Darlehen gewährt, wobei ein Gesellschafter seine Darlehensforderung nachträglich unter die Darlehensforderung des anderen Gesellschafters subordiniert hatte. Beide schieden später aus der Gesellschaft aus, ohne dass die Darlehen durch die Gesellschaft getilgt wurden. Der Gläubiger der Vorrangforderung hat diese sodann an Bank of America abgetreten.⁶⁹⁴ In der Insolvenz des gemeinsamen Schuldners verlangte die Bank mit Blick auf den Vorrang ihrer Forderung gegenüber der anderen Darlehensforderung auch die auf die andere Darlehensforderung entfallende Quote. Dem hielten die anderen Gläubiger des insolventen Schuldners entgegen, dass die Bank schon deshalb keinen Anspruch auf eine Besserstellung hätte, weil die Subordination dazu führe, dass die Nachrangforderung erst getilgt werden könne, wenn die Vorrangforderung getilgt sei. Da die Mittel des Schuldners nicht ausreichten, alle vollrangigen Forderungen zu begleichen, sei die Nachrangforderung unbeachtlich, da deren Fälligkeit an eine Bedingung geknüpft sei, die nicht eintreten könne.⁶⁹⁵ Bei seiner Analyse der Vertragsbeziehungen hebt das Kalifornische Appellationsgericht hervor, dass die Nachrangforderung bereits vor der Subordination als vollrangige Forderung bestanden hätte, und die Subordination allein der Besserstellung der Vorrangforderung diene. Es sei deshalb nicht angemessen, die Absprachen so zu interpretieren, dass die Nachrangforderung in der Insolvenz des Schuldners an die Bedingung der Erfüllung der Vorrangforderung geknüpft sei.⁶⁹⁶ Die außen stehenden Gläubiger seien hierdurch nicht negativ betroffen, da die Forderung vor der Subordination vollrangig bestanden habe. Die Einordnung der Subordination als equitable lien zu Gunsten des Vorranggläubigers dient in diesen Fällen daher dem spezifischen Zweck, die Besserstellung

⁶⁹⁴ *Bank of America v. Engleman*, 101 Cal. App.2d 390, 225 P 2d 597, 598 (Cal. App. 1950).

⁶⁹⁵ *Bank of America v. Engleman*, 101 Cal.App.2d 390, 225 P 2d 597, 599 (Cal. App. 1950).

⁶⁹⁶ *Bank of America v. Engleman*, 101 Cal.App.2d 390, 225 P 2d 597, 599 (Cal. App. 1950).

des Vorranggläubiger zu sichern und zu verhindern, dass die außen stehenden Gläubiger durch den Entfall der Nachrangforderung eine unverdiente Besserstellung erreichen.⁶⁹⁷

2. Abtretung aus Treu und Glauben (*equitable assignment*)

In der amerikanischen Literatur wie auch in einigen nachfolgenden Gerichtsentscheidungen wird die Entscheidung des Distriktsgerichts des westlichen Distrikt von Louisiana in Sachen *Handy-Andy Community Stores*⁶⁹⁸ als Beispiel der Einordnung einer Forderungssubordination als Abtretung aus Treu und Glauben angeführt. Streitgegenständlich war auch hier ein spezifischer Nachrang. Um zu erreichen, dass der Schuldnergesellschaft ein Bankdarlehen zur Verfügung gestellt wurde, hatten zwei geschäftsführende Gesellschafter, die der Gesellschaft selbst Darlehen zur Verfügung gestellt hatten, mit der Bank die Subordination der Gesellschafterdarlehen unter die Bankforderung mündlich vereinbart. In dem die Vereinbarung bestätigenden Brief der Gesellschafter an die Bank heißt es für den Fall der Insolvenz des Schuldners:

“It was further agreed that, in the event of bankruptcy, we will file our claim for the above amount, and that any amounts paid to us in liquidation of said claim shall, so far as may be necessary, be applied upon the note this day purchased by you, and we agree to make proper assignment thereof, should the same become necessary.”⁶⁹⁹

Die Gesellschafterforderungen wurden als vollrangige Forderungen anerkannt und streitgegenständlich wurde die Frage, ob der Insolvenzverwalter die hierauf entfallende Quote an die Bank oder an die Gesellschafter auszuzahlen hatte. Der Verwalter beabsichtigte eine Zahlung an die Gesellschafter, da die Subordination und die sie ergänzenden Vereinbarungen keine Abtretung begründeten, sondern nur eine Pflicht der Gesellschafter, den Insolvenzerhalt an die Bank weiterzureichen. Eine bereits erfolgte Abtretung wäre nach der Auffassung des Verwalters zudem wirkungslos, weil die Bank diese nicht in der dafür vorgesehenen Zeit registriert habe. Die eigentlich technische Frage nach der Zah-

⁶⁹⁷ S. dazu, dass das Gericht in der Nichtberücksichtigung der Nachrangforderung eine unverdiente Besserstellung der außen stehenden Gläubiger sieht *Bank of America v. Engleman*, 101 Cal.App.2d 390, 225 P 2d 597,600 (1950). Ähnlich dient die Einordnung als equitable lien in *re George P. Schinzel*, 16 F.2d 289 f. (S.D.N.Y., 1926) dazu, die Folgen der Subordination auf Vorrang- und Nachranggläubiger zu begrenzen.

⁶⁹⁸ *In re Handy-Andy Community Stores Inc.*, 2 F.Supp 97, 98 f. (W.D.La, 1932).

⁶⁹⁹ *In re Handy-Andy Community Stores Inc.*, 2 F.Supp 97, 98 (W.D.La, 1932).

lungsabwicklung wurde für die Bank deshalb bedeutsam, weil die Bank im Fall einer Auszahlung an die Gesellschafter befürchten musste, die von dem Verwalter angenommene Pflicht zur Weitergabe des Insolvenzerhalts und aus der Verletzung dieser Pflicht etwa erwachsende Ersatzansprüche nicht durchsetzen zu können: Zum einen waren offenbar die Vermögensverhältnisse der Gesellschafter ebenfalls angespannt, zum anderen hatten die Gesellschafter ihren Anwälten die Hälfte der auf die Darlehen erhaltenen Zahlungen als Vergütung zugesagt, und nach amerikanischem Recht kommt Vergütungsansprüchen von Rechtsanwälten ein Vorrang vor sonstigen Ansprüchen gegen den Mandanten zu.⁷⁰⁰

Das Distriktsgericht entscheidet für die Bank und begründet die Entscheidung abermals mit Gerechtigkeitserwägungen und der besonderen Stellung des Konkursgerichts als Court of Equity: Da die Parteien den Nachrang vereinbart hätten, ergäbe sich ein Anspruch des Vorranggläubigers auf die auf die Nachrangforderungen entfallende Insolvenzquote. Das Konkursgericht habe den Absprachen der Parteien nach Treu und Glauben Wirksamkeit zu verschaffen, weswegen der Vorranggläubiger von dem Verwalter eine diesem Anspruch entsprechende Verteilung der Insolvenzmasse verlangen könne. Dies gelte obgleich die Verpflichtung des Nachranggläubigers dem Vorranggläubiger keine Inhaberschaft der Forderung gewähre, weswegen die Forderung richtigerweise von den Gesellschaftern als eigene Forderung angemeldet wurde.⁷⁰¹

Die eigentümliche, später als equitable assignment bewertete Einordnung der Subordination als Absprache, die zwar die Inhaberschaft der Nachrangforderung unberührt lasse, die darauf entfallende Quote aber gleichwohl dem Vorranggläubiger zuordne, erklärt sich daher als Versuch, der Subordination trotz der Insolvenznähe der Nachranggläubiger und der Einwendung des Insolvenzverwalters, eine Abtretung sei wegen fehlender Offenlegung unwirksam, rechtlich und wirtschaftlich die von den Parteien beabsichtigte Wirkung zukommen zu lassen. *In re Handy-Andy Community Stores* ist somit ein frühes Beispiel eines

⁷⁰⁰ S. für Insolvenzverfahren nach heutigem Recht U.S.C. 11 sec. 503 Abs. 4.

⁷⁰¹ Mit den Worten des Gerichts: "While the document does not convey a present title to the claimants, it amounts to an agreement to do so, in so far as relief in a court of equity is concerned, which becomes enforceable when the necessary conditions arise requiring it. For this reason, the legal title to the claims standing in the names of Wilcox and Taylor, it was entirely proper for them to prove the same before the referee. The bank is not now asserting any claim against the bankrupt estate as such, but merely asking the court to exercise its equity powers to compel these individuals to carry out their agreement, which I think it may do at any time before the fund in controversy has passed out of its hands", *In re Handy-Andy Community Stores Inc.*, 2 F.Supp 97, 98 (W.D.La, 1932).

im weiteren Verlauf dieser Arbeit aufzugreifenden Problems, welches von den amerikanischen Gerichten erst dreißig Jahre später durch *Wyse*⁷⁰² und abermals etwa dreißig Jahre später durch *Holly's*⁷⁰³ thematisiert werden musste: Die Wirkung der Subordination in der Doppelinsolvenz von Schuldner und Nachranggläubiger.

3. Constructive Trust

Nach der Theorie des constructive trust sind Subordinationsabreden in der Insolvenz des Schuldners beachtlich, weil sie dazu führen, dass der Nachranggläubiger die aus dem Zahlungsverprechen des Schuldners folgende Forderung nach Treu und Glauben in den vereinbarten Konstellationen auf den Vorranggläubiger übertragen muss, weswegen der Nachranggläubiger die Inhaberschaft an der Forderung nur als constructive trustee des Vorranggläubigers halte.⁷⁰⁴ Auch in diesem Urteil ist auffällig, dass die Einordnung weniger einer umfassenden Analyse des Rechts der Forderungssubordination geschuldet war, sondern zur Beantwortung der spezifischen, durch den Fall zur Entscheidung gestellten Frage diente: In *Dodge-Freedman* rechnete der Nachranggläubiger angesichts der Subordination ohnehin damit, in der Insolvenz des Schuldners vollständig leer auszugehen. Da er anderen Gläubigern des Schuldners mehr verbunden war als dem Vorranggläubiger, versuchte er, den eigenen Nachteil wenigstens zum Vorteil aller Gläubiger und nicht ausschließlich zum Vorteil des Vorranggläubigers werden zu lassen, indem er kurzerhand auf die ihm nach dem Reorganisationsplan zukommende Quotenforderung verzichtete. Das Gericht hatte also die Wirkung der Subordination auf die - aus Sicht des deutschen Rechts - Verfügungsbefugnis des Nachranggläubigers zu beurteilen. Die Wirksamkeit der Subordination gegenüber einem nachträglichen Verzicht des Nachranggläubigers lässt sich mit

⁷⁰² *Pioneer-Cafeteria Feeds, Ltd. v. Mack (In re Wyse)*, 340 F.2d, 719 (6th Cir. 1965). Dazu eingehend *Zinman*, Am. Bankr. Inst. Law Rev. 2 (1994) 293, 296 ff.

⁷⁰³ *In re Holly's*, 140 B.R. 643 (Bankr. Ct. W.D.Mich., 1992).

⁷⁰⁴ *In re Dodge-Freedman Poultry Co.*, 148 F.Supp 647 (D.N.H. 1956). Die Entscheidung wird ohne weitere Argumente von dem Appellationsgericht des ersten Gerichtskreises bestätigt: *Dodge-Freedman Poultry Co. v. Delaware Mills, Inc.*, 244 F.2d 314 (1st Cir. 1957). Obiter dictum zustimmend *In re Itemlab, Inc.*, 353 F.2d 147, 154 (2nd Cir. 1965). Zum constructive trust allgemein AmJur 2d Bd. 79 §§ 198 ff.; Zum normativen Geltungsgrund des constructive trust nach common law *Martin* in Hanbury/Martin, *Modern Equity*, S. 68 f. sowie (relativierend) *Gardner*, *Trusts*, S. 225 ff.

Erwägungen zum trust gut begründen, kommt doch dem trust nach angloamerikanischem Recht dingliche Wirkung gegenüber Dritten zu.⁷⁰⁵

4. Die Einordnung der Subordination als Vertrag

Eine der frühen Leitentscheidungen zur rechtsgeschäftlichen Einordnung der Subordination bildet das Verfahren *In re Credit Industrial*. Die Frage nach der Rechtsnatur der Rangvereinbarung stellte sich hier deshalb in besonderer Weise, weil es nach den Feststellungen des Konkursrichters den Vorranggläubigern nicht gelungen war, darzutun, dass sie sich bei der Vergabe ihrer Darlehen an den Schuldner auf die Gültigkeit der Subordinationsvereinbarung verlassen hatten. Bei Einordnung der Subordinationswirkung als Rechtswirkung nach Treu und Glauben, wie sie equitable assignment, equitable lien und constructive trust zu Grunde liegt, wäre ein schützenswertes Vertrauen des Vorranggläubigers in aller Regel Voraussetzung der Rechtfertigung des Nachrangs. Insolvenzverwalter und Distriktsgericht hatten deshalb die Inhaber nachrangiger Schuldverschreibungen ungeachtet der ausdrücklich vereinbarten Subordination mit dem selben Rang in dem Verfahren zugelassen, wie die Inhaber derjenigen vorrangigen Schuldverschreibungen, denen gegenüber der Nachrang der nachrangigen Verschreibungen bestehen sollte. Die Revision einiger Inhaber vorrangiger Schuldverschreibungen war erfolgreich, und in seinem Urteil führt das Appellationsgericht des zweiten Gerichtskreises aus:

“A bankruptcy court, in order to effectuate its duty to do equity, must enforce lawful subordination agreements according to their terms and prevent junior creditors from receiving funds where they have 'explicitly agreed not to accept them.’⁷⁰⁶

Der Grund für die Berücksichtigung des vereinbarten Rangs durch das Konkursgericht liegt damit in dem übereinstimmenden Willen der Parteien und fußt so auf Gedanken,

⁷⁰⁵ Zu den Folgen speziell eines constructive trusts AmJur 2d. Bd. 79 § 203 ff. und *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 561 f. Allgemein zu der - aus Sicht des deutschen Rechts - dinglichen Wirkung eines trust im angloamerikanischen Recht *Grundmann* in *Helmholz/Zimmermann, Itinera Fiducia*, S. 469, 471, 477 f. und *Martin* in *Hanbury/Martin, Modern Equity*, S. 17 ff.

⁷⁰⁶ *In re Credit Industrial Corp.*, 366 F.2d 402, 410 (2nd Cir., 1966) unter Verweis auf *Henson, Subordination and Bankruptcy*, Bus. Laws 21 (1966), 763, 764. Ähnlich bereits zuvor *Bird & Sons Sales Corp. v. Tobin*, 78 F.2d 371 (8th. Cir., 1935); *In re Aktiebolaget Kreuger & Toll*, 96 F.2d 768 (2nd Cir., 1938) und *Bank of America Nat'l Trust and Savings Assn. v. Erickson*, 117 F.2d 796, 798 (9th Cir., 1941).

die auch dem deutschen Recht nicht fremd sind.⁷⁰⁷ Zumindest in Fällen, in denen die Forderung nicht besichert ist, folgen heute die ganz überwiegende Rechtsprechung⁷⁰⁸ wie auch die meisten Literaturstimmen⁷⁰⁹ der Theorie eines rechtsgeschäftlichen Geltungsgrundes der Forderungssubordination.

Für die Einordnung als Vertrag spricht entscheidend die in U.S.C. 11 sec. 510 (a) niedergelegte Rechtsregel. Insofern ist beachtlich, dass die abweichenden Einordnungen als equitable lien, equitable assignment und constructive trust jeweils mit dem spezifischen Charakter der Konkursgerichte als Courts of Equity begründet wurden. Indem sec. 510 (a) des Konkursgesetzes die Wirksamkeit an die rechtliche Beurteilung außerhalb des Konkursverfahrens knüpft, ist für die dogmatische Einordnung der Subordination ein Rückgriff auf besondere Kompetenzen der Konkursgerichte als Courts of Equity ausgeschlossen. Hierfür lässt sich auch das Urteil des Appellationsgericht des elften Gerichtskreises in Sachen *Southeast Banking Corp.*⁷¹⁰ anführen. Streitgegenständlich war in diesem Verfahren der Umfang der Vorrangforderungen und spezifisch die Frage, ob auch in der Zeit nach Stellung des Insolvenzantrags entstandene forderungsbezogene Anwaltskosten und Zinsen Teil der Vorrangforderung sind. Die Bank hatte vorrangige Schuldverschreibungen sowie diesen vorrangigen Schuldverschreibungen gegenüber nachrangige Schuldverschreibungen begeben, und der Verteilungsplan des Insolvenzverwalters sah eine vollständige Befriedigung der vorrangigen Forderungen einschließlich der hierauf bis zum Zeitpunkt der Stellung des Insolvenzantrags entfallenden Zinsen sowie eine anteilige Befriedigung der nachrangigen Gläubiger vor. Der Treuhänder der vorrangigen Schuldverschreibungen verlangte daraufhin, dass aus der auf die nachrangigen Schuldtitel entfallenden Quote zunächst auch

⁷⁰⁷ S. zur Richtigkeitsgewähr des Vertrages *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 ff., 156 ff. und zu diesem eingehend *Habersack*, Vertragsfreiheit, S. 42 ff., 47 ff. mit weiteren Nachweisen auch zur Kritik an der These von der Richtigkeitsgewähr des Vertrages.

⁷⁰⁸ S. zusätzlich zu den bereits genannten Entscheidungen und ohne Anspruch auf Vollständigkeit *N.Y. Stock Exchange v. Pickard & Company, Inc.*, 296 A.2d 143, 147 f. (Ct. of Chanc., Del., 1972); *First National Bank v. American Foam Rubber Corp.*, 530 F.2d 450, 454 (2nd Cir., 1976); *In re Hart Ski Mfg* 5 B.R. 734 (Bankr.Ct. Minn., 1980); *In re Leasing Consultants* 2 B.R.: 165 (Bankr.Ct. E.D.N.Y., 1980); *In re Kors, Inc.* 819 F.2d 19, 24 (2nd Cir., 1987); *In re Lantana Motel*, 124 B.R. 252, 255f. (Bankr. Ct. S.D.Ohio, 1990); *In re Ionosphere Clubs Inc.*, 134 B.R. 528 (Bankr. Ct. S.D.N.Y., 1991); *In re Holly's* 140 B.R. 643 (Bankr. Ct. W.D.Mich., 1992); *In re Best Products Co. Inc.*, 168 B.R. 35 (Bankr. Ct. S.D.N.Y., 1994); *In re Southeast Banking Corp.*, 156 F.3d. 1114 (11th Cir., 1998); *In re Hinderliter Industries, Inc.*, 228 B.R. 848, 853 (Bankr. Ct. E.D.Tex., 1999); *In re Walnut Equipment Leasing Co.*, 1999 WL 1068448, 1, 4 (Bankr. Ct. E.D.Pa., 1999); *In re Enron Creditors Recovery Corp.*, 340 B.R. 64, 70 f. (Bankr.Ct. S.D.NY, 2007).

⁷⁰⁹ *Calligar*, Yale L.J. 70 (1961), 376, 388; *Coogan/Kripke/Weiss*, Harvard Law Rev. 79 (1965), 229, 233; *Ryan*, Banking L.J. 105 (1988), 4, 14 f. *AA Carlson*, Vanderbilt Law Rev. 38 (1985), 975, 983 ff.

⁷¹⁰ *In re Southeast Banking Corp.*, 156 F.3d. 1114 (11th Cir., 1998).

die erst nach Stellung des Insolvenzantrags entstandenen Zinsen und Kosten der Vorranggläubiger beglichen werden müssen. Nach dem amerikanischen Konkursrecht können unbesicherte Gläubiger Zinsen und Kosten für die Zeit nach Stellung des Konkursantrags im Insolvenzverfahren nicht geltend machen,⁷¹¹ doch würde dies eine Tilgung aus der auf Hauptforderung und vorkonkursliche Zinsen der Nachrangforderung entfallenden Konkursquote nicht ausschließen, soweit auch diese nachkonkurslichen Zinsen und Kosten nach dem Subordinationsvertrag Teil der Vorrangforderung sind; die Subordination würde in diesem Fall wirtschaftlich nicht nur den Grundsatz gleichmäßiger Befriedigung der Gläubiger, sondern auch die Regel zur Nichtberücksichtigung nachkonkurslicher Zinsen und Kosten verdrängen. Vor diesem Hintergrund hatten mehrere Gerichte teils unter Berufung auf ihre besondere Stellung als Court of Equity, teils unter Verweis auf einzelstaatliches Recht entschieden, dass eine Subordination nachkonkursliche Forderungen des Vorranggläubigers nur dann erfasst, wenn dies zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart wurde.⁷¹² Mit Verweis auf diesen Grundsatz der Ausdrücklichkeit (rule of explicitness) hatten Konkursrichter⁷¹³ und Distriktsgericht⁷¹⁴ die Klage der Treuhänder der Vorrangforderungen abgewiesen.⁷¹⁵ Demgegenüber urteilt das Appellationsgericht des elften Gerichtskreises mit der Mehrheit der Richter, dass die Vorschrift der sec. 510 (a) des Konkursgesetzes den Rückgriff auf eine Regel ausschließt, die auf der besonderen Stellung der Konkursgerichte als Courts of Equity gründet.⁷¹⁶ Da somit die Frage, ob die streitgegenständliche Formulierung der Subordinationsvereinbarung die nachkonkurslichen Zinsen und Kosten als Vorrangforderung erfasst, nach dem einzelstaatlichen Recht zu entscheiden

⁷¹¹ So bereits der Supreme Court in *Sexton v. Dreyfus*, 219 U.S. 339, 344 (Supr. Ct., 1911). S. nunmehr auch U.S.C. 11 sec. 502 (b) Unterabs. 2 mit der Ausnahme für überschulte Gläubiger nach U.S.C. 11 sec. 506 (b).

⁷¹² *In re Time Sales Fin. Co.*, 491 F.2d 841, 844 (3rd Cir., 1974); *In re King Resources Co.*, 385 F.Supp 1269 (D.Co., 1974), best. durch 528 F.2d 789 (10th Cir., 1976); *In re Kingsboro Mortgage Co.*, 514 F.2d 400 (2nd Cir., 1974).

⁷¹³ *In re Southeast Banking Co.*, 188 B.R. 452, 455 (Bankr. Ct. S.D.Fla., 1995).

⁷¹⁴ *In re Southeast Banking Co.*, 212 B.R. 682, 683 (S.D.Fla., 1997).

⁷¹⁵ Die als nicht ausdrücklich genug bewertete Formulierung wird in der Entscheidung des Appellationsgerichts folgendermaßen wiedergegeben: "In the case of (...) any liquidation or winding up of or relating to [Southeast] as a whole, (...) all obligations of [Southeast] to holders of Senior Indebtedness of [Southeast] shall be entitled to be paid in full before any payment shall be made on account of the principal or the interest on the [Subordinated] notes.", *In re Southeast Banking Co.*, 156 F.3d, 1114, 1117 (dort Fn. 5) (11th Cir., 1998).

⁷¹⁶ *In re Southeast Banking Co.*, 156 F.3d. 1114, 1120 ff., besonders deutlich bei S. 1121 f. (11th Cir., 1998).

sei, müsse diese Frage den einzelstaatlichen Gerichten vorgelegt werden.⁷¹⁷ Zwar mag man argumentieren, dass die Ausdrücklichkeitsregel (rule of explicitness) im einzelstaatlichen wie auch im bundesstaatlichen Recht verankert ist und sec. 510 (a) des Konkursgesetzes von dieser Regel nicht abweichen wollte,⁷¹⁸ doch wird man die in *Southeast Banking* von der Mehrheit angestellten Erwägungen zumindest für die Frage der Wirksamkeit einer Rangvereinbarung und damit innerhalb des Kernbereichs von U.S.C. 11 sec. 510 (a) heranziehen können. Für die Frage nach der Wirksamkeit der Rangvereinbarung in der Insolvenz des Schuldners schließt U.S.C. 11 sec. 510 (a) daher einen Rückgriff auf besondere Kompetenzen des Konkursgerichtes als Court of Equity aus und legt damit eine rechtsgeschäftliche Theorie der Geltung von Rangvereinbarungen nahe.

III. Ausgewählte Rechtsproblem der contractual debt subordination und deren Lösung nach us-amerikanischem Recht

1. Double dividends rule und Insolvenz des Schuldners

Bereits bei der Diskussion der vier von amerikanischen Gerichten angewandten Subordinationstheorien konnte gezeigt werden, dass in allen Konstellationen die Gerichte das Ziel verfolgten, dem Vorranggläubiger im Falle der Insolvenz des Schuldners die auf die Nachrangforderung entfallende Quote zu gewähren. Die Einordnung der Subordination als equitable assignment und constructive trust sollte verhindern, dass die außen stehenden Gläubiger durch die subordinationsbedingte Nichtberücksichtigung oder den Verzicht des Nachranggläubigers einen unverdienten Vorteil erhalten. Auch auf der Basis der rechtsgeschäftlichen Geltung von Forderungssubordinationen ist die Anwendung der double divi-

⁷¹⁷ *In re Southeast Banking Co.*, 156 F.3d 1114, 1125 f. (11th Cir., 1998). Für die Kläger war damit im Ergebnis freilich nichts gewonnen, da das Appellationsgericht des Staates New York die von dem Bundesgericht gestellte Frage dahingehend beantwortete, dass nach dem Recht des Staates New York Subordinationsvereinbarungen nachkonkursliche Zinsen und Kosten nur dann als Vorrangforderungen erfassen, wenn dies von den Parteien ausdrücklich vereinbart wurde, *In the matter of Southeast Banking Corp.*, 93 N.Y. 2d 178, 180 ff. (N.Y. App., 1999). Die gegen die Klageabweisung gerichtete Revision der Vorranggläubiger blieb damit im Ergebnis erfolglos, *In re Southeast Banking Co.*, 179 F.3d 1307, 1310 f. (11th Cir., 1999).

⁷¹⁸ So im wesentlichen die abweichende Meinung des Richters *Fay* im Bundesappellationsgericht, s. *In re Southeast Banking Co.*, 156 F.3d 1114, 1126 f. (11th Cir., 1998) und *In re Southeast Banking Co.*, 179 F.3d 1307, 1311 (11th Cir., 1999).

dends rule im Ergebnis nicht streitig.⁷¹⁹ Diese lässt sich zusätzlich durch die rechtsgeschäftliche Vereinbarung eines trust sichern, und manches spricht dafür, dass nach amerikanischem Recht bereits in der Vereinbarung eines spezifischen Nachrangs die rechtsgeschäftliche Gründung eines trust gesehen werden kann, solange die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen.⁷²⁰ Bei all' dem gilt allerdings, dass die Reichweite der Subordination wie auch die Zuordnung der auf die Nachrangforderung entfallenden Insolvenzquote an den Vorranggläubiger auf der Vereinbarung der Parteien beruht und der Vorranggläubiger Zustandekommen und Inhalt einer entsprechenden Vereinbarung vor Gericht beweisen muss. Daher ist es nicht zuletzt im Interesse des Vorranggläubigers, die Nachrangvereinbarung so klar und präzise wie möglich zu formulieren.⁷²¹

2. Zum Schutz der nachrangigen Gläubiger

Ein generelles Problem der Subordination ist die Bindung der Nachrangforderung an die Erfüllung der Vorrangforderung. Diese Verknüpfung macht es erforderlich, zu bestimmen, welche Auswirkungen eine Erweiterung der Vorrangforderung oder eine Aufgabe von Sicherheiten durch den Vorranggläubiger ohne Zustimmung des Nachranggläubigers auf die Subordination hat. Nach amerikanischem Bürgschaftsrecht, welches eine ähnliche Interessenlage wegen der Subrogation des Bürgen im Bürgenregress aufweist,⁷²² wird der Bürge in Fällen der nicht autorisierten Ausweitung oder Änderung der Hauptforderung und im Falle der Aufgabe einer der Hauptforderung dienenden Sicherheit insoweit frei, als durch die Handlung des Gläubigers das Ausfallrisiko des Bürgen erhöht wurde.⁷²³ Eine analoge Anwendung dieser Rechtsregeln auf die Forderungssubordination wird in der Literatur bisweilen gefordert,⁷²⁴ oder zumindest befürchtet.⁷²⁵

⁷¹⁹ *Carlson*, *Vanderbilt Law Rev.* 38 (1985), 975, 985, 991 f.; *Coogan/Kripke/Weiss*, *Harvard Law Rev.* 79 (1965), 229, 235.

⁷²⁰ Dafür wirbt insbesondere *Carlson*, *Vanderbilt Law Rev.* 38 (1985), 975, 993. S. auch *In re Credit Indus. Corp.* 366 F.2d 402, 408 (2nd Cir., 1966).

⁷²¹ S. die Entscheidung *In re Joe Newcomer Finance Co.*, 226 F.Supp. 387, 392 (D.Colo., 1964), in der eine Nachrangvereinbarung wegen deren unpräziser Sprache vom Gericht nicht berücksichtigt wurde.

⁷²² S. zum Vergleich von Subrogation und rechtsgeschäftlicher Subordination *Mitchell*, *Subrogation*, S. 175 f.

⁷²³ *V.I.P. Agency of N. California, Inc. v. Duffy Elec., Inc.*, 92 Cal. App 3d 849, 853 (1979).

⁷²⁴ *Gilmore*, *Security Interests*, S. 986; *Calligar*, *Yale L.J.* 70 (1961), 376, 393 f. Differenzierend *Carlson*, *Vanderbilt Law Rev.* 38 (1985), 975, 1016 ff.

⁷²⁵ *Ryan*, *Banking L.J.* 105 (1988) 4, 17.

Daneben wird zum Schutz des Nachranggläubigers auch die Entscheidung in Sachen *Handy v. Gordon*⁷²⁶ angeführt,⁷²⁷ die einer offenen, den Umfang der Vorrangforderungen letztlich in das Belieben des Schuldners stellende Rangvereinbarung die Wirksamkeit versagte. Beachtlich erscheint jedoch, dass bei *Handy v. Gordon* der Verkauf eines Grundstücks an den Schuldner streitgegenständlich wurde und ein allgemeiner Nachrang hier zum einen durch nichts veranlasst war, und zum anderen der Gläubiger als Verkäufer des Grundstücks durch den allgemeinen Nachrang seine Sicherheit für den Kaufpreisanspruch wirtschaftlich entwertete. Die Entscheidung sollte daher nicht auf Fälle reiner Forderungssubordination übertragen werden. Die amerikanischen Gerichte sind gegenüber der Anwendung einer generellen Rechtsregel zum Schutz des Nachranggläubigers zurückhaltend, und versuchen, durch Auslegung der Subordinationsvereinbarung zu ermitteln, ob die Ausweitung der Vorrangforderung, Änderungen der Fälligkeit und die Aufgabe von Sicherheiten, die der Vorrangforderung dienen, der von den Parteien jeweils konkret vereinbarten Risikoverteilung entspricht.⁷²⁸ Eine Ausnahme hiervon bildet die oben bereits ausführlich dargelegte Rechtsprechung zur rule of explicitness, die den Nachranggläubiger vor einer unbedachten Subordination seiner Forderung unter Forderungen des Vorranggläubigers, die in der Insolvenz des Schuldners nach amerikanischem Konkursrecht vom Vorranggläubiger nicht geltend gemacht werden können, bewahren soll.

3. Rechtsgeschäftliche Subordination und Insolvenz des nachrangigen Gläubigers

a) Einführung und Problemaufriss

Bereits in der oben angeführten Entscheidung in Sachen *Handy-Andy Community Stores* aus dem Jahr 1932 zeigt sich das besondere Spannungsverhältnis, dem die rechtliche Einordnung rechtsgeschäftlicher Subordination nach dem Recht der Vereinigten Staaten auch gegenwärtig unterworfen ist und dessen Problematik sich mit voller Schärfe erst

⁷²⁶ *Handy v. Gordon*, 65 Cal. 2d 578, 422 P. 2d 329 (1967); dazu *Herrmann*, Quasi-Eigenkapital, S. 161 ff.

⁷²⁷ *Herrmann*, Quasi-Eigenkapital, S. 169 f.

⁷²⁸ *Briggs v. Southern Bakeries Co.*, 227 Ga. 663, 182 (1971); *In re W.T. Grant*, 699 F.2d 599, 613 f. (2nd Cir., 1983). S. allgemein zur nachfolgenden Änderung drittbegünstigender Subordinationsverträge nach us-amerikanischem Recht *Ansell Hauser*, *Cardozo Law Rev.* 8 (1987), 1227, 1228 ff. Zum englischen Recht eingehend *Wood*, *Subordinated Debt*, S. 56 ff., 63 ff.

in der Doppelinsolvenz von Nachranggläubiger und Schuldner entfaltet: Versteht man die Subordination als eine allein schuldrechtliche Pflichten begründende Vereinbarung, so könnten sich die Vorranggläubiger in der Insolvenz des Nachranggläubigers in der Rolle eines einfachen Insolvenzgläubigers wieder finden, während die Nachrangforderung durch den Konkursverwalter verwertet werden könnte. Sieht man in der Subordination indes die Begründung eines Sicherungsrechtes, so könnte den Vorranggläubigern in der Insolvenz des Nachranggläubigers zum Verhängnis werden, dass dieses Sicherungsrecht nicht registriert wurde. Dieser Konflikt resultiert letztlich daraus, dass die Subordination in der Insolvenz des Nachranggläubigers nicht mehr allein als eine zwischen den Gläubigern vereinbarte und deshalb von den Konkursgerichten zu beachtende Verteilungsregel wirkt, sondern die Forderung des Nachranggläubigers und damit einen potenziellen Massegegenstand zumindest wirtschaftlich der Befugnis des Nachranggläubigers entzieht, und so den Vorranggläubiger zu Lasten der an der Subordination unbeteiligten Gläubiger des Nachranggläubigers privilegiert.⁷²⁹

Gleichwohl sprechen wirtschaftliche wie rechtliche Gründe für die Anerkennung der Subordination auch in der Insolvenz des Nachranggläubigers. Zu nennen sind zunächst die bereits oben angeführten wirtschaftlichen Gründe für die rechtsgeschäftliche Vereinbarung eines Nachrangs. Da die Rangstruktur die Finanzaufnahme des Schuldners in unterschiedliche Risikoklassen gliedert, kann sie dazu beitragen, die Finanzierungskosten insgesamt zu verringern. Zugleich können so die berechtigten Schutzanliegen bestehender Gläubiger gegenüber einer wirtschaftlichen Verwässerung ihres Rückzahlungsanspruches durch Aufnahme weiterer Schulden berücksichtigt werden, ohne die Kompetenz des Schuldners zur Aufnahme weiterer Verbindlichkeiten gänzlich zu beschneiden. Die Rangvereinbarung gründet zudem auf der Privatautonomie der beteiligten Parteien und die Effizienz von Rangabsprachen in Kreditmärkten lässt sich auch rechtsökonomisch belegen.⁷³⁰ Die Eignung rechtsgeschäftlicher Subordination zur Erzielung dieser Vorteile würde stark beeinträchtigt, wenn in der Insolvenz des Nachranggläubigers die mit der Subordination verfolgten Rechtswirkungen durch den Insolvenzverwalter des Nachranggläubigers aufgehoben werden könnten.

⁷²⁹ S. dazu *Coogan/Kripke/Weiss*, Harvard Law Rev. 79 (1965) 229, 237 ff.; *Zinman*, Am. Bankr Inst. Law Rev. 2 (1994), 293, 295 ff.

⁷³⁰ Eingehend *Schwartz*, Cornell Law Rev. 82 (1997), 1396, 1411, 1416 f.

b) Die durch UCC sec. 1-209 vorgezeichnete Lösung

Will man aus den oben angeführten Gründen die Wirksamkeit von Rangabsprachen auch in der Insolvenz des Nachranggläubigers sichern und zugleich die salomonische, aber dogmatisch unbefriedigende Lösung eines equitable assignment, wie sie das Gericht in *Handy-Andy Community Stores* verfolgt hatte, vermeiden, dann bleibt nur der durch UCC sec. 1-209 vorgezeichnete Ausweg, in der Subordination eine Zuordnung der Quote an den Vorranggläubiger zu sehen, die damit ein Sicherungsrecht des Vorranggläubigers begründet, welches aber ausnahmsweise auch ohne vorherige Registrierung in der Insolvenz des Nachranggläubigers geltend gemacht werden kann.⁷³¹

Folgt man dem, so kommt man nicht umhin, die Entscheidung in *Wyse*⁷³² als Fehlurteil unberücksichtigt zu lassen, während die Entscheidung in *In re Holly's*⁷³³ auch auf dieser Basis Bestand haben kann: Zwar konnte auch hier der Vorranggläubiger letztlich nur einen Teil der auf Forderungen des Nachranggläubigers entfallenden Leistungen des Schuldners für sich beanspruchen, doch lag dies nicht an der Heimlichkeit eines eventuellen Sicherheitsrechtes, sondern an der Art der subordinierten Forderung: Subordiniert war der Anspruch auf Vergütung für Dienste, einschließlich künftig zu leistender Dienste. Nach dem Urteil bildet die Insolvenz des Nachranggläubigers für die nach der Insolvenz entstehenden Forderungen eine durch Parteivereinbarungen nicht zu überwindende Zäsur, weswegen diese Forderungen auch dann keinem Nachrang unterliegen, wenn die Subordination künftige Forderungen des Nachranggläubigers gleichermaßen erfassen soll. Dieses Ergebnis beruht auf dem das amerikanische Insolvenzrecht prägenden Grundsatz des „fresh start“ und ist daher nicht zu beanstanden. Damit versteht es sich freilich von selbst, dass der Vorranggläubiger Leistungen des Schuldners, die auf Forderungen des Nachrang-

⁷³¹ So auch die Lösung von *Coogan/Kripke/Weiss*, Harvard Law Rev. 79 (1965) 229, 247 ff., die indes eine gegenüber der dann verabschiedeten sec. 1-209 UCC wesentlich detailliertere Klausel vorschlugen. Vgl. auch *Zinman*, Am Bankr. Inst. Law Rev. 2 (1994), 293, 302 ff., 310 ff., demzufolge anfängliche Subordinationen keine Übertragung eines Sicherungsrechts darstellen, während nachträgliche Subordinationen zwar als Gewährung eines Sicherungsrechtes anzusehen sind, aber grundsätzlich von der Freistellung nach UCC 1-209 erfasst werden. Vgl. schließlich zum englischen Recht *Squires v. AIG*, EWCA (2006) Civ 7 Rn. 118 ff.: Der eine Rangvereinbarung ergänzende turnover trust begründe, solange er auf Mittel in Höhe der Vorrangforderung begrenzt sei, ein property right, aber keine registrierungspflichtige charge.

⁷³² *In re Wyse*, 340 F.2d 719 (6th Cir., 1965).

⁷³³ *In re Holly's*, 140 B. R. 643 (Bankr. Ct., W.D.Mich., 1992).

gläubigers entfallen, welche der Subordination nicht unterliegen, auch nicht für sich verlangen kann.

c) Besonderheiten nach der *D'Oench Duhme* Doktrin

Soweit es sich bei dem Nachranggläubiger um ein Finanzunternehmen handelt, ist schließlich als Besonderheit des amerikanischen Rechts die bevorzugte Stellung der Federal Deposit Insurance Corporation als Rechtsnachfolgerin insolventer Finanzunternehmen zu berücksichtigen. Nach der nunmehr in U.S.C. 12 sec. 1823 (e) kodifizierten *D'Oench Duhme* Doktrin des Supreme Court⁷³⁴ ist die öffentliche Einlagensicherungsinstitution als Rechtsnachfolgerin des Finanzinstitutes an eine durch das Finanzinstitut ausgesprochenen Aufgabe oder Beschränkung eines Sicherungsrechts oder eines Vermögensgegenstands nur dann gebunden, wenn die Beschränkung schriftlich erfolgt, zeitgleich mit dem Erwerb des Rechts stattfindet, die ausdrückliche Zustimmung von Vorstand oder Kreditausschuss des Finanzinstitutes erhält und Eingang in die offiziellen Unternehmensdaten des Finanzinstitutes findet. Versteht man die Subordination als Beschränkung des Forderungsrechtes des Nachranggläubigers, so ist die Reichweite einer nachträglichen Subordination durch ein Finanzinstitut in der Doppelinsolvenz von Schuldner und Nachranggläubiger zumindest zweifelhaft.⁷³⁵

⁷³⁴ *D'Oench Duhme & Co. v. FDIC*, 315 U.S. 447 (Supr. Ct., 1942). S. daneben etwa *FDIC v. Suna Assocs. Inc.*, 80 F.3d. 681, 684 (2nd Cir. 1996).

⁷³⁵ Das Appellationsgericht des Zweiten Gerichtskreises hat die Frage für die Subordination eines Grundpfandrechts (mortgage) ausdrücklich offen gelassen und hierzu unter anderem erwogen, dass durch die nachträgliche Subordination der Schuldner neue Gelder erhalte und damit der Wert der Hypothekenforderung auch steigen könne, was gegen eine strikte Interpretation des Erfordernisses, dass die Beschränkung des Rechts zeitgleich mit dessen Erwerb erfolgen muss, sprechen könne, *Duraflex Sales v. W.H.E. Mechanical Contractors* 110 F.3d 927, 932 ff. (2nd Cir., 1997).

C. Gültigkeit und Rechtsfolgen einer Rangvereinbarung nach englischem Recht

I. Rechtsgeschäftliche Subordination, pari-passu principle und die Effizienz in Insolvenzverfahren

Trotz der engen Verbundenheit des angloamerikanischen Rechts war für das englische Recht lange zweifelhaft, ob eine rechtsgeschäftliche Subordination von Forderungen wirksam vereinbart werden kann. Die Unsicherheiten erwuchsen erstens durch die Anwendung der pari-passu Regel, also durch Anwendung des Grundsatzes, dass, sofern die Mittel des Schuldners nicht ausreichen alle Gläubiger zu befriedigen, zuerst diejenigen Gläubiger befriedigt werden müssen, denen nach der gesetzlichen Rangfolge ein Vorrang zukommt, und sodann die weiteren Gläubiger gleichrangig und gegebenenfalls anteilig zu befriedigen sind.⁷³⁶ Diese Regel ist für das englische Insolvenzrecht heute in Sec. 107 Insolvency Act und Rule 4.181 der Insolvency rules niedergelegt.

Zweitens konnte der Schutz effizienter Verfahrensgestaltung der Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Rangvereinbarungen in der Insolvenz entgegenstehen.

1. Begrenzte Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Rangabsprachen aus Gründen des öffentlichen Interesses?

a) Die Entscheidung in Sachen *British Eagle* und die pari-passu rule in der Insolvenz des Schuldners

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1975 in Sachen *British Eagle International Airlines Ltd. v. Compagnie Nationale Air France*⁷³⁷ hatte das House of Lords der Zahlungsklage einer englischen Fluggesellschaft gegen Air France stattgegeben, obschon beide Gesellschaften Mitglied einer – zum Zeitpunkt der Klage insolventen – Clearingeinrichtung waren, deren kompliziertes Vertragswerk unter anderem eine wechselseitige Anrechnung der Forderungen und Konzentration von Forderungen auf das Clearinghaus vorsah. Eine

⁷³⁶ Zur generellen Regel und zu den die Regel überwindenden Ausnahmen *Finch*, *Insolvency Lawyer* 2000, 194 ff.

⁷³⁷ *British Eagle International Airlines Ltd. v. Compagnie Nationale Air France* (1975) 2 Lloyd's Report, 43.

knappe Mehrheit der Lordrichter sah darin ein Abweichen von der *passi-passu* Regel, und stellte weiter fest, dass die *pari-passu* Regel auch öffentlichen Interessen diene und deshalb einer Parteidisposition nicht zugänglich sei,⁷³⁸ womit indirekt auch die Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Subordination von Forderungen in der Insolvenz des Schuldners in Frage gestellt war.

b. Die Entscheidung in Sachen *British Eagle* und die Insolvenz des Nachranggläubigers

Zusätzlich bereitete damit auch nach englischem Recht das Zusammentreffen von Forderungssubordination und Insolvenz des Nachranggläubigers die oben für das Recht der Vereinigten Staaten von Amerika diskutierten Rechtsprobleme. Aus der Perspektive der Insolvenz des Nachranggläubigers konnte man das Urteil des House of Lords in Sachen *British Eagle* so verstehen, dass alle Vermögensgegenstände des Schuldners, darunter auch gegen Dritte gerichtete Forderungen, aus Gründen öffentlichen Interesses in der Schuldnerinsolvenz zur gleichmäßigen Befriedigung von dessen Gläubigern heranzuziehen sind und Absprachen des Schuldners, die einzelne Vermögensgegenstände dem vorrangigen Zugriff anderer Gläubiger öffnen, nur Bestand haben können, wenn es sich dabei um die wirksame Bestellung einer nach englischem Recht ausdrücklich anerkannten Sicherheit handelt.⁷³⁹

c) Die Entscheidung in Sachen *Halesowen* und der Grundsatz des effizienten Insolvenzverfahrens

Die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Rangabsprachen wurde nach englischem Recht drittens durch den Grundsatz der effizienten Gestaltung von Insolvenzverfahren in Frage gestellt. Beachtung beanspruchte insofern das grundlegende Urteil des House of Lords in

⁷³⁸ *British Eagle International Airlines Ltd. v. Compagnie Nationale Air France* (1975) 2 Lloyd's Report, 43, 61. Ähnlich bereits zuvor *Halesowen Presswork Assemblies Ltd. v. National Westminster Bank Ltd.* (1972) A.C. 758, 809, 824. Demgegenüber hatte die amerikanische Rechtsprechung bereits im Jahre 1935 geklärt, dass die gesetzlichen Verteilungsvorschriften der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung abweichender Verteilungen nicht entgegenstehen, solange hierdurch keine unbeteiligten Dritten negativ betroffen sind. *Bird & Sons v. Tobin* 78 F.2d, 371, 373 f. (8th Cir., 1935).

⁷³⁹ In einer nachfolgenden Entscheidung schloss sich der High Court dieser weiten Interpretation von *British Eagle* an, s. *Carreras Rothmans Ltd. v. Freeman Mathews Treasure Ltd.* (1985) Ch.D., 207, 214 f. Auch in der unten aufzugreifenden, grundlegenden Entscheidung in Sachen *Squires v. AIG* hatten die Parteien versucht, die Wirksamkeit der Rangabrede durch den Verweis auf *British Eagle* und die Folgen einer wirksamen Subordination in der Insolvenz des Nachranggläubigers anzugreifen, s. *Squires v. AIG*, BCLC 1 (2005), 1 Rn. 41 ff.

Sachen *Westminster National Bank v. Halesowen*.⁷⁴⁰ Nach diesem Urteil konnte die Möglichkeit zur Insolvenzaufrechnung von den Parteien vertraglich nicht beschränkt werden, da die Aufrechnung der effizienten Gestaltung des Insolvenzverfahrens und damit zugleich öffentlichen Interessen diene. Verstand man *Halesowen* so, dass der Gläubiger einen ihm nach allgemeinem Insolvenzrecht zukommenden Vorteil nicht privatautonom aufgeben kann, so wurde hierdurch auch die Möglichkeit in Frage gestellt, durch vertragliche Subordination das Recht auf gleichrangige Befriedigung in der Insolvenz aufzugeben.⁷⁴¹

2. Gegenläufige Tendenzen in Rechtsprechung und Literatur – der Weg zu *Squires v. AIG*

British Eagle betraf indes die rechtsgeschäftliche Subordination von Forderungen nur mittelbar, da dort nicht über eine Rangvereinbarung, sondern über das oben skizzierte Clearingsystem zu entscheiden war.⁷⁴² Ähnliches gilt für die Entscheidung in Sachen *Halesowen*, da der Gläubiger hier kein Recht auf gleichrangige Befriedigung aufgegeben hatte, sondern die Möglichkeit der Aufrechnung durch Vereinbarung ausgeschlossen sein sollte. Zudem wurde diese Rechtsprechung auch für die Insolvenzaufrechnung und damit innerhalb ihres eigentlichen Anwendungsbereiches überwiegend kritisch beurteilt.⁷⁴³ Für den Bereich der Forderungssubordination entstand darüber hinaus in den folgenden Jahren eine gegenüber den Wertungen von *British Eagle* und *Halesowen* gegenläufige Rechtsentwicklung in Australien,⁷⁴⁴ die ihrerseits an neuseeländische Vorbilder anknüpfen konnte.⁷⁴⁵ Hierzu gesellte sich eine Reihe literarischer Stellungnahmen⁷⁴⁶, die zumindest für den Bereich rechtsgeschäftlicher Subordination von Forderungen zutreffend darauf hinwiesen,

⁷⁴⁰ (1972) AC, 785.

⁷⁴¹ So unter Berufung auf *Halesowen* das Supreme Court Neuseelands, *Re Orion Sound Ltd.*, (1979) 2 NZLR, 574. Vgl. aber auch das von dieser Entscheidung bewusst abweichende Urteil des neuseeländischen Appellationsgerichtes in *Stotter v. Ararimu Holdings Ltd.*, (1994) 2 NZLR, 655. Zum Ganzen eingehend *Ferran*, *Company Law*, S. 553.

⁷⁴² Dazu ausführlich *Mokal*, *Cambr. LJ* 60 (2001), 581, 599 f.

⁷⁴³ Nachweise bei *Ferran*, *Company Law*, S. 554. S. daneben *Bethell-Jones*, *Journ. Int. Bank. Law* 1994, 428; *Bridge* in *Birks, English Private Law*, Bd. 2, S. 700 (Rn. 16. 132) und *Mokal*, *Cambr. LJ* 60 (2001) 581, 598.

⁷⁴⁴ *Horne v. Chester Fein Property Dev.*, 5 A.C.L.C. (1987), 245.

⁷⁴⁵ *Re Walker Construction Ltd.*, N.Z.L.R. 1960, 423.

⁷⁴⁶ Grundlegend *Oditah*, *Receivables Financing*, S. 174 f. Daneben *Dyer*, *J. Int. Bank. L.* 1990, 154, 156 und *Johnston*, *J.B.L* 1991, 225, 232 f.

dass die Vereinbarung eines spezifischen Nachrangs außen stehende Gläubiger nicht benachteilige. Da öffentliche Interessen somit durch die Rangvereinbarung nicht betroffen seien, sei eine enge Interpretation der in *British Eagle* und *Halesowen* aufgestellten Regeln vorzugswürdig.⁷⁴⁷ Schließlich entschied der High Court of Justice 1992 und 1993 in zwei Fällen für die Wirksamkeit der jeweils streitgegenständlichen Forderungssubordination.⁷⁴⁸ Zuvor hatte bereits das House of Lords in einem etwas versteckten, von der englischen Literatur und auch der nachfolgenden Rechtsprechung bis dato wenig aufgegriffenen⁷⁴⁹ obiter dictum aus dem Jahre 1991 seine Bereitschaft bekundet, das englische Recht der Forderungssubordination in Übereinstimmung mit den nach amerikanischem Recht beachtlichen Regeln fortzuentwickeln.⁷⁵⁰

Auch durch diese drei richterlichen Stellungnahmen waren allerdings nicht alle Zweifel über die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Subordinationen nach englischem Recht beseitigt.⁷⁵¹ So betraf die Entscheidung in Sachen *British Commonwealth Holdings* nicht die Verteilung der Insolvenzmasse, sondern die Befugnis nachrangiger Gläubiger, über einen Sanierungsplan abzustimmen. Zudem war der Nachrang hier durch eine trust-Konstruktion geschützt. Und in *Maxwell* folgte zwar die Verteilung des Vermögens englischem Recht, doch war auf die Rangvereinbarung selbst schweizer Recht anwendbar, welches nach der Auffassung der Beteiligten die Gültigkeit von Rangabsprachen anerkannte.⁷⁵² Immerhin traf das High Court hierbei aber die Feststellung, dass auch das englische Recht einer Verteilung des Vermögens nach der vereinbarten Rangfolge nicht entgegensteht, und insbesondere die in *British Eagle* und *Halesowen* niedergelegten Regeln auf Forderungssubordinationen nicht anwendbar sind.

Was schließlich die Entscheidung des House of Lords in *Cheah Theam Swee v. Equiticorp Finance Group* angeht, so betraf diese Entscheidung die Rangvereinbarung unter

⁷⁴⁷ Dyer, J. Int. Bank. L. 1990, 154, 157; Johnston, J.B.L 1991, 225, 232 f.

⁷⁴⁸ *Re British Commonwealth Holdings (No. 3)* (1992) 1 WLR 672 und *Re Maxwell Communications* (1993) 1 WLR 1402, 1416 f., mit zustimmender Anmerkung von Fletcher, J.B.L. 1994, 283 f.; beide Urteile von Vinelott, J.

⁷⁴⁹ Die Ausnahme bilden *Bean*, Comp. Lawyer 1994, 52, 54 und Ferran, Company Law, S. 546.

⁷⁵⁰ *Cheah Theam Swee v. Equiticorp Finance Group Ltd.*, (1992) 1 A.C. 472, 477.

⁷⁵¹ S. etwa *Bridge* in Birks, English Private Law, Bd. 2, S. 702 f. (Rn. 16.137 f.).

⁷⁵² S. zu diesem internationalen Element der Entscheidung *Bean*, Comp. Lawyer 1994, 52, 53; Nolan, J.B.L. 1995, 485, 487 f.

zwei Hypothekengläubigern des selben Schuldners und damit ebenfalls keinen Fall der Forderungssubordination im engeren Sinne. Zudem war nicht über die Rechtsprechung englischer Gerichte zu befinden, sondern über die Revision eines Urteils des Neuseeländischen Appellationsgerichtes, und das House of Lords war als Privy Council zur Beratung der Königin von England berufen. Gleichwohl enthält die Begründung der Spruchempfehlung durch Lord *Browne-Wilkinson* die über die Besonderheiten des Falles hinausreichende Feststellung:

“Their Lordships' conclusions accord both with what they understand to be the generally accepted view of the law affecting subordination of debts and the law of the United States: see 59 Corpus Juris Secundum, para. 218; Putnam v. Broten (1930) 232 N.W. 749. It is manifestly desirable that the law on this subject should be the same in all common law jurisdictions.”⁷⁵³

II. Das englische Recht der vertraglichen Forderungssubordination nach *Squires v. AIG*

Die Entwicklung des Rechts der vertraglichen Forderungssubordination erreichte in England schließlich mit dem Urteil des Court of Appeal vom 18. 01. 2006 in Sachen *Squires (SSSL) v. AIG*⁷⁵⁴ einen vorläufigen Schlusspunkt.

1. Sachverhalt und streitgegenständliche Rangvereinbarung

Der Entscheidung in *Squires (SSSL) v. AIG* liegt ein komplexer Sachverhalt zu Grunde, der nachfolgend vereinfacht dargestellt wird.⁷⁵⁵ Hintergrund des Streits ist die gleichzeitige Insolvenz der Klägerin (*Squires SSSL*) und ihrer Muttergesellschaft, *Save Group PLC*. *Squires* betrieb gemeinsam mit einigen Schwestergesellschaften ein Tankstellennetz in Großbritannien. Den Treibstoff erwarben die Gesellschaften von ihrer Mutterge-

⁷⁵³ *Cheah Theam Swee v. Equiticorp Finance Group Ltd.*, (1992) 1 A.C. 472, 477.

⁷⁵⁴ *Squires (Liquidators of SSSL) v. AIG Europe (UK) Ltd.*, (2006) EWCA Civ 7.

⁷⁵⁵ Der Sachverhalt ist ausführlich im erstinstanzlichen Urteil des High Court of Justice wiedergegeben, s. *Squires v. AIG*, BCLC 1 (2005), S. 1 Rn. 2 bis 14.

sellschaft, Save Group, die ihrerseits im Mineralölhandel tätig war. Die Muttergesellschaft sorgte zugleich für die Finanzierung des Konzerns, indem sie bei Banken Darlehen aufnahm und an die Tochtergesellschaften weiterreichte. Aus diesen Konzerndarlehen hatte die Muttergesellschaft gegen Squires eine Darlehensforderung über circa 127 Millionen GBP, andere Konzerngesellschaften hatten Forderungen gegen Squires in Höhe von 38 Millionen GBP und Squires schuldete außen stehenden Finanz- und Warenkreditgebern insgesamt etwa 66 Millionen GBP. Diesen Schulden stand zu diesem Zeitpunkt eine verteilungsfähige Insolvenzmasse von Squires in Höhe von 39 Millionen GBP gegenüber, während die gegen Squires gerichtete Darlehensforderung den nahezu einzige Vermögensgegenstand der Muttergesellschaft darstellte.

Zusätzlich konnte die Versicherungsgesellschaft AIG eine Forderung gegen Squires in Höhe von 10 Millionen GBP geltend machen. In dieser Höhe hatte AIG die Zahlung von Abgaben garantiert,⁷⁵⁶ welche die Muttergesellschaft von Squires in Zusammenhang mit der Einfuhr der Mineralölprodukte dem englischen Fiskus schuldete. Die Muttergesellschaft und alle Konzerngesellschaften einschließlich Squires hatten sich ihrerseits gegenüber AIG verpflichtet, im Falle der – erfolgten - Inanspruchnahme der Garantie durch den Fiskus die von AIG gezahlten Beträge zu erstatten.

In den zwischen AIG und den Konzerngesellschaften geschlossenen Verträgen wurde auch die Subordination von Forderungen der Konzerngesellschaften gegenüber den Ansprüchen der AIG vereinbart. Die entsprechenden Klauseln sind nachfolgend wiedergegeben, wobei sich „The surety“ auf AIG bezieht, während die „Indemnitors“ die Konzerngesellschaften, also auch Squires und Save Group, bezeichnet. Die auch nach englischen Maßstäben eigenwillige Zeichensetzung entstammt dem Original.⁷⁵⁷

8.ENFORCEMENT OF SURETY'S RIGHTS AND NON-COMPETITION

...

8.2 Postponement of Indemnitors' Rights

Until all amounts which may be or become payable by the Indemnitors to the Surety under this deed have been irrevocably paid in full no Indemnitor shall after a claim has been made by the Surety hereunder or by virtue of any payment made by it under this deed:

⁷⁵⁶ Wobei die AIG gegenüber dem Fiskus keine Garantie im eigentlichen Sinn abgab, sondern ein selbständiges Schuldversprechen (bond).

⁷⁵⁷ *Squires v. AIG*, BCLC 1 (2005), 1 Rn. 16.

(a) be subrogated to any rights, security, cash cover or other monies received on account of that Indemnitor's liability hereunder.

(b) claim rank prove or vote as a creditor of any Indemnitor or its estate in competition with the Surety: or

(c) receive, claim or have the benefit of any payment distribution or security from or on account of any Indemnitor or exercise any right of set-off as against any Indemnitor.

8.3 Declaration of Trust

Each Indemnitor shall hold in trust for and forthwith pay or transfer to the Surety:

(a) any payment distribution benefit or security received by it contrary to clause 8.2 and

(b) following any claim upon or payment by the Surety under or in respect of a Bond any payment or repayment received by it from the Commissioners or any other person in respect of the Charges or in respect of any overpayment or over-declaration of Value Added Tax."

2. Die Entscheidungen von High Court und Court of Appeals

a) Die Streitgegenständlichen Fragen

Vor den Englischen Gerichten war insbesondere streitig, ob Save Group seine Forderung aus dem Konzerndarlehen in der Insolvenz des Tochterunternehmens Squires geltend machen konnte und ob darauf gegebenenfalls entfallende Quoten aufgrund der Subordinationsvereinbarung AIG zustehen.⁷⁵⁸ Hierzu war zu prüfen, ob die Subordinationsvereinbarung im Lichte des *pari passu* principles wirksam war, ob die Geltendmachung der Forderung aus dem Konzerndarlehen aufgrund der Vereinbarung ausgeschlossen war, ob der zwischen Save Group und den anderen Konzerngesellschaften einerseits und AIG andererseits jeweils vereinbarte trust wirksam war, obwohl nach dem Wortlaut der Vereinbarung jede von einer Konzerngesellschaft aus welchem Grund auch immer erhaltene Zahlung

⁷⁵⁸ Diese Frage wurde deshalb in dem Verfahren zwischen Squires und AIG entschieden, weil die zu entscheidenden Fragen Auswirkungen sowohl für die Insolvenz von Save Group als auch für die Insolvenz von Squires hatten und zudem sowohl AIG als auch die anderen Konzernunternehmen betrafen. In den beiden Insolvenzverfahren wurden daher identische Fragen zur Entscheidung gestellt, und beide Verfahren wurden verbunden. Zusätzlich hatten die anderen Konzernunternehmen mit den Parteien dieser Verfahren vereinbart, die gerichtliche Entscheidung auch für sich selbst anzuerkennen. S. zu der prozessualen Situation *Squires v. AIG*, EWCA (2006) Civ. 7 Rn. 1.

unter den trust fiel und dieser daher möglicherweise über das Sicherungsinteresse von AIG hinausging und bestrafenden Charakter hatte, sowie schließlich, ob die Subordination und die Vereinbarung des die Subordination schützenden trusts gemeinsam ein Sicherungsrecht an den Forderungen der Nachranggläubiger begründeten. Ein solches Sicherungsrecht (charge over book debts) ist nach sec. 395 des Companies Act 1985 nur wirksam, wenn es registriert wurde, was vorliegend nicht der Fall war. Eine weiteres, aus der Perspektive der mit dieser Arbeit untersuchten Frage aber weniger relevantes Problem stellte für die englischen Gerichte die Frage dar, ob die Tochtergesellschaft dem möglichen Anspruch der Muttergesellschaft aus dem Konzerndarlehen eigene Freistellungsansprüche entgegen halten könnte, die deshalb bestanden, weil die Tochtergesellschaft Verbindlichkeiten der Mutter gegenüber den Banken gesichert hatte und in der Doppelinsolvenz von Mutter und Tochter die Banken die Tochter aus diesen Garantien in Anspruch nahmen.⁷⁵⁹

b) Zur Wirksamkeit von Subordinationsabrede und trust

Was zunächst die Frage nach einer Kollision von Rangvereinbarung und zwingenden Insolvenzregeln betrifft, so wird die Vereinbarkeit für die Schuldnerinsolvenz vom High Court festgestellt, ohne die früher bisweilen als entgegenstehendes Präjudiz gewerteten Entscheidungen des House of Lords in Sachen *Halesowen* insoweit auch nur zu erwähnen,⁷⁶⁰ während für die Frage nach der Vereinbarkeit rechtsgeschäftlicher Subordination mit dem pari-pasu principle die mögliche Präjudizwirkung des Urteils in Sachen *British Eagle* durch den High Court geprüft und unter Hinweis darauf, dass die Parteiabsprachen Dritte nicht benachteiligen, verneint wird.⁷⁶¹ Da auch das Court of Appeal die Frage nicht weiter aufgreift, kann nunmehr davon ausgegangen werden, dass die englischen Gerichte die rechtsgeschäftliche Vereinbarung eines Nachrangs für die Insolvenz des Schuldners als zulässige Deviation des pari-passu principles ansehen.

Allerdings handelte es sich bei der Streitgegenständlichen Konstellation um eine Doppelinsolvenz von Schuldner und Nachranggläubiger und auch der Insolvenzverwalter des Nachranggläubigers berief sich auf das pari-passu principle, um geltend zu machen, die

⁷⁵⁹ *Squires v. AIG*, EWCA (2006) Civ 7 Rn. 68 ff.

⁷⁶⁰ *Squires v. AIG*, BCLC 1 (2005), S. 1 Rn. 22 ff.

⁷⁶¹ *Squires v. AIG*, BCLC 1 (2005), S. 1 Rn. 45.

Subordination sei ihm gegenüber unwirksam, weil hierdurch entgegen den Vorgaben aus *British Eagle* der Grundsatz gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung in der Insolvenz des Nachranggläubigers verletzt würde, und dessen Gläubiger, anders als diejenigen des Schuldners, durch die Subordination auch nachteilig betroffen seien.⁷⁶² Die bereits oben für das us-amerikanische Recht entfaltete Problematik einer Kollision der Rangvereinbarung mit Registrierungspflichten für Sicherungsrechte in Fällen der Doppelsolvenz von Schuldner und Nachranggläubiger wird jedoch von High Court und Court of Appeal mit jeweils knappen Ausführungen einheitlich dahingehend beantwortet, dass ein rechtsgeschäftlicher Nachrang auch dann kein Sicherungsrecht (Charge) begründe, wenn die Subordination durch die Vereinbarung eines trusts geschützt wird.⁷⁶³ Zusätzlich führt das Appellationsgericht aus, dass die Rangvereinbarung auch nicht von den Insolvenzverwaltern des Nachranggläubigers als nachteiliger Vertrag im Sinne von sec. 178 (3) Insolvency Act 1986 angefochten werden kann.⁷⁶⁴

c) Inhalt und Wirkung der streitgegenständlichen Rangvereinbarung

Was schließlich die Reichweite der vereinbarten und nach den Feststellungen von High Court und Appellationsgericht auch in der Doppelsolvenz grundsätzlich wirksamen Subordination betrifft, so interpretieren High Court und Court of Appeal die Rangabrede als Versprechen des Nachranggläubigers, die Forderung so lange nicht geltend zu machen, wie Forderungen von AIG bestünden.⁷⁶⁵ Dieses Versprechen führe dazu, dass in der Insolvenz des Schuldners die Nachrangforderung insgesamt nicht zu berücksichtigen sei.⁷⁶⁶ Zwar diene der durch den Punkt 8.3 des Vertrages wirksam vereinbarte trust allein dem Sicherungsinteresse von AIG,⁷⁶⁷ doch sei das in der Rangvereinbarung enthaltene Verspre-

⁷⁶² S. *Squires v. AIG*, BCLC 1 (2005), S. 1 Rn. 41.

⁷⁶³ *Squires v. AIG*, BCLC 1 (2005), S. 1 Rn. 49 ff. (High Court); *Squires v. AIG*, EWCA (2006) Civ 7 Rn. 66, 118 ff. (Court of Appeal).

⁷⁶⁴ S. hierzu die ausführliche Begründung des Court of Appeal, *Squires v. AIG*, EWCA (2006) Civ 7 Rn. 33 ff.

⁷⁶⁵ *Squires v. AIG*, BCLC 1 (2005), S. 1 Rn. 30 ff. (High Court); *Squires v. AIG*, EWCA (2006) Civ 7 Rn. 57 f. (Court of Appeal).

⁷⁶⁶ *Squires v. AIG*, EWCA (2006) Civ 7 Rn. 65 f. Obiter befürwortet das Court of Appeal a.a.O. Rn. 66 auch die Möglichkeit, dieses negative Versprechen durch einen Unterlassungsanspruch (injunction) gerichtlich geltend zu machen.

⁷⁶⁷ *Squires v. AIG*, BCLC 1 (2005), S. 1 Rn. 37 (High Court); *Squires v. AIG*, EWCA (2006) Civ 7 Rn. 59 (Court of Appeal)

chen allgemeiner formuliert und diene deshalb zugleich den außen stehenden Gläubigern von Squires.⁷⁶⁸

3. Stellungnahme

Die Entscheidung von High Court und Court of Appeal ist zunächst insofern zu begrüßen, als durch sie die durch *British Eagle* und *Halesowen* begründeten Bedenken gegen die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Subordination in der Insolvenz von Schuldner oder Nachranggläubiger überwunden werden.⁷⁶⁹ Nicht überzeugen kann demgegenüber die von den Gerichten vorgenommene Auslegung der Rangvereinbarung. So sind schon gegenüber der Auslegung als allgemeinem Versprechen, die Forderung nicht geltend zu machen, Zweifel angebracht, da bereits nach dem Text der Vereinbarung der Nachranggläubiger allein verspricht, die Forderung nicht in Konkurrenz zu der Vorrangforderung geltend zu machen.⁷⁷⁰ Nach der Rangabrede sind aber allein die Forderungen von AIG Vorrangforderungen, da auch der Nachrang nur bestehen soll, solange diese Forderungen bestehen. Bedenkt man zudem, dass auch der trust allein die spezifischen Vorrangforderungen von AIG schützen soll, so spricht alles dafür, in der von den Parteien getroffenen Absprache eine spezifische Subordination zu sehen, und dementsprechend im Sinne der double dividends rule in der Insolvenz des Schuldners die Nachrangforderung als Insolvenzforderung zuzulassen und die auf diese entfallende Insolvenzquote dem Vorranggläubiger zuzuordnen. Da eine solche Geltendmachung der Nachrangforderung gerade nicht in Konkurrenz zur Vorrangforderung erfolgte, sondern wegen des erhöhten Insolvenzerhalts dieser sogar nutzt, würde diese Auslegung dem Wortlaut der Vereinbarung durchaus entsprechen. Eine solche Auslegung der Rangvereinbarung stimmte zudem mit dem us-amerikanischen Recht der Forderungssubordination überein⁷⁷¹ und würde damit auch dem von Lord Browne-

⁷⁶⁸ *Squires v. AIG*, EWCA (2006) Civ 7 Rn. 58, wobei das Court of Appeal sieht, aber nicht weiter berücksichtigt, dass dieser Effekt den Parteien möglicherweise nicht bewusst war. Diesbezüglich mag für das Gericht eine Rolle gespielt haben, dass die Rangvereinbarung in einem förmlichen gesiegelten Vertrag (deed) enthalten war und deshalb objektiver auszulegen ist; der Urteilsbegründung lassen sich hierzu aber keine weiteren Ausführungen entnehmen.

⁷⁶⁹ S. zu den Argumenten für die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Forderungssubordinationen in der Insolvenz von Schuldner und Nachranggläubiger bereits die Ausführungen zum us-amerikanischen Recht oben, Kap. 6, B. III. 3.

⁷⁷⁰ S. die Klausel 8.2. (b) des Vertrages: "claim rank prove or vote as a creditor of any Indemnitator or its estate in competition with the Surety", *Squires v. AIG*, BCLC 1 (2005), 1 Rn. 16.

⁷⁷¹ Zur Geltung der double-dividends rule nach us-amerikanischem Recht oben, Kap. 6, B. III. 1.

Wilkinson in *Cheah Theam Swee v. Equiticorp Finance Group Ltd* aufgestelltem Desiderat⁷⁷² genügen. Demgegenüber führt die durch High Court und Court of Appeal vorgenommene Auslegung zu einer zumindest mit Blick auf die rechtsgeschäftliche Rangvereinbarung⁷⁷³ nicht gerechtfertigten Besserstellung der außen stehenden Gläubiger.⁷⁷⁴ Hätte Save Group als Nachranggläubiger die Vorrangforderung von AIG vollständig bezahlt, so stünde die Rangvereinbarung einer Geltendmachung der eigenen (Nachrang-)Forderungen gegen den Schuldner (Squires) nicht entgegen. Save Group hätte damit etwa 10 Millionen GBP zur Ablösung aller Vorrangforderungen aufwenden müssen, damit aber zugleich die Möglichkeit erhalten, eigene Forderungen in einer Höhe geltend zu machen, die in etwa der Summe aller anderen gegen den Schuldner gerichteten Forderungen entsprach. Save hätte in diesem Fall also in etwa die Hälfte der verteilungsfähigen Masse von Squires, und damit 20 Millionen GBP als Insolvenzquote auf die eigenen Forderungen erhalten. Indem die englischen Gerichte Save Group als Nachranggläubiger die Anmeldung seiner Ansprüche in der Insolvenz verwehren, stellen sie den Nachranggläubiger - und damit wegen der Doppelinsolvenz von Schuldner und Nachranggläubiger letztlich dessen außen stehende Gläubiger - deutlich schlechter, und die anderen Gläubiger des Schuldners deutlich besser, als der Nachranggläubiger stünde, wenn er die Vorrangforderungen getilgt hätte, wozu dieser in diesem Fall sogar aufgrund des Freistellungsversprechens verpflichtet gewesen wäre. Letztlich ist aber nicht ersichtlich, warum die außen stehenden Gläubiger von Squires von einer Vertragsverletzung von Save gegenüber AIG profitieren sollten. Es kommt hinzu, dass durch die von den englischen Gerichten vorgenommene Auslegung nicht nur der Nachranggläubiger, sondern auch der Vorranggläubiger Nachteile erfährt, da dieser andernfalls vollständig, so aber nur teilweise befriedigt wurde.⁷⁷⁵

⁷⁷² S. den Nachweis oben in Fn. 750.

⁷⁷³ Hier nicht zu vertiefen ist die auch von den Gerichten nicht aufgenommene Frage, ob ein normativer Nachrang der Darlehensforderung als Forderung auf Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens gerechtfertigt wäre. S. zur Befugnis der englischen Gerichte zur Rückstufung von Forderungen solcher Personen, die wegen fraudulent oder wrongful trading in Anspruch genommen werden, sec. 215 Abs. 4 Insolvency Act und dazu *Habersack*, ZGR 2000, 384, 392 f.

⁷⁷⁴ Zu diesem Effekt einer Auslegung von spezifischen Rangvereinbarungen als Verbot der Geltendmachung der Nachrangforderung bereits 1994 *Mitchell*, Subrogation, S. 175 f.

⁷⁷⁵ AIG stand dadurch zwar besser als im Falle des Fehlens oder der Unwirksamkeit der Nachrangvereinbarung, da sie in diesem Fall vorbehaltlich einer normativen Rückstufung dieser Forderungen mit den hohen Forderungen von Save um die Insolvenzmasse von Squires hätte konkurrieren müssen. Sie stand aber schlechter, als sie bei Anwendung der double-dividends rule stünde.

D. Drittes Zwischenergebnis: Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Subordination im angloamerikanischen Recht

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die rechtsgeschäftliche Vereinbarung eines Nachrangs grundsätzlich sowohl nach us-amerikanischem als auch nach englischem Recht Beachtung verdient. Dies gilt auch in der Insolvenz des Schuldners und grundsätzlich auch in der Insolvenz des Nachranggläubigers, doch besteht im letztgenannten Fall nach beiden Rechtsordnungen ein noch nicht vollständig geklärtes Spannungsverhältnis zwischen der durch die Subordination vereinbarten Verteilungsregel und dem Schutz der Gläubiger des Nachranggläubigers vor einer Aushöhlung von dessen Vermögen.

Es obliegt nach beiden Rechtsordnungen den Parteien, die Dauer und den Umfang der Subordination zu bestimmen. Dies erfolgt durch Festlegung der Vorrangforderungen und der Nachrangforderungen sowie durch die Bestimmung der Umstände, in denen die Subordination wirken soll. Zwischen allgemeinem und spezifischem Nachrang wird nach beiden Rechtsordnungen kein Kategorienunterschied gesehen. Soweit ein spezifischer Nachrang vereinbart wurde, versuchen die amerikanischen Gerichte, die von den Parteien regelmäßig angestrebte Besserstellung (allein) der Vorranggläubiger in der Insolvenz des Schuldners durch Zuordnung der auf die Nachrangforderung entfallenden Insolvenzquote an die Gläubiger der Vorrangforderung sicher zu stellen (*double dividends rule*). Demgegenüber verfolgen die englischen Gerichte in *Squires v. AIG* einen Interpretationsansatz, der nicht den naheliegenden wirtschaftlichen Zweck der Rangvereinbarung in den Mittelpunkt der Auslegungsbemühungen stellt, sondern der den Nachranggläubiger auch um den Preis einer unverdienten Besserstellung der außen stehenden Gläubiger an dem von ihm angeblich abgegebene Versprechen, die Forderung nicht geltend zu machen, festhält.

3. Teil: Die rechtsgeschäftliche Subordination als einheitliches Rechtsinstitut und dessen dogmatische Einordnung nach deutschem Recht

7. Kapitel Unterschiede und Gemeinsamkeiten von allgemeinem und spezifischem Nachrang – Forderungssubordination als Rechtsinstitut

A. Einführung

Im Folgenden sind die oben bereits mit Blick auf ihren wirtschaftlichen Zweck, typische Vertragsklauseln und Parteiinteressen umschriebenen Konstellationen der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung eines Forderungsrangs daraufhin zu untersuchen, ob ihnen ein gemeinsames rechtliches Strukturmerkmal zu eigen ist, welches es ermöglicht, gemeinsame Rechtsregeln für die unterschiedlichen Konstellationen zu finden. Dabei ist stets zu bedenken, dass die rechtsgeschäftliche Subordination im Gegensatz zu den Fällen des gesetzlichen Nachrangs auf der Parteiautonomie gründet. Auch für den Rangrücktritt gilt, dass die Rechtsfolgen eintreten, weil und soweit sie gewollt sind. Die Institutionenbildung soll indes die Parteiautonomie nicht beschränken, sondern den Vertragspartnern ermöglichen, ihre Vorstellungen rechtssicher umzusetzen.

B. Die Auffassung der herrschenden Meinung: Trennung von allgemeinem und spezifischem Nachrang

Nach der im Schrifttum bislang überwiegenden Meinung ist der Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH von dem spezifischen Nachrang einer Forderung gegenüber einer anderen Forderung streng zu trennen.⁷⁷⁶ Häufig finden sich hierzu

⁷⁷⁶ *Fichtelmann*, Unternehmenssanierung, S. 39 f.; *Haarmann*, FS Röhrich, 137, 139; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 6.583.; *Merkel* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, BankR § 98 Rn. 135; *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212, 217; *Teller/Steffan*, Rangrücktritt, S. 8 f.

allerdings nur kursorische Bemerkungen die meist schlicht feststellen, die allgemeine Subordination sei eine inhaltsändernde Verfügung, der spezifische Nachrang hingegen sei Verpflichtung.⁷⁷⁷ Soweit die Unterschiedlichkeit etwas ausführlicher begründet wird, findet man daneben den Hinweis auf die nur relative Wirkung des spezifischen Nachrangs, der nicht gegenüber jedermann gelte, sondern nur den Gläubiger der Vorrangforderung privilegieren wolle. Demgegenüber gilt es, den oben angesprochenen Unterschied von Inhalt und Wirkung eines Rechtes in Erinnerung zu rufen: Auch der spezifische Nachrang gegenüber nur einer Forderung kann, mit diesem begrenzten Inhalt, allgemein wirken.

C. Zur Forderungssubordination als einheitlichem Rechtsgeschäft

Versucht man zunächst, Unterschiede und Gemeinsamkeiten von allgemeinem und spezifischem Nachrang zu finden, so kann als Gemeinsamkeit festgehalten werden, dass in beiden Fällen auf rechtsgeschäftlicher Basis ein Forderungsrecht durch ein oder mehrere andere Forderungsrechte beeinflusst werden soll.

Unterschiedlich sind allgemeiner und spezifischer Nachrang zunächst insofern, als der allgemeine Nachrang notwendig künftige Forderungen mit einschließt. Allerdings kann auch der spezifische Nachrang künftige Forderungen umfassen. So kann beispielsweise eine Forderung eines Gläubigers X unter alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen eines anderen Gläubigers Y subordiniert werden. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass ein allgemeiner Nachrang wegen der Vielzahl von Vorranggläubigern nur mit dem Schuldner geschlossen werden kann, während bei einem spezifischem Nachrang grundsätzlich auch ein Vertragsschluss zwischen Vorranggläubiger und Nachranggläubiger in Betracht käme. Allerdings ist auch dieser Unterschied letztlich allein dem unterschiedlichen Umfang der Vorrangforderungen geschuldet. Abgesehen von der sogleich zu klärenden Frage nach der dogmatischen Einordnung unterscheiden sich allgemeiner und spezifischer Nachrang daher vor allem im Umfang der Vorrangforderungen.

⁷⁷⁷ Schrell/Kirchner, BKR 2004, 212, 214, 217; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 6.579, 6.583.

8. Kapitel: Die dogmatische Einordnung der Subordination nach deutschem Recht

A. Bisherige Einordnungsversuche

I. Vereinbarung eines allgemeinen Nachrangs

Der Rangrücktritt wird bisweilen als rechtsgeschäftlich begründete Kapitalsperre im Sinne der §§ 30, 31 GmbHG analog, 32 a, 32 b GmbHG gesehen.⁷⁷⁸ Teils wird die Frage nach der dogmatischen Einordnung bewusst offen gelassen und statt dessen danach gefragt, ob die jeweilige Gestaltung die vorrangige Befriedigung der anderen Gläubiger sichert.⁷⁷⁹ Soweit eine genauere dogmatische Einordnung erfolgt, wird in der Regel eines von fünf Konzepten herangezogen.

1. *Pactum de non petendo*

Vor allem in der älteren Literatur wurde der Rangrücktritt als Stillhalteabkommen eingeordnet,⁷⁸⁰ doch ist die entsprechende Einordnung auch heute noch verbreitet.⁷⁸¹ Für eine solche Einordnung streitet der Wortlaut des § 23 RechVersVO. Als *pactum de non petendo* wird eine Absprache zwischen Gläubiger und Schuldner bezeichnet, nach der ein Anspruch einstweilen nicht geltend gemacht werden soll. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass sich der Gläubiger verpflichtet, die Forderung einstweilen nicht oder nicht

⁷⁷⁸ *Herlinghaus*, Forderungsverzichte, S. 89; dort Fn. 30 auch Unterscheidung konst./deklaratorisch

⁷⁷⁹ *Fichtelmann*, Unternehmenssanierung S. 41; *Teller*, S. 101 ff; gegen diesen zutreffend *Herlinghaus*, Forderungsverzichte, S. 91

⁷⁸⁰ *Goerdeler/Müller* in Hachenburg § 42 Rz. 104; *Häuselmann*, BB 1993, 1552, 1553, *Groh*, BB 1993, 1882, 1883; *K. Schmidt*, FS Goerdeler, S. 487, 500; *Wozar*, Gesellschafterdarlehen, S. 47 f.

⁷⁸¹ Grundlegend *K. Schmidt*, FS Goerdeler, S. 487, 499 ff. *ders.*, GmbHR 1999, 9, 13 und *Scholz/ders.* §§ 32a, 32b Rn. 105; Daneben *Schrader*, Besserungsabrede, S. 14 ff.; *Uhlenbruck* § 39 Rn. 13; *Hoyos/M. Ring* in BeckBilKomm § 247 Rn. 232 (Forderung könne vom Gläubiger nicht geltend gemacht werden, bleibe aber erfüllbar) und *Janssen*, BB 2005, 1895 für den von ihm so genannten einfachen Rangrücktritt.

gerichtlich geltend zu machen.⁷⁸² Alternativ kann der Wille der Parteien auf Begründung eines Leistungsverweigerungsrechtes des Schuldners gerichtet sein.⁷⁸³

Zur Diskussion des Vorschlags einer Einordnung der Subordination als pactum de non petendo ist es zunächst hilfreich, sich zu vergegenwärtigen, dass Teile der Literatur das pactum de non petendo allein deshalb anführen, weil diese darin die einzige Alternative zum Erlass sehen, wodurch freilich der Streit auf zwei Grundpositionen verengt wird.⁷⁸⁴

Gegen die Einordnung als pactum de non petendo spricht sodann, dass nach § 41 InsO nicht fällige Forderungen als fällig gelten, weswegen durchaus zweifelhaft ist, ob die Rangvereinbarung auf dieser dogmatischen Grundlage in der Insolvenz des Schuldners Bestand haben kann. Soweit man dies verneint, ist aber auch eine durch pactum de non petendo geschützte Forderung im Überschuldungsstatut zu passivieren,⁷⁸⁵ da der Nachrang der Forderung in der Insolvenz des Schuldners eine Mindestvoraussetzung dafür bildet, dass die Forderung im Überschuldungsstatut außer Betracht bleiben kann. Es kommt hinzu, dass auch in den anderen Fällen rechtsgeschäftlicher Vereinbarung eines allgemeinen Nachrangs die Parteien ein besonderes Interesse am Bestand der Subordination in der Insolvenz des Schuldners haben. Man kann diesen Bedenken schließlich auch nicht durch den Hinweis begegnen, es handle sich beim Rangrücktritt um einen besonderen Fall des pactum de non petendo, da der so verstandene Rangrücktritt die Leistungspflicht in die Zukunft verschiebe.⁷⁸⁶ Dem steht entscheidend entgegen, dass die Parteien gerade keine künftige, sondern eine gegenwärtige, aber nachrangige Leistungspflicht begründen wollen: Für die Begründung einer künftigen Leistungspflicht steht mit der Kombination von Forderungserlass und Besserungsschein ein rechtssicheres und dogmatisch wohl erkundetes

⁷⁸² BGH NJW 2002, 1488; Palandt/Heinrichs § 205 Rn. 2; MünchKommBGB/Grothe § 205 Rn. 5. Die römischen Wurzeln dieses Rechtsinstituts beschreibt Zimmermann, Obligations, S. 508 ff.

⁷⁸³ BGH NJW 2000, 2661; s. zur Literatur die Nachweise in der vorangehenden Fn.

⁷⁸⁴ So beispielsweise Wozar, Gesellschafterdarlehen, S. 46 ff. S. auch Uhlenbruck § 39 Rn. 13: materiell-rechtlich werde die Forderung nicht berührt, da der Gläubiger nicht darauf verzichte.

⁷⁸⁵ Die Eignung des Pactum de non petendo zur Vermeidung des Ansatzes hierdurch geschützter Forderungen im Überschuldungsstatut bezweifeln daher Roth/Altmeppen § 42 Rn. 49; Haack, KTS 1990, 309, 311; Habersack, ZGR 2000, 403 f.; Herlinghaus, Forderungsverzichte, S. 91; Janka/Löwenstein, DB 1992, 1648, 1651; Knobbe-Keuk, ZIP 1983, 127, 129; Peters, WM 1988, 685, 686; Priester, DB 1977, 2429, 2433; Serick; ZIP 1980, 9, 14; aA Teller, Rangrücktritt, S. 108 ff.; sowie die in Fn.780 und Fn. 781 Genannten.

⁷⁸⁶ So die Argumentation von Wozar, Gesellschafterdarlehen, S. 56.

Rechtsinstitut zur Verfügung, doch ist dessen Vereinbarung nicht zuletzt wegen der damit verbundenen bilanziellen und steuerlichen Folgen gerade nicht gewollt.

Ein weiteres zentrales Problem der Einordnung als pactum de non petendo liegt in der jederzeitigen Aufhebbarkeit der so kategorisierten Absprachen.⁷⁸⁷ Allein schon die Zahlung des Schuldners und eine korrespondierende Entgegennahme durch den Gläubiger kann eine konkludente Aufhebung der Rangvereinbarung sein. *K. Schmidt* will dem durch einen Rückzahlungsanspruch begegnen, „wenn und soweit die Rückzahlung gegen die Bindung dieses Kredits im materiellen Haftkapital der Gesellschaft verstößt“⁷⁸⁸; dabei bleibt allerdings unklar, worauf die Haftkapitalbindung gründet, wenn der Rangrücktritt einvernehmlich aufgehoben wurde, konnte doch in dem Zweiten Teil der Systematischen Grundlegung dieser Arbeit gezeigt werden, dass auch eine eigenkapitalähnliche Bindung der Nachrangforderung allein auf den rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen der Parteien beruht.

2. Fälligkeitsvereinbarung

Vereinzelte wird daneben und in Abgrenzung zum pactum de non petendo vertreten, die Subordination begründe eine Fälligkeitsvereinbarung,⁷⁸⁹ doch sind die gegen das pactum de non petendo erhobenen Bedenken hier ebenso geltend zu machen, da auch insoweit § 41 InsO Zweifel am Bestand der Vereinbarung in der Insolvenz des Schuldners begründet.

3. Erlass

Vor allem in der älteren Literatur zum Rangrücktritt wurde überwiegend vertreten, der Rangrücktritt stelle einen Erlass der Forderung dar.⁷⁹⁰ Ein ähnliches Konzept vertrat

⁷⁸⁷ So ausdrücklich *K. Schmidt*, FS Goerdeler, S. 487, 500.

⁷⁸⁸ *K. Schmidt*, FS Goerdeler, S. 487, 500.

⁷⁸⁹ *Hölzle*, GmbH 2005, 852, 854; *Suchanek/Hagedorn*, FR 2004, 451; *Suchanek*, FR 2004, 1129.

⁷⁹⁰ So ursprünglich *Priester*, DB 1977, 2429, 2433, der diese Meinung später indes aufgegeben hat, s. *ders.* DB 1991, 1917, 1920; Einen Erlass bejahen daneben *Eppler*, DB 1991, 195; *Hartung*, NJW 1995, 1186, 1187; *Letters* JbFSiR 1983/84, 311, 335 f.; *Haack*, KTS 1980, 309, 312; *ders.*, Konkursgrund S.161; *Jan-*

zwischenzeitlich *Uhlenbruck*, der den Rangrücktritt als aufschiebend bedingten Erlass und auflösend bedingte Forderung konzeptualisieren wollte,⁷⁹¹ für den Rangrücktritt als modifizierten Erlass hatte sich *Serick* ausgesprochen,⁷⁹² und eine Kombination aus Erlass und Besserungsvereinbarung vertrat ursprünglich *Obermüller*.⁷⁹³ Dem letztgenannten Konzept sind allerdings die bereits im Zuge der Diskussion des Vorschlags von *Wozar* erhobenen Einwände entgegen zu halten. Daneben werden Theorien zur Einordnung der Subordination als Erlass häufig unter dem Aspekt der nachteiligen Folgen eines Erlasses für die Besicherung der Forderung kritisiert;⁷⁹⁴ doch ist insoweit zu bedenken, dass auch eine Einordnung als schuldändernde Verfügung den Fortbestand von der Forderung dienenden Sicherheiten nicht ipso iure garantiert. Gleichwohl ist auch die Einordnung der Forderung als Erlass problematisch. Entscheidend dürfte sein, dass ein Erlass wegen der damit verbundenen steuerlichen Folgen und wegen der vollständigen Aufgabe der Forderung regelmäßig nicht gewollt ist.⁷⁹⁵

4. Vertrag sui generis

Als viertes wird vertreten, der Rangrücktritt stelle einen Vertrag sui generis dar,⁷⁹⁶ was indes zum einen die Institutionenbildung nicht voran bringt und zum anderen die eigentlich entscheidende Frage nach der Rechtsnatur des Vertrages nur auf eine neue Ebene hebt, da konsequenterweise auf der Grundlage dieser Einordnung weiter zu fragen wäre, ob es sich beim Rangrücktritt um einen verfügenden oder um einen verpflichtenden Vertrag sui generis handelt.

ka/Löwenstein DB 1992, 1648 und wohl auch *Krause-Abläss* in Wood, Subordinated Debt, S. 136 (Länderteil Deutschland).

⁷⁹¹ *Uhlenbruck*, GmbH & Co, S. 102, 133; mittlerweile aufgegeben, s. *ders* § 39 Rn. 13: pactum de non petendo.

⁷⁹² *Serick*, ZIP 1980, 9, 14 (modifizierter Erlass).

⁷⁹³ *Obermüller*, Ersatzsicherheiten, S. 72. Dem folgend *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 6.583; *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212, 217.

⁷⁹⁴ S. etwa *Roth/Altmeyen* § 42 Rn. 49.

⁷⁹⁵ So auch *Scholz/K. Schmidt* §§ 32a, 32b Rn. 105; *Uhlenbruck* § 39 Rn. 13.

⁷⁹⁶ *Herget*, AG 1974, 137, 140; ähnlich *Zilius*, WPg 1977, 445, 446; für Rechtsfigur sui generis mit Verfügungscharakter *Duss*, Rangrücktritt, S. 35 ff. (zum Schweizer Recht).

5. Verfügender Schuldänderungsvertrag

In der neueren Literatur wird für die Begründung eines allgemeinen Nachrangs überwiegend vertreten, die Subordination stelle eine schuldändernde Verfügung dar.⁷⁹⁷ Die Einordnung als Inhaltsänderung entspricht zudem der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, der in seiner Entscheidung vom 30.3. 1993 nicht nur eine Einordnung des Rangrücktritts als Erlass ablehnt⁷⁹⁸, sondern darüber hinaus feststellt:

„... entscheidend ist, dass die Verbindlichkeit fortbesteht, wenn auch mit dem durch die Rücktrittsvereinbarung geänderten Inhalt.“⁷⁹⁹

II. Darlehen mit spezifischem Nachrang

1. Formulierung der Subordination als verpflichtender Vertrag

Nach der ganz herrschenden Meinung ist die Vereinbarung eines spezifisch Nachrangs ein Obligationenvertrag, der die Verpflichtung des nachrangigen Gläubigers enthält, auf Zahlung zu verzichten⁸⁰⁰; entsprechend werden die Verträge formuliert⁸⁰¹. Die Vertragsklauseln stellen dabei oftmals – soweit nicht ohnehin der Vertragsschluss in englischer Sprache erfolgt – eine Übersetzung angloamerikanischer Vertragsmuster dar.

2. Nachteilige Folgen einer Einordnung als verpflichtender Vertrag

Die Einordnung der Subordination als Verpflichtung des Nachranggläubigers, die Nachrangforderung nicht geltend zu machen und auf die Nachrangforderung erhaltene Zahlungen an den Vorranggläubiger weiterzureichen bereitet in der Insolvenz des Nach-

⁷⁹⁷ So *Knobbe-Keuk*, ZIP 1983, 127, 129; *dies.* StuW 1991, 306, 309 und *dies.* BilanzR § 4 V 3a; dem folgend *Habersack*, ZGR 2000, 384, 403; *Herlinghaus*, Forderungsverzichte, S. 92; *Küting/Kessler* BB 1994, 2103, 2109; *Mankowski*, WuB IV A. § 387 BGB 1.99 = WuB 1999, 1274; *Peters* WM 1988, 685, 689; wohl auch *Priester* DB 1991, 1917, 1920; *Wittig* in K. Schmidt/Uhlenbruck, Rn. 520.

⁷⁹⁸ BFHE 170, 449, 451.

⁷⁹⁹ BFHE 170, 449, 451; s. daneben BFHE 158, 426, 431.

⁸⁰⁰ *von Einem/Schmid* in Achleitner/von Einem/von Schröder, Private Debt, S. 163.

⁸⁰¹ Dazu oben, Kap. 5, A.

ranggläubigers, bei Abtretung und Pfändung Probleme. Deshalb werden auch von Vertretern der obligatorischen Natur einer spezifischen Subordination häufig flankierende Regelungen getroffen. Exemplarisch hierfür sei auf die Ausführungen von *Schrell/Kirchner* verwiesen:

„Zu beachten ist, dass die vertragliche Nachrangabrede als schuldrechtliche Vereinbarung [sic.; gemeint ist wohl: als verpflichtender Vertrag] nur zwischen den Vertragsparteien gilt. Um also ein Aushebeln der Regelungen zu vermeiden, sollte die Wirksamkeit der Abrede durch weitere korrespondierende Regelungen im Intercreditor Agreement flankiert werden. Beispielhaft sei genannt, dass der zurücktretende Gläubiger über seine Forderungen nicht ohne Zustimmung des begünstigten Gläubigers verfügen *können* [Hervorhebung v. Verfasser] sollte. Des Weiteren sollte etwa geregelt werden dass der Forderungsrücktritt durch einen Wechsel in der Rechtsform oder durch Gesellschafterswechsel nicht berührt wird.“⁸⁰²

B. Eigene Einordnung: Die Subordination als schuldändernde Verfügung, die eine Erfüllungsmodalität begründet

I. Einführung und Grundlegung:

1. Verpflichtung und Verfügung

Die Unterscheidung von schuldrechtlicher Verpflichtung und Verfügung ist ein prägendes Strukturmerkmal des deutschen Rechts. Historischer Ausgangspunkt ist die Lehre *Friedrich Carl v. Savignys* zur Übereignung beweglicher Sachen: Von der rechtsgeschäftlichen Willensfreiheit des Menschen ausgehend, ergibt sich für *Savigny*, dass auch der übereinstimmende Wille zur Übertragung des Eigentums einen „wahren Vertrag“⁸⁰³ begründet.⁸⁰⁴ Damit trennt *Savigny* den Übereignungstatbestand von dem zugrunde liegenden Verpflichtungsvertrag und schafft zugleich die Voraussetzung, beide Verträge als vonein-

⁸⁰² *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212, 214. S. zu einem entsprechenden Schutz der Subordination durch flankierende Vereinbarungen nach us-amerikanischem Recht *Calligar*, Yale L.J. 70 (1961), 376, 398 ff.

⁸⁰³ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band 3, S. 321.

⁸⁰⁴ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band 3, S. 312 ff. *Savigny* wendet sich damit gegen die bis dahin herrschende Lehre von „titulus“ und „modus“, die in der Veräußerung einen unselbständigen Teil des Verpflichtungsgeschäfts sah. Ausführlich zum Ganzen *Stadler*, Gestaltungsfreiheit, S. 46 ff.

ander unabhängig, den dinglichen Vertrag mithin als abstrakt aufzufassen.⁸⁰⁵ Die Unterscheidung von Verfügung und Verpflichtung gründet indes nicht allein auf rechtssystematischen und methodischen Überlegungen; sie kann auch rechtspolitisch überzeugen: Erst die Trennung von Verfügung und schuldrechtlicher Verpflichtung ermöglicht die Verselbständigung der Verfügung und damit den mit der Abstraktion verbundenen Verkehrsschutz.⁸⁰⁶ Verfügung und Verpflichtung unterscheiden sich maßgeblich in ihrer Wirkung gegenüber Dritten: Während der Verpflichtungsvertrag nur die Beteiligten verpflichtet, berührt die Verfügung Inhalt oder Zuordnung von Rechten und bewirkt damit Rechtsfolgen, die gegenüber Jedermann Geltung beanspruchen. Mit der Einordnung als Verfügung ist des weiteren die Anwendung des Bestimmtheitsgrundsatzes verbunden. Nach deutschem Recht müssen Verfügungsgeschäfte konkrete Rechtsobjekte betreffen, während sich Verpflichtungsgeschäfte auch auf Sachgesamtheiten beziehen können.⁸⁰⁷ Die Frage, ob ein Rechtsgeschäft verfügender oder verpflichtender Charakter hat, ist daher grundlegend.⁸⁰⁸

2. Forderung als Verfügungsgegenstand

Die Möglichkeit der Verfügung ist nicht auf dingliche Rechte begrenzt; auch die Forderung kann Objekt einer Verfügung sein⁸⁰⁹.

3. Definition der Verfügung und Fortgang der weiteren Prüfung

Als Verfügung werden allgemein solche Rechtsgeschäfte bezeichnet, durch die ein Recht unmittelbar übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird.⁸¹⁰ Die hiernach der

⁸⁰⁵ Dazu *Stadler*, Gestaltungsfreiheit, S. 51 m. w. Nachw. zur Genese des Verfügungsbegriffs in den Entwürfen zum Bürgerlichen Gesetzbuch; *Chr. Berger*, Verfügungsbeschränkung, S. 8 f.

⁸⁰⁶ Zu diesem erstmals *Ihering*, Geist des römischen Rechts, S. 201 ff., 461 ff. Zur Bedeutung des Abstraktionsgrundsatzes für den Verkehrsschutz bei Forderungszession *Honsell*, FS Wiegand, S. 349, 367 ff.; *Stadler*, Gestaltungsfreiheit, S. 730.

⁸⁰⁷ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit, S. 114.

⁸⁰⁸ AA – für Wirkung des RR komme es darauf nicht an – A/D/S § 246 Rn. 133. Die Bedeutung für den Rangrücktritt begrenzend auch *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1241, 1246 und *ders.*, DB 2006, 2503.

⁸⁰⁹ Grundlegend v. *Tuhr*, AT II 1, S. 240. S. heute statt aller MünchKommBGB/*Schramm* § 185 Rn. 8

⁸¹⁰ BGHZ 1, 294, 304; BGHZ 75, 221, 226; BGHZ 101, 26. Aus der Literatur etwa *Bork*, AT, Rn. 450; *Palandt/Heinrichs* Überbl. v. § 104 Rn. 16; *Erman/Palm* Einl. § 104 Rn. 16; MünchKommBGB/*Schramm* § 185

weiteren Untersuchung zu Grunde zu legende Definition der Verfügung bringt es mit sich, dass die Bestimmung der Rechtsnatur der rechtsgeschäftlichen Subordination und die Bestimmung des Inhalts der rechtsgeschäftlichen Subordination einander bedingen: Die Subordination hat verfügenden Charakter, wenn sie unmittelbar und schuldändernd auf die Forderung einwirkt.⁸¹¹ Sie wäre hingegen als Verpflichtungsgeschäft zu identifizieren, wenn die vertragliche Rangabsprache Vorrang- und/oder Nachranggläubiger zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichtet. Daher soll nachfolgend zunächst ermittelt werden, welcher Inhalt der Forderungssubordination den Interessen der Parteien am besten Rechnung trägt. Sodann ist in einem weiteren Schritt zu überlegen, ob der so ermittelte interessengerechte Inhalt der Subordination mit den Mitteln des Zivilrechts realisiert werden kann.

II. Der Inhalt der Subordination – Ausschluss der Erfüllbarkeit der Nachrangforderung

1. Parteiinteresse und Grad der Verknüpfung von Vorrangforderung und Nachrangforderung

Was zunächst den von den Parteien gewünschten Inhalt der Subordination betrifft, so konnte bereits bei der Untersuchung der Gemeinsamkeiten von allgemeinem und spezifischem Nachrang als erste Annäherung festgestellt werden, dass die Tilgung der nachrangigen Forderung von der Tilgung der vorrangigen Forderung abhängen soll. Noch nicht geklärt wurde hingegen der Grad der Verzahnung von nachrangiger und vorrangiger Forderung. Diesbezüglich lassen sich drei mögliche Konstellationen unterscheiden:

Erstens eine Vereinbarung, dass die nachrangige Forderung erst getilgt werden muss, wenn die vorrangige Forderung getilgt wurde. Zweitens eine Vereinbarung, dass die nachrangige Forderung erst getilgt werden darf, wenn die vorrangige Forderung getilgt wurde

Rn. 6. Zur Unterscheidung von Veräußerung als Verfügung im engeren Sinne und (sonstiger) unmittelbarer Umgestaltung als Verfügung im weiteren Sinne unten, Kap. 9, A. I. 2.

⁸¹¹ Nach heute ganz herrschender Meinung hat daher der Änderungsvertrag verfügenden Charakter, s. MünchKommBGB/*Emmerich* § 311 Rn. 34; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 620 f.; Palandt/*Heinrichs* § 311 Rn. 3.

und schließlich drittens eine Vereinbarung, der zufolge die nachrangige Forderung erst getilgt werden kann, wenn die vorrangige Forderung getilgt wurde. Die hier vorgenommene Reihung der drei Konstellationen erfolgt nach einer fortschreitend engeren Verzahnung der Forderungen: Wenn die Subordination nur das Müssen ausschließt, so darf und kann die nachrangige Forderung gleichwohl getilgt werden; schließt sie das Dürfen der Tilgung aus, so folgt zugleich, dass die Forderung auch nicht getilgt werden muss, aber getilgt werden kann, während schließlich ein Ausschluss des Könnens zugleich verhindert, dass die Forderung getilgt werden muss, während sich die Frage nach dem Dürfen hier ohnehin nicht stellt.

2. Ausschluss der Erfüllbarkeit als Inhalt der Forderungssubordination

a) Parteiinteresse

(1) Dritterwerb

Für einen Ausschluss der Erfüllbarkeit als Inhalt der Forderungssubordination spricht zunächst das Parteiinteresse. Bereits die Darstellung der einzelnen Konstellationen rechtsgeschäftlicher Subordination hat gezeigt, dass die Parteien in aller Regel eine strikte Bindung der Nachrangforderung an die vorhergehende Erfüllung der Vorrangforderung wünschen, und dass die Absprachen auch gegenüber einem Dritterwerber der nachrangigen Forderung und in der Insolvenz des Gläubigers der Nachrangforderung gelten sollen. Soweit der Nachrang auf die Forderung selbst bezogen werden kann, bleibt die Rangordnung auch in Fällen des Dritterwerbs ohne weiteres gewahrt, während andernfalls eine Erstreckung der Einreden nach Maßgabe des § 404 BGB erfolgt, der indes dispositives Recht darstellt,⁸¹² und sogar der Möglichkeit einseitigen Verzichts durch den Schuldner unterliegt.⁸¹³

⁸¹² S. statt aller Staudinger/*Busche* (2005) § 404 Rn. 35 ff.; Palandt/*Grüneberg* § 404 Rn. 7; MünchKommBGB/*Roth* § 404 Rn. 18 ff.

⁸¹³ Staudinger/*Busche* (2005) § 404 Rn. 35; MünchKommBGB/*Roth* § 404 Rn. 18.

(2) Insolvenz des Nachranggläubigers

Soweit man in der Subordination eine schuldändernde Verfügung sieht, gehört in der Insolvenz des Nachranggläubigers die Nachrangforderung mit den bestehenden Einschränkungen zur Insolvenzmasse. Sieht man darin hingegen ein schuldrechtliches Verbot, so könnte die Vorschrift des § 80 Abs. 2 InsO den wirtschaftlichen Wert des Nachrangs in der Insolvenz des Gläubigers der Nachrangforderung infrage stellen: Dem Gläubiger der Vorrangforderung wäre schlecht gedient, wenn die Nachrangforderung durch den Insolvenzverwalter abredewidrig fällig gestellt und eingezogen werden kann, und hierdurch entstehende Schadensersatzansprüche nach § 80 Abs. 2 InsO nicht als Masseforderung, sondern als Insolvenzforderung geltend zu machen sind.⁸¹⁴

(3) Insolvenz des Schuldners bei spezifischem Nachrang

Schließlich soll auch und vor allem in der Insolvenz des Schuldners der Rang beachtlich sein, was indes für den allgemeinen Nachrang unabhängig von dessen Rechtsnatur durch den Wortlaut des § 35 Abs. 2 InsO gestützt wird. Bedenkenswert sind indes die Insolvenzfolgen bei Vereinbarung eines spezifischen Nachrangs. Hier ist das Parteiinteresse des Vorranggläubigers darauf gerichtet, in der Insolvenz die auf die Nachrangforderung entfallende Insolvenzquote zu erhalten. Diese Rechtsfolge ist indes durch ein Verpflichtungsgeschäft nicht zu erzielen: Wenn der Schuldner die Nachrangforderung erst begleichen darf, wenn die Vorrangforderung beglichen wurde, so folgt daraus – eine Beachtlichkeit der Absprachen durch den Insolvenzverwalter vorausgesetzt - in der Insolvenz des Schuldners zunächst nur, dass der Nachranggläubiger auf die Nachrangforderung eine Quote erst erhält, wenn die Vorrangforderung des Vorranggläubigers befriedigt wurde. Da dieser aber in aller Regel gleichrangig mit den anderen vollrangigen Insolvenzgläubigern zu befriedigen ist, bedeutet dies, dass auf die Nachrangforderung keine Quote entfällt, so dass selbst eine korrespondierende Verpflichtung des Nachranggläubigers, enthaltene Quoten an den Vorranggläubiger auszuschütten, dem Vorranggläubiger nichts nützt, denn eine Quote entfällt auf die Nachrangforderung erst, wenn der Gläubiger der Vorrangforderung vollständig befriedigt wurde.

⁸¹⁴ Zu dieser Rechtsfolge des § 80 Abs. 2 InsO ausführlich *Chr. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, S. 127 ff.

Nicht von Ungefähr wurde, um dieses den Parteiinteressen evident nicht entsprechende Ergebnis zu verhindern, die double dividends rule des amerikanischen Insolvenzrechts zunächst unter Rückgriff auf Rechtswirkungen aus Treu und Glauben und nunmehr durch Auslegung der Subordination entwickelt,⁸¹⁵ und den Parteien zur zusätzlichen Absicherung die Möglichkeit der Vereinbarung eines (turnover-) trust aufgezeigt. Beide Gedanken liegen nunmehr im Grundsatz auch dem englischen Recht zugrunde, wobei indes nicht zu verkennen ist, dass die von High Court und Court of Appeal in *Squires v. AIG* vorgenommene Auslegung der Rangvereinbarung diesem Parteiinteresse nicht entspricht.⁸¹⁶

Das Interesse der Parteien wäre im Fall der spezifischen Subordination auch nach deutschem Recht geschützt, wenn, der double-dividends rule des amerikanischen Rechts folgend, die Rangvereinbarung in der Insolvenz des Schuldners keinen Nachrang der Nachrangforderung begründet, sondern die auf die Nachrangforderung entfallende Insolvenzquote dem Gläubiger der Vorrangforderung zuordnet. Dies setzt einen verfügbaren Charakter der Subordination voraus.

b) Gleichklang mit sonstigen Rangwirkungen

Oben konnte dargestellt werden, dass der Rang als Kollisionsregel verstanden werden kann, die Konflikte dadurch löst, dass einem Recht ein Verdrängungswert gegenüber einem anderen Recht zuerkannt wird, wodurch das nachrangige Recht nicht mehr mit dem vorrangigen Recht konkurriert. Überträgt man diesen Gedanken auf die schuldrechtliche Forderung, so würde ein Ausschluss der Konkurrenz mehrerer Forderungen immer, aber auch nur erreicht, wenn durch die Rangvereinbarung die Erfüllbarkeit der Nachrangforderung an die Erfüllung oder anderweitiges Erlöschen, mindestens aber dauernde Einredehaftigkeit der Vorrangforderung gebunden wird. In diesem Fall verdrängt das in der Vorrangforderung begründete Forderungsrecht, soweit der Nachrang reicht, das aus der Nachrangforderung folgende Forderungsrecht. Auch wenn Forderungsrang und Rang dinglicher Rechte schon deshalb verschieden sind, weil dingliche Rechte einem Stammrecht zugeordnet werden können, während sich Forderungen nach dem Grundsatz unbegrenzter Schuld

⁸¹⁵ Dazu ausführlich oben, Kap. 6, B. III. 1.

⁸¹⁶ Dazu oben, Kap. 6, C. II. 3.

auf das Vermögen beziehen, kann auf diese Weise ein in seinen Wirkungen dem Rang dinglicher Rechte durchaus verwandter Forderungsrang begründet werden. Zudem ist beachtlich, dass die bestehenden Unterschiede zwischen dinglichem Recht und Forderung im Bereich der rechtsgeschäftlichen Subordination schon deshalb weniger Gewicht erhalten, weil die Parteien der Subordination diese gerade mit Blick auf die anderen, gegen den Schuldner gerichteten Forderungen treffen, und damit von dem Grundsatz unbegrenzter Schuld und isolierter Betrachtung der Schulden abweichen, so dass letztlich auch der Gleichklang mit dem Rang dinglicher Rechte und damit systematische Gründe⁸¹⁷ für eine Einordnung der rechtsgeschäftlichen Subordination als inhaltsändernde Verfügung sprechen.

c) Wortlaut, Systematik und Rechtsfolgen von § 39 Abs. 2 InsO

Vor dem Hintergrund der im ersten Teil der systematischen Grundlegung dieser Arbeit entfalteten Dogmatik des Forderungsrangs streitet damit schließlich die Vorschrift des § 39 Abs. 2 InsO für eine Einordnung der Rangvereinbarung als schuldändernde Verfügung. Beachtlich ist zunächst, dass der Wortlaut der Vorschrift ausdrücklich von der Vereinbarung eines Nachrangs im Insolvenzverfahren spricht, und nicht etwa von der Verpflichtung des Gläubigers, die Forderung nicht geltend zu machen. Man mag hiergegen einwenden, dass dem Gesetzgeber der Insolvenzordnung die in dieser Arbeit entfaltete Rangdogmatik bei Verabschiedung von § 39 Abs. 2 InsO kaum gewärtig war und deshalb aus der Bezeichnung als Rang im Wortlaut der Vorschrift keine weit reichenden Schlüsse über Inhalt und Rechtsnatur der Vereinbarung gezogen werden können. Gleichwohl gilt, dass eine Gesetzesauslegung, die einen Begriff in Übereinstimmung mit dessen sonstiger Bedeutung interpretiert weniger begründungsbedürftig ist, als eine Auslegung, die von der sonstigen Bedeutung dieses Begriffes abweicht.

Es kommt hinzu, dass auch die systematische Stellung der Vorschrift und die Rechtsfolgen der Ranganordnung in § 39 Abs. 1 InsO für den verfügenden Charakter der rechtsgeschäftlichen Rangvereinbarung streiten. Indem die Auslegungsregel des § 39 Abs. 2 als zweiter Absatz von § 39 InsO gefasst ist, stellt sie die Rangwirkungen der rechtsgeschäftli-

⁸¹⁷ S. zum Grundsatz einheitlicher Auslegung identischer Rechtsbegriffe und zu dessen - zumeist mit dem Schlagwort der Relativität von Rechtsbegriffen bezeichneten - Grenzen *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 549.

chen Rangvereinbarung in den Kontext der gesetzlichen Rangvorschriften, da § 39 Abs. 2 InsO den rechtsgeschäftlich subordinierten Forderungen einen Rang im Gesamtgefüge des § 39 InsO zuweist. Bereits oben konnte gezeigt werden, dass nach der ganz herrschenden Meinung sowohl zur Konkursordnung als auch zur Insolvenzordnung rangwidrige Verteilungen des Insolvenzverwalters ohne weiteres zur Masse zurück zu gewähren sind.⁸¹⁸ Diese Rangfolge lässt sich aber für eine rechtsgeschäftliche Rangvereinbarung nur dann begründen, wenn die Rangvereinbarung die Erfüllbarkeit der Forderung selbst ausschließt: Solange der Schuldner sich verpflichtet, die Forderung nicht geltend zu machen, ist nicht ersichtlich, warum er eine gleichwohl erhaltene Zahlung ohne weiteres zurück zu gewähren hätte. Soweit er sich darüber hinaus verpflichtet, Zahlungen nicht anzunehmen, könnte in diesem Fall die Zahlung durch den Verwalter und die Entgegennahme durch den Schuldner als Änderung der zwischen Schuldner und Gläubiger bestehenden Pflichten aufzufassen sein. Auch daher ist nicht ersichtlich, warum auf Grundlage einer verpflichtenden Wirkung der Subordination die rangwidrig erhaltene Zahlung ohne weiteres zurück zu gewähren ist.

III. Die Einordnung der Subordination als schuldändernde Verfügung und der Hintergrund des angloamerikanischen Rechts der Forderungssubordination

Bereits oben wurde dargelegt, dass Rangklauseln häufig auch dann in Anlehnung an entsprechende Muster der angloamerikanischen Bankpraxis formuliert werden, wenn die vertraglichen Absprachen deutschem Recht unterliegen. Für die Einordnung einer angloamerikanischen Muster folgenden Subordination ist daher die rechtliche Qualifizierung nach angloamerikanischem Recht bedeutsam.⁸¹⁹ Daher könnte die im us-amerikanischen Recht zunehmend vertretene Einordnung der Subordination als merely contractual für eine Einordnung der Subordination als verpflichtender Schuldvertrag nach deutschem Recht sprechen. Gleiches gilt für die in der us-amerikanischen Literatur zur Subordination bisweilen vertretene Auffassung, durch die Subordination werde die Forderung des Nach-

⁸¹⁸ Kap. 1, C. IV.

⁸¹⁹ S. zur Orientierung am angloamerikanischen Rechtsverständnis oben Einl., C. II.

ranggläubigers gegen den Schuldner selbst nicht beeinflusst.⁸²⁰ In diesem Zusammenhang ist schließlich bedenkenswert, dass die Subordination nach amerikanischem Recht auch durch Vereinbarung zwischen Vorranggläubiger und Nachranggläubiger geschlossen werden kann,⁸²¹ was ebenfalls darauf hinweist, dass nur in diesem Verhältnis Pflichten begründet werden, die Forderung selbst aber unverändert bleibt.

Gleichwohl ist der Schluss von der Einordnung der Subordination nach amerikanischem Recht auf eine Einordnung der Subordination als verpflichtender Vertrag nach deutschem Recht abzulehnen. So ist zunächst zu bedenken, dass die Einordnung der Subordination als *merely contractual* für die nach deutschem Recht zu entscheidende Frage von Verpflichtung oder Verfügung schon deshalb nicht weiter führt, weil der angloamerikanische Rechtskreis die Unterscheidung von Verpflichtung und Verfügung vornehmlich im Immobiliarsachenrecht und, mit Einschränkungen, im Fahrnisrecht kennt,⁸²² die Unterscheidung in den aus der Perspektive des deutschen Rechts dem Schuldrecht zuzuordnenden Gestaltungen aber fragmentarisch und dogmatisch ungeklärt bleibt.⁸²³

Es kommt hinzu, dass die Rechtswirkungen der Subordination nach amerikanischem Recht historisch aus equitable assignment, equitable lien und constructive trust entwickelt wurden⁸²⁴ und damit Wurzeln aufweisen, die aus der Perspektive des deutschen Rechts Verfügungen darstellen. Gleiches gilt für die double-dividends rule und die rechtsgeschäftliche Vereinbarung eines trust: Double-dividends rule und trust stellen Abweichungen von einem rein verpflichtenden Charakter der Vertragsabsprachen dar, die ihrer Funktion nach der Verfügung nach deutschem Recht ähneln. Für die der double-dividends rule zugrundeliegende Abtretung oder Zuordnung der Konkursquote versteht sich dies von selbst; für die Vereinbarung eines trust gilt nichts anderes: Zwar mag der angloamerikanische trust durch deutsche Treuhandlehren des 15. Jahrhunderts beeinflusst sein und mit diesen gemeinsame

⁸²⁰ Calligar, Yale L.J. 70 (1961), 376, 382.

⁸²¹ Calligar, Yale L.J. 70 (1961), 376, 381; Coogan/Kripke/Weiss, Harvard Law Rev. 79 (1965), 229, 233. AA aber das Konkursgericht des östlichen Distrikts von Virginia, *In re Systems Impact Inc.*, 229 B.R. 363, 369 Bankr. Ct. E.D.Virg., 1998): Erforderlich sei die Beteiligung von Schuldner, Nachranggläubiger und Vorranggläubiger. Problematisch war in diesem Fall aber allein die nach allgemeiner Ansicht unverzichtbare Beteiligung des Nachranggläubigers.

⁸²² Eingehend Stadler, Gestaltungsfreiheit, S. 35 ff.

⁸²³ S. für die Forderungszession Stadler, Gestaltungsfreiheit, S. 44.

⁸²⁴ S. Kap. 6, B. II.

historische Wurzeln in der fideicommissio des römischen Rechts haben.⁸²⁵ Aus der Perspektive des deutschen Rechts hat die Errichtung eines trust gleichwohl verfügenden Charakter, denn das Sicherheitsinteresse des settlors wird im angloamerikanischen Recht behandelt, als wäre es ein Eigentumsrecht.⁸²⁶

Der – aus Sicht des deutschen Rechts – verfügende Charakter der Subordination zeigt sich denn auch in der Diskussion um die Einordnung der Subordination als security interest, die nach amerikanischem und nach englischem Recht überwiegend bejaht wird und nach beiden Rechtsordnungen in der Doppelinsolvenz von Schuldner und Nachranggläubiger zu einem durch UCC sec. 1-209⁸²⁷ und *Squires v. AIG*⁸²⁸ nur teilweise gelösten Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse des Vorranggläubigers und den Interessen der Gläubiger des Nachranggläubigers führt.

IV. Die verfügende Rangvereinbarung als zulässiges Rechtsgeschäft

Auch wenn gezeigt werden konnte, dass es einer übergreifenden Systembildung wie auch den Interessen der Parteien am besten entspricht, die rechtsgeschäftliche Vereinbarung eines Nachrangs so aufzufassen, dass durch sie der Inhalt der Nachrangforderung dergestalt geändert wird, dass die Erfüllbarkeit der Nachrangforderung von der Erfüllung der Vorrangforderung abhängen soll, so wäre diesem Parteiinteresse nur gedient, und auch die Systembildung nur möglich, wenn das skizzierte Rechtsgeschäft rechtsbeständig vorgenommen werden könnte. Nachfolgend sind daher mögliche rechtliche Einwände zu prüfen.

⁸²⁵ *Helmholz/Zimmermann*, *Itinera Fiducia*, S. 31 ff.

⁸²⁶ *Grundmann* in *Helmholz/Zimmermann*, *Itinera Fiducia*, S. 469, 471, 477 f.; *Swadling* in *Birks*, *English Private Law*, Bd. 1, S. 276 f. (Rn. 4.232 ff.). S. demgegenüber zur lediglich relativen Wirkung der Treuhand nach deutschem Recht *Haas/Müller*, ZIP 2003, 49, 53 f.

⁸²⁷ Dazu oben, Kap. 6, B. III. 3. b).

⁸²⁸ *Squires v. AIG*, EWCA (2006) Civ 7 Rn. 118 ff.: Der eine Rangvereinbarung ergänzende turnover trust begründe, solange er auf Mittel in Höhe der Vorrangforderung begrenzt sei, ein property right, aber keine charge.

1. Kein numerus clausus der Verfügungen und Möglichkeit zur privatautonomen Abweichung vom Grundsatz der isolierten Betrachtung von Schulden

Gegenüber möglichen Einwenden gegen eine rechtsgeschäftliche Rangvereinbarung als schuldändernde Verfügung über die Nachrangforderung ist zunächst festzuhalten, dass das deutsche Recht zwar eine begrenzte Zahl zulässiger Typen dinglicher Rechte⁸²⁹, aber keinen numerus clausus der Verfügungen kennt.⁸³⁰ Die oben skizzierte parteiautonome Schaffung eines Forderungsrangs scheidet auch nicht an dem Schuldrechtsgrundsatz der isolierten Betrachtung der Schulden. Bereits die Möglichkeit zur Vereinbarung einer Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB zeigt,⁸³¹ dass der Grundsatz isolierter Betrachtung von Schulden disponibel ist.

2. Das Verbot dinglicher Verfügungsbeschränkungen nach § 137 BGB

a) Problemaufriss

Eine zentrale Hürde für die dogmatische Einordnung der Subordination als verfügbare Inhaltsänderung, die die Erfüllbarkeit der Nachrangforderung an ein Erfüllen der Vorrangforderung knüpft, und, im Fall des spezifischen Nachrangs, die auf die in der Insolvenz vollrangig geltend zu machende Nachrangforderung entfallende Insolvenzquote dem Gläubiger der Vorrangforderung zuordnet, könnte das Verbot dinglicher Verfügungsbeschränkungen nach § 137 S. 1 BGB sein. So stellt *Andreas v. Tuhr* in seinem bereits in der Einleitung dieser Arbeit zitierten Beitrag zum Bürgenregress fest, die Absprache über ein Zurückstehen mit Forderungen könne wegen des Verbots des § 137 S. 1 BGB lediglich verpflichtend wirken.⁸³² Dieser Gedanke mag auch unausgesprochen der Ansicht zugrunde liegen, derzufolge der Rangrücktritt eine schuldändernde Verfügung sei, die dazu führe,

⁸²⁹ Dazu Soergel/Stadler, Einl. Band 14.

⁸³⁰ Bork, AT, Rn. 454; Gernhuber, Erfüllung, S. 403.

⁸³¹ Zu dieser BGH NJW 1979, 2038 f.; MünchKommBGB/Bydlinski § 428 Rn. 4 ff.; Palandt/Grüneberg § 428 Rn. 3; Staudinger/Noack (2005) § 428 Rn. 17 ff.

⁸³² V. Tuhr, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1923, 107, 110.

dass der Gläubiger die Forderung nicht geltend machen kann, der Schuldner diese aber gleichwohl erfüllen könne.⁸³³

Diesen Bedenken könnte zwar formal durch den Hinweis begegnet werden, die Subordination ändere als Verfügung den Inhalt des Rechts selbst, und sei schon deshalb von dem Verbot des § 137 S. 1 BGB nicht betroffen, doch würde damit der Streit letztlich nur auf die Ebene verlagert, ob die Subordination das Recht selbst ändert, oder ob auch einer solchen dogmatischen Qualifizierung § 137 S. 1 BGB entgegen steht. So ist in dem insofern vergleichbaren, aber gesetzlich geregelten Fall des *pactum de non cedendo* seit je streitig, ob § 399 2. Alt. BGB als gesetzliches Regel-Ausnahmeverhältnis die Vorgabe des § 137 S. 1 durchbricht,⁸³⁴ oder ob das *pactum de non cedendo* im Vorfeld des § 137 BGB eine Eigenschaft des Rechts selbst ändert, und damit § 137 hierauf ohnehin nicht anwendbar ist.⁸³⁵

b) Regelungsziel und Wertung von § 137 S. 1 BGB

§ 137 S. 1 BGB schützt die Verfügungsbefugnis gegen rechtsgeschäftliche Eingriffe und bringt damit zum Ausdruck, dass die Verfügungsmacht als Teil der Handlungsmöglichkeiten, die das subjektive Recht seinem Inhaber vermittelt, nicht zur Disposition steht.⁸³⁶ Sie sichert die Verkehrsfähigkeit von Rechten⁸³⁷ und schützt die rechtliche Handlungsfähigkeit^{838 839}. Der Entstehungsgeschichte von § 137 BGB lässt sich zudem eine freiheitsbegründende Tendenz der Vorschrift entnehmen: Die Norm will verhindern, dass Rechte durch allgemein wirksame Beschränkungen ihren freiheitssichernden Gehalt verlieren; sie steht damit in Zusammenhang mit der Abschaffung der Feudalbindungen des

⁸³³ So *Suchanek/Hagedorn*, FR 2004, 451, 452, die freilich schon im folgenden Absatz den Inhalt des Rangrücktritts unter Verweis auf *Schmidt/Weber-Grellet* § 5 Rz. 315 und *Dörner*, INF 2001, 496 als Erfüllungsmodalität beschreiben.

⁸³⁴ *Bilow* JuS 1994, 1, 4 f.; *Larenz/Wolf*, AT, § 23 Rn. 48; *Wagner* AcP 194, 451, 477 f.

⁸³⁵ So die Rechtsprechung, RGZ 136, 395, 399; BGHZ 40, 156 ff.; BGHZ 56, 275 ff.; BGHZ 70, 299, 303; BGH ZIP 1977, 1072, 1073; Aus der Literatur u. a. *Flume*, AT 2, § 17 Rn. 7; *Staudinger/Busche* (2005) § 399 Rn. 52.; *MünchKommBGB/Roth* § 399 Rn. 36. Zum Ganzen *Goergen*, *pactum de non cedendo*, S. 49.

⁸³⁶ So treffend *Chr. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, S. 49.

⁸³⁷ *Liebs*, AcP 1975, 1, 37 f.

⁸³⁸ *Jauernig*, BGB, § 137 Rn. 2.

⁸³⁹ Weitere Normzweckerwägungen und Kritik an Vielgestaltigkeit und Multifunktionalismus der zu § 137 BGB vertretenen Normzwecke bei *Chr. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, S. 61 ff.

Grundeigentums und der die Entstehung des BGB zeitlich überlagernden Auseinandersetzung um den Fideikommiss.⁸⁴⁰

c) Zur Anwendung des § 137 S. 1 BGB auf relative Forderungsrechte

Der oben skizzierte Normzweck und die historischen Hintergründe des § 137 BGB legen es nahe, § 137 S. 1 BGB auf die Änderung des Inhalts relativer Forderungsrechte durch die Parteien des Forderungsrechtes nicht anzuwenden.⁸⁴¹ Beachtlich erscheint, dass bei relativen Forderungsrechten der Inhalt der Schuld ohnehin der Parteidisposition unterliegt. Eine besondere Freiheitsbeschränkung kommt damit einer Beschränkung der Verfügungsbefugnis auch dann nicht zu, wenn diese in dem Sinne allgemein wirkt, dass auch ein Rechtsnachfolger hieran gebunden wäre. Daher ist, im Einklang mit der überwiegenden Meinung zu § 399 S. 2 BGB⁸⁴² festzuhalten, dass § 137 S. 1 BGB bei relativen Forderungsrechten einer Inhaltsänderung durch die Parteien des Schuldverhältnisses⁸⁴³ auch dann nicht entgegen steht, wenn durch diese Inhaltsänderung die Erfüllbarkeit der Forderung beschränkt wird. Dem hier vertretenen Ergebnis widerspricht auch nicht die systematische Stellung von § 137 BGB, da absolute, einer Inhaltsänderung durch Parteivereinbarung entzogene Rechte auch außerhalb des Sachenrechts existieren.⁸⁴⁴

d) Erlass von Forderungen und Rang dinglicher Rechte als Kontrollüberlegung

Die Nichtanwendbarkeit von § 137 S. 1 BGB auf die rechtsgeschäftliche Subordination relativer Forderungsrechte lässt sich durch zwei Kontrollüberlegungen stützen. So ist zum einen nach § 397 BGB selbst der vollständige Erlass einer Forderung möglich, weswegen die Begründung eines Forderungsranges als Weniger gegenüber dem Erlass erst recht keinen Bedenken begegnet. Zum Zweiten besteht, wie Eingang dieser Arbeit bereits ausführlich dargelegt wurde, unter dinglichen Rechten ein Rangverhältnis, welches grund-

⁸⁴⁰ Ausführlich zum historischen Hintergrund *Chr. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, S. 50 ff. und *HKK/Dorn* §§ 134 – 137 Rn. 44 ff.

⁸⁴¹ Vgl. auch *Chr. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, S. 332 ff.

⁸⁴² RGZ 136, 395, 399; BGHZ 40, 156 ff.; BGHZ 56, 275 ff.; BGHZ 70, 299, 303; BGH ZIP 1977, 1072, 1073; *Flume*, AT § 17 Rn. 7; *Staudinger/Busche* (2005) § 399 Rn. 52.; *MünchKommBGB/Roth* § 399 Rn. 36.

⁸⁴³ S. zu dieser wesentlichen Einschränkung *HKK/Dorn* §§ 134 – 137 Rn. 54.

⁸⁴⁴ S. RGZ 127, 197, 205 zur Nichtanwendbarkeit von §§ 399 S. 2, 413 BGB auf das Gebrauchsmusterrecht wegen dessen Charakters als absolutes Recht.

sätzlich parteiautonom geändert werden kann. Wenn aber selbst bei dinglichen Rechten, die der Bindung des § 137 S. 1 stärker unterliegen als relative Forderungsrechte, eine Rangvereinbarung möglich ist,⁸⁴⁵ so kann zumindest aus der Perspektive des § 137 BGB für relative Forderungsrechte nichts anderes gelten.

3. Zur Anerkennung privatautonom vereinbarter Erfüllungsmodalitäten im Schuldrecht

Nach der hier entwickelten Konzeption begründet die Subordination im Grundsatz ein Rangverhältnis mehrere Forderungen, indem die Erfüllbarkeit der Nachrangforderung mit der Erfüllung einer oder mehrerer Vorrangforderungen verknüpft wird. Die Subordination begründet damit eine Erfüllungsmodalität.⁸⁴⁶ Die Möglichkeit, neben der Fälligkeit auch die Erfüllbarkeit einer Forderung durch Parteivereinbarung zu beschränken ist bereits im Wortlaut des § 271 Abs. 2 BGB angelegt, der die vorzeitige Erfüllung dem Schuldner nur im Zweifel gestattet. Wird von der Zweifelsregel des § 271 Abs. 2 BGB vertraglich abgewichen, so ist die Erfüllbarkeit der Forderung ausgeschlossen. Folgerichtig spricht daher auch die grundlegende Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Vorfälligkeitsentschädigung bei vorzeitiger Tilgung eines Darlehens von einem Anspruch des Darlehensnehmers gegen den Darlehensgeber auf Vertragsänderung, wobei sich die Modifizierung des Darlehensvertrags „in der Beseitigung der vertraglichen – zeitlich begrenzten – Erfüllungssperre erschöpfe.“⁸⁴⁷ Zwar sah sich der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform nicht in der Lage, den Ansatz des Bundesgerichtshofs zu kodifizieren⁸⁴⁸, doch liegt dem, wie insbesondere *K. P. Berger* zeigen konnte,⁸⁴⁹ seinerseits ein Missverständnis des dogmatischen Ansatzes des BGH zu Grunde, sodass die abweichende Regelung der Vorfälligkeitsentschädigung durch § 490 Abs. 2 BGB die Richtigkeit der Feststellungen des Bundesge-

⁸⁴⁵ S. zum Verhältnis von Rangprinzip und § 137 S. 1 BGB *Chr. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, S. 80 f.

⁸⁴⁶ Für Erfüllungsmodalität *Klein GmbH* 2005, 663, 665, der indes kurz darauf, a.a.O.: S. 667 von Durchsetzungsmodalität der „zu surrogierenden Forderung“ spricht. Für Erfüllungsmodalität daneben *Dörner*, INF 2001, 494, 496 mit der ungenauen Formulierung, die Erfüllung (und nicht die Erfüllbarkeit) sei an den Eintritt künftiger Ereignisse geknüpft.

⁸⁴⁷ BGHZ 136, 161, 166.

⁸⁴⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 255.

⁸⁴⁹ Eingehend hierzu *MünchKommBGB/K. P. Berger* § 490 Rn. 32 f.

richtshofs zum Bestehen einer vertraglichen Erfüllungssperre und zu deren Aufhebung durch Modifizierung des Vertrages nicht infrage stellt.

V. Viertes Zwischenergebnis: Rechtsnatur und Inhalt der Subordination

1. Einführung

Der Inhalt der rechtsgeschäftlichen Subordination besteht nach alledem in einer Verknüpfung der Erfüllbarkeit der Nachrangforderung mit der Erfüllung der Vorrangforderung. Hierdurch wird der Grundsatz der isolierten Betrachtung der Schuld parteiautonom aufgehoben, und eine kollisionssteuernde Rangfolge der Erfüllbarkeit der Forderungen begründet. Allgemeiner und spezifischer Nachrang unterscheiden sich somit durch den Umfang der Vorrangforderungen. Beide wirken unmittelbar auf die Forderung und stellen damit schuldändernde Verfügungen dar.

2. Der Inhalt der Rangvereinbarung bei spezifischem Nachrang

a) Verknüpfung von Vorrangforderung und Nachrangforderung

Im Fall des Rücktritts hinter spezifische Vorrangforderungen entfaltet bereits die schlichte Vereinbarung, eine Forderung A einer anderen Forderung B unterzuordnen rechtliche Wirkungen.⁸⁵⁰ Bereits diese Vereinbarung führt dazu, dass eine Erfüllung der Nachrangforderung (Forderung A) erst möglich ist, sobald die vorrangige Forderung (Forderung B) erfüllt wurde. Auf künftigen Gewinn, Liquidationsüberschuss oder ein die sonstigen Schulden übersteigendes Vermögen kommt es hier in der Regel nicht an,⁸⁵¹ vielmehr ist die Sinnhaftigkeit einer entsprechenden Klausel beim spezifischen Rangrücktritt sorgfältig zu prüfen. Bei diesem ist das wirtschaftliche Interesse des Gläubigers der Vorrangforde-

⁸⁵⁰ Demgegenüber wird im us-amerikanischen Recht teilweise vertreten allein der Begriff „is subordinated“ sei so unbestimmt und mehrdeutig, dass ihm keine Rechtswirkung zukomme; die Absprache müsse bestimmen in welchen Fällen, in welchem Umfang und wie Lange die Unterordnung der Nachrangforderung bestehen soll. *In re Joe Newcomer*, 226 F. Supp 387, 392 (D.Colo., 1964); ebenso *Ryan*, *Banking Law J.* 105 (1988), 4. AA *Carlson*, *Vanderbilt Law Rev.* 38 (1985), 975, 991 f.; differenzierend *Gilmore*, *Security Interests*, S. 986.

⁸⁵¹ Unzutreffend daher *Kieth*, *DStR* 2006, 1763, 1765.

zung darauf gerichtet, zumindest mit Blick auf die jeweils fälligen Zins- und Tilgungszahlungen nicht mit dem Gläubiger der nachrangigen Forderung zu konkurrieren und so wirtschaftlich einen bevorrechtigten Zugriff auf den cash-flow des gemeinsamen Schuldners zu erhalten.⁸⁵² Damit einher geht in aller Regel die sogleich aufzugreifende Erwartung einer erhöhten Quote in der Insolvenz. Die Vereinbarung der Erfüllbarkeit aus sonstigem freien Vermögen würde den wirtschaftlichen Zweck des spezifischen Nachrangs in diesen Konstellationen konterkarieren.

b) Spezifischer Nachrang und Zuordnung der Insolvenzquote an den Vorranggläubiger

Die Verknüpfung der Erfüllbarkeit der Nachrangforderung mit der Erfüllung einer spezifischen Vorrangforderung führt zu besonderen Problemen im Verteilungsverfahren der Insolvenz, wenn neben der Vorrangforderung weitere gleichrangige Verbindlichkeiten des Schuldners existieren, und diesen gegenüber die Nachrangforderung nicht nachrangig sein soll. Hier entspricht es den Parteiinteressen, den Nachrang so zu verstehen, dass die nachrangige Forderung im Insolvenzverfahren als vollrangig zu berücksichtigen ist, die Quote aber dem Gläubiger der Vorrangforderung gebühren soll. Rechtstechnisch ließe sich die spezifische Subordination damit durch die Kombination eines durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens auflösend bedingten Nachrangs und einer Vorausabtretung der auf die Forderung entfallenden Insolvenzquote erfassen, doch erscheint als gleichermaßen möglich, die rechtsgeschäftliche Subordination unter begrenzte Vorrangforderungen in der Insolvenz des Schuldners unmittelbar als Zuordnung der auf die Nachrangforderung entfallenden Insolvenzquote an den Gläubiger der Vorrangforderung aufzufassen. Hierauf ist bei den Folgen der Subordination in der Insolvenz des Schuldners zurück zu kommen.

3. Der Inhalt der Rangvereinbarung bei allgemeinem Nachrang

Im Grundsatz gilt der Zusammenhang von der Erfüllbarkeit der Nachrangforderung und der Erfüllung der Vorrangforderungen für den allgemeinen Rangrücktritt in gleicher Weise. Auch hier ist die Erfüllung der Forderung daher möglich, wenn alle anderen Verbindlichkeiten des Schuldners - denn diese bilden im Fall des allgemeinen Rangrücktritts die Vorrangforderungen - erfüllt wurden. Daneben sind weitere Absprachen und damit die

⁸⁵² S. dazu und zu weiteren Gründen für die Vereinbarung eines spezifischen Nachrangs oben, Kap. 5, B.

Vereinbarung einer Erfüllbarkeit in weiteren Konstellationen möglich⁸⁵³ und weit verbreitet. Dabei ist aber stets die ursprüngliche Verknüpfung der Erfüllbarkeit der Nachrangforderung mit der Erfüllung der Vorrangforderungen zu beachten. So ist insbesondere im Falle eines Liquidationsüberschusses die Erfüllbarkeit der nachrangigen Forderung ohne weiteres gegeben: Da bei Bestehen eines Liquidationsüberschusses die anderen Forderungen – und damit auch alle Vorrangforderungen – denknotwendig bereits erfüllt wurden, folgt die Erfüllbarkeit der nachrangigen Forderung aus Liquidationsüberschuss unmittelbar aus dem Inhalt der Nachrangvereinbarung, ohne dass es hierzu weiterer Absprachen bedürfte.⁸⁵⁴ Die Vereinbarung einer Erfüllbarkeit auch aus künftigen Bilanzgewinnen oder sonstigem freien Vermögen stellt indessen eine echte Erweiterung der Erfüllbarkeit gegenüber dem allgemeinen Nachrang dar. Eine solche Erweiterung ist in aller Regel sinnvoll, da andernfalls die nachrangige Forderung erst dann erfüllt werden könnte, wenn die vorrangigen Forderungen tatsächlich erfüllt wurden,⁸⁵⁵ während so Erfüllbarkeit bereits dann eintritt, wenn die Vorrangforderungen zwar nicht erfüllt wurden, das gegenwärtige Vermögen des Schuldners für eine Erfüllung der Vorrangforderungen aber ausreicht. Der Formulierungsvorschlag von *Janssen* für einen „einfachen“ Rangrücktritt⁸⁵⁶ ist daher abzulehnen.

⁸⁵³ OLG Düsseldorf NJW 1997, 1455; *Uhlenbruck* § 19 Rn. 75.

⁸⁵⁴ Ungenau der BFH, der wegen der Erfüllbarkeit aus künftigen Gewinnen, Liquidationsüberschuss und freiem Vermögen von veränderter Rangordnung ausgeht, BFHE 170, 449, 451.

⁸⁵⁵ Im Ergebnis ebenso *Habersack*, ZGR 2000, 3834, 404.

⁸⁵⁶ *Jansen*, BB 2005, 1895.

4. Teil: Folgerungen aus der dogmatischen Einordnung

Nachdem die Subordination von Forderungen als einheitliches Rechtsinstitut identifiziert und Rechtsnatur, Grundstruktur und Inhalt dieses Rechtsgeschäfts bestimmt werden konnten, gilt es nun, mit der Forderungssubordination verbundene Zweifelsfragen zu untersuchen. Im Rahmen dieser Arbeit können freilich nicht sämtliche Probleme der Forderungssubordination dargestellt werden. Statt dessen gilt es, exemplarische Fragen auszuwählen, um so den Nutzen der dogmatischen Einordnung zu erproben. Der besondere Reiz der Untersuchung folgt dabei aus dem Zusammentreffen der großen praktischen Bedeutung rechtsgeschäftlicher Subordination mit der überaus fragmentarischen gesetzlichen Regelung dieses Rechtsinstituts. Fehlt es somit an unmittelbar einschlägigen Leitvorgaben des Gesetzgebers, so kommt der Aufgabe, die aus der dogmatischen Einordnung der Subordination zu gewinnenden Erkenntnisse bei der Lösung der rechtspraktischen Fragen zur Entfaltung zu bringen, besondere Bedeutung zu. Gleichzeitig ist zu versuchen, mit der Subordination vergleichbare Rechtsinstitute zu identifizieren, um dort gesetzlich vorgegebene Regeln als potentielle Rechtsquelle für Fragen der Forderungssubordination zu erschließen.

Bereits ein flüchtiger Blick in das Bürgerliche Gesetzbuch zeigt indes, dass ein einzelnes, mit der rechtsgeschäftlichen Subordination in allen Aspekten vergleichbares, aber gesetzlich ausführlicher geregeltes Rechtsinstitut nicht besteht. Statt dessen sind für unterschiedliche Aspekte der Forderungssubordination die Wertungen und Rechtsregeln verschiedener Rechtsinstitute heranzuziehen. So sind für Fragen nach der Rangwirkung die Regeln über gesetzliche Rangverhältnisse in den Blick zu nehmen, und für Fragen nach Form und Voraussetzungen des Vertragsschlusses kann das Recht des Schuldverhältnisses herangezogen werden, da hier die Verfügung den Gläubiger noch stärker belastet als beim Nachrang. Für Fragen, die das Verhältnis von Vorrangforderung, Nachrangforderung und Schuldner betreffen, mag sich, da der Nachrang die Stellung des Gläubigers der Vorrangforderung verbessern soll, ein Blick auf die Regeln über das Forderungspfand lohnen, und zur Bestimmung des Verhältnisses von Verkehrsschutz der Nachrangforderung und Subordination als Ausdruck der Privatautonomie können auch weiterhin Parallelen zum *pactum de non cedendo* gezogen werden. Ob ein Analogieschluss möglich ist, ist dabei freilich für jeden Einzelfall erneut und getrennt zu prüfen.

9. Kapitel: Zivilrechtliche Folgerungen

A. Entstehende Rechtsverhältnisse, Trennungsgrundsatz und Abstraktionsprinzip: Subordination und Subordinationsabrede

I. Zur weiteren Charakterisierung der Subordination

1. Einleitung

Betrachtet man als Grundfall einer Rangvereinbarung die Subordination einer Forderung unter eine andere Forderung, so vereinbaren Schuldner und Gläubiger der Nachrangforderung, dass die Nachrangforderung im Rang hinter die Vorrangforderung zurücktritt. Vorbehaltlich weiterer Absprachen schaffen die Parteien der Subordination allein durch die Rangvereinbarung eine Erfüllungsmodalität der Nachrangforderung mit dem Inhalt, dass eine Erfüllung der Nachrangforderung erst möglich ist, wenn die Vorrangforderung erfüllt wurde.

Um die hieraus folgenden Rechtsverhältnisse und deren gegenseitige Verknüpfung zu erfassen, ist nachfolgend zunächst die Subordination genauer zu untersuchen. Zu klären ist zum einen, ob die Subordination zugleich eine (partielle) Veräußerung der Nachrangforderung darstellt und damit die Parteien durch die Subordination auch im engeren Sinn über die Nachrangforderung verfügen.⁸⁵⁷ Zum anderen ist zu prüfen, ob die Subordination ein abstraktes, oder ein kausales Rechtsgeschäft darstellt.

2. Zur Klassifizierung des Verfügungscharakters der Subordination

Für den Inhalt des spezifischen Rangrücktritts konnten bisher zwei Festlegungen getroffen werden. Zum einen wurde als Grundprinzip rechtsgeschäftlicher Rangvereinbarungen über Forderungen die Verknüpfung der Erfüllbarkeit der Nachrangforderungen mit der

⁸⁵⁷ S. eingehend zur Veräußerung als Merkmal der Verfügung im engeren Sinne einerseits und der wirksamkeitsbezogenen Verfügung im weiteren Sinne andererseits *Chr. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, S. 7 ff.

vorhergehenden Erfüllung der Vorrangforderungen dargelegt. Diese Verknüpfung ändert zwar den Inhalt des Forderungsrechtes und stellt deshalb eine Verfügung dar. Es handelt sich hierbei aber nicht um die Übertragung des Rechtes oder eines Rechtes an dem Recht: Die Erfüllbarkeitssperre der Nachrangforderung begründet kein Zugriffsrecht des Gläubigers der Vorrangforderung; der durch sie vermittelte Schutz erschöpft sich darin, dass eine andernfalls mögliche Kollision der Vorrangforderung mit der Nachrangforderung ausgeschlossen ist. Demgegenüber stellt eine Zuordnung der auf die Nachrangforderung entfallenden Konkursquote an den Vorranggläubiger eine Veräußerung dar, da hierdurch der Gläubiger ein - wenn auch auf Insolvenz und Liquidation begrenztes - Zugriffsrecht erhält.

3. Die Subordination als abstrakte Verfügung

Verfügungen sind nach deutschem Recht in der Regel abstrakt, tragen ihren Rechtsgrund also nicht in sich selbst. Nicht zuletzt aus Gründen des Verkehrsschutzes führen Fehler des Rechtsgrundes damit nicht automatisch zur Unwirksamkeit der Verfügung als solcher, die rechtsgrundlos geleistete Verfügung kann aber gegebenenfalls durch die Leistungskondition zurückgefordert werden.⁸⁵⁸

II. Die entstehenden Rechtsverhältnisse

Im Bereich der Subordination sind somit vier Rechtsgeschäfte zu unterscheiden. Erstens das der Vorrangforderung zugrunde liegende Schuldverhältnis, zweitens das der Nachrangforderung zugrunde liegende Schuldverhältnis, drittens die rechtsgeschäftliche Subordination als abstrakte Verfügung über die Nachrangforderung und viertens das Rechtsgeschäft, welches den Rechtsgrund der Subordination bildet. Dieses soll nachfolgend als Subordinationsabrede bezeichnet werden.

⁸⁵⁸ Dazu *Stadler*, Gestaltungsfreiheit, S. 23.

B. Parteien und Voraussetzungen des Vertragsschlusses

Sind somit die entstehenden Rechtsverhältnisse aufgeführt, so gilt es, als nächstes das die Subordination begründende Rechtsgeschäft nach Art, Voraussetzungen und Parteien zu bestimmen.

I. Rechtsgeschäftliche Subordination als formfreies zweiseitiges Rechtsgeschäft

I. Subordination und Vertragsprinzip

Was zunächst die Art des Rechtsgeschäfts angeht, so entspricht es der ganz herrschenden, durch den Wortlaut und die Gesetzesbegründung zu § 39 Abs. 2 InsO gestützten Meinung, dass die rechtsgeschäftliche Subordination einer Forderung durch Vertrag erfolgt. Sie erfordert daher eine mindestens zweiseitige Vereinbarung⁸⁵⁹ und die einseitige Erklärung eines Rangrücktrittes ist unbehelflich. Die in neuerer Zeit und mit sehr beachtlichen Argumenten für den Erlass einer Forderung vorgetragene Möglichkeit des einseitigen Verzichts,⁸⁶⁰ die nach dieser Ansicht bereits de lege lata durch teleologische Reduktion des § 311 Abs. 1 BGB zu erreichen ist,⁸⁶¹ kann für die Subordination nicht herangezogen werden. Denn während für das Vertragsprinzip beim Erlass von Forderungen neben dem formalen Gleichlauf mit der Begründung der Forderung⁸⁶² allein der Schutz des Schuldners vor der Aufdrängung einer Wohltat durch den Verzichtenden⁸⁶³ streitet, kann die Subordination den Schuldner auch negativ betreffen: Erlass und Subordination schließen die Erfüllung der Forderung aus, doch während der Erlass mit dem Ausschluss der Erfüllung den Schuldner zugleich von der Schuld selbst befreit, knüpft die Subordination die Erfüllbar-

⁸⁵⁹ Insoweit zutreffend *Schrell/Kirchner*, BKR 2004, 212, 216 f., s. aber zu der dort ebenfalls behandelten Frage, ob die Vereinbarung eines spezifischen Nachrangs insolvenzfest auch zwischen Gläubiger der Nachrangforderung und Gläubiger der Vorrangforderung vereinbart werden kann unten, Kap. 9, B. II. 3. S. des weiteren zur dreiseitigen Vereinbarung einer Subordination zwischen Vorranggläubiger, Nachranggläubiger und Schuldner ebenfalls unten, Kap. 9, B. II. 4.

⁸⁶⁰ Eingehend und mit zahlreichen weiteren Nachweisen *Kleinschmidt*, Verzicht, S. 259 ff.

⁸⁶¹ *Kleinschmidt*, Verzicht, S. 316 ff.; *Zimmermann*, AcP 202 (2002), 243, 270. Mit Blick auf den Wortlaut des § 397 BGB aA *Staudinger/Rieble* (2005) § 397 Rn. 5.

⁸⁶² Hiergegen zutreffend *Kleinschmidt*, Verzicht, S. 262 ff.

⁸⁶³ So *Kleinschmidt*, Verzicht, S. 276 ff. Für den Bereich der Patronatserklärungen aA *Koch*, Patronatserklärung, S. 554 ff., insbes. 557 ff.

keit der Forderung an die Erfüllung der Vorrangforderung. Sie schließt die Erfüllbarkeit damit nur vorübergehend aus und lässt die Schuld im übrigen unberührt, wodurch der Schuldner schon wegen eines gegebenenfalls fortgesetzten Zinslaufs beeinträchtigt sein kann. Für die Subordination ist daher auch im Lichte neuerer Erlassentheorien am Vertragserfordernis festzuhalten. Allerdings kann, soweit eine Annahme des Rangrücktritts wenigstens konkludent erfolgt, auch die Nachrangvereinbarung nach der Vorschrift des § 151 BGB unter Verzicht auf den Zugang der Annahme zu Stande kommen.⁸⁶⁴

2. Form und Zeit des Vertragsschlusses

Für die rechtsgeschäftliche Subordination einer Forderung bestehen außerhalb von § 16 Abs. 3 DMBilG keine ausdrücklichen gesetzliche Formvorschriften. Da selbst der die Rechtsstellung des Gläubigers stärker beeinträchtigende Erlass einer Forderung formfrei erklärt werden kann,⁸⁶⁵ ist gegenüber der analogen Heranziehung gesetzlicher Formvorschriften a maiore ad minus Zurückhaltung geboten. Beachtlich sind vertragliche Formvereinbarungen, doch werden sich solche Vereinbarungen für die Subordination selten ausdrücklich finden. Soweit der die Forderung begründende Vertrag den Erlass und die Abtretung der Forderung an bestimmte Formerfordernisse knüpft, ist durch Auslegung dieses Vertrages zu bestimmen, ob das Formerfordernis auch die Subordination der Forderung erfassen soll. Entgegen dem etwas missverständlichen Wortlaut von § 39 Abs.2 InsO („im Insolvenzverfahren vereinbart“), kann ein rechtsgeschäftlicher Nachrang schließlich grundsätzlich jederzeit vereinbart werden.⁸⁶⁶

⁸⁶⁴ *Merz/Hübner*, DStR 2005, 802, 805; *Wittig*, NZI 2001, 169, 171.

⁸⁶⁵ RGZ 53, 294, 296; *Staudinger/Rieble* (2005) § 397 Rn. 134; *MünchKommBGB/Schlüter* § 397 Rn. 2.

⁸⁶⁶ Dazu *Uhlenbruck* § 39 Rn. 13.

II. Die Parteien der Subordination

1. Einführung und Problemaufriss

Im Folgenden ist zu untersuchen, wer Partei einer Subordination sein kann und sein muss. Diese Frage wird zum einen dadurch erschwert, dass mit Schuldner, Vorranggläubiger und Nachranggläubiger immer mindestens drei potentielle Vertragsparteien vorhanden sind. Zusätzlich ist zu beachten, dass im Falle des allgemeinen Nachrangs eine unbestimmte Vielzahl künftiger Vorranggläubiger existiert und schließlich ist daran zu erinnern, dass nach den Ergebnissen der vorliegenden Arbeit die rechtsgeschäftliche Subordination von Forderungen eine schuldrechtliche Verfügung darstellt, weswegen nach der von der Literatur zunehmend kritisierten ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch ein Vertragsschluss zu Gunsten Dritter nicht in Betracht kommt.

2. Der Nachranggläubiger als notwendige Partei der rechtsgeschäftlichen Subordination

Am einfachsten lässt sich die notwendige Beteiligung des Nachranggläubigers als Partei der rechtsgeschäftlichen Subordination begründen: Durch die Subordination wird die Erfüllbarkeit der ihm zustehenden Forderung begrenzt. Zudem findet, soweit ein spezifischer Nachrang begründet wird und die Parteien eine Zuordnung der künftigen Insolvenzforderungen an den Vorranggläubiger vereinbaren, eine Veräußerung der Nachrangforderung statt. Die Subordination setzt daher die Beteiligung des Nachranggläubigers voraus, doch ist sowohl Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB als auch Einwilligung und Genehmigung nach § 185 BGB möglich.

3. Der Schuldner als Partei der Rangvereinbarung

Im Gegensatz zur augenfälligen Notwendigkeit des Mitwirkens des Nachranggläubigers ist es weit schwieriger, zu ermitteln, ob auch der Schuldner notwendige Partei einer Rangvereinbarung ist. So wird auch für die Rangvereinbarung nach deutschem Recht bisweilen festgestellt, der spezifische Nachrang werde durch vertragliche Vereinbarung mit

dem Unternehmen oder zwischen den einzelnen Kapitalgebern erreicht.⁸⁶⁷ Allerdings enthält § 39 Abs. 2 InsO einen Hinweis auf eine notwendige Beteiligung des Schuldners, doch ist nicht von vorneherein auszuschließen, dass die Vereinbarung des Nachrangs zwischen Nachranggläubiger und Schuldner nach § 39 Abs. 2 InsO in erster Linie dazu dient, die Vereinbarung einen allgemeinen Nachrangs trotz der Vielzahl potentieller Vorranggläubiger zu ermöglichen. In diesem Fall wäre zumindest im Fall des spezifischen Nachrangs der Weg zum Vertragsschluss zwischen Nachranggläubiger und Vorranggläubiger ohne Beteiligung des Schuldners durch § 39 Abs. 2 InsO nicht verschlossen. Für eine Forderungssubordination ohne Beteiligung des Schuldners könnte zudem sprechen, dass nach deutschem Recht auch Abtretung und Verpfändung von Forderungen ohne Mitwirkung des Schuldners wirksam vereinbart werden können, wobei allerdings im Falle der Verpfändung nach § 1280 BGB die Anzeige der Verpfändung an den Schuldner – nicht aber dessen Zustimmung – für die Wirksamkeit der Verpfändung konstitutiv ist.⁸⁶⁸ Der Schutz des Schuldners könnte durch analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 407, 1070, 1275 erreicht werden, in deren Folge der Gläubiger der Vorrangforderung dem Schuldner die fehlende Erfüllungbarkeit nicht entgegen halten könnte.

Gleichwohl sprechen die besseren Gründe für eine notwendige Beteiligung des Schuldners an der Vereinbarung sowohl eines allgemeinen als auch eines spezifischen Nachrangs. Insoweit ist insbesondere an die zur Geltung des Vertragsprinzips vorgetragene Überlegungen zu erinnern: Indem die Rangvereinbarung nach der hier vertretenen Theorie als inhaltsändernde Verfügung die Erfüllungbarkeit der Nachrangforderung unmittelbar begrenzt, wirkt sie zu Gunsten und zu Lasten des Schuldners, dem bei möglicherweise fortdauerndem Zinslauf die Möglichkeit genommen ist, sich von der nachrangig fortbestehenden Schuld durch Erfüllung zu befreien. Dessen Interesse, nur Schulden unterworfen zu sein, deren Erfüllbarkeitsmodalitäten er selbst vereinbart oder genehmigt hat, ist anzuerkennen. Die Beteiligung des Schuldners entspricht zudem der zum *pactum de non cedendo* überwiegend vertretenen Auffassung: Auch für den Ausschluss der Übertragbarkeit einer Forderung oder, im Falle der §§ 413, 399 BGB, eines sonstigen Rechts soll die Vereinba-

⁸⁶⁷ *Weinauer*, FS Mailänder, S. 441, 451.

⁸⁶⁸ BGHZ 137, 267, 278.

zung der Übertragungsbeschränkung den am Recht Beteiligten vorbehalten bleiben,⁸⁶⁹ während ein von Dritten vereinbarter, unmittelbar wirkender Ausschluss der Erfüllbarkeit als Verfügungsbeschränkung im Sinne von § 137 BGB anzusehen, und daher unwirksam wäre.⁸⁷⁰

Von einer Beteiligung des Schuldners ist auch dann auszugehen wenn, wie es insbesondere in den Fällen der Finanzplandarlehen erfolgen kann, die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder in einer Nebenabrede den Rangrücktritt vereinbarungsgemäß zu gewährender Darlehen verabreden. Die Gesellschafter handeln in diesen Fällen sowohl in eigener Funktion, als auch als Gesellschaftsorgan.

4. Der Vorranggläubiger als Partei der Rangvereinbarung

Somit ist schließlich die Stellung des Vorranggläubigers bei Abschluss der Subordinationsvereinbarung zu untersuchen. Diesbezüglich ist zwischen dem allgemeinen und dem spezifischem Nachrang zu unterscheiden. Bei der Vereinbarung eines spezifischen Nachrangs mit Zuordnung der Insolvenzquote an den Vorranggläubiger ist zumindest auf der Basis der Rechtsprechung die Mitwirkung des Vorranggläubigers essentiell. Insoweit ist beachtlich, dass die Subordination in diesem Falle eine Verfügung mit zu Gunsten des Vorranggläubigers veräußerndem Charakter darstellt und nach der ständigen Rechtsprechung Verfügungen zu Gunsten Dritter nach deutschem Recht nicht anzuerkennen sind.⁸⁷¹ Da nach den oben getroffenen Feststellungen auch Schuldner und Nachranggläubiger Partei der Vereinbarung sind, handelt es sich notwendig um eine mindestens dreiseitige Vereinbarung.

Demgegenüber ist eine Beteiligung der Vorranggläubiger an der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung eines allgemeinen Nachrangs schwieriger darzustellen. Insofern ist beachtlich, dass die Zahl der Vorranggläubiger im Fall des allgemeinen Nachrangs schwer zu

⁸⁶⁹ *Chr. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, S. 255, 334 f.; *HKK/Dorn* §§ 134 – 137 Rn. 54 sowie *Goergen*, pactum de non cedendo, S. 46 f.

⁸⁷⁰ Zutreffend für das pactum de non petendo *HKK/Dorn* §§ 134 – 137 Rn. 54 mit Verweis auf die Zweite Kommission, Protokolle, Bd. II., S. 257.

⁸⁷¹ So bereits RGZ 66, 97,99; RGZ 124, 218; BGHZ 41, 95; BGHZ 126, 261, 266 und NJW 1993, 2617. Zur berechtigten Kritik an dieser Rechtsprechung s. *Bayer*, Vertrag z.G. Dritter, S. 194 ff. mit zahlr. weit. Nachw.

übersehen ist. Soweit man auch hier mit der Rechtsprechung die Verfügung zu Gunsten Dritter ablehnt, käme allenfalls eine Vereinbarung nach den Grundsätzen einer Erklärung ad incertis Personas in Betracht.

Ein Vertragsschluss mittels einer Erklärung ad incertis personas spielt vor allem im Bereich der harten Patronatserklärung eine wesentliche Rolle. Typischer Ausgangspunkt ist hierbei eine Finanzausgabe durch eine Muttergesellschaft an die Gläubiger der Tochtergesellschaft.⁸⁷² Die Einordnung des Vertrages reicht von der Annahme eines einseitigen Leistungsversprechens nach Art der Auslobung⁸⁷³ über die rechtsgeschäftliche Haftungszusage⁸⁷⁴, welche einer Annahme durch die andere Partei bedarf,⁸⁷⁵ bis hin zu der Auffassung, einer an die Allgemeinheit gerichteten Patronatserklärung fehle mangels Rechtsbindungswillens schon der rechtsgeschäftliche Charakter.⁸⁷⁶ Harte Patronatserklärung ad incertis personas und rechtsgeschäftliche Rangvereinbarung mit allgemeinem Nachrang weisen insoweit Parallelen auf, als in beiden Konstellationen eine nur schwer zu übersehende Vielzahl von Gläubigern angesprochen werden soll. Nicht zu übersehen sind indes auch die Unterschiede: Während bei der Patronatserklärung eine Finanzierungszusage im Raum steht, begründet die Subordination gerade keine schuldrechtlichen Ansprüche. Zudem soll bei der Vereinbarung des allgemeinen Nachrangs die Verfügung über die Nachrangforderung gegenüber allen gegenwärtigen und künftigen Gläubigern einheitlich und zeitgleich erfolgen. Auch ist eine Annahme der Subordination durch die außen stehenden Gläubiger zumindest dann nicht zu konstruieren, wenn deren Forderung nichtvertraglicher Natur ist oder diese von der Subordination keine Kenntnis haben. Richtig erscheint es daher, der Vorgabe von § 39 Abs. 2 InsO entsprechend, die Vereinbarung eines allgemeinen Nachrangs als Rechtsgeschäft zwischen Nachranggläubiger und Schuldner aufzufassen.

⁸⁷² Habersack, ZIP 1996, 257 f.; Koch, Patronatserklärung, S. 77 ff.

⁸⁷³ U. H. Schneider, ZIP 1989, 619, 624.

⁸⁷⁴ Habersack, ZIP 1996, 257, 259 f.; Koch, Patronatserklärung, S. 544 ff.

⁸⁷⁵ Habersack, ZIP 1996, 257, 260 ff.; Koch, Patronatserklärung, S. 550 ff., 572 ff.

⁸⁷⁶ Larenz/Canaris, SchuldR II/2, S. 84.

III. Zum Erfordernis der Verfügungsbefugnis auf Seiten des Nachranggläubigers

Als Verfügung setzt die Subordination die Verfügungsbefugnis des künftigen Nachranggläubigers voraus. Als Inhaber der Forderung ist der Gläubiger in der Regel verfügungsbefugt,⁸⁷⁷ doch folgt daraus zugleich, dass die Subordination einer fremden Forderung nur nach § 185 BGB möglich ist. Eine Subordination verpfändeter Forderungen ist nach § 1276 Abs. 2 BGB an die Zustimmung des Pfandrechtsinhabers gebunden, da die Subordination die verpfändete Forderung wirtschaftlich und rechtlich negativ betrifft und damit den Wert des Pfandes beeinträchtigt.

IV. Der Rechtsbindungswille der Parteien und die Auslegung entsprechender Willenserklärungen

Dem Inhalt des Rechtsgeschäfts entsprechend, muss der Vertragsschluss von übereinstimmenden Verfügungswillen der Beteiligten begleitet werden. Dabei kann der Nachrang auch konkludent vereinbart werden⁸⁷⁸, doch muss der Verfügungswille klar zum Ausdruck kommen. Nicht ausreichend ist die Hingabe von Mitteln durch Gesellschafter in Kenntnis der Überschuldung⁸⁷⁹; kritisch ist aus der Perspektive des hier ermittelten Inhalts der Rangvereinbarung die BGH ZIP 1982, 563, 565 zugrunde liegende Vertragsklausel: „Solange der Darlehensnehmer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten die Darlehen des Darlehensgebers benötigt, ist eine Kündigung ausdrücklich ausgeschlossen“. Soweit hier nicht ein Fall der *falsa demonstratio* festgestellt werden kann, scheint eine Einordnung als Subordination kaum möglich.

Besondere Probleme bereiten schließlich die Fälle gesplitteter Einlagen und sonstige Finanzplanabreden. Diesbezüglich ist bereits festgestellt worden, dass auch in diesen Konstellationen der eigenkapitaltypische Nachrang auf rechtsgeschäftlicher Subordination beruht. Damit ist indes auch insoweit an den Rechtsbindungswillen der Parteien anzuknüp-

⁸⁷⁷ S. aber auch BGH ZIP 2003, 1641, 1643: Den Parteien fehle die Dispositionsbefugnis über Einlageforderungen stiller Gesellschafter, wenn die Bankaufsicht das Betreiben des Geschäfts verboten habe. Der BGH sah die nachträglich vereinbarten Rangrücktritte deshalb für unwirksam an.

⁸⁷⁸ *Priester* DB 1977, 2432; *Staudinger/Hopt/Mülbert*, 12. Auflage 1989, § 607 Rn. 144.

⁸⁷⁹ Ebenso *Fichtelmann*, *Unternehmensanierung*, S. 39; *Staudinger/Hopt/Mülbert*, 12. Auflage 1989, § 607 Rn. 144; aA *Lutter/Hommelhoff/Timm*, BB 1980, 737.

fen, und die Funktion des Darlehens ist nur insofern beachtlich, als sich aus ihr der Rechtsbindungswille erschließt.⁸⁸⁰

⁸⁸⁰ Hierzu eingehend Gottwald/*Haas* § 92 Rn. 527 f.

C. Die Subordination als Verknüpfung von Vorrangforderung und Nachrangforderung

Fragen nach dem Umfang der Vorrangforderung, der nur Teile der Nachrangforderung erfassenden oder sonst mit Bedingungen versehenen Subordination sind Fragen nach den Möglichkeiten einer Verfügung über die Nachrangforderung. Bei ihrer Beantwortung sind daher die Wertungen der Vorschriften über den Erlass und über die Abtretung einer Forderung in dem Blick zu behalten, da beide die Möglichkeiten der Verfügung über eine Forderung gesetzlich vorzeichnen.

I. Subordinierte Forderung und Bezugsforderung als Eckpunkte der Forderungssubordination und die Geltung des Bestimmtheitsgrundsatzes

Der Umfang der Vorrangforderung bestimmt die Erfüllbarkeit der Nachrangforderung. Die Vorrangforderungen sind deshalb möglichst genau zu bezeichnen.⁸⁸¹ Gleiches gilt für die von der Subordination unmittelbar betroffenen Nachrangforderungen.⁸⁸² Soweit eine Forderung einem Nachrang unterliegt, ist aber davon auszugehen, dass hiervon ein Rückzahlungsanspruch nach Kündigung des Darlehensvertrages⁸⁸³ ebenso betroffen sein soll, wie möglicherweise an die Stelle eines vertraglichen Rückzahlungsanspruchs tretende Ansprüche nach Bereicherungsrecht. Die Fragen, ob auch eine Subordination von Teilforderungen und unter Teilforderungen möglich ist, und ob auch eine Subordination von künftigen und unter künftige Forderungen erfolgen kann sind nachfolgend aufzugreifen. Zunächst ist jedoch der Frage nachzugehen, ob im Falle der Subordination unter eine be-

⁸⁸¹ Ein aktuelles Beispiel für die Schwierigkeiten, bei komplex strukturierten Finanzierungen den Umfang der Vorrangforderungen zu bestimmen, bildet die Auseinandersetzung verschiedener Gläubiger im Rahmen des Reorganisationsverfahrens von Enron, s. *In re Enron Creditors Recovery Corp.*, 370 B.R. 64, 72 ff. (Bankr.Ct. S.D.N.Y., 2007). Anders *K. Schmidt*, DB 2006, 2503, dessen Bemühen um eine normative Prägung des Rangrücktritts und, damit verbunden, um die Möglichkeit unspezifischer Rangrücktritte in erster Linie der Vermeidung unwirksamer Absprachen dient.

⁸⁸² Die durch eine unklare Bezeichnung der Nachrangforderung auftretenden Probleme illustriert *In re Olympic Mills Corp.*, 477 F3d., 1, 12 ff. (1st Cir. 2007): Hier war unter anderem streitig, ob auch die von dem Nachranggläubiger zeitlich nach Abschluss der Rangvereinbarung neu ausgereichten Darlehen von der Subordination betroffen waren.

⁸⁸³ Hierzu dezidiert aA *Kaiser*, DB 2001, 1543, 1544.

stimmte Vorrangforderung die nachträgliche Ausweitung dieser Forderung ohne entsprechende Absprache möglich ist. Die hier zutage tretende Interessenkollision löst für das Pfandrecht die Vorschrift des § 1210 BGB, und die Norm sollte auf den spezifischen Nachrang analog angewendet werden, wobei für Rangrücktritt wie Pfandrecht gilt, dass abweichenden Parteivereinbarungen der Vorrang vor der gesetzlichen Regel gebührt.

II. Subordination von Teilforderungen und unter Teilforderungen

Einer Subordination von Teilforderungen steht nichts entgegen, solange die Forderung teilbar ist. In diesem Fall bleibt der nicht subordinierte Forderungsteil erfüllbar. Ebenso unbedenklich erscheint die Subordination unter Teilforderungen. Hier kann die nachrangige Forderung erfüllt werden, wenn die Vorrangforderung in der in der Subordination vereinbarten Höhe erfüllt wurde. Allerdings sind auch hier eindeutige Absprachen erforderlich, und der jeweilige Forderungsteil muss bestimmbar sein.

III. Subordination von künftigen Forderungen und unter künftige Forderungen

1. Subordination künftiger Forderungen

Die Möglichkeit einer Verfügung über künftige Rechte folgt als *argumentum a fortiori* aus § 185 Abs. 2 BGB⁸⁸⁴ und entspricht für die Zession allgemeiner Meinung.⁸⁸⁵ Daher spricht nichts dagegen, auch eine Subordination künftiger Forderungen zuzulassen, solange die Bestimmbarkeit der Forderung gewährleistet ist.⁸⁸⁶ Entsprechend der für die Abtretung

⁸⁸⁴ Grundlegend v. *Tuhr*, DJZ 1904, 426, 427; daneben *Palandt/Grüneberg* § 398 Rn. 11.

⁸⁸⁵ RGZ 55, 334, 335 f.; RGZ 67, 166, 167; BGHZ 7, 365, 367. Aus jüngerer Zeit etwa BGH NJW-RR 2003, 1690, 1691 und aus der Literatur exemplarisch *Staudinger/Busche* (2005) § 398 Rn. 63 ff.; *Eidenmüller, AcP* 204 (2004), 457, 463 sowie *Palandt/Grüneberg* § 398 Rn. 11 ff.; einschränkend *MünchKommBGB/Roth* § 398 Rn. 79 ff., 87 f.

⁸⁸⁶ Ein Beispiel bildet die Entscheidung BGH NJW 1987, 1697, 1698, in welcher der Bundesgerichtshof ohne weitere Problematisierung von der Möglichkeit der Subordination der aus der Stellung einer Bürgschaft durch den Gesellschafter resultierenden Freistellungs- und Aufwendungsersatzansprüche ausgegangen ist, die zwar mit Stellung der Bürgschaft begründet, aber nur nach Maßgabe des § 775 BGB fällig sind.

künftiger Forderungen diskutierten Abgrenzung⁸⁸⁷ entsteht die Forderung mit dem vereinbarten Rang, wenn ihr Rechtsgrund im Zeitpunkt der Subordination bereits gelegt war,⁸⁸⁸ während die Forderung andernfalls für eine juristische Sekunde vollrangig entsteht, aber sofort der Subordination unterworfen ist.⁸⁸⁹

2. Subordination unter künftige Forderungen

Grundsätzlich kommt auch eine Subordination unter künftige Forderungen in Betracht, wie das durch § 39 Abs. 2 InsO gesetzlich anerkannte Beispiel des allgemeinen Rangrücktritts, aber auch der Finanzplankredit und eigenkapitalähnliche Nachrangfinanzierungen zeigen. Bei der Subordination unter künftige Forderungen ist zu unterscheiden, ob die Subordination – wie regelmäßig – nur für den Fall des Entstehens der künftigen Forderung gelten soll und, soweit die künftige Forderung (noch) nicht entstanden ist, eine Erfüllung der nachrangigen Forderung möglich bleibt, oder ob die Erfüllbarkeit der nachrangigen Forderung zwingend Entstehen und Erfüllung der vorrangigen Forderung voraussetzt. In letzterem Fall wird die nachrangige Forderung selbst ungewiss, da die Erfüllbarkeit der Nachrangforderung an das ungewisse Entstehen der künftigen Forderung geknüpft würde.⁸⁹⁰

3. Exkurs: Bedingte und befristete Subordination

Von der Subordination von oder unter künftige Forderungen ist die künftige Subordination bestehender Forderungen zu unterscheiden. Da es sich bei der Subordination um eine Verfügung über die Forderung handelt, sind die allgemeinen Vorschriften des deutschen Zivilrechts auf dieses Rechtsgeschäft anwendbar, weswegen auch die Vornahme einer Subordination unter Bedingungen oder Befristungen nach § 158 BGB möglich ist.

⁸⁸⁷ Dazu Staudinger/*Busche* (2005) § 398 Rn. 73 ff.; Palandt/*Grüneberg* § 398 Rn. 12 f.

⁸⁸⁸ Für den Direkterwerb bei Abtretung in diesen Fällen BGH NJW-RR 2003, 1690, 1691; Staudinger/*Busche* (2005) § 398 Rn. 73; Palandt/*Grüneberg* § 398 Rn. 12. AA *Mülbert*, AcP 2002, 912, 945 f.

⁸⁸⁹ BGHZ 20, 88, 100 f.; Staudinger/*Busche* (2005) § 398 Rn. 75; Palandt/*Grüneberg* § 398 Rn. 12.

⁸⁹⁰ Zu den bilanziellen Auswirkungen unten, Kap. 11, A. I. 3.c) a.E.

IV. Sonderfälle: Forderungsspezifische Beschränkungen der Rangfähigkeit?

1. Ausschluss der Subordination bei nicht abtretbaren oder nicht verzichtbaren Forderungen?

Wie bereits gezeigt wurde, stellt die Subordination eine Verfügung über die Nachrangforderung dar. Es ist daher zu untersuchen, ob auch solche Forderungen subordiniert werden können, die nicht abgetreten werden können oder auf die (im voraus) nicht verzichtet werden kann. Dabei ist im Einzelnen nach dem Regelungsziel des Erlass- oder Abtretungsverbot zu differenzieren, ob eine Übertragung der Regel auf die Subordination angezeigt ist.

a) Verzichts- und Beschränkungsverbote

1. Soweit das Erlassverbot aus Gründen des *ordre public* besteht, um die Erfüllung entsprechender Pflichten nicht schon im vorhinein auszuschließen, steht einer Übertragung der Wertung auf die Subordination nichts im Wege, denn auch diese würde die Erfüllungspflicht zwar nicht beseitigen, aber den Anspruch des dann nachrangigen Gläubigers wirtschaftlich entwerten. Dementsprechend können Unterhaltsforderungen analog § 1614 Abs. 1 BGB nicht im voraus subordiniert werden; entsprechendes gilt analog § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB für den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und analog §§ 75 d, 90 a Abs. 4 HGB für Karenzentschädigungen. § 619 BGB schließlich verbietet den Ausschluss und Beschränkungen der aus der Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten entstehenden Ansprüche und ist daher unmittelbar auf die Subordination anzuwenden, da die Subordination durch den Ausschluss der Erfüllbarkeit die Forderung wirtschaftlich, wie auch rechtlich, beschränkt.

2. Schwieriger ist die – freilich wenig paxisrelevante – Frage zu entscheiden, ob auch die Vorschrift des § 276 Abs. 3 BGB einer Subordination entsprechender Ansprüche entgegen steht, da diese Vorschrift nicht das Erfüllungsinteresses des Gläubigers schützen will, sondern die Vermeidung sittenwidriger Schädigungsbefugnisse bezweckt.⁸⁹¹ Dementsprechend ließe sich argumentieren, dass die Subordination den Schuldner rechtlich nicht

⁸⁹¹ Zutreffend Staudinger/Rieble (2005) § 397 Rn. 177.

entlastet, da die Forderung nachrangig bestehen bleibt. Wirtschaftlich erscheint die Forderung hingegen als weniger belastend, weil und solange die Erfüllbarkeit ausgeschlossen ist. Daher ist im Ergebnis auch die Vorschrift des § 276 Abs. 3 BGB analog auf die Subordination anzuwenden.

3. Ausgeschlossen ist die Subordination schließlich für diejenigen gesellschaftsrechtlichen Ansprüche, die entweder der Kapitalerhaltung und dem Kapitalschutz dienen, oder die ordnungsgemäße Geschäftsleitung sichern sollen. Die Vorschriften der §§ 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG, 66 Abs. 1 AktG und 22 Abs. 4 GenG zur Kapitalaufbringung und die Vorschriften der §§ 66 Abs. 2 AktG, 31 Abs. 4 und 43 Abs. 3 GmbHG zur Kapitalerhaltung sind daher analog auf die rechtsgeschäftliche Subordination anzuwenden. Entsprechendes gilt für diejenigen Ansprüche, die zum Schutz der Gesellschaft, ihrer Gläubiger und außen stehender Gesellschafter den Verzicht auf Schadensersatz- und Verlustausgleichsansprüche gegen Gründer, Organe und herrschende Unternehmen beschränken. Die Vorschriften der §§ 9 b, 43 Abs. 3 S. 2, 57 Abs. 4, 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG und der §§ 50, 93 Abs. 4, 117 Abs. 4, 302 Abs. 3, 309 Abs. 3, 310 Abs. 4, 317 Abs. 4, sowie 318 Abs. 4 AktG sind daher ebenfalls analog anzuwenden und schließen damit eine Subordination entsprechender Forderungen aus.

b) Abtretungsausschluss und Subordination

Oben wurde bereits der Ausschluss der Subordinierbarkeit solcher Forderungen begründet, die nach §§ 850 ff. ZPO nicht gepfändet werden können. Zudem könnte beachtlich sein, dass unpfändbare Forderungen nach § 400 BGB nicht abgetreten, nach § 1274 Abs. 2 BGB nicht verpfändet und nach § 394 BGB nicht aufgerechnet werden können. Hierbei ist aber auch zu bedenken, dass die Subordination, anders als die Abtretung, die Zustimmung des Schuldners voraussetzt, weswegen allein im Schuldnerinteresse bestehende Abtretungsverbote ebenso wenig auf die Subordination zu übertragen sind, wie Aufrechnungsverbote, die allein dem an der Subordination gleichfalls beteiligten Nachranggläubiger dienen. Richtigerweise sichern indes allein die Pfändungsverbote der §§ 850 ff. ZPO die Effektivverfüllung der entsprechenden Ansprüche nicht nur im Gläubigerinteresse,

sondern auch im Interesse des *ordere public*,⁸⁹² und nur insoweit sind die Vorschriften analog zur Beschränkung der Subordinierbarkeit entsprechender Forderungen heranzuziehen.

2. Verjährte Forderungen und Naturalobligationen als Vorrangforderungen?

Zu prüfen ist schließlich, ob eine Forderung auch unter verjährte Forderungen und unter Naturalobligationen subordiniert werden kann. In beiden Fällen würde die Erfüllbarkeit der nachrangigen Forderung in das Belieben des Schuldners gestellt, da dieser die Vorrangforderung nicht zu erfüllen braucht. Auch dies ist indes aus Sicht des Nachranggläubigers ein Weniger gegenüber dem Erlass der Nachrangforderung, sodass einer Subordination unter verjährte Forderungen und Naturalobligationen keine prinzipiellen rechtlichen Bedenken entgegen stehen. Allerdings ist der Unterschied zum Erlass der Forderung in diesen Fällen lediglich gradueller Natur, weswegen hier an den Verfügungswillen des Nachranggläubigers besonders hohe Anforderungen zu stellen sind.⁸⁹³

D. Erfüllung und Erfüllungssurrogate

I. Die Wirkung der Erfüllungsmodalität der Nachrangforderung

Bereits oben wurde festgestellt, dass die Subordination den Inhalt der Nachrangforderung dergestalt ändert, dass die Erfüllbarkeit der Nachrangforderung an die vorhergehende Erfüllung der Vorrangforderung geknüpft ist. Solange die Vorrangforderung besteht, kann die Nachrangforderung nicht erfüllt werden. Bei der Erörterung von § 137 BGB wurde zudem bereits festgestellt, dass die Subordination kein Verfügungsverbot begründet, sondern den Inhalt der Forderung selbst ändert, eine Verfügung über die nunmehr inhaltlich geänderte Forderung aber keineswegs ausschließt. Ausgeschlossen ist hingegen, solange die Erfüllungsmodalität besteht, die Erfüllung der Nachrangforderung und damit deren Erlöschen nach § 362 Abs. 1 BGB. Da die Subordination als schuldändernde Verfü-

⁸⁹² *Gernhuber*, Erfüllung, S. 378. Dem folgend *Staudinger/Rieble* (2005) § 397 Rn. 180 f.

⁸⁹³ S. für die besonderen Anforderungen an den Verzichtswillen beim Erlass BGH NJW 2002, 1044; NJW 2001, 2325 sowie aus der Literatur statt aller *Staudinger/Rieble* (2005) § 397 Rn. 101.

gung den Inhalt der Forderung unmittelbar ändert, besteht diese Rechtswirkung gegenüber jedermann. Ein Erfüllungsversuch durch den Schuldner oder einen Dritten bleibt daher erfolglos, die Nachrangforderung bleibt bestehen und die Leistung des Schuldners der Nachrangforderung ist nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurück zu gewähren.⁸⁹⁴

All' dies gilt freilich nur, soweit der Nachrang besteht, und Dauer, Tiefe und Umfang der Subordination sind Gegenstand der Parteivereinbarung. Bei einem Rangrücktritt zur Sanierung ist dieser regelmäßig auf Dauer der Krise begrenzt, und vor Eintritt der Krise ist eine Rückzahlung möglich.⁸⁹⁵ Letzteres gilt aber nicht notwendig bei anderen Fällen der Subordination und ist jedenfalls durch die Auslegung der Nachrangvereinbarung zu bestimmen. Auch insoweit ist entscheidend, dass der Umfang der Subordination auf der Parteiautonomie gründet und weder auf normativer Bindung, noch auf einer allgemeinen Rechtsnatur des Rangrücktritts⁸⁹⁶ beruht.

II. Erfüllungssurrogate, insbesondere Aufrechnung

Die Erfüllungsmodalität wirkt nicht nur hinsichtlich unmittelbaren Erfüllungsversuchen, sondern ebenso gegenüber Erfüllungssurrogaten. Damit ist insbesondere, da die Nachrangforderung nicht fällig, aber auch nicht erfüllbar ist, eine Aufrechnung sowohl mit⁸⁹⁷ als auch gegen die Nachrangforderung ausgeschlossen und auch eine Verrechnung im Kontokorrent ist nicht möglich.⁸⁹⁸ Auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung von der Forderungssubordination als einheitlichem Rechtsinstitut gilt dies auch für Forderungen mit spezifischem Nachrang. Auch für diese ist die Erfüllbarkeit an die Erfüllung

⁸⁹⁴ Insofern zeigen sich durchaus Parallelen zum Eigenkapital: S. dazu, dass eine gegen § 30 GmbHG verstößende Zahlung der Gesellschaft den aus dem Auszahlungsbeschluss erwachsenden Anspruch des Gesellschafters nicht erfüllt Ulmer/*Habersack* § 31 Rn. 30; Hueck/*Fastrich* in Baumbach/Hueck § 31 Rn. 17 und Scholz/*Westermann* § 31 Rn. 7.

⁸⁹⁵ BGH BB 2006, 2710 f.

⁸⁹⁶ Missverständnis *Gehrlein*, BB 2006, 2711.

⁸⁹⁷ So auch LG Dessau WuB IV A. § 387 1.99 = WuB 1999, 1273 m. zust. Anmerkung von *Mankowski*.

⁸⁹⁸ S. auch BFHE 158, 79.

der Vorrangforderung gebunden. Eine Aufrechnung gegen wie mit der Forderung scheidet daher aus.⁸⁹⁹

III. Erfüllung der Nachrangforderung bei Einigung von Schuldner und Gläubiger?

Von den soeben skizzierten Konsequenzen unabhängig ist die Frage zu beantworten, ob eine Erfüllung gleichwohl dann möglich ist, wenn sich Gläubiger und Schuldner der Nachrangforderung über die Erfüllungswirkung einig sind. So entspricht es der ganz herrschenden Meinung, dass die Parteien eines Aufrechnungsvertrages in diesen Aufrechnungsvertrag auch nicht fällige und ebenso nicht erfüllbare Forderungen einbeziehen können.⁹⁰⁰ Die Frage beantwortet sich nach der Möglichkeit der Parteien, die Erfüllungsmodalität zu ändern, also danach, ob die Parteien den Nachrang durch Vereinbarung aufheben können. Hierauf ist deshalb bei der Erörterung der Aufhebung des Nachrangs zurück zu kommen.

IV. Erlass der Nachrangforderung

1. Allgemeiner Nachrang

Was schließlich den Erlass der Forderung angeht, so ist zunächst festzuhalten, dass eine mit allgemeinem Nachrang versehene Forderung ohne weiteres erlassen werden kann⁹⁰¹: Die Erfüllungsmodalität schließt die Erfüllung, nicht aber das Erlöschen der Forderung aus, und die Interessen Dritter sind hier nicht betroffen.

2. Spezifischer Nachrang

⁸⁹⁹ AA Krause-Abläss in Wood, Subordinated Debt, S. 139 (Länderteil Deutschland).

⁹⁰⁰ RGZ 104, 186, 188 (Fälligkeit); BGH NJW 1970, 41, 42 (Fälligkeit und Erfüllbarkeit);; aus der Literatur ebenso und mit zahlr. weiteren Nachw. K. P. Berger, Aufrechnungsvertrag, S. 281 sowie Gernhuber, Erfüllung, S. 330.

⁹⁰¹ Zu Recht hat der Bundesfinanzhof daher im Fall BFHE 194, 13, 19 den Erlass der mit allgemeinem Nachrang versehenen Forderung als angemessene rechtliche Gestaltung angesehen und der statt dessen durchgeführten, allein der Steuervermeidung im Rahmen des Mantelkaufs dienenden Übertragung der Forderung an den Käufer die rechtliche Anerkennung nach § 42 AO versagt.

Weniger eindeutig ist die Rechtslage hingegen bezüglich eines spezifischen Nachrangs, da hier die Vereinbarung des Nachrangs gerade auch den Gläubiger der Vorrangforderung schützen soll. Bereits bei der Erörterung der Rechtsnatur der Subordination wurde festgestellt, dass der spezifische Nachrang, anders als der allgemeine Nachrang, eine Verfügung nicht nur im weiteren, sondern auch im engeren Sinne darstellt, da die Nachrangforderung hier der Sicherung der Vorrangforderung dient. Für das Pfandrecht löst § 1276 BGB, der nach § 1279 auch für das Forderungspfand gilt, den vergleichbaren Konflikt zu Gunsten des Pfandrechtsinhabers. Die Norm ist auf die spezifische Subordination analog anzuwenden. Ein Erlass der Nachrangforderung ist nach §§ 1279, 1276 Abs. 1 BGB analog daher nur mit Zustimmung des Inhabers der Vorrangforderung möglich.⁹⁰²

V. Umwandlung subordinierter Forderungen in Eigenkapital

Nach den soeben getroffenen Feststellungen ist die Umwandlung einer mit spezifischem Nachrang versehenen Forderung in Eigenkapital ebenfalls an die Zustimmung der Vorranggläubiger gebunden,⁹⁰³ während der Umwandlung einer allgemein subordinierten Forderung in Eigenkapital keine rangspezifischen Gründe entgegenstehen.

Allerdings wird die Möglichkeit einer Umwandlung eigenkapitalersetzender Darlehen in Eigenkapital überwiegend abgelehnt.⁹⁰⁴ Problematisch erweist sich eine entsprechende Umwandlung denn auch nicht aus Sicht des Zivilrechts, sondern unter dem Aspekt der Sicherung der Kapitalaufbringung der Gesellschaft. Hier ist, soweit die Kapitalerhöhung durch Einbringen von gegen die Gesellschaft gerichteten Forderungen erfolgen soll,

⁹⁰² Die oben angesprochene Entscheidung BFHE 164, 13, 19 hätte nach der hier vertretenen Meinung im Falle eines spezifischen Nachrangs also anders ausfallen müssen: Da hier der Erlass der Nachrangforderung analog § 1276 Abs. 1 BGB die Zustimmung des Vorranggläubiger voraussetzt, wäre die zustimmungsfreie Übertragung der Forderung nicht ohne weiteres als Gestaltungsmissbrauch zu werten.

⁹⁰³ Demgegenüber soll nach amerikanischem Recht eine Beschränkung des Rechts des Nachranggläubigers zur Verfügung über seine Forderung auch im Falle eines spezifischen Nachrangs nur dann anzunehmen sein, wenn dies in den Subordination ausdrücklich vereinbart wurde. Allein das aus der double-dividends rule erwachsende Interesse des Vorranggläubigers am Erhalt der Nachrangforderung reiche nicht aus, um generell von der Vereinbarung entsprechender Abreden auszugehen, weswegen ein Austausch der Nachrangforderung gegen Eigenkapital auch ohne Zustimmung des Vorranggläubigers möglich sei, s. *First National Bank v. American Foam Rubber Co.*, 530 F.2d, 450, 456 f. (2nd Cir., 1976). Berechtigte Kritik an dieser Entscheidung bei *Carlson*, *Vanderbilt Law Rev.* 38 (1985), 975, 981.

⁹⁰⁴ *Lutter/Hommelhoff* §§ 32a/b Rn. 105; *Scholz/K. Schmidt* (9) §§ 32 a/b Rn. 79.

hinsichtlich des Wertes der Forderung nach herrschender Meinung nicht auf den Vorteil der Gesellschaft, sondern auf den Gläubigerwert der Forderung und damit auf den Preis aus Sicht des Inferenten abzustellen. Es ist daher der objektive Wert der nachrangigen Forderung festzustellen.

VI. Erwerb subordinierter Forderungen durch den Schuldner

Ein besonderes Problem stellt sich im Fall des Erwerbs subordinierter Forderungen durch den Schuldner. Soweit hiervon eine mit spezifischem Nachrang versehene Forderung betroffen ist, steht, mag im Detail auch manches umstritten sein, dem vollständigen Untergang der Forderung durch Konfusion bereits das Interesse des Vorranggläubigers am Bestehen der Forderung entgegen.⁹⁰⁵ Zudem verletzt der Verkauf regelmäßig die Subordinationsabrede, sodass der Gläubiger der Vorrangforderung die Rückabwicklung des Forderungskaufs zwischen Nachranggläubiger und Schuldner verlangen kann. Für die mit allgemeinem Nachrang subordinierte Forderung stellt sich demgegenüber auch hier das sogleich zu erörternde Problem, inwieweit die Subordination durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner aufgehoben werden kann.

Für den Erwerb nachrangiger Wertpapiere durch den Schuldner ist schließlich auf § 10 Abs. 5 S. 4 – 7, § 10 Abs. 5 a S. 4 – 7, § 10 Abs. 7 S. 3 – 6 KWG hinzuweisen. Außerhalb von deren Anwendungsbereich ist ein Erwerb zwar grundsätzlich möglich,⁹⁰⁶ doch ist auch in diesem Fall durch Auslegung zu bestimmen, ob der Erwerb gegen die Subordinationsabrede verstößt.

⁹⁰⁵ *Gernhuber*, Erfüllung, S. 424 ff.

⁹⁰⁶ Zur abschließenden Natur der genannten Vorschriften *MünchKommAktG/Habersack* § 221 Rn. 205.

E. Dauer und Umfang der Subordination – Aufhebbarkeit von Nachrangvereinbarungen

I. Problemstellung

Die Wirkung des Nachrangs als Erfüllungsmodalität wurde bei den gerade erörterten Möglichkeiten einer Tilgung der Nachrangforderung deutlich. Von der im Ergebnis erfolglosen Bemühung, eine subordinierte Forderung zu tilgen, ist indes die Frage zu unterscheiden, ob die Subordination selbst aufgehoben werden kann und ob in der Zahlung durch den Schuldner und der Annahme der Zahlung durch den Gläubiger eine rechtsgeschäftliche Aufhebung des Nachrangs zu sehen ist. Im us-amerikanischen Recht wird diese Frage als Problem der Aufhebbarkeit drittbegünstigender Vertragsrechte diskutiert.⁹⁰⁷ Bei diesem Problemkreis wird die Zwischennatur der Subordination deutlich: Als verfügende Inhaltsänderung verändert die Subordination unmittelbar den Inhalt der Nachrangforderung und wirkt insofern allgemein. Gleichwohl bleibt die Nachrangforderung Teil des zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Schuldverhältnisses und ist deshalb im Grundsatz für privatautonome Änderungen durch Gläubiger und Schuldner offen.

II. Aufhebung des spezifischen Nachrangs

Bereits bei der genaueren Charakteristik der durch die Subordination erfolgenden Verfügung wurde deutlich, dass der spezifische Nachrang auch dazu dienen soll, im Falle der Insolvenz des Schuldners die auf die Nachrangforderung entfallende Insolvenzquote dem Gläubiger der Vorrangforderung zuzuordnen. Eine Besserstellung des Gläubigers der Vorrangforderung in der Insolvenz setzt voraus, dass die Nachrangforderung weiter als gegenüber der Vorrangforderung nachrangige Forderung besteht. Insofern ist die spezifische Subordination nicht nur inhaltsändernde Verfügung, sondern zugleich (Teil-)Veräußerung der Forderung und die Verfügungsbefugnis des Gläubigers der Nachrangforderung ist infolgedessen begrenzt. Eine Aufhebung des spezifischen Nachrangs setzt daher die Zustimmung des Gläubigers der Vorrangforderung voraus. Mit dessen Zustim-

⁹⁰⁷ Dazu ausführlich *Ansell Hauser*, *Cardozo Law Rev.* 8 (1987), 1227 ff. mit Hinweisen zur Aufhebung einer Subordination a.a.O. S. 1236 ff. Zum englischen Recht *Ferran*, *Company Law*, S. 560 zur Forderungssubordination und S. 563 zur Möglichkeit, die Aufhebbarkeit durch Vereinbarung eines trust zu begrenzen.

mung ist die Aufhebung hingegen problemlos möglich, da die Interessen von Dritten nicht berührt werden und insbesondere die anderen Gläubiger des Schuldners kein schützenswertes Interesse an dem Fortbestand der spezifischen Subordination geltend machen können.

III. Aufhebung des allgemeinen Nachrangs

Im Folgenden ist darzustellen, ob und wie ein rechtsgeschäftlich vereinbarter allgemeiner Nachrang aufgehoben werden kann. Dabei ist allein auf die durch die Rangvereinbarung begründete Bindung einzugehen. Zumal in der Krise der Gesellschaft kann und wird zusätzlich eine Bindung der subordinierten Darlehen nach den Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen erfolgen. Nach dem hier vertretenen Konzept einer strikten Trennung von rechtsgeschäftlicher Rangvereinbarung und normativer Beschränkung der Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters stehen indes rechtsgeschäftlicher und kapitalersatzrechtlicher Nachrang unabhängig nebeneinander und im Folgenden ist – wie im übrigen Kontext der Arbeit auch – allein der rechtsgeschäftliche Nachrang in den Blick zu nehmen.

1. Fortdauer der Verfügungsbefugnis von Schuldner und Gläubiger

Was zunächst eine subordinationsbedingte Beschränkung der Verfügungsbefugnis angeht, so ist für den allgemeinen Nachrang anders zu entscheiden als im Falle des spezifischen Nachrangs. Zwar könnte man auch die Vereinbarung eines allgemeinen Nachrangs theoretisch als Zuordnung der auf die Nachrangforderung entfallenden Insolvenzquote an alle anderen Gläubiger des Schuldners verstehen, doch stehen dem konstruktive Bedenken entgegen: Zum einen wäre eine solche Verfügung, da ja die dritten Gläubiger, anders als der Vorranggläubiger, nicht Partei der Subordination sind, eine Verfügung zu Gunsten Dritter und schon deshalb nach herrschender⁹⁰⁸, wenn auch mit guten Gründen bestrittener⁹⁰⁹, Auffassung nicht möglich. Bedenken bestehen zudem aus Gründen des Bestimm-

⁹⁰⁸ BGH NJW 1993, 2617; BGH NJW-RR 1986, 849.

⁹⁰⁹ Eingehend Bayer, Vertrag z.G. Dritter, S. 194 ff.

heitsgrundsatzes, denn eine solche Erklärung zu Gunsten aller künftigen Gläubiger des Schuldners wäre stets ad incertas personas, was einer Veräußerung als Verfügung im engeren Sinne gleichfalls entgegen steht. Die Aufhebung des allgemeinen Nachrangs bleibt somit grundsätzlich möglich, sie setzt aber eine gegenläufige Verfügung, also erneute Inhaltsänderung der Forderung voraus, die inhaltlich auf die Wiederbegründung der Forderung als vollrangig gerichtet ist. Die Aufhebung des Nachrangs ist daher nur im Zusammenwirken von Gläubiger und Schuldner möglich. Eine einseitige Zustimmung analog § 185 BGB ist nicht ausreichend, da, wie dargestellt, die Rangvereinbarung nicht die Verfügungsbefugnis begrenzt, sondern den Forderungsinhalt selbst unmittelbar ändert.⁹¹⁰

2. Allgemeine Schranken aus Gründen des Drittschutzes

a) Keine genereller Beschränkung der Verschuldung

Zu prüfen ist, ob die Aufhebung generellen Grenzen aus Gründen des Drittschutzes unterliegt. Insofern erscheint jedoch der Grundsatz der isolierten Betrachtung der Schuld beachtlich: Ebenso wie der Gläubiger grundsätzlich keinen Anspruch darauf hat, dass der Schuldner keine weiteren Schulden begründet, hat er keinen Anspruch darauf, dass der Schuldner nachrangige Forderungen nicht rechtsgeschäftlich zu vollrangigen Forderungen umgestaltet. Sollte hingegen – zum Beispiel in covenants – eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner hinsichtlich der weiteren Aufnahme neuer Schulden bestehen, so lässt sich diese Pflicht ohne weiteres dahin auslegen, keine nachrangigen Verbindlichkeiten in vollrangige zu ändern. Zwar ist auch insoweit die Verfügungsbefugnis des Schuldners nicht begrenzt, doch verletzt der Schuldner hierdurch den mit dem anderen Gläubiger bestehenden Vertrag.

b) Sittenwidrigkeit der Verfügung

Als Rechtsgeschäft unterliegt die Aufhebung des Nachrangs den allgemeinen Grenzen, darunter insbesondere § 138 BGB. Die Aufhebung ist daher sittenwidrig und unwirksam, wenn der Schuldner weiß, dass der Gläubiger mit der Aufhebung eine Rechtspflicht

⁹¹⁰ S. zum auch insoweit vergleichbaren pactum de non cedendo zutreffend *Goergen*, pactum de non cedendo, S. 54 mit weiteren Nachweisen auch zu - für den Abtretungsausschluss – abweichenden Stimmen.

gegenüber Dritten (covenants) verletzt.⁹¹¹ Die Forderung besteht dann nach wie vor als nachrangige Forderung. Daneben kann die Verfügung aus Gründen der Gläubigergefährdung sittenwidrig sein, doch ist dies nicht ohne weiteres anzunehmen, zumal die Regeln der Insolvenzanfechtung (zu diesen sogleich) dem allgemeinen Sittenwidrigkeitsverdikt vorgehen.⁹¹²

3. Insolvenzzrechtliche und gesellschaftsrechtliche Schranken

a) Insolvenzanfechtung der Aufhebung des Nachrangs

Aufhebung des Nachrangs und Tilgung der Nachrangforderung unterliegen der Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff. InsO,⁹¹³ Da die Aufhebung des Nachrangs in aller Regel eine inkongruente Besserstellung des Nachranggläubigers beinhaltet,⁹¹⁴ kommt dabei auch eine Anfechtung nach § 131 InsO in Betracht und die strengen subjektiven Voraussetzungen der Anfechtung nach § 130 InsO hindern die Anfechtbarkeit im Ergebnis nicht. Zusätzlich hat für Ausschüttungen an Gesellschafter *Haas* überzeugend nachgewiesen, dass die Gesellschafterstellung des Empfängers die Unentgeltlichkeit der Verfügung aus der Perspektive des § 134 InsO nicht ausschließt.⁹¹⁵ Dieser Gedanke lässt sich auf die Aufhebung des Nachrangs einer Gesellschafterforderung ohne weiteres übertragen.

Die Folge der Anfechtung ist nach herrschender Meinung⁹¹⁶, die sich auf den Wortlaut des § 143 Abs. 1 S. 1 und die Gesetzeshistorie⁹¹⁷ stützen kann, nicht die Unwirksamkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts, sondern ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch als Verschaffungsanspruch. Soweit isoliert die Aufhebung des Nachrangs wirksam angefochten ist, besteht daher ein schuldrechtlicher Anspruch auf Subordination der Forderung. Dieser kann einem Erfüllungsverlangen des Gläubigers einredeweise entgegen gehalten werden und führt in der Insolvenz zur nachrangigen Berücksichtigung der Forderung.

⁹¹¹ S. zur Vertragsbruchtheorie des BGH statt aller Staudinger/*Sack* (2003) § 138 Rn. 342.

⁹¹² RGZ 69, 143, 146 f.; BGH WM 1968, 1057, 1058; BGHZ 56, 339,355; BGH NJW-RR 1990, 142; BGH WM 2002, 1186, 1189.

⁹¹³ Ulmer/*Habersack* GmbHG §§ 32 a/b Rn. 248; *Uhlenbruck* § 19 Rn. 75; *Wittig*, NZI 2001, 169, 175.

⁹¹⁴ Dazu *Uhlenbruck* § 19 Rn. 75; *Wittig*, NZI 2001, 169, 175.

⁹¹⁵ *Haas*, ZIP 2006, 1373, 1378.

⁹¹⁶ BGH ZIP 2006, 2176, 2177.

⁹¹⁷ S. die aml. Begründung zu § 144 RegE InsO BT-Drs. 12/2443 S. 157.

Im Falle eines Dritterwerbs der Forderung nach Aufhebung des Nachrangs gilt aber § 145 InsO, daher ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass die Forderung vollrangig wirksam erworben wird. In diesem Fall ist der ursprüngliche Gläubiger nach §§ 143 Abs. 1 S. 2 InsO, 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989 BGB zum Wertersatz verpflichtet.

b) Subordination durch einen Gesellschafter des Schuldners

Schließlich sind gesellschaftsrechtliche Schranken der Aufhebung einer Nachrangvereinbarung zu beachten. Diesbezüglich ist zunächst daran zu erinnern, dass nach der hier vertretenen Konzeption die Kapitalschutzregeln nicht analog auf Nachrangdarlehen und Finanzplanfinanzierung anzuwenden sind. Dies schließt es indes keineswegs aus, dass eine subordinationsbezogene und im Zeitpunkt der Unterbilanz vorgenommene Handlung unmittelbar gegen § 30 GmbHG verstößt. Daher kann, soweit der Nachrang zwischen Gesellschaft und Gesellschafter vereinbart wurde, im Stadium der Unterbilanz bereits die Aufhebung des Nachrangs gegen § 30 GmbHG verstoßen. Dies versteht sich freilich nicht von selbst, da nach herrschender Meinung die Begründung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Gesellschafter nicht gegen § 30 Abs. 1 verstößt,⁹¹⁸ während die Tilgung einer Verbindlichkeit für sich betrachtet ebenfalls keine Vermögensverlagerung an den Gesellschafter, sondern eine Bilanzverkürzung oder einen Passivtausch darstellt.⁹¹⁹ Betrachtet man die beiden Vorgänge hingegen zusammen, so erhält der Gesellschafter erst durch die Aufhebung des Nachrangs die Möglichkeit zu einem - aus Sicht des allgemeinen Zivilrechts - rechtsbeständigen Erhalt des Gegenwerts der Forderung. Es kommt hinzu, dass nach der neueren, durch den Entwurf eines Gesetzes zur GmbH-Reform (MoMiG) aber bereits in Frage gestellten⁹²⁰ - Rechtsprechung des BGH im Zeitpunkt der Krise die bilanzielle Betrachtung durch eine am Schutz der Gesellschaftsgläubiger orientierte Prüfung zu ergänzen ist,⁹²¹ wodurch der Schutz der Befriedigungsaussichten der Gläubiger als Normzweck der Vermögensbindung in der Unterbilanz betont wird. Dies spricht zunächst entscheidend dafür, zumindest eine der Gesellschafterstellung des Forderungsinhabers geschuldete Aufhebung des Nachrangs mit anschließender Zahlung als Verstoß gegen § 30 GmbHG zu

⁹¹⁸ Ulmer/*Habersack* GmbHG § 30 Rn. 77.

⁹¹⁹ Ulmer/*Habersack* GmbHG § 30 Rn. 78.

⁹²⁰ S. § 8 GmbHG-E und § 30 Abs. 1 GmbHG-E.

⁹²¹ BGHZ 157, 72, 75 ff., s. aber nunmehr auch BGH ZIP 2007, 1705, 1706 f.

werten.⁹²² Da darüber hinaus bereits mit der Aufhebung des Nachrangs die Forderung in Krise und Insolvenz gleichrangig mit den Forderungen außen stehender Gläubiger geltend gemacht werden kann, werden die Befriedigungsaussichten außen stehender Gläubiger bereits durch die Aufhebung der Rangvereinbarung beeinträchtigt. Dies spricht dafür, in erweiternder Auslegung des Begriffs der Auszahlung bereits die Aufhebung der Rangbindung als solche an § 30 GmbHG zu messen. Insofern ist auch zu bedenken, dass der Bundesgerichtshof die Abkehr von der rein bilanziellen Betrachtung in BGHZ 157, 72 mit der Erwägung stützt, der Austausch von Liquidität gegen schuldrechtliche Positionen beseitige den strukturellen Nachrang der Gläubiger des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.⁹²³ Damit stellt der Bundesgerichtshof das Verbot der Ausschüttung bei Unterbilanz in den Kontext der Rangwahrung. Zudem würde der strukturelle Nachrang nicht nur durch die Gewährung eines Kredites, sondern auch durch die Rangaufhebung einer Gesellschafterforderung beeinträchtigt, da die Gläubiger des Gesellschafters die Forderung pfänden und von der Gesellschaft Zahlung verlangen könnten.

F. Die Wirkung der Subordination auf die der Forderung dienenden Sicherheiten

I. Einleitung und Problemaufriss

Häufig wird formuliert, dem Rangrücktritt gebühre gegenüber dem Verzicht der Vorzug, weil (akzessorische) Sicherheiten bestehen bleiben.⁹²⁴ Diese Aussage erscheint indes schon auf den ersten Blick überprüfungsbedürftig: Soll sich der Gesellschafter einer GmbH, der zur Vermeidung der Überschuldung seiner Gesellschaft mit dieser einen generellen Rangrücktritt vereinbart, in der Insolvenz der Gesellschaft aus einer für die Forderung bestellten Hypothek erholen können? Einschränkend formulieren daher *Adler/Dürig/Schmalz*, die Sicherheiten blieben beim Rangrücktritt dem Grunde nach bestehen, könnten aber nur nach Maßgabe des eingeschränkten Forderungsinhalts geltend ge-

⁹²² Ebenso Ulmer/*Habersack* GmbHG § 30 Rn. 78.

⁹²³ So BGHZ 157, 72, 76 im Anschluss an *Schön*, ZHR 159 (1995), 351, 361. S. dazu auch Ulmer/*Habersack* GmbHG § 30 Rn. 49.

⁹²⁴ *Hölzle* GmbHR 2005, 852, 855, ähnlich – für Drittsicherheiten – *Wittig* in K. Schmidt/Uhlenbruck, Rn. 337.

macht werden.⁹²⁵ Dass auch dies zumindest nicht ohne weiteres eine für alle Konstellationen tragfähige Lösung darstellt, zeigt sich, wenn man das Ausgangsbeispiel leicht variiert: Soll der Gesellschafter einen Dritten, der sich in Kenntnis der Subordination für die Forderung verbürgt hat, wirklich nur nach Maßgabe des eingeschränkten Forderungsinhalts in Anspruch nehmen können, also erst dann, wenn alle anderen Gläubiger befriedigt wurden? Wie wäre dieser Fall zu lösen, wenn Gesellschafter und Gesellschaft den Rangrücktritt erst nach Übernahme der Bürgschaft vereinbaren, und wie erfolgt, soweit man eine Inanspruchnahme zulässt, der Regress des Bürgen gegenüber der Gesellschaft? Damit sind die drei generellen Fragenkreise des Zusammentreffens von rechtsgeschäftlicher Subordination und Besicherung der Forderung benannt: Zum einen vergrößert die Subordination das Ausfallrisiko des Gläubigers, wodurch auch der Sicherheitengeber ein erhöhtes Risiko trägt und es ist zu entscheiden, wie sich dies auf das Sicherungsverhältnis auswirkt. Daneben stellt sich die Frage, wann der Gläubiger der subordinierten Forderung auf seine Sicherheit zugreifen kann. Beide Fragenkreise verbindet schließlich als dritte Problemkonstellation die Frage, wie im Falle einer nicht nachrangig besicherten, nachrangigen Forderung der Regress des (Dritt-) Sicherheitengebers erfolgt. Die Fragen sind nachfolgend zu untersuchen. Aus Gründen größerer Klarheit soll die Darstellung aber nicht nach diesen Problemkreisen geordnet werden, sondern nach der zeitlichen Abfolge von Sicherungsbestellung und Subordination sowie nach der Verknüpfung von Sicherheit und Forderung.

I. Subordination besicherter Forderungen

Am Beginn der Untersuchung sollen diejenigen Konstellationen stehen, in denen die Subordination der Sicherheitenbestellung zeitlich nachfolgt, der Sicherheitengeber also eine vollrangige Forderung sichert, deren Erfüllbarkeit sodann durch Rechtsgeschäft zwischen Schuldner und Gläubiger der besicherten Forderung eingeschränkt wird.

1. Subordination ohne Zustimmung des Sicherheitengebers

⁹²⁵ A/D/S § 246 Rn. 134.

Erfolgt die Subordination zeitlich nach der Sicherheitenbestellung und ohne Zustimmung des Sicherheitengebers, so ist zu fragen, wie sich die mit der Subordination verbundene Erhöhung des Ausfallrisikos auf die Sicherheit auswirkt.

a) Akzessorische Sicherheiten

Was zunächst akzessorische Sicherheiten angeht, so ist als Ausgangspunkt festzuhalten, dass der Sicherheitengeber die gegen die besicherte Forderungen bestehenden Einreden dem Gläubiger entgegenhalten kann, wie § 768 für die Bürgschaft, § 1211 für das Pfandrecht und § 1137 BGB für die Hypothek aussprechen. In der Folge könnte der Sicherheitengeber dem Gläubiger die fehlende Erfüllbarkeit – und damit fehlende Fälligkeit – der Hauptforderung entgegen halten. Fraglich kann allerdings sein, ob etwas anderes deshalb gelten soll, weil die Anwendung dieses Grundsatzes der Risikoverteilung zwischen Sicherheitengeber und Gläubiger und damit dem Sicherungszweck der Sicherheit nicht gerecht würde. So wird für das Kapitalersatzrisiko überwiegend und zutreffend vertreten, dass sich der Bürge auf die eigenkapitalersetzende Funktion der Hauptforderung nicht berufen kann.⁹²⁶ Indes ist eine unbesehene Übertragung dieser Grundsätze auf die nachträgliche Subordination nicht ohne weiteres möglich. So ist zu bedenken, dass auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Sicherungszweck der Bürgschaft einer Berufung des Bürgen auf die kapitalersetzende Funktion der Hauptforderung nur entgegen steht, wenn der Bürge Kenntnis von der Gesellschafterstellung des Gläubigers hat. Zudem tritt der Nachrang eigenkapitalersetzender Gesellschafterforderungen von Gesetzes wegen ein, während die rechtsgeschäftliche Subordination privatautonom erfolgt. Insgesamt kann daher der Sicherheitengeber einem Zahlungsverlangen des Gläubigers den Nachrang der Hauptforderung entgegen halten.⁹²⁷

b) Nicht akzessorische Sicherheiten

Die oben angeführten gesetzlichen Regeln zur Erstreckung von Einreden auf die Sicherheit sind bei nicht akzessorischen Sicherheiten grundsätzlich nicht entsprechend anwendbar, so dass sich der Sicherheitengeber nicht schon von Gesetzes wegen auf den

⁹²⁶ BGH NJW 2003, 59, 60; BGHZ 143, 381, 385; BGH NJW 1996, 1341, 1342 f.; MünchKommBGB/Habersack § 768 Rn. 7.

⁹²⁷ Ebenso für die Bürgschaft MünchKommBGB/Habersack § 768 Rn. 7.

Nachrang der gesicherten Forderung berufen kann. Etwas anderes kann indes aus der Sicherheitenabrede folgen, doch wird man auch dies keineswegs allgemein anerkennen können. Nichts anderes gilt für die Frage nach der Verwertungsreife der Sicherheit.

Schließlich ist zu überlegen, ob für nicht akzessorische Sicherheiten, die der Schuldner selbst bestellt hat, etwas anderes gilt. Immerhin entstünde hier eine „Sandwichlage“⁹²⁸, da der Gläubiger die Hauptforderung subordiniert, also noch hinter unbesicherte Gläubiger zurück tritt, gleichzeitig aber aus der Sicherheit vorrangigen Zugriff auf den entsprechenden Teil des Schuldnervermögens erhält. Man mag solche Sandwichlagen bedenklich finden,⁹²⁹ doch gründen sie auf der Privatautonomie und überschreiten nicht die Grenze zur Sittenwidrigkeit. Hierfür spricht auch, dass selbst im Fall des gesetzlichen Nachrangs nach §§ 264 ff. InsO nach verbreiteter Meinung Aus- und Absonderungsberechtigte Gläubiger ihre Sicherungsrechte in der Folgeinsolvenz geltend machen können.⁹³⁰ Allerdings ist zu bedenken, dass in diesem Fall die Forderung im Überschuldungsstatut in Höhe des Wertes der Sicherheit weiter zu passivieren wäre, weswegen beim Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung die Abreden im Zweifel so auszulegen sind, dass eine Erstreckung des Nachrangs auf nicht akzessorische Sicherheiten gewollt und vereinbart ist. Soweit es sich um die Besicherung eines Gesellschafterdarlehens handelt, gelten zudem die Regeln des Kapitalersatzrechts.

2. Subordination mit Zustimmung des Sicherungsgebers

Erfolgt die Subordination nachträglich, doch mit Zustimmung des Sicherheitengebers, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Besteller der akzessorischen Sicherheit auf die Erstreckung der Einrede verzichtet und daher bei unzureichenden Mitteln des

⁹²⁸ Vgl. *Engert*, ZGR 2004, 813, 830 zur Besicherung von Gesellschafterdarlehen.

⁹²⁹ So – in anderem Zusammenhang – *Engert*, ZGR 2004, 813, 831.

⁹³⁰ *KS/Braun* S. 1149 ff.; *Uhlenbruck/Lüer* § 264 Rn. 28 ff.

Hauptschuldners das Insolvenzrisiko auch dann trägt, wenn die Hauptforderung subordinated und damit nicht durchsetzbar ist.⁹³¹

II. Besicherung subordinierter Forderungen

Die Verteilung des Risikos ist bei Besicherung subordinierter Forderungen im Grundsatz ebenso vorzunehmen, wie in dem Fall der Zustimmung des Sicherheitengebers zur Subordination. Voraussetzung ist aber, dass der Sicherheitengeber von der Subordination Kenntnis hat. Außerdem kann auch hier die Auslegung eine abweichende Verteilung des Ausfallrisikos zwischen Sicherheitengeber und Gläubiger ergeben.

III. Der Regress des Sicherheitengebers bei rangverschiedener Sicherheit

Soweit die Sicherheit eines Drittsicherheitengebers das Ausfallrisiko unabhängig vom Nachrang der Hauptforderung sichert, ist zu überlegen, wie der Regress des Sicherheitengebers erfolgt. Unproblematisch ist insoweit, dass dieser die Hauptforderung nur mit dem durch die Subordination geänderten Inhalt erwirbt, also als nachrangige Forderung. Da die Subordination den Schuldner entlasten soll, und eine rangverschiedene Besicherung nur mit Zustimmung des Sicherheitengebers zur Subordination oder Besicherung in Kenntnis der Subordination erfolgen kann, spricht alles dafür, den Nachrang auf den Regress im Innenverhältnis zu erstrecken.

⁹³¹ So für die Bürgschaft MünchKommBGB/*Habersack* § 768 Rn. 7; im Ergebnis ebenso *Kaiser*, DB 2001, 1543 f. Ebenso nach us-amerikanischem Recht im Falle einer Drittbürgschaft für eine nachrangige Forderung der Supreme Court des Staates New York, *Standard Brands Inc. v. Straile*, 260 N.Y.S. 2d. 913, 915 ff.

G. Zum Dritterwerb subordinierter Forderungen

I. Forderungszession

Eine Abtretung subordinierter Forderungen ist grundsätzlich möglich. Zwar hatte der Bundesfinanzhof in der Abtretung einer gegen eine GmbH gerichteten, nachrangigen Forderung an den Käufer des GmbH-Mantels einen Gestaltungsmissbrauch gesehen;⁹³² Anlass für den BFH, dem Rechtsgeschäft die steuerliche Anerkennung nach § 42 S. 1 AO zu versagen, war indes nicht die Nachrangigkeit als solche, sondern die Tatsache, dass die wirtschaftlich wertlose Forderung allein zu dem Zweck an den Käufer zum Bruchteil des Nennwertes übertragen wurde, um später anfallende Erträge des mit einem neuen Unternehmen ausgestatteten GmbH-Mantels als vermeintlich steuerfreie Darlehensrückzahlungen an den Gesellschafter weiterleiten zu können.⁹³³

Nach dem Grundsatz des *nemo plus iuris transfert quam habet* erwirbt der Zessionar die Forderung aber so, wie sie besteht, also nachrangig,⁹³⁴ und die oben entfaltete absolute Wirkung der Begrenzung der Erfüllbarkeit der Nachrangforderung gilt damit auch gegenüber dem Zessionar. Auf die Erstreckung einer Einrede kommt es hier also nicht an. Begrenzungen der Abtretbarkeit in der Nachrangvereinbarung sind damit ebenso überflüssig wie Zustimmungsvorbehalte der vorrangigen Gläubiger, und auch insoweit ist zwischen allgemeinem und spezifischem Nachrang nicht zu unterscheiden.⁹³⁵

⁹³² BFHE 194, 13, 19 f.

⁹³³ BFHE 194, 13, 19. Zur Möglichkeit einer angemessenen rechtlichen Gestaltung durch Erlass anstelle des Verkaufs der Forderung s. oben, Kap. 9, D. IV. I. mit Fn. 901.

⁹³⁴ Zutreffend *Duss*, Rangrücktritt, S. 56.

⁹³⁵ *Golland u.a.* BB-Special 4/2005 S. 20.

II. Pfändung

Da die nachrangige Forderung durch die Rangvereinbarung weder erlischt, noch in ihrer Übertragbarkeit beschränkt wird, kann sie von Gläubigern des Forderungsinhabers gepfändet werden. Entsprechend der oben bereits ausgeführten absoluten Wirkung der Rangvereinbarung ist die Erfüllungsmodalität im Falle einer Forderungspfändung aber von dem Pfändungsgläubiger gleichfalls zu beachten, eine Erfüllung kann daher auch diesem gegenüber nur ranggemäß erfolgen und ist daher rechtswirksam erst dann möglich, wenn alle Vorrangforderungen erfüllt wurden. Ein Erfüllungsverlangen liefe ins Leere, eine Zahlungsklage des Pfändungsgläubigers wäre als derzeit unbegründet abzuweisen.⁹³⁶ Zu Erwägen ist daher eine analoge Anwendung von § 851 Abs. 2 ZPO: Während § 850 Abs. 1 ZPO die Pfändung einer Forderung an ihre Übertragbarkeit knüpft,⁹³⁷ kann nach der Vorschrift des § 851 Abs. 2 ZPO eine Forderung auch dann gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, wenn die Abtretung der Forderung durch eine Vereinbarung zwischen Schuldner und Drittschuldner nach § 399 S. 2 BGB ausgeschlossen ist, da sich der Schuldner dem Zugriff seiner Gläubiger nicht durch Vereinbarung mit dem Drittschuldner entziehen können soll.⁹³⁸ Eine analoge Anwendung der Vorschrift im Rahmen der Pfändung nachrangiger Forderungen ist indes abzulehnen. Insofern ist beachtlich, dass durch § 851 Abs. 2 ZPO der Vermögenswert einer Forderung Haftungszwecken auch dann zugänglich gemacht wird, wenn die Forderung einem Abtretungsausschluß unterliegt.⁹³⁹ In diesen Fällen ist der Vermögenswert der Forderung mithin vorhanden und steht dem Schuldner unbeeinträchtigt zur Verfügung, der Vermögenswert könnte aber ohne ein Eingreifen des § 851 Abs. 2 ZPO von den Gläubigern des Schuldners wegen des von diesem mit dem Drittschuldner vereinbarten Abtretungsverbotes nicht geltend gemacht werden. Im Gegensatz hierzu beeinträchtigt im Falle der Subordination die von Schuldner und Drittschuldner vereinbarte Verfügung den Vermögenswert der Forderung selbst. Sie gilt für den Schuldner in gleicher Weise wie für den pfändenden Gläubiger, der eine vor der Pfändung erfolgte Veräußerung und – vorbehaltlich der Anfechtungsmöglichkeiten nach Anfechtungsgesetz und Insolvenzordnung – sogar einen Erlass der Forderung gleichfalls zu akzeptieren hätte. Es

⁹³⁶ S. oben, Kap. 9, D. I.

⁹³⁷ S. zum Grundgedanken der Norm, demzufolge Pfändung wie Verpfändung einer Forderung als Abspaltung von Gläubigerbefugnissen an die Übertragbarkeit oder Veräußerlichkeit der Forderung zu knüpfen sind statt aller Zöller/Stöber § 851 Rn. 1.

⁹³⁸ BGHZ 95, 99, 102.

⁹³⁹ Eingehend zum Normzweck *Chr. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, S. 318 f.

kommt hinzu, dass die Fortgeltung der Subordination der Nachrangforderung im Interesse der Gläubiger der Vorrangforderungen liegt und die analoge Anwendung des § 851 Abs. 2 ZPO damit Außenstehende belastete.

10. Kapitel: Gesellschafts- und Insolvenzrechtliche Folgerungen.

A. Subordination und Eigenkapitalersatz

Grundsätzlich tritt Rangrücktritt neben Eigenkapitalersatz.⁹⁴⁰ Beide haben unterschiedlichen Geltungsgrund und unterscheiden sich, soweit man der hier abgelehnten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur erforderlichen Tiefe des Nachrangs beim Rangrücktritt zur Abwendung der Überschuldung folgt, auch mit Blick auf die Tiefe der Subordination. Rangrücktritt und Kapitalersatz sind daher, entgegen einer vor allem im älteren Schrifttum häufig vertretenen Einschätzung,⁹⁴¹ auch nicht inhaltsgleich, weswegen auch die Unterscheidung zwischen deklaratorischem und konstitutiven Rangrücktritt nach geltendem Recht zumindest auf Basis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abzulehnen ist.

B. Subordination und Verlustbeteiligung

Nachfolgend ist das strittige Verhältnis von Verlustbeteiligung und Nachrang darzustellen. Dies wird dadurch besonders erschwert, dass in den einschlägigen literarischen Stellungnahmen überwiegend nicht das Verhältnis von Nachrang und Verlustbeteiligung selbst Gegenstand der Erörterung ist, sondern die Frage nach der Einlagequalität nachrangiger oder verlusttragender Forderungen. Nur mittelbar lassen sich sodann hieraus die unterschiedlichen Auffassungen zum Verhältnis von Nachrang und Verlustbeteiligung gewinnen. Insbesondere im Recht der Personengesellschaft und der stillen Gesellschaft wird bisweilen vertreten, der Einlagecharakter von der Gesellschaft überlassenen Vermögenswerten ergebe sich alternativ aus der Verrechnung von Verlusten oder der Vereinbarung eines Nachrangs im Insolvenz oder Liquidationsverfahren,⁹⁴² während nach anderer Auf-

⁹⁴⁰ Eingehend *Habersack*, ZGR 2000, 384, 401 ff.; *Ulmer/ders.* §§ 32a/b Rn. 235 und *Herlinghaus*, Forderungsverzichte, S. 89.

⁹⁴¹ Insoweit aA *Herlinghaus*, Forderungsverzichte, S. 89 dort Fn. 30; *Staudinger/Hopt/Mülbert*, 12. Auflage 1989, § 607 Rn. 144; *Uhlenbruck* § 39 Rn. 14. Vgl. auch *Priester* DB 1991, 1917, 1920; *ders.* ZGR 1999, 533, 544: Rangrücktritt und Kapitalersatz seien Inhaltsgleich.

⁹⁴² Für die stille Gesellschaft *Knobbe-Keuk*, ZIP 1983, 127, 129 f.; zustimmend *Schön*, ZGR 1990, 220, 229; für Personenhandelsgesellschaften *Huber*, Vermögensanteil, S. 248 ff.;

fassung die Vereinbarung einer Verlustbeteiligung für sich genommen nicht ausreicht, einer Forderung einlagengleichen Charakter zu geben.⁹⁴³ Daneben wird - vornehmlich zur Abgrenzung von Gewinnschuldverschreibung und Genussrecht im Rahmen von § 221 AktG - bisweilen erörtert, ob der Nachrang einer Forderung ohne weiteres zu einer Verlustbeteiligung führt.⁹⁴⁴

Nachfolgend ist daher zunächst der Inhalt einer Verlustbeteiligung kurz darzustellen und mit dem Inhalt der Subordination zu Vergleichen. Sodann ist zu klären, ob eine rechtsgeschäftliche Subordination auch bei verlustbeteiligten Forderungen technisch möglich und rechtlich wie wirtschaftlich sinnvoll ist bevor schließlich die Frage zu behandeln ist

I. Inhalt der Subordination und Inhalt der Verlustbeteiligung im Überblick

Verlustbeteiligung führt zu dem Verlust der Forderung in Höhe des anteiligen Verlustes. Damit ist auch der Zinslauf der Forderung ausgeschlossen. Möglich ist, dass Hauptforderung und Zinsanspruch bei Besserung wieder aufleben, doch ist dies je m Einzelfall durch Auslegung der Absprachen über die Verlustbeteiligung zu entscheiden und beruht dann auf dem eigenständigen Besserungsversprechen.

Demgegenüber lässt der Nachrang den Bestand der Forderung unberührt. Damit geht – vorbehaltlich gegenteiliger Absprachen – auch der Zinslauf weiter. Der Rang der Zinsforderungen ist ebenfalls eine Frage der Auslegung, doch wird man im Zweifel davon auszugehen haben, dass der Nachrang auch für den Zinsanspruch gilt.

II. Subordination verlusttragender Forderungen

Was sodann die Frage nach der zusätzlichen Subordination verlusttragender Forderungen angeht, so wird teilweise geltend gemacht, die Verlusttragung beschränke sich auf

⁹⁴³ *Sieker*, Eigenkapital, S. 32 ff.

⁹⁴⁴ Bejahend MünchKommAktG/*Habersack* § 221 Rn. 102, 111; s. auch *ders.* ZHR 161 (1997), 457, 480; *KK/Lutter* § 221 Rn. 306.

den jeweils verlustausgleichenden Forderungsteil, während der Nachrang die Forderung insgesamt erfasse und schon deshalb von der Verlustbeteiligung zu unterscheiden sei.⁹⁴⁵ Letzteres ist zwar technisch zutreffend; bei Anknüpfung an den Nachrang als Kollisionsregel ist indes weiter zu Fragen, ob im Falle von verlusttragenden Forderungen eine Kollision überhaupt möglich ist, oder ob die zusätzliche Vereinbarung eines Nachrangs hier schon mangels Kollision ins Leere liefe. Ob eine Kollision der Forderungen möglich und damit eine Rangvereinbarung sinnvoll ist bestimmt sich nach dem Umfang der Verlustbeteiligung und der Ausgestaltung der Verlustbeteiligung im Einzelnen. Die Frage kann damit nicht abstrakt geklärt werden, weswegen grundsätzlich auch eine Subordination verlusttragender Forderungen in Betracht kommt. Dementsprechend sollen nach dem Änderungsvorschlag des IASB zur Änderung von IAS 32 volle Verlustbeteiligung und Rangrücktritt in die tiefste vorstellbare Rangklasse Voraussetzung für eine Anerkennung nachrangiger Forderungen als Eigenkapital werden.⁹⁴⁶

C. Subordination und Gewinnbeteiligung und Subordination und stille Gesellschaft

1. Spiegelbildlich zum Verhältnis von Nachrang und Verlustbeteiligung ist schließlich zu klären, ob mit der Subordination die Forderung gewinnabhängig wird. Die Frage hat Bedeutung für § 292 AktG, da sich danach entscheidet, ob ein nachrangiges Darlehen als Gewinnabführungsvertrag der Eintragung in das Handelsregister bedarf. Hiergegen haben sich das BayObLG⁹⁴⁷ und die überwiegende Literatur⁹⁴⁸ ausgesprochen, wobei ein Teil des Schrifttums auf § 292 Abs. 2 AktG abstellt.⁹⁴⁹ Nach den bisher festgestellten Rechtswirkungen der Subordination ist hingegen festzuhalten, dass die Forderung als solche durch die Rangvereinbarung nicht gewinnabhängig wird.

⁹⁴⁵ So *Sieker*, Eigenkapital, S. 32 ff.; MünchKommHGB/K.Schmidt § 230 Rn. 157.

⁹⁴⁶ IASB, Exp. Draft – Amendments to IAS 32, S. 10.

⁹⁴⁷ GmbHR 2003, 534.

⁹⁴⁸ *Weinauer*, FS Mailänder, S. 441, 455 f.

⁹⁴⁹ *Emmerich* in *Emmerich/Habersack* § 292 Rn. 5

2. Daneben ist zu prüfen, ob die Subordination der Forderung den Darlehenscharakter nimmt und statt dessen von einer stillen Gesellschaft auszugehen ist. Indes bestehen schon dogmatische Unterschiede, da die Parteien des Nachrangdarlehens gerade kein Gesellschaftsverhältnis begründen wollen und auch aus Schutzgründen eine analoge Heranziehung der Regeln über die stille Gesellschaft allein aufgrund eines Nachrangs nicht veranlasst ist.⁹⁵⁰

D. Subordination und Insolvenz des Schuldners

I. Die Regelung des § 39 Abs. 2 InsO

Nach § 39 Abs. 2 InsO sind Forderungen, für die zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren vereinbart worden ist, im Zweifel nach den in § 39 Abs. 1 aufgeführten Forderungen zu berichtigen. Damit legt die Norm zunächst fest, dass ein vertraglicher Nachrang in der Insolvenz beachtlich ist und zu einer nachrangigen Berichtigung der Forderung führt. Diese gesetzliche Anordnung ist nach den bisherigen Ergebnissen für den allgemeinen Nachrang systemrichtig: Führt die Subordination zu einer auch in der Insolvenz beachtlichen Einschränkung der Erfüllbarkeit, so folgt ohne weiteres, dass die Forderung erst erfüllt werden kann, wenn die Voraussetzungen der Erfüllbarkeit eingetreten sind. Im Kontext des Insolvenzverfahrens bedeutet dies, dass die Forderung erst zu berichtigen ist, wenn die vorrangigen Forderungen berichtigt, also erfüllt wurden. Damit ist die subordinierte Forderung nachrangig zu berichtigen.

Ebenfalls als systemrichtig erweist sich, dass § 39 Abs. 2 InsO für den Rang der Forderung lediglich eine Vermutung aufstellt: Bedenkt man, dass die Nachrangigkeit der subordinierten Forderung nicht erst durch die Anordnung des § 39 Abs. 2 InsO hervorgerufen wird, sondern schon aus der Subordination selbst folgt und damit auf der Privatautonomie der Parteien gründet, so folgt ohne weiteres, dass sich auch der Rang der subordinierten Forderung innerhalb der nachrangigen Insolvenzforderungen nach den Vereinbarungen der Parteien richtet. Da der Umfang der vorrangigen Forderungen die Erfüllungsmodalitäten

⁹⁵⁰ Überzeugend *Herrmann*, Quasi-Eigenkapital, S. 209 f. Daneben *Weitnauer*, FS Mailänder, S. 441, 455 f.

der nachrangigen Forderungen bestimmt, können die Parteien durch die Ausgestaltung der Subordination die Tiefe des Rangrücktritts und damit die Rangklasse der nachrangigen Forderung innerhalb des § 39 InsO bestimmen.

Von der durch § 39 Abs. 2 bestätigten Regel, dass die Parteien der Subordination die Rangklasse der nachrangigen Forderung selbst bestimmen können, sind aber zwei wesentliche Ausnahmen zu machen. Zum einen ist auch an dieser Stelle festzuhalten, dass durch die Parteivereinbarung nur ein Nachrang, niemals hingegen der Vorrang einer Forderung begründet werden kann, denn die Vereinbarung eines auch ihnen gegenüber wirksamen Vorrangs würde die außenstehenden Gläubiger benachteiligen und ist deshalb als Vertrag zu Lasten Dritter unzulässig.⁹⁵¹

Zum anderen sind für Insolvenz und Liquidation die Berichtigung von Forderungen nach Rangklassen und der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung von Forderungen einer Rangklasse beachtlich. Aus diesem folgt, dass in der Insolvenz eine Forderung nur unter alle Forderungen der selben Rangklasse sowie ggf. alle Forderungen niedrigerer Rangklassen subordiniert werden kann. Problematisch und daher nachfolgend gesondert anzusprechen sind deshalb die Rechtswirkungen der Subordination einer Forderung unter spezifische Forderungen anderer Gläubiger in der Insolvenz des gemeinsamen Schuldners.

II. Insbesondere: Subordination unter spezifische Vorrangforderungen und Insolvenz des Schuldners

1. Die Wirkung des spezifischen Nachrangs in der Insolvenz des Schuldners

Belässt man es bei den bisher ermittelten Folgen der Subordination, so könnte eine Forderung, die gegenüber einer spezifischen anderen Forderung subordiniert ist, auch in der Insolvenz des gemeinsamen Schuldners erst erfüllt werden, wenn die vorrangige For-

⁹⁵¹ HK/Eickmann § 39 Rn. 12.; Jaeger/Henckel § 39 Rn. 97; Uhlenbruck § 39 Rn. 3. Etwas anderes kann allein dann gelten, wenn alle anderen Gläubiger dem Vorrang zustimmen. Dann mag man, den entsprechenden Verfügungswillen und die Verfügungsbefugnis vorausgesetzt, hierin eine Subordination der Forderungen der anderen Gläubiger sehen, womit im wirtschaftlichen Ergebnis ein Vorrang dieser Forderung begründet würde. Gegenüber neu hinzutretenden Gläubigern besteht der wirtschaftliche Vorrang indes nur dann, wenn auch diese ihre Forderungen subordinieren.

derung erfüllt wurde. Zugleich kann aber die Vorrangforderung ihrerseits nur ranggleich mit den anderen Forderungen derselben Rangklasse berichtigt und damit erfüllt werden. Hieraus wird vereinzelt gefolgert, die Vereinbarung eines spezifischen Nachrangs sei in der Insolvenzordnung nicht vorgesehen und deshalb unbeachtlich, da der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger einer Ranggruppe nicht durch eine Vereinbarung des Schuldners mit nur einem Gläubiger durchbrochen werden könne.⁹⁵² Diese Auffassung ist abzulehnen. Unzutreffend ist bereits die Prämisse der Vereinbarung eines spezifischen Nachrangs zwischen Gläubiger und Schuldner; vielmehr erfolgt die Vereinbarung regelmäßig zwischen Schuldner, Nachranggläubiger und Vorranggläubiger. Zudem hat eine solche Vereinbarung ohne weiteres die Folge, dass die Nachrangforderung erst erfüllt werden kann, wenn die Vorrangforderung erfüllt wurde. Allerdings führte dieser Inhalt der Subordination einer Forderung unter eine spezifische andere Forderung in der Insolvenz des Schuldners zu einem Nachrang der subordinierten Forderung gegenüber allen mit der Vorrangforderung ranggleichen Forderungen.

Dieses Ergebnis folgt als Reflex aus dem Grundsatz der Gläubigerbefriedigung nach Rangklassen und entspricht weder den getroffenen Vereinbarungen, noch wird es den Interessen der Parteien gerecht. In den Fällen der Subordination unter spezifische andere Forderungen richtet sich der Verfügungswille der Parteien darauf, die Erfüllbarkeit der nachrangigen Forderung allein an die vorherige Erfüllung der vorrangigen Forderung zu knüpfen. Dementsprechend kann außerhalb von Insolvenz- und Liquidationsverfahren die nachrangige Forderung bereits dann erfüllt werden, wenn die vorrangige Forderung erfüllt wurde. Auf die tatsächliche oder auch nur potentielle Erfüllung anderer, mit der Vorrangforderung in der Insolvenz ranggleicher Forderungen kommt es nicht an. Daher ist zu prüfen, wie diesem Parteiwillen innerhalb des Insolvenzverfahrens Rechnung getragen werden kann.

Das us-amerikanische Recht hat mit der double-dividends rule eine sachgerechte Lösung dieses Problems entwickelt, die rechtsvergleichend zu übernehmen ist. Wie oben bereits ausgeführt, sollte der spezifische Nachrang in den Verteilungsverfahren von Insolvenz

⁹⁵² So Jaeger/Henckel § 39 Rn. 97. Der dort Fn. 348 angeführte Verweis auf OLG München NZI 2002, 207 stützt diese Aussage indes nur wenig, da zum einen die Feststellung des OLG innerhalb des Urteils nur als obita dictum erging und zum anderen das Oberlandesgericht die anderslautende Entscheidung des Bundesgerichtshofs, BGH NJW-RR 1998, 948, nicht berücksichtigt.

und Liquidation als Zuordnung der Konkursquote an die Vorranggläubiger verstanden werden. Technisch wäre es ebenso möglich, die Subordination als durch Insolvenz / Liquidation auflösend bedingt anzusehen und gleichzeitig in der Rangvereinbarung eine Sicherungszession der Quote zu erblicken, doch erscheint dies gegenüber einer inhaltsgleichen unmittelbaren Zuordnung unnötig gekünstelt. Damit verhält es sich genau umgekehrt, als von *Golland* beschrieben: Die Vereinbarung eines spezifischen Nachrangs ist kein Nachrang, der wirtschaftlich einer Abtretung entspricht,⁹⁵³ sondern eine Abtretung der Quotenforderung, die wirtschaftlich dem spezifischen Nachrang in der Insolvenz entspricht. Daraus folgt zugleich, dass die Auslegungsregel des § 39 Abs. 2 InsO auf den spezifischen Nachrang von vornherein nicht anwendbar ist.

2. Die Stellung des Nachranggläubigers im Verfahren

Was sodann die insolvenzverfahrensrechtlichen Folgen der Vereinbarung eines spezifischen Nachrangs betrifft, so sind mehrere Fragen zu unterscheiden. Zunächst ist zu klären, ob der Insolvenzverwalter die Zuordnung der Quote an den Vorranggläubiger zu beachten hat. Hierfür spricht, dass nach der in dieser Arbeit vertretenen Konzeption die Rangvereinbarung auf die hiervon betroffene Forderung unmittelbar wirkt. Der Insolvenzverwalter hat daher bei der Verteilung die Zuordnung der auf die Nachrangforderung entfallenden Quote an die Vorrangforderung zu berücksichtigen. Hiervon zu trennen ist die weitere Frage, ob die Nachrangforderung vom Nachranggläubiger oder vom Vorranggläubiger anzumelden ist. Dabei ist ohne weiteres einsichtig, dass eine doppelte Anmeldung der Forderung ausgeschlossen ist. Dies lässt sich zudem auf den Rechtsgedanken von § 44 InsO stützen. Bedenkt man weiter, dass durch die Rangvereinbarung zwar die auf die Nachrangforderung entfallende Insolvenzquote dem Gläubiger der Vorrangforderung zugeordnet ist, der Nachranggläubiger aber im Übrigen Inhaber der Forderung bleibt, spricht vieles dafür, dass die Forderung von dem Nachranggläubiger anzumelden ist.⁹⁵⁴ Zur Anmeldung ist der Nachranggläubiger aber regelmäßig aufgrund der Subordinationsabrede verpflichtet. Zusätzlich kann sich der Vorranggläubiger vertraglich das Recht zusichern lassen, die Forderung selbst anmelden zu können. Damit ist schließlich die Verfahrensstel-

⁹⁵³ *Golland u.a.* BB-Special 4/2005, S. 20.

⁹⁵⁴ So auch die hM zu den Fällen des *nemo subrogat contra se*, s. BGH KTS 1997, 255, 257 m.w.N. AA aber *Uhlenbruck* § 43 Rn. 2 sowie insbesondere *Häsemeyer*, KTS 1993, 151, 175 ff.

lung des Nachranggläubigers zu erörtern. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass zwar die Fälle des *nemo subrogat contra se* Beispiele eines spezifischer Nachrang auf gesetzlicher Basis darstellen. Gleichwohl ist eine Übertragung der hierzu und zu §§ 43, 44 InsO entwickelten Lehren⁹⁵⁵ auf den spezifischen Nachrang nicht möglich. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass in den Fällen des *nemo subrogat* Vorrangforderung und Nachrangforderung wirtschaftlich identisch sind, während im Fall der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwar ebenfalls ein spezifischer Nachrang besteht, aber keine wirtschaftliche Identität der Forderungen. Da die Nachrangforderung eine von der Vorrangforderung wirtschaftlich verschiedene Verbindlichkeit des Schuldners darstellt und der Nachranggläubiger ein eigenes Interesse an der ordnungsgemäßen Abwicklung des Insolvenzverfahrens hat, spricht alles dafür, dem Gläubiger der Nachrangforderung mit der Möglichkeit zur Anmeldung der Forderung zugleich die Teilnahme an dem Insolvenzverfahren (wenn auch zumindest vorerst nicht an dessen Erträgen) zu ermöglichen. Dies entspricht der Rechtslage nach us-amerikanischem Recht.⁹⁵⁶ Ebenso wie im Falle des allgemeinen Nachrangs kann daher auch der Gläubiger spezifisch nachrangiger Forderungen insbesondere andere Forderungen bestreiten und an Abstimmungen teilnehmen.⁹⁵⁷

III. Die subordinierte Forderung im Überschuldungsstatut

1. Grundsatz

Soweit die bei der Diskussion des Rangrücktritts dargelegten Voraussetzungen erfüllt werden, sind nachrangige Darlehen im Überschuldungsstatut nicht zu passivieren. Insofern ist unerheblich, ob der Nachrang gerade zu diesem Zweck vereinbart wurde oder nicht. Entscheidend ist allein der Inhalt der Verbindlichkeit.

⁹⁵⁵ S. dazu etwa BGH KTS 1997, 255, 257 einerseits, *Lwowski/Bitter* in MünchKommInsO § 44 Rn. 12 ff.; *Häsemeyer*, KTS 1993, 151, 175 ff.; *Wissmann*, Mithaft, Rn. 183 ff. andererseits.

⁹⁵⁶ S. zum Stimmrecht *In re 203 North LaSalle Street Partnership*, 246 B.R. 325, 330 ff. (Bankr. Ct., N.D.Ill., 2000), zur verfahrensrechtlichen Stellung allgemein *In re Hart Ski*, 5 B. R. 734, 736 (Bankr. Ct. D.Minn., 1980).

⁹⁵⁷ AA *Wood*, Project Finance, S. 61, der sich ohne nähere Begründung dafür ausspricht, dass der Vorranggläubiger Stimmrechte auch für die Nachrangforderung ausüben kann, was aus den genannten Gründen abzulehnen ist. Immerhin erscheint wegen des nur nachrangigen Interesses je nach Einzelfall möglich und zweckmäßig, die Gläubiger spezifisch subordinierter Forderungen in einer eigenen Gruppe zusammenzufassen. Anders als beim allgemeinem Nachrang ist aber eine solche Gruppenbildung nicht ohne weiteres notwendig.

2. Aktivierbarkeit des Anspruchs auf Gewährung eines nachrangigen Finanzplandarlehens

Soweit das entsprechend nachrangige Darlehen noch nicht gewährt wurde, aber ein Darlehensanspruch besteht, kann zudem dieser Anspruch im Überschuldungsstatut aktiviert werden. Entscheidend ist, dass der Gesellschaft in diesem Fall eine auf die Gewährung des Darlehens gerichtete Forderung zusteht, die deshalb aktiviert werden kann, weil dieser Forderung lediglich eine nachrangige Tilgungspflicht gegenüber steht.

11. Kapitel: Bilanzielle und steuerliche Folgen der Subordination

A. Bilanzierung subordinierter Forderungen und steuerliche Folgen beim Schuldner

I. Bilanzierung nach HGB

1. Problemaufriss und Grundlegung

In diesem Abschnitt ist der Frage nachzugehen, ob und wie die Subordination einer Forderung deren Ausweis in der Bilanz des Schuldners beeinflusst. Dabei stellen sich im Grundsatz drei verschiedene Fragen. Zum einen ist zu überlegen, ob nachrangige Forderungen überhaupt zu passivieren sind. Bejaht man eine Passivierung, so ist weiter zu fragen, ob die Forderung als Eigenkapital, als Fremdkapital oder als eigener Bilanzposten zwischen Eigen- und Fremdkapital auszuweisen ist. Und schließlich ist zu überlegen, ob und wie der besondere Charakter als nachrangige Forderung in der Bilanz zusätzlich zu deren Ausweis innerhalb der zutreffenden Bilanzposition kenntlich gemacht werden kann. Dabei soll im Folgenden nur untersucht werden, welche Auswirkungen die Subordination auf die Bilanzierung der Forderung hat. Nicht zu untersuchen ist demgegenüber, wie Forderungen zu bilanzieren sind, deren Ähnlichkeit zum Eigenkapital nicht allein auf der Subordination beruht, sondern auf weitere eigenkapitaltypische Merkmale wie die Dauer der Überlassung, die Verrechnung mit Verlusten, die Gewinnabhängigkeit und ähnliches gründet. Für diese ist je nach Einzelfall zu entscheiden, ob echtes Eigenkapital vorliegt und, soweit ein Ausweis im Eigenkapital nicht veranlasst ist, ob die Forderung dem Eigenkapital so ähnlich ist, dass sie in die Bilanz als Sonderposten zwischen Eigenkapital und Fremdkapital aufzunehmen ist.⁹⁵⁸

Die Darstellung subordinierter Forderungen in der Handels- und Steuerbilanz des Schuldners gehört zu den in der Vergangenheit intensiv diskutierten Problemen des Rangrücktritts. Während ursprünglich im Rangrücktritt überwiegend ein Unterfall des Erlasses

⁹⁵⁸ So für eigenkapitalähnliche Genussrechte MünchKommAktG/*Habersack* § 221 Rn. 353; Großfeld/*Luttermann*, BilanzR, Rn. 819 ff.; MünchKommAktG/*Kropff* § 272 HGB Rn. 160.

gesehen⁹⁵⁹ und eine Passivierung subordinierter Forderungen dementsprechend abgelehnt wurde,⁹⁶⁰ hatte sich, nicht zuletzt durch die Arbeiten von *Knobbe-Keuk*, in der Literatur schließlich die Ansicht durchgesetzt, dass mit Rangrücktritt versehene Forderungen weiterhin in Höhe ihres Nennwerts zu passivieren sind.⁹⁶¹ Nachdem sich auch der Bundesfinanzhof dieser Ansicht angeschlossen hatte,⁹⁶² schien allein fraglich, ob der Charakter der Nachrangigkeit in einer eigenen Bilanzposition⁹⁶³ oder durch zusätzliche Erläuterungen im Anhang⁹⁶⁴ zum Ausdruck zu bringen ist.

Zwei neuere, voneinander unabhängige Entwicklungen stellen diesen Rechtsstand jedoch zunehmend in Frage. So wird zum einen mit Blick auf die grundlegende Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Berücksichtigung subordinierter Verbindlichkeiten in der Überschuldungsbilanz⁹⁶⁵ der Bilanzausweis „qualifiziert“ nachrangiger Verbindlichkeiten als Fremdkapital für unzutreffend gehalten und ein Ausweis als Eigenkapital gefordert.⁹⁶⁶ Der Zweite Zivilsenat selbst scheint in dieser Entscheidung sogar noch weitergehend eine Passivierung qualifiziert nachrangiger Forderungen insgesamt abzulehnen, wenn er unter I 2. c) bb) (2) der Urteilsgründe ausführt:

„In Übereinstimmung mit der Senatsrechtsprechung zur Vorbelastungs- und Jahresbilanz (BGHZ 124, 282) wird allerdings allgemein angenommen, daß sich die Frage der Passivierung von Gesellschafterforderungen mit eigenkapitalersetzendem Charakter auch beim Überschuldungsstatut dann nicht stellt, wenn der betroffene Gesellschafter seinen Rangrücktritt, also sinngemäß erklärt hat, er wolle wegen der genannten Forderung erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerrückge-

⁹⁵⁹ Nachweise bei *Teller*, Rangrücktritt, S. 102 ff.; ausführlich zur Einordnung oben, Kap. 8.

⁹⁶⁰ So z.B. *Priester*, DB 1977, 2429, 2434; *Haug/Letters*, JbFfSt 1983/84, 311, 335.

⁹⁶¹ A/D/S § 246 Rn. 140; *Haun*, Hybride Finanzierungsinstrumente, S. 67; *Herlinghaus*, Besserungsvereinbarung, S. 143 ff.

⁹⁶² Grundlegend BFHE 170, 449, 450 f.

⁹⁶³ *Knobbe-Keuk*, ZIP 1983, 127, 131; *dies.*, StuW 1991, 306, 309, *dies.*, Steuerrecht, S. 108 f; *Peters* WM 1988, 685, 692; *K. Schmidt*, FS Goerdeler, 487, 502 f.; *Ulmer/Hüttemann* BilanzR § 266 Rn. 62.

⁹⁶⁴ *Fleck* FS für Döllerer, 109, 119, 120; *Uelner*, JbFfSt 1983/84, 340; *Kleindiek* in v. Gerkan/Hommelhoff Rn. 7.22; *Crezelius* in v. Gerkan/Hommelhoff Rn. 13.21; *Fleischer*, Finanzplankredite, S. 322, 329; *Häuselmann* BB 1993, 1552, 1555. *Goerdeler/Müller* in Hachenburg, 7. Auflage, § 30 Rn. 30, § 42 Rn. 104.

⁹⁶⁵ BGHZ 146, 264.

⁹⁶⁶ *Vogt* DStR 2001, 1881 f.; *Lang* in: Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt, Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 3 KStG n.F. Rn. 1126 (Stand: Juni 2003); so wohl auch *Wernld* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff § 5a EStG Rn 117 nach dessen Ansicht subordinierte Darlehen in der Krise zu „eigenkapitalersetzendem Eigenkapital“ werden. Eine Einstufung als Eigenkapital durch den Bundesfinanzhof halten daneben auch *Berg/Schmich* GmbH 2005, 307, 308 zumindest für möglich.

währansprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handle es sich bei seiner Gesellschafterleistung um statutarisches Kapital.“

Auch der Erste Senat des Bundesfinanzhofs lässt in seinem Beschluss vom 16. 05. 2001 die Behandlung von Darlehen, bei denen „der kreditgebende Gesellschafter nach den getroffenen Vereinbarungen eine Rückzahlung des Darlehens nur unter den selben Umständen wie eine Rückzahlung von Einlagen verlangen kann,“ ausdrücklich offen,⁹⁶⁷ während der Vierte Senat des BFH die Passivierung qualifiziert subordinierter Forderungen in seinem Urteil vom 10. 11. 2005 ausdrücklich bejaht.⁹⁶⁸

Davon unabhängig wird eine Passivierung subordinierter Forderungen in der Handelsbilanz abgelehnt, wenn nicht nach dem Inhalt des Rangrücktritts eine Erfüllung der Forderung zumindest aus künftigen Gewinnen, Liquidationsüberschüssen und sonstigem freien Vermögen möglich ist.⁹⁶⁹ Die Finanzverwaltung hat sich dieser Auffassung im Rahmen der Steuerbilanz und unter Berufung auf § 5 Abs. 2 a EStG unlängst angeschlossen.⁹⁷⁰

Die Frage nach der richtigen Darstellung subordinierter Forderungen in der Handelsbilanz ist deshalb auch im Rahmen der vorliegenden Untersuchung aufzugreifen.⁹⁷¹ Entsprechend dem oben gefundenen Ergebnissen ist sie für die Forderungssubordination insgesamt und damit für den Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung ebenso wie für Nachrangdarlehen im Rahmen von Mezzanine-Finanzierungen⁹⁷² und andere Subordinationsverhalte zu beantworten. Dabei gilt es zunächst, sich der Grundlagen für die Passi-

⁹⁶⁷ BFHE 195, 351, 353 f.

⁹⁶⁸ BFH ZIP 2006, 249, 252.

⁹⁶⁹ *Bordewin* in *Bordewin/Brandt*, §§ 4, 5 EStG Rn. 987 (Oktober 1998); *Schulze-Osterloh* in *Baumbach/Hueck* § 42 Rn. 281 f. und *ders.* WPg 1996, 97, 99 ff. Auch insoweit aA BFH ZIP 2006, 249, 252, demzufolge eine Passivierung nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Forderung allein aus künftigen Gewinnen zu tilgen ist.

⁹⁷⁰ BMF, Schreiben vom 18. 8. 2004, DStR 2004, 1525.

⁹⁷¹ Im Rahmen des Maßgeblichkeitsgrundsatzes hat diese Frage auch für die Steuerermittlung neue Brisanz gewonnen: Nachdem der ursprünglich die Steuerbarkeit von Sanierungsgewinnen ausschließende § 3 Nr. 66 EStG aufgehoben wurde und zudem eine Mindestbesteuerung, § 10 d Abs. 2 EStG, § 10 a GewStG eingeführt wurde, ist es auf der Basis des derzeitigen Steuerrechts durchaus vorstellbar, dass, soweit die Subordination zu einem Ausweis als Eigenkapital führt, trotz der in diesen Fällen regelmäßig schwierigen wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft eine Steuerlast tatsächlich entsteht.

⁹⁷² Im Ergebnis zutreffend *Bock*, DStR 2005, 1067, 1070 f., der zur Beantwortung der bilanziellen Fragen der Nachrangdarlehen bei mezzaninen Finanzierungen ohne weitere Begründung auf Rechtsprechung und Literatur zum Rangrücktritt zurückgreift.

vierung von Verbindlichkeiten in der Handelsbilanz zu vergewissern und damit den Rahmen für die bilanzielle Darstellung subordinierter Forderungen zu bestimmen. Auszugehen ist dabei von dem unbestrittenen Grundsatz, dass gegenwärtige Verbindlichkeiten in der Bilanz zu passivieren sind, § 242 Abs. 1 HGB, und dass diese Passivierung, als Ausdruck des Imparitätsprinzips,⁹⁷³ stets in Höhe des Rückzahlungsbetrags und damit unabhängig vom Ansatz der Forderung in der Bilanz des Gläubigers zu erfolgen hat.⁹⁷⁴ Weiterhin unstrittig ist, dass künftige, beispielsweise aufschiebend bedingte Verbindlichkeiten als solche erst dann zu passivieren sind, wenn die Bedingung eingetreten oder die Verbindlichkeit entstanden ist. Zuvor ist, soweit die Verpflichtung wirtschaftlich in der Vergangenheit verursacht und eine künftige Inanspruchnahme wahrscheinlich ist, eine Rückstellung für künftige Verbindlichkeiten zu bilden.⁹⁷⁵ Daneben entspricht es nahezu allgemeiner Meinung, dass Verbindlichkeiten, die nur aus künftigen Gewinnen getilgt werden müssen, im handelsrechtlichen Jahresabschluss nicht passiviert werden können, da solche Verbindlichkeiten das gegenwärtige Vermögen des Schuldners wirtschaftlich nicht belasten.⁹⁷⁶ Und schließlich ist unstrittig, dass bei Erlass einer Forderung durch einen gesellschaftsfremden Gläubiger die Verbindlichkeit zu Lasten neutraler Erträge und damit in voller Höhe gewinnwirksam auszubuchen ist. Abweichend hiervon kann, soweit ein Gesellschafter die Forderung erlässt, auch eine Einlage bzw., wenn es sich beim Schuldner um eine Kapitalgesellschaft handelt, eine Einzahlung in die Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB vorliegen, doch ist Voraussetzung hierfür, dass der Gesellschafter eine entsprechende Zweckbestimmung vornimmt.⁹⁷⁷

Die Frage, ob und, wenn ja, wie subordinierte Forderungen in der Handelsbilanz zu passivieren sind, beantwortet sich damit in erster Linie nach dem Inhalt der subordinierten Forderung, wobei das so gefundene Ergebnis zweifach zu überprüfen ist: Der Bilanzansatz

⁹⁷³ Dazu *Knobbe-Keuk*, Steuerrecht, S. 49 f.; *Ulmer/Kleindiek BilanzR* § 252 Rn. 33 ff.

⁹⁷⁴ Statt aller *Hoyos/M. Ring* in *BeckBilKomm* § 253 Rn. 51 ff.; s. auch dort Rn. 60 f. zur Rückstellungsbildung bei Überverzinslichkeit.

⁹⁷⁵ *Hoyos/M. Ring* in *BeckBilKomm* § 247 Rn. 224. Zur Bilanzierung ungewisser Verbindlichkeiten *dies.* § 249 Rn. 34 ff.

⁹⁷⁶ So schon RGZ 81, 17, 22; daneben BFH BStBl II 1980, 741, 743; BFH GrS BStBl 1981, 164, 169; *Adler/Düring/Schmalz* § 246 Rz. 97; eingehend *Herlinghaus*, Forderungsverzicht, S. 147 ff.

⁹⁷⁷ So die ganz hM, s. statt vieler *Scholz/Crezelius* § 42 a Anhang Rn. 187; *Förschle/Hoffmann* in *BeckBilKomm* § 272 Rn. 67; *Ulmer/Hüttemann BilanzR* § 272 Rn. 40; *MünchKommAktG/Kropff* § 272 HGB Rn. 102 ff. AA *Schulze-Osterloh* in *Baumbach/Hueck* § 42 Rn. 207 und *ders.*, FS Claussen, S. 769, 775 ff. mit dem Argument, die gesellschaftsrechtliche Trennung zwischen Ertrag und Einlage dürfe nicht zur Disposition der Beteiligten stehen.

muss ein zutreffendes Bild von der Lage des Schuldners vermitteln und den mit der Handelsbilanz darüber hinaus verfolgten Zwecken dienen. Zu beginnen ist aber mit einer Analyse von § 16 Abs. 3 DMBilG, der für die DM-Eröffnungsbilanz die Passivierung subordinierter Forderungen als Fremdkapital ausschließt und statt dessen entweder eine gewinnwirksame Auflösung oder, soweit eine dahingehende Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossen wurde, eine Passivierung als „nachrangiges Kapital“ vorschreibt.

2. § 16 Abs. 3 DMBilG als Regelungsmodell?

§ 16 Abs. 3 DMBilG begründet für die DM-Eröffnungsbilanz ein Passivierungsverbot für die mit einem entsprechenden Nachrang versehenen Verbindlichkeiten. Zu prüfen ist daher, ob der Norm eine über die DM-Eröffnungsbilanz hinausreichende Ausstrahlungswirkung zukommt und sich aus ihr Regeln für den Ausweis subordinierter Forderungen im Jahresabschluss ableiten lassen.⁹⁷⁸ Dafür könnte sprechen, dass der Gesetzgeber des DM-Bilanzgesetzes mit § 16 Abs. 3 ausweislich der Gesetzesbegründung den allgemeinen Zweck verfolgt, den Rangrücktritt als „in der Deutschen Demokratischen Republik bislang unbekannte Form der Unternehmenssanierung einzuführen und im Interesse der Rechtssicherheit Zweifel über die Formulierung zu beseitigen“.⁹⁷⁹ Die besseren Gründe sprechen indes dafür, der Norm keinen Modellcharakter und damit keine über die DM-Eröffnungsbilanz hinauswirkende Ausstrahlung zuzuerkennen. Beachtlich ist insofern, dass die Regelung des § 16 Abs. 3 DMBilG mit einem Aktivierungsverbot auf Seiten des Forderungsinhabers, § 13 Abs. 4 DMBilG, korrespondiert. Der Nichtansatz der nachrangigen Forderung unter den Aktiven führt beim Gläubiger zu einem „Verlust“ in dessen DM-Eröffnungsbilanz und damit nach § 40 Abs. 1, Abs. 2 DMBilG zu einem Anspruch des Forderungsinhabers gegen den Ausgleichsfonds Währungsumstellung (heute Erblastentilgungsfonds). Das Passivierungsverbot des § 16 Abs. 3 verfolgt damit spezifische Zwecke des DMBilG, welches neben der Aufstellung allgemeiner Regeln für die DM-Eröffnungsbilanz insbesondere die bilanzielle Entlastung bislang in Mark der DDR bilanzierender Unternehmen von den für sie nachteiligen Folgen der - politischen Gründen ge-

⁹⁷⁸ Bejahend *Forster/Gelhausen* in *Budde/Forster*, DMBilG, § 16 Rn. 46.

⁹⁷⁹ BT-Drs. 11/7817, S. 65, 80.

schuldeten - hohen Umrechnungsrelation von Mark der DDR zu D-Mark bezweckt: Indem die nachrangige Forderung beim Schuldner nicht passiviert und beim Gläubiger nicht aktiviert werden muss, wird der Schuldner bilanziell entlastet und der Gläubiger erhält ggf. einen Ausgleichsanspruch gegen den Ausgleichsfonds Währungsumstellung und damit in der Regel zudem einen Schuldner besserer Bonität.⁹⁸⁰ Dieser vereinigungsspezifische Teil der Bilanzregel aus § 16 Abs. 3 DMBilG schließt eine Anwendung der Norm außerhalb der DM-Eröffnungsbilanz aus.⁹⁸¹

Es kommt hinzu, dass die in § 16 Abs. 3 DMBilG vorgesehene inhaltliche Modifizierung der Forderung von dem durch einen Rangrücktritt üblicherweise vereinbarten Inhalt subordinierter Forderungen in zweifacher Hinsicht abweicht. So ist zum einen die nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 vorzunehmende Vereinbarung des Nachrangs nur für den Fall der Überschuldung, Auflösung und Zahlungsunfähigkeit insofern ungeeignet, als durch den Rangrücktritt die Überschuldung gerade vermieden werden soll. Andererseits geht § 16 Abs. 3 Nr. 1 DMBilG über den zur Vermeidung einer Überschuldung erforderlichen Inhalt der Subordination deutlich hinaus, indem die Erfüllbarkeit an künftige Jahresüberschüsse gekoppelt wird, womit der Sache nach kein Rangrücktritt, sondern ein Erlass gegen Besse-
rungsvereinbarung gefordert ist.⁹⁸²

Insgesamt können daher aus § 16 Abs. 3 DMBilG keine allgemeinen Regeln über die Passivierung subordinierter Forderungen im Jahresabschluss gewonnen werden und die Vorschrift steht der Passivierung subordinierter Forderungen als Fremdkapital im Jahresabschluss nicht entgegen.⁹⁸³ Hiervon ist freilich eine Ausnahme für den Jahresabschluss derjenigen Unternehmen zu machen, in deren DM-Eröffnungsbilanz subordinierte Verbindlichkeiten entsprechend § 16 Abs. 3 DMBilG nicht passiviert wurden. Für diese Forderungen gilt auch im Jahresabschluss nach HGB, dass eine Passivierung nicht veranlasst ist. Dies beruht jedoch nicht auf einer Ausstrahlung von § 16 Abs. 3 DMBilG auf den Jahres-

⁹⁸⁰ Dazu *Hommelhoff/Habighorst/Schubel/Spoerr*, ZIP 1993, 1353, 1357.

⁹⁸¹ Im Ergebnis ebenso *Küting/Kessler*, BB 1994, 2103, 2109.

⁹⁸² Dazu oben Einl., B. I. mit Nachweisen in Fn. 15 f.

⁹⁸³ Den Charakter des § 16 DMBilG als Übergangsvorschrift betont *Schulze-Osterloh* in *Baumbach/Hueck* § 42 Rn. 282.

abschluss, sondern folgt aus den in § 252 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 HGB geregelten Grundsätzen der formellen Bilanzidentität und der Bilanzkontinuität.⁹⁸⁴

3. Grundsatz: Passivierung nachrangiger Verbindlichkeiten als Fremdkapital

a) Kein argumentum a maiore ad minus aus § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB

Lässt sich somit aus § 16 Abs. 3 DMBilG keine Regelung gewinnen, so ist für die Frage nach der zutreffenden bilanziellen Behandlung nachrangiger Forderungen zunächst die von *Karsten Schmidt*⁹⁸⁵ entwickelte und von *Fleischer*⁹⁸⁶ aufgegriffene These zu bedenken, eine Passivierungspflicht nachrangiger Forderungen bestehe schon deshalb, weil selbst Zuzahlungen, die ein Gesellschafter in das haftende Kapital leistet, nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB als Kapitalrücklage unter den Passiven auszuweisen sind. In der Tat liegt aus § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB der Schluss nahe, dass, unabhängig vom Inhalt der Forderung und dem genauen Bilanzausweis im Einzelnen, nachrangige Verbindlichkeiten zumindest auf der Passivseite der Bilanz zu erfassen sind, sodass nicht mehr über das „ob“, sondern nur noch über das „wo“ der Passivierung zu entscheiden wäre. Gleichwohl kann diese Begründung letztlich nicht überzeugen. Neben dem formellen Einwand, dass § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB unmittelbar nur für den Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften gilt und damit nicht alle Fälle von Forderungssubordination zu erfassen vermag, ist auch die dem Rechtsschluss zu Grunde liegende Prämisse selbst zweifelhaft: Zwar ist es richtig, dass in die Kapitalrücklage geleistete Zahlungen zu passivieren sind, doch sind keineswegs sämtliche Gesellschafterleistungen auch in die Kapitalrücklage geleistet. Wie oben bereits dargelegt, ist für die Passivierung als Kapitalrücklage in der Handelsbilanz⁹⁸⁷ eine Zweckbestimmung des leistenden Gesellschafters erforderlich.⁹⁸⁸ Auch ein Erlass der Forderung oder eine Zuzahlung

⁹⁸⁴ Zum Grundsatz der Bilanzkontinuität *Knobbe-Keuk*, Steuerrecht, S. 46 f.; *Ulmer/Kleindiek BilanzR* § 252 Rn. 40

⁹⁸⁵ *K. Schmidt*, FS Goerdeler, S. 487, 502.

⁹⁸⁶ *Fleischer*, Finanzplankredite, S. 328. So auch *Scholz/Crezelius Anh.* § 42 a Rn. 220.

⁹⁸⁷ Insoweit unterscheidet sich die Handelsbilanz von der Steuerbilanz, bei der eine Gewinnkorrektur durch Abzug verdeckter Einlagen bereits dann erfolgt, wenn die Gesellschafterleistung gesellschaftlich veranlasst war.

⁹⁸⁸ *Förschle/Hoffmann* in *BeckBilKomm* § 272 Rn. 67; *Ulmer/Hüttemann BilanzR* § 272 Rn. 40.

des Gesellschafters kann daher in die Rücklage geleistet und damit passivierungspflichtig sein, fehlt es aber an dieser Zweckbestimmung, so ist die Forderung gewinnwirksam auszubuchen bzw. die Valuta der Zuzahlung gewinnwirksam zu vereinnahmen. Aus § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB kann somit für den Bilanzausweis nachrangiger Forderungen allenfalls folgen, dass, soweit durch die Subordination die Verbindlichkeit entfällt, ein Bilanzausweis nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB möglich wäre, wenn eine entsprechende Zweckbestimmung des Gesellschafters vorliegt. Und selbst wenn man eine entsprechende Zweckbestimmung für entbehrlich hält,⁹⁸⁹ muss entschieden werden, ob eine Passivierung als Fremdkapital oder entsprechend § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB zu erfolgen hat. Hierbei geht es nicht nur um den formalen Aspekt der richtigen Position innerhalb der Passivseite der Bilanz, sondern auch um den richtigen Bewertungsmaßstab. Denn während Fremdkapital stets mit dem Rückzahlungswert zu passivieren ist, ist für § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB umstritten, ob eine in die Kapitalrücklage eingestellte Forderung ebenfalls in Höhe des Nennwerts anzusetzen oder nur in Höhe des Teilwerts zu passivieren und im übrigen gewinnwirksam auszubuchen ist.⁹⁹⁰

b) Inhaltliche Modifizierung, aber kein Erlass der Forderung durch Subordination

Wendet man nun den Blick auf den Inhalt subordinierter Forderungen, so ist nach den bisherigen Ergebnissen dieser Arbeit zunächst festzuhalten, dass durch den Rangrücktritt die Forderung ihren Charakter als Verbindlichkeit nicht verliert. Unabhängig vom Umfang der vorrangigen Forderungen und der Tiefe des Rangrücktritts wird die Forderung allerdings inhaltlich dergestalt geändert, dass ihre Erfüllbarkeit an die Tilgung der vorrangigen Forderungen oder das Vorliegen der anderen, in der Subordinationsvereinbarung festgelegten Merkmale gekoppelt ist. Abzulehnen ist daher zunächst die Auffassung, eine Passivierung subordinierter Forderungen sei wegen einer Erlasswirkung des Rangrücktritts nicht möglich.⁹⁹¹ Wie der Erlass stellt zwar der Rangrücktritt eine Verfügung über die Forderung dar, doch wird die Forderung durch die Subordination, anders als durch den Erlass, nicht aufgehoben, sondern durch die Verabredung einer Erfüllungsmodalität inhaltlich mo-

⁹⁸⁹ *Schulze-Osterloh* in Baumbach/Hueck § 42 Rn. 207.

⁹⁹⁰ Für Ansatz zum Nennwert A/D/S § 246 HGB Rn. 100; *Baldamus*, DStR 2003, 852, 853; Münch-KommHGB/Beater § 272 Rn. 54; *Förschle/Hoffmann* in BeckBilKomm § 272 Rn. 67; *Herlinghaus*, Forderungsverzichte, S. 20 ff.; aA FG Hamburg DStRE 2002, 193, 194; *Knobbe-Keuk*, StuW 1991, 306, 307; *Küting/Kessler*, BB 1989, 25, 35.

⁹⁹¹ So *Suchanek/Hagedorn*, FR 2004, 451; *Suchanek*, FR 2004, 1129.

difiziert.⁹⁹² Gleichfalls abzulehnen ist damit aber auch umgekehrt die Ansicht, eine Passivierung als Verbindlichkeit sei schon deshalb veranlasst, weil durch den Rangrücktritt die Forderung nicht verändert werde, sondern der Schuldner nur im Sinne eines pactum de non petendo verspreche, diese nicht geltend zu machen,⁹⁹³ konnte doch gezeigt werden, dass die Subordination als schuldändernde Verfügung über die Stundung hinausgeht und dem Schuldner nicht nur eine Einrede gegen das Zahlungsverlangen des Gläubigers gewährt, sondern die Forderung selbst inhaltlich umgestaltet.⁹⁹⁴

c) Subordinierte Forderungen sind weder ungewiß noch künftig

Ist die Subordination somit weder mit dem Erlass noch mit dem pactum de non petendo vergleichbar und können die für diese jeweils gefundenen Bilanzierungsregeln deshalb nicht auf die subordinierte Forderung übernommen werden, so ist weiterhin zu prüfen, ob durch die Subordination die Forderung ungewiss, nur aus künftigen Gewinnen zu tilgen oder sonst künftig wird, da, wie dargelegt, auch in diesen Fällen nach der von der Literatur überwiegend befürworteten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs eine Passivierung der Forderung nicht möglich ist.

Für den Fall der Subordination unter spezifische Forderungen versteht es sich indes von selbst, dass die Forderung durch die Subordination weder künftig noch ungewiss wird und das Vermögen des Schuldners weiterhin wirtschaftlich belastet. Die Erfüllbarkeit der nachrangigen Forderung ist hier allein an die Tilgung der spezifischen vorrangigen Forderung geknüpft und setzt deshalb auch wirtschaftlich weder künftige Gewinne noch künftige Einnahmen voraus.⁹⁹⁵ Verstärkend kommt hinzu, dass, wie oben dargelegt, in diesen Fällen, soweit nicht ohnehin ausdrücklich vereinbart, zumindest die interessengerechte Ausle-

⁹⁹² Umfassend dazu oben, Kap. 8, B.

⁹⁹³ So z. B. die Begründung einer Passivierungspflicht bei Scholz/*Crezelius* Anh. § 42 a Rn. 220. Ähnlich *ders.*, NZI 2005, 212, 214: Für die Passivierung solle allein entscheidend sein, ob dinglich in den Bestand der Verbindlichkeit eingegriffen wird. Dabei wird übersehen, dass auch eine Inhaltsänderung dinglich in den Bestand der Verbindlichkeit eingreift, ohne jedoch die Verbindlichkeit vollständig entfallen zu lassen.

⁹⁹⁴ Aus dem gleichen Grund unzutreffend ist auch die von *Fahrenberg/Wolf* in *Achleitner/von Einem/von Schröder*, *Private Debt* S. 197 aufgestellte These, das nachrangige Darlehen sei schon deshalb als Verbindlichkeit zu passivieren, weil der Rangrücktritt lediglich das Rechtsverhältnis der Gläubiger untereinander regelt, den Schuldner jedoch nicht von seiner Leistungspflicht befreie.

⁹⁹⁵ Zu Recht hat daher auch der BFH in einer spezifischen Subordination keinen Umstand gesehen, aus dem sich eine Mitunternehmerstellung des Gläubigers der Nachrangforderung herleiten ließe, BFHE 104, 329, 333 f.

gung⁹⁹⁶ der Parteivereinbarung oder eine ergänzende Vertragsauslegung ergibt, dass in Insolvenz und Liquidation die nachrangige Forderung mit ihrem ursprünglichen Rang angemeldet werden soll.⁹⁹⁷ Dass die darauf entfallende Quote wirtschaftlich und auch rechtlich zunächst nicht dem Gläubiger der nachrangigen Forderung zusteht, sondern den Verlust des Gläubigers der vorrangigen Forderung mindert,⁹⁹⁸ ist aus der Sicht des Schuldners und der außen stehenden Gläubiger irrelevant. Die gegenüber spezifischen Forderungen nachrangige Forderung bleibt eine gegenwärtige Belastung des Schuldnervermögens.⁹⁹⁹

Und auch für den Fall, dass die Forderung unter die Forderungen aller anderen außen stehenden Gläubiger subordiniert wird, ist nicht anders zu entscheiden. Allerdings wird bisweilen im Schrifttum¹⁰⁰⁰ und in Teilen der Rechtsprechung¹⁰⁰¹ vertreten, eine Passivierung sei nur dann möglich, wenn nach der Formulierung des Rangrücktritts die nachrangige Forderung nicht nur aus künftigen Gewinnen, sondern auch aus dem Liquidationsüberschuss und sonstigem freiem Vermögen erfüllt werden kann und muss. Dementsprechend hebt auch der Bundesfinanzhof in seinem Grundsatzurteil vom 30. 3. 1993¹⁰⁰² zur Begründung der Passivierungspflicht hervor, dass nach der streitgegenständlichen Rangrücktrittsvereinbarung die Schuld auch aus einem Liquidationsüberschuss und sonstigem freiem Vermögen zu bedienen ist und es sich deshalb nicht um eine Verbindlichkeit handle, die nur aus künftigen Gewinnen zu tilgen sei.¹⁰⁰³

Indes verkennt diese Auffassung den Inhalt der Rangrücktrittsvereinbarung. Auch insoweit ist beachtlich, dass nach den bisherigen Ergebnissen dieser Arbeit die nachrangige

⁹⁹⁶ Zum Grundsatz einer nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung eingehend *Schürnbrand*, Schuldbeitritt, S. 184 ff.

⁹⁹⁷ Oben, Kap. 10, D. II. 1.

⁹⁹⁸ Oben, Kap. 10, D. II. 1.

⁹⁹⁹ *A/D/S* § 246 Rn. 129; für Passivierung auch *Brenner*, DSz 1995, 97, 98; zumindest für die Steuerbilanz offenbar *aA Golland u.a.* BB-Special 4/2005, S. 24, denen zufolge es auch insoweit darauf ankommen soll, ob eine Tilgung der Forderung aus sonstigem freiem Vermögen möglich ist.

¹⁰⁰⁰ *Häuselmann*, BB 1993, 1552 1554; *Kamprad GmbH* HR 1985, 352, 353 f. Aus jüngerer Zeit *Schulze-Osterloh* in *Baumbach/Hueck* § 42 GmbHG Rn. 215. Ähnlich lehnt auch *Knobbe-Keuk* ZIP 1983, 127, 130 und *dies.* *StuW* 1991, 306, 309 unter Hinweis auf die Grundsätze zur Bilanzierung gewinnabhängiger Verbindlichkeiten einen Ausweis subordinierter Verbindlichkeiten als Verbindlichkeiten ab, spricht sich aber statt dessen für eine Passivierung als „haftender Fremdkapitalposten“ aus.

¹⁰⁰¹ FG Brandenburg, EFG 2004, 1440 f.; ähnlich FG Mecklenburg-Vorpommern BB 2006, 2746, 2748.

¹⁰⁰² BFHE 170, 449.

¹⁰⁰³ BFHE 170, 449, 452 f.; ebenso BFH DSz 2005, 186, 187.

Forderung durch die Subordination inhaltlich dergestalt modifiziert wird, dass eine Erfüllbarkeit – vorbehaltlich weiterer Vereinbarungen – erst, aber auch stets gegeben ist, wenn alle vorrangigen Forderungen erfüllt wurden. Die nachrangige Forderung ist damit rechtlich stets auch unabhängig von künftigen Gewinnen zu erfüllen, und gerade hierin unterscheidet sich der Rangrücktritt vom Forderungsverzicht mit Besserungsvereinbarung.¹⁰⁰⁴ Auch in diesem Zusammenhang sei des weiteren daran erinnert, dass im Falle des Liquidationsüberschusses die Forderung stets erfüllt werden kann, da in diesem Fall die vorrangigen Forderungen notwendig bereits erfüllt wurden, weswegen die zusätzliche Vereinbarung einer Erfüllbarkeit der nachrangigen Forderung aus künftigen Liquidationsüberschüssen lediglich eine wiederholende Umschreibung der mit der Nachrangvereinbarung bereits vereinbarten Rechtsfolgen darstellt.

Auch eine gegenüber allen gegenwärtigen und künftigen Forderungen anderer Gläubiger subordinierte Forderung stellt daher aus der Perspektive des Schuldners keine gewinnabhängige, sondern eine zwar nachrangige, aber gegenwärtige Belastung des Vermögens des Schuldners dar und ist als solche zu passivieren.¹⁰⁰⁵ Dies gilt unabhängig davon, ob der Rangrücktritt von Anfang an oder erst nachträglich erklärt wurde,¹⁰⁰⁶ und ob er nur

¹⁰⁰⁴ Insoweit grundsätzlich aA *Herlinghaus*, Forderungsverzichte, S. 153, der sich für Gleichlauf von Rangrücktritt und Besserungsvereinbarung ausspricht. Im Ergebnis wie hier dagegen *A/D/S* § 246 Rn. 141. Beachtenswert ist, dass der BFH in seinem Urteil vom 30. 3. 1993 zwar davon ausgeht, die Verbindlichkeit sei infolge des Rangrücktritts nur aus künftigen Gewinnen, einem Liquidationsüberschuss oder sonstigem freiem Vermögen zu tilgen, gleichzeitig aber betont, dass der Rangrücktritt nicht zu einer Verminderung der Verbindlichkeiten, sondern zu einer veränderten Rangordnung dieser Verbindlichkeiten führe.

¹⁰⁰⁵ S. eingehend dazu, dass gewinnabhängige und damit nicht passivierungspflichtige Forderungen nur anzunehmen sind, wenn ausgeschlossen ist, dass gegenwärtige bilanzierte Vermögenswerte durch die Verpflichtung befangen sind, *Herlinghaus*, Forderungsverzichte, S. 151 sowie BFH DSiR 2005, 186, 187, und dazu *Naujok* EWiR 2005, 353, 354. Der BFH betont allerdings mit Blick auf den Charakter der subordinierten Forderung als gegenwärtige Belastung des Schuldnervermögens die im Streitgegenständlichen Rangrücktritt enthaltene zusätzliche Vereinbarung, wonach die Forderung auch aus einem die sonstigen Verbindlichkeiten des Schuldners übersteigendem Vermögen zu bedienen ist. Zweifelhaft auch FG Mecklenburg-Vorpommern BB 2006, 2746, 2748: Zwar erkennt das Finanzgericht zutreffend die dogmatischen Unterschiede zwischen der durch den Rangrücktritt erfolgten Veränderung der Rangfolge der Verbindlichkeiten einerseits und einem Erlass der Forderung andererseits, doch führt das Gericht gleichzeitig für die Passivierung der nachrangigen Verbindlichkeiten die Wahrscheinlichkeit künftiger Gewinne und Veräußerungserlöse der Gesellschaft an. Inkonsequent schließlich *Wozar*, der zwar einerseits vertritt, die Forderung stelle durch die Nachrangvereinbarung keine wirtschaftliche Belastung des gegenwärtigen Vermögens des Schuldners mehr dar, - so *ders.*, Gesellschafterdarlehen, S. 56 - sich aber andererseits - dort S. 66 ff. - für eine Passivierung nachrangiger Forderungen in der Handelsbilanz ausspricht.

¹⁰⁰⁶ AA *Mathiak* DSiR 1990, 255, 261 ff., der darauf abstellt, dass beim Rangrücktritt die Forderung nur nachträglich „auf Gewinntilgung umgestellt“ werde. Abgesehen davon, dass hierdurch die vielfältigen Konstellationen der Forderungssubordination auf den nachträglichen Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung verengt werden, ist auch nicht zu erkennen, warum der Zeitpunkt der Subordination ein sinnvolles Unterscheidungskriterium für den Bilanzausweis darstellen sollte. *Mathiak* im Ausgangspunkt folgend dage-

innerhalb der Krise oder – wie beispielsweise im Fall nachrangiger Bankverbindlichkeiten – während des Bestehens der Forderung auch unabhängig vom Vorliegen einer Krise gelten soll.¹⁰⁰⁷

Etwas anderes gilt allein dann, wenn die Forderung ausnahmsweise unter eine ungewisse Forderung subordiniert wird und die Subordination so ausgestaltet wurde, dass die nachrangige Forderung nur dann erfüllt werden kann, wenn die ungewisse Forderung entstanden ist und erfüllt wurde.¹⁰⁰⁸ Allein in diesem Fall wird durch die Subordination auch die nachrangige Forderung ungewiss und ist daher nicht zu passivieren.¹⁰⁰⁹ Dagegen steht die Subordination auch unter künftige Forderungen, wie sie im Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung stets vereinbart wird, einer Passivierung nicht entgegen. Auch in diesem Fall bewendet es damit, dass der Nachrang gegenüber den jeweiligen Forderungen besteht. Die Subordination unter künftige Forderungen hat hier regelmäßig allein die Bedeutung, dass nach Abschluss der Rangrücktrittsvereinbarung tatsächlich entstehende Forderungen zum Kreis der Vorrangforderungen zählen, was indes wegen der Stichtagsbezogenheit der Bilanz eine Passivierung nicht hindert. Dagegen bedeutet diese Formulierung regelmäßig nicht, dass – was einer Passivierung entgegenstünde - die nachrangige Forderung erst dann erfüllt werden könnte, wenn rechtlich ausgeschlossen ist, dass künftig weitere vorrangige Forderungen entstehen.¹⁰¹⁰

4. Abweichende Beurteilung bei Subordination „auf die Stufe des Eigenkapitals“?

Die Einschätzung, dass subordinierte Forderungen schon ihrem Inhalt nach eine gegenwärtige Belastung des Schuldnervermögens bleiben und daher im handelsrechtlichen

gen *Fleischer*, Finanzplankredite, S. 327; *Herlinghaus*, Forderungsverzichte, S. 154 und wohl auch *Kütting/Kessler*, BB 1994, 2103, 2109.

¹⁰⁰⁷ AA wohl *Fleischer*, *Finanzplankredite*, S. 327; *der dort* betonte Charakter des Jahresabschlusses als Darstellung der Vermögens- und Ertragslage eines lebenden Unternehmens könnte für sich genommen nur dann ein Argument für die Passivierung nachrangiger Verbindlichkeiten begründen, wenn der Rangrücktritt für das lebende Unternehmen nicht gilt. Diese Begründung erfasst damit gleichfalls nur einen Teil der einschlägigen Konstellationen.

¹⁰⁰⁸ Dazu oben Kap. 9, C. III. 2.

¹⁰⁰⁹ In Betracht kommt dann allerdings, soweit das Entstehen der Forderung hinreichend wahrscheinlich ist, die Bildung von Rückstellungen für künftige Verbindlichkeiten.

¹⁰¹⁰ Dazu oben, Kap. 9, C. III. 2.

Jahresabschluss des Schuldners in Höhe des Nennwerts als Fremdkapital zu passivieren sind, gilt nicht nur für den „einfachen“ Rangrücktritt, sondern auch für den vom Bundesgerichtshof¹⁰¹¹ für den Nichtansatz in der Überschuldungsbilanz – zu Unrecht – verlangten „qualifizierten“ Rangrücktritt. Auch insoweit bewendet es dabei, dass die Forderung erfüllbar ist, wenn alle anderen vorrangigen Forderungen getilgt wurden. Zu den anderen vorrangigen Forderungen gehören aber nicht die Ansprüche auf Rückgewähr des Eigenkapitals. Diese haben auch bei Vereinbarung eines „qualifizierten“ Rangrücktritts ihrerseits keinen Vorrang gegenüber dem subordinierten Forderungsrecht. Selbst soweit die Vereinbarung ein Zurücktreten auf die Stufe der Eigenkapitalgeber vorsehen sollte, ergibt sich bei interessengerechter Auslegung, dass die subordinierte Forderung erfüllt werden kann, wenn alle vorrangigen Forderungen bezahlt wurden. Da die für die Rückgewähr von Eigenkapital je nach Gesellschaftsform vorausgesetzten Merkmale und Verfahren – Zustimmung der Gesellschafter nach § 122 Abs. 2 HGB oder Liquidation nach § 155 HGB für die Personenhandelsgesellschaften, Kapitalherabsetzung oder Liquidation für Kapitalgesellschaften – für die Tilgung „qualifiziert“ subordinierter Forderungen nicht erfüllt sein müssen, ist auch in diesem Fall weder ein ausschüttungsfähiger Gewinn noch ein Liquidationsverfahren zwingend erforderlich.¹⁰¹² Aus Sicht der Gesellschafter wie der Gesellschaft belasten daher auch die qualifiziert subordinierten Forderungen das Vermögen der Gesellschaft: Die Subordination beeinflusst die Rangfolge der Verbindlichkeiten und führt damit aus Sicht der nunmehr vorrangigen Gläubiger zu einer Verringerung der mit ihrem Zahlungsanspruch konkurrierenden Forderungen. Sie lässt aber die Gesamt-Schuldenlast der Gesellschaft aus der Perspektive der Gesellschaft selbst unverändert. Auch deshalb sind die solcherart subordinierten Forderungen bilanziell als Forderung und nicht als Eigenkapital zu erfassen und damit entgegen der neuerdings von Teilen der Literatur geäußerten Ansicht¹⁰¹³ in Höhe des Rückzahlungswertes passivierungspflichtig.¹⁰¹⁴

¹⁰¹¹ BGHZ 146, 264, 271 ff.

¹⁰¹² AA *Schulze-Osterloh* in Baumbach/Hueck § 42 Rn. 226, 215 und *ders.* WPg 1996, 97, 99 ff., der auch für den Jahresabschluss danach differenzieren will, ob zusätzlich eine Erfüllbarkeit aus sonstigem freien Vermögen vereinbart ist. Zu diesem, mittlerweile vornehmlich im Rahmen von § 5 Abs. 2 a EStG diskutierten Ansatz unten Kap. 11, A. II. 2.

¹⁰¹³ *Lang* in: Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt, Körperschaftssteuer, § 8 Abs. 3 KStG n.F. Rn. 1126 (Stand: Juni 2003); ebenso *Berg/Schmich* GmbH 2005, 307, 308; *Ekkenga*, WM 2006, 1986, 1994; *Vogt*, DStR 2001, 1881 f. sowie wohl auch *Berndt*, BB 2006, 2744, 2746 und *Kirchhof/Gosch* § 17 Rn. 223. Bereits zuvor hat sich *Herrmann* auf der Grundlage der von ihm vertretenen Einordnung des Rangrücktritts als Schuldumschaffung in Haftkapital dafür ausgesprochen, subordinierte Forderungen in der Handelsbilanz des Schuldners als Eigenkapital auszuweisen. Siehe dazu *Herrmann*, Quasi-Eigenkapital, S. 133 f.

Zudem ist auch für die bilanzielle Behandlung qualifiziert subordinierter Forderungen die Unterschiedlichkeit von Eigenkapital und (qualifiziert) nachrangigem Fremdkapital zu bedenken. Soweit man entgegen der herrschenden Meinung, aber zutreffend, das Fehlen eines Rückzahlungsanspruchs für ein unverzichtbares Kriterium des Eigenkapitals hält,¹⁰¹⁵ folgt die Verschiedenheit von Eigenkapital und nachrangigen Forderungen schon aus dem Rückzahlungsanspruch der Gläubiger der nachrangigen Forderung. Aber auch auf der Basis der herrschenden Meinung können subordinierte Forderungen nicht als materielles Eigenkapital verstanden werden. Nachrangige Forderungen sind nur insoweit dem Eigenkapital ähnlich, als in Insolvenz und Liquidation beide nachrangig zu bedienen sind und eine Rückzahlung außerhalb der Abwicklung nur eingeschränkt möglich ist, wobei sich für subordinierte Forderungen die Reichweite der Einschränkung aus dem Inhalt der Rangvereinbarung ergibt. Vorbehaltlich weiterer Absprachen unterscheiden sich subordinierte Forderungen aber sowohl in ihrer Verzinsung als auch hinsichtlich der Verrechnung mit Verlusten erheblich von Eigenkapital, so dass die bisweilen vorgeschlagene Gleichsetzung mit letzterem schon materiell nicht überzeugt: Die Subordination einer Forderung ist für sich nie ausreichend, um die Forderung zu materiellem oder funktionalem Eigenkapital werden zu lassen.

Ihre Bestätigung findet diese Einschätzung durch einen Blick auf die mit dem Jahresabschluss verfolgten Zwecke. Der Jahresabschluss dient zwar zunächst durch Information und - im Falle von Kapitalgesellschaften – Begrenzung des an die Gesellschafter auszahlbaren Betrags dem Schutz außen stehender Gläubiger,¹⁰¹⁶ deren Stellung bei umfassender Subordination durch die nachrangige Forderung nicht mehr beeinträchtigt wird, so dass der Gläubigerschutz keinen Bilanzausweis erfordert. Anders als beim Überschuldungsstatut erschöpft sich der Zweck des Jahresabschlusses aber nicht in dem Schutz vorrangiger Gläubiger; vielmehr dient dieser auch der Information und dem Schutz von (Minderheits-) Gesellschaftern und von Personen, die den Erwerb einer Gesellschafterstellung

¹⁰¹⁴ Wie hier *Heerma*, BB 2005, 537, 543; *Hölzle* GmbHR 2005, 852, 857 f.; *Janssen*, BB 2005, 1895, 1897; *Rätke*, StuB 2005, 497, 498 f. Offen gelassen von BFH DSr 2001, 1431, 1432 unter II. 3. a) a.E.

¹⁰¹⁵ So *Groh* BB 1993, 1882, 1889; *ders.* BB 1995, 559 f.; *Wiedemann* in FS Beusch (1993) S. 893, 896 f.; MünchKommAktG/*Kropff* § 272 HGB Rn. 149. Dazu ausführlich oben, Kap. 2, B. IV. 5.

¹⁰¹⁶ Hierzu statt aller, und mit weiteren Nachweisen *Ulmer/Hüffer* BilanzR § 242 Rn. 2.

beabsichtigen.¹⁰¹⁷ Auch mit Blick auf diese beschreibt der Jahresabschluss die Vermögenslage der Gesellschaft und gibt den Betrag an, der höchstens vom Geschäfts- in das Privatvermögen überführt werden kann, ohne die Gesellschaft in ihrer Substanz zu beeinträchtigen,¹⁰¹⁸ wie auch – im Falle der Kapitalgesellschaften – die an den Jahresabschluss zumindest grundsätzlich anknüpfende Kapitalbindung, § 57 AktG, § 30 GmbHG, dem Schutz der Gläubiger und der anderen Gesellschafter dient.¹⁰¹⁹ Mit Blick auf diese Bilanzzwecke würde die Lage des Schuldners unzutreffend dargestellt, wenn subordinierte Forderungen nicht, nur mit ihrem Teilwert oder als Eigenkapital ausgewiesen würden. Der Schutz der Gesellschafter¹⁰²⁰ und das Bedürfnis, ein auch aus Gesellschafterperspektive zutreffendes Bild von der Gewinn- und Vermögenslage des Unternehmens wiederzugeben, sprechen entscheidend für eine Ausweis subordinierter Darlehen als Fremdkapital.¹⁰²¹

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass auch in der Bank- und Versicherungsbilanz nachrangige – und damit aufsichtsrechtlich ggf. zu den Eigenmitteln zählende¹⁰²² – Verbindlichkeiten nicht als Eigenkapital, sondern getrennt von diesem auszuweisen sind.¹⁰²³ Wenn sich auch hieraus keine zwingenden Folgerungen für den Ausweis qualifiziert subordinierter Forderungen im allgemeinen Jahresabschluss gewinnen lassen, so zeigt dies doch, dass auch nach Ansicht des Gesetzgebers die Nachrangigkeit einer Forderung als solche die Forderung nicht hinreichend eigenkapitalähnlich werden lässt, um einen Bilanzausweis als Eigenkapital zu rechtfertigen.

¹⁰¹⁷ So für die Bilanzierung von Genussrechtskapital zutreffend MünchKommAktG/Kropff § 272 HGB Rn. 147. Zu den Gesellschaftern als Einblicksadressaten im Rahmen des true and fair view Ulmer/Hüttemann BilanzR § 264 Rn. 30.

¹⁰¹⁸ Ulmer/Hüffer BilanzR § 242 Rn. 8. S. zur Stellung der Gesellschafter als Adressaten des Jahresabschlusses auch Wiedmann § 264 Rn. 12 ff und zur Passivierung subordinierter Darlehen als Voraussetzung eines zutreffenden Gewinnausweises Fleischer, Finanzplankredite, S. 328.

¹⁰¹⁹ S. dazu nur Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck § 30 Rn. 3; GroßkommAktG/Henze § 57 Rn. 7.

¹⁰²⁰ Scholz/Crezelius Anh. § 42 a GmbHG Rn. 220; Peters WM 1988, 641, 692 ff.; im Ergebnis auch Fleischer, Finanzplankredite, S. 327 f. allerdings mit unzutreffendem Hinweis auf die „Schutz- und Warnfunktion des Kapitalersatzrechtes“.

¹⁰²¹ Insoweit verfängt auch das von Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck § 42 Rn 226 und WPg 1996, 97, 101 vorgebrachte Argument, eine Passivierung sei auch mit Blick auf § 30 GmbHG nicht erforderlich, da bei entsprechendem Gewinn die Forderung wieder zu Passivieren sei und deshalb Vorsorge gegen verbotene Ausschüttungen getroffen werde, nicht. Denn nur bei Passivierung auch nachrangiger Verbindlichkeiten kann sich der Gesellschafter Gewissheit darüber verschaffen, wie viel Gewinn künftig erzielt werden muss, um eine Ausschüttung zu ermöglichen.

¹⁰²² § 10 Abs. 5a und Abs. 6 KWG; vgl. auch Art. 4 Abs. 3 EG – Eigenmittel- Richtlinie. Zum Ganzen oben Kap. 4, C.

¹⁰²³ § 340 a HGB in Verbindung mit § 4 RechKredV sowie § 23 RechVersV.

5. Zwischenergebnis, Vereinbarkeit mit BGHZ 146, 246 und weitere bilanzielle Kennzeichnung subordinierter Forderungen

a) Zwischenergebnis

Somit ist zunächst als Zwischenergebnis festzuhalten, dass subordinierte Forderungen in Höhe ihres Nennwerts als Fremdkapital zu passivieren sind. Die von der überwiegenden Literaturmeinung¹⁰²⁴ geteilte gleichsinnige Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs¹⁰²⁵ verdient weiterhin Zustimmung. Dies gilt auch für Forderungen, die mit einem „qualifizierten“ Rangrücktritt versehen sind; auch für diese gilt, dass Rechtsnatur und Inhalt der Forderung wie auch die mit dem Jahresabschluss verfolgten Zwecke einen Ausweis als Fremdkapital verlangen.

b) Zur Vereinbarkeit dieses Ergebnisses mit der Entscheidung BGHZ 146, 264

Zu prüfen ist des weiteren, ob das hier vertretene Ergebnis der bereits oben angesprochenen Entscheidung des BGH vom 08. 01. 2001 widerspricht. Beachtlich könnte sein, dass der Bundesgerichtshof eine Passivierung qualifiziert subordinierter Darlehen in der Überschuldungsbilanz ablehnt und dabei feststellt, es werde in Übereinstimmung mit der Behandlung solcher Darlehen in der Rechtsprechung zur Vorbelastungs- und Jahresbilanz allgemein angenommen, subordinierte Darlehen seien „auch“ im Überschuldungsstatut nicht zu passivieren.¹⁰²⁶ Eine näherer Analyse des Urteils zeigt indes, dass mit diesem eine sachliche Festlegung für die Behandlung subordinierter Darlehen im Jahresabschluss nicht verbunden ist. In dem BGHZ 146, 264 zugrunde liegenden Rechtsstreit war allein der Ausweis des Darlehens im Überschuldungsstatut entscheidungserheblich. Die weiterge-

¹⁰²⁴ A/D/S § 246 Rn. 128; *Hoyos/M. Ring* in BeckBilKomm § 247 Rn. 232 und § 266 Rn. 255; *Fichtelmann*, Unternehmenssanierung, S. 40 f.; MünchKommAktG/*Henrichs* § 246 HGB Rn. 85; *Herlinghaus*, Forderungsverzichte, S. 143 ff.; *Hölzle* GmbHR 2005, 852, 857 f.; *Kammeter/Geißelmeier*, NZI 2007, 214, 215; MünchKommAktG/*Kessler/Suchan* § 266 HGB Rn. 114; *Klein* GmbHR 2005, 663, 668 f.; *Ulmer/Kleindiek* BilanzR § 246 Rn. 31; *ders.* in Lutter/Hommelhoff § 42 Rn. 42; *Kütting/Kessler*, BB 1994, 2103, 2109; *Großfeld/Luttermann*, BilanzR, Rn. 816; *Merz/Hübner* DStR 2005, 802, 806; *K. Schmidt*, FS Goerdeler, 487, 502; *Schmidt/Weber-Grellet* § 5 Rn. 550 Stichwort Gesellschafterfinanzierung (3); *Wittig* NZI 2001, 169, 176. aA *Kürth/Delhaes* DB 2000, 2577, 2585; *Roth/Altmppen* § 42 Rn. 49; *Schulze-Osterloh* in Baumbach/Hueck § 42 Rn. 226.

¹⁰²⁵ BFHE 170, 449, 450; BFH DStR 2004, 593, 594; BFH DStR 2005, 186, 187. Ebenso bereits BFH III R 21/82 v. 25. 02. 1983 (nicht veröffentlicht).

¹⁰²⁶ BGHZ 146, 264.

henden Aussagen des Senats zur Behandlung im Jahresabschluss erfolgen obiter. Es kommt hinzu, dass der Senat in der angegebenen Textstelle keine eigene inhaltliche Festlegung trifft, sondern nur auf eine allgemeine Meinung verweist. Auch diese allgemeine Meinung betrifft freilich nur den Ansatz subordinierter Forderungen im Überschuldungsstatut, während für die Handels- wie für die Steuerbilanz überwiegend eine Passivierung subordinierter Forderungen als Fremdkapital vertreten wird. Zudem spricht die in BGHZ 146, 264 erfolgte Bezugnahme auf BGHZ 124, 282 dafür, dass die Aussage des Gerichtshofs inhaltlich allein auf den Nichtansatz im Überschuldungsstatut gerichtet ist. Insoweit ist beachtlich, dass in dem letztgenannten Verfahren allein die bilanzielle Erfassung nicht subordinierter, aber eigenkapital ersetzender Darlehen streitentscheidend war. Zudem lässt der Gerichtshof den Ansatz subordinierter Forderungen im Jahresabschluss bewusst offen, wenn er unter II.1. der Urteilsgründe ausführt:

„Nach ganz überwiegender Meinung des Schrifttums, der sich der Senat anschließt, sind eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen jedenfalls bei Fehlen einer Rangrücktrittsvereinbarung in der Jahresbilanz (§§ 242 ff. HGB) der Gesellschaft als Verbindlichkeiten zu passivieren“.¹⁰²⁷

Die in Bezug genommenen Entscheidung ist daher nicht geeignet, ein Passivierungsverbot subordinierter Forderungen im Jahresabschluss zu belegen, so dass der Verweis ins Leere ginge, falls der BGH in BGHZ 146, 264 tatsächlich der Passivierung subordinierter Forderungen im Jahresabschluss widersprechen wollte. Demgegenüber ist der Verweis auf BGHZ 124, 282 sinnvoll, soweit die Behandlung subordinierter Darlehen in der Überschuldungsbilanz in Frage steht, denn auch in BGHZ 124, 282 entwickelt der BGH die Passivierungsregel für die Vorbelastungsbilanz in Abgrenzung zur Überschuldungsbilanz.¹⁰²⁸ Zu bedenken ist schließlich, dass der Bundesgerichtshof, soweit man BGHZ 146, 264 als Richtschnur für die Behandlung subordinierter Forderungen im Jahresabschluss ansehen wollte, in der angegebenen Textstelle die Passivierung subordinierter Forderungen insgesamt ablehnte. Auch dies passt indes nur für den Überschuldungsstatut. Denn dass auch qualifiziert subordinierte Forderungen im Jahresabschluss überhaupt nicht passiviert würden – so das Ergebnis, wenn man die Urteilspassage für die Rechnungslegung nach HGB heranzieht - widerspräche nicht nur der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs¹⁰²⁹,

¹⁰²⁷ BGHZ 124, 282, 284.

¹⁰²⁸ BGHZ 124 282, 286 f.

¹⁰²⁹ BFHE 170, 449, 450.

sondern geriete auch in Konflikt mit dem Gebot des vollständigen Ausweises bestehender Risiken nach § 246 Abs. 1 HGB.¹⁰³⁰ Zudem könnte in diesem Fall die Gesellschaft allein durch den Wegfall des Passivpostens einen bilanziellen Gewinn ausweisen und ggf. ausschütten, obschon ein entsprechender Ertrag nicht erwirtschaftet wurde. Dementsprechend hat auch der Bundesgerichtshof in einer nachfolgenden Entscheidung die Passivierung nachrangiger Verbindlichkeiten als Fremdkapital in der Handelsbilanz des Schuldners bestätigt und die Möglichkeit der Passivierung als Eigenkapital allein für solche Forderungen offen gelassen, bei denen ein Rangrücktritt auf die Stufe der Eigenkapitalgeber erfolgte.¹⁰³¹

c) Kennzeichnung der Nachrangigkeit im Jahresabschluss

Steht somit fest, dass subordinierte Forderungen grundsätzlich als Fremdkapital im Jahresabschluss auszuweisen sind, so bleibt zu entscheiden, wie genau der Bilanzausweis darzustellen ist. Da der Jahresabschluss ein zutreffendes Bild von der Vermögenslage der Gesellschaft auch aus Perspektive der Gläubiger vermitteln soll, § 264 Abs. 2 HGB, und andererseits die Nachrangigkeit ein klares Abgrenzungsmerkmal darstellt, bedarf die Nachrangigkeit subordinierter Forderungen zusätzlicher Kennzeichnung.¹⁰³² Diesbezüglich wurde vorgeschlagen, nachrangige Verbindlichkeiten in einer eigenen Bilanzposition zwischen Eigen- und Fremdkapital auszuweisen.¹⁰³³ Daneben besteht die Ansicht, die nachrangigen Verbindlichkeiten seien innerhalb der Verbindlichkeiten in eine eigene Untergruppe aufzunehmen („davon nachrangig...“),¹⁰³⁴ während schließlich vertreten wird, es sei ausreichend, den Nachrang durch Erläuterungen im Anhang der Bilanz bzw. unter dem Bilanzstrich kenntlich zu machen. Den Vorzug verdient die Kenntlichmachung durch Bildung einer eigenen Untergruppe innerhalb der Verbindlichkeiten. Gegen den Ausweis als Sonderposten zwischen Eigen- und Fremdkapital spricht zum einen das formale Argument,

¹⁰³⁰ BFH DStR 2005, 186, 187.

¹⁰³¹ BGH ZIP 2006, 703, 706 f.

¹⁰³² *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 514 f.; *Hoyos/M. Ring* in BeckBilKomm § 266 Rn. 255; Münch-KommAktG/*Kropff* § 272 HGB Rn. 160, *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff § 42 Rn. 44; aA *Janssen*, BB 2005, 1895; für freiwilligen, aber sachgerechten Hinweis auf den nachrangigen Charakter der Verbindlichkeit A/D/S § 246 Rn. 98, 144.

¹⁰³³ *Knobbe-Keuk* ZIP 1983, 127, 131; *dies*. Stuw 1991, 306, 308 f.; *Peters* WM 1988, 685, 692; *K. Schmidt* FS Goerdeler S. 487, 502; *Wozar*, Gesellschafterdarlehen, S. 70; zumindest de lege ferenda auch *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 514 f.

¹⁰³⁴ Hierfür *Fleck*, FS Döllerer, Ulmer/*Kleindiek* BilanzR § 246 Rn. 32; *Großfeld/Luttermann*, BilanzR, Rn. 816.

dass durch die Bildung des entsprechenden Sonderpostens von der in § 266 HGB vorgegebene Bilanzgliederung abgewichen würde,¹⁰³⁵ und ein solcher Posten in der IFRS-Bilanz nach dem eindeutigen Wortlaut von IAS 32.15 unzulässig ist.¹⁰³⁶ Vor allem begründet nach der hier vertretenen Konzeption allein die Nachrangigkeit der Forderung weder eine Eigenkapitalgleichheit noch auch nur eine weitgehende Ähnlichkeit zu Eigenkapital, fehlt es doch sowohl an der Verlustteilnahme als auch an der Gewinnabhängigkeit von Haupt- und ggf. Nebenforderung.¹⁰³⁷

II. Steuerbilanz: Zur Anwendbarkeit von § 5 Abs. 2 a EStG

1. Regelungsgehalt des § 5 Abs. 2 a EStG

Hinsichtlich der Passivierbarkeit subordinierter Forderungen in der Steuerbilanz ist zusätzlich zu den für die Handelsbilanz geltenden Grundsätzen § 5 Abs. 2 a EStG zu beachten. § 5 Abs. 2 a EStG schreibt zunächst die gefestigte Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs,¹⁰³⁸ wonach eine nur aus künftigen Gewinnen zu erfüllende Forderung nicht passiviert werden darf, gesetzlich fest. Sodann erweitert § 5 Abs. 2 a EStG diesen Passivierungsgrundsatz um das Verbot der Passivierung von Forderungen, die nur aus künftigen Einnahmen zu begleichen sind, und reagiert damit auf eine vom Gesetzgeber als missbräuchlich empfundene Gestaltung namentlich bei der Film- und Explorationsfinanzierung.¹⁰³⁹ Erforderlich wurde aus Sicht des Gesetzgebers ein Eingreifen deshalb, weil der BFH in jüngeren Urteilen die ältere Rechtsprechung zum Passivierungsverbot bei gewinnabhängigen Forderungen dahingehend präzisiert¹⁰⁴⁰ hatte, dass auch solche Forderungen passiviert werden können, die nur bei künftigem Liquidationsüberschuss oder aus sonsti-

¹⁰³⁵ *Kütting/Kessler*, BB 1994, 2103, 2104, 2109.

¹⁰³⁶ *Clemens/Hebestreit* in BeckIFRS-Handb., § 12 Rn. 4; *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, S. 521.

¹⁰³⁷ Wie hier MünchKommAktG/*Kropff* § 272 HGB Rn. 160; *Ulmer/Kleindiek* BilanzR § 246 Rn. 32. Damit ist nicht ausgeschlossen, eine Zwischengruppe (ausnahmsweise) für solche Finanzierungsmittel zuzulassen, die nachrangig und auch im übrigen eigenkapitalähnlich sind. S. dazu etwa MünchKommAktG/*Kropff* § 272 HGB Rn. 151 (für eigenkapitalähnliche Genussrechte).

¹⁰³⁸ BFH GrS BStBl. II, 1981, 164, 169; BFH BStBl. II, 1986, 68, 70.

¹⁰³⁹ Ausführlich zum Hintergrund der Norm *Köster/Wischmann* in H/H/R, Steuerreformkommentierung I, § 5 EStG Rn. R4 (Mai 2000). Krit. zu der einzelfallorientierten Motivation HK/*Crezelius* § 5 Rn. 141.

¹⁰⁴⁰ Anders HK/*Crezelius* § 5 Rn. 140 f.: Der BFH habe seine alte Rechtsprechung zur Passivierung gewinnabhängiger Forderungen aufgegeben und der Gesetzgeber hierauf rechtsprechungsüberholend reagiert.

gem freien Vermögen¹⁰⁴¹, bei Übersteigen gewisser Umsatzzahlen¹⁰⁴², aus künftigen Verwertungserlösen¹⁰⁴³ oder bei Vereinnahmung von Erlösen in vorher festgesetzter Höhe¹⁰⁴⁴ bezahlt werden müssen. Forderungen, welche die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 a EStG erfüllen, sind hingegen nunmehr in der Steuerbilanz auch dann vorübergehend¹⁰⁴⁵ nicht zu passivieren, wenn ihre Berücksichtigung unter den Passiven, dem Vorsichtsprinzip entsprechend, im Jahresabschluss nach Handelsrecht veranlasst ist. Da § 5 Abs. 2 a EStG somit als steuerrechtliche Sonderregel dem Maßgeblichkeitsgrundsatz vorgeht,¹⁰⁴⁶ folgt auch umgekehrt allein aus der Passivierung subordinierter Forderungen im Jahresabschluss nach HGB nicht zugleich deren Berücksichtigung in der Steuerbilanz.

2. Meinungsstand in Literatur, Rechtsprechung und Steuerverwaltung

Hinsichtlich der hier interessierenden Frage, ob § 5 Abs. 2 a EStG auf subordinierte Verbindlichkeiten anwendbar ist, wird bereits eine Vielzahl unterschiedlicher Meinungen vertreten. So lehnt *Weber-Grellet* eine Anwendung von § 5 Abs. 2 a EStG auf den Rangrücktritt ab, da § 5 Abs. 2 a nur auf bedingt entstehende Verbindlichkeiten anwendbar sei, während der Rangrücktritt lediglich eine Erfüllungsmodalität darstelle.¹⁰⁴⁷ Andere Autoren setzen ebenfalls beim Anwendungsbereich des § 5 Abs. 2 a EStG an und verneinen dessen Anwendung auf Rangrücktritte unter Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber nur die als missbräuchlich empfundene Gestaltung von Film- und Explorationsfinanzierungen, nicht aber die Vereinbarung eines Rangrücktrittes steuerlich einschränken habe wollen.¹⁰⁴⁸ Demgegenüber setzen ein Teil der Literatur¹⁰⁴⁹, die Steuerverwaltung¹⁰⁵⁰ und der Bundes-

¹⁰⁴¹ BFH BStBl. II, 1993, 502.

¹⁰⁴² BFH BStBl. II, 1998, 244.

¹⁰⁴³ BFH BStBl. II, 1997, 320.

¹⁰⁴⁴ BFH BStBl. II, 2000, 139.

¹⁰⁴⁵ Zu § 5 Abs. 2 a als Passivierungsaufschub *Schmidt/Weber-Grellet* § 5 Rn. 315; *Köster* in H/H/R Steuerreformkommentierung I, § 5 EStG Rn. R 14 (Mai 2000).

¹⁰⁴⁶ *Köster/Wischmann* in H/H/R, Steuerreformkommentierung I, § 5 Rn. R 5.

¹⁰⁴⁷ *Schmidt/Weber-Grellet* (24. Aufl. 2005), § 5 Rn. 315; *Weber-Grellet* BB 2000, 124, 127; diesem folgend *Hoyos/M. Ring* in BeckBilKomm § 247 Rn. 238; *Klein* GmbHR 2005, 663, 669; ähnlich *Kaiser* GmbHR 2001, 103, 104 und *Blümich/Schreiber* § 5 Rn. 920 (Februar 2003): Rangrücktritt sei nur Zahlungsmodalität und deshalb von § 5 Abs. 2 a nicht erfasst.

¹⁰⁴⁸ So *Prinz*, DStR 2000, 669.

¹⁰⁴⁹ *Köster* in H/H/R, Steuerreformkommentierung I, § 5 EStG Rn. R 18 (Mai 2000).

finanzhof¹⁰⁵¹ beim Tatbestand des § 5 Abs. 2 a EStG an. Nach einem Teil der Literatur soll jedoch ein Rangrücktritt deshalb nicht den Tatbestand des § 5 Abs. 2 a EStG erfüllen, weil die Verbindlichkeit aus Gesellschaftersicht in vollem Umfang weiter bestehe.¹⁰⁵² Steuerverwaltung und Bundesfinanzhof gehen hingegen davon aus, dass ein Passivierungsverbot – im Falle des BFH: zumindest; im Falle des Bundesministeriums der Finanzen: nur – dann nicht besteht, wenn die subordinierte Forderung nicht nur aus künftigen Gewinnen, sondern auch aus sonstigem freiem Vermögen zu bedienen ist.¹⁰⁵³ Nach der neueren Rechtsprechung des BFH soll zudem ein nicht näher spezifizierter Rangrücktritt dahingehend auszulegen sein, dass die Forderung auch aus Liquidationsüberschuss oder sonstigem freiem Vermögen zu tilgen ist.¹⁰⁵⁴ Auch in diesem Urteil bleibt indes offen, ob die beiden Tilgungsmöglichkeiten kumulativ vorliegen müssen, oder ob die Forderung schon dann zu passivieren ist, wenn sie nur aus Liquidationsüberschuss oder nur aus sonstigem freiem Vermögen getilgt werden kann.

3. Stellungnahme

- a) Lösung nach dem Inhalt der subordinierten Forderung: subordinierte Forderung als nachrangige, aber nicht künftige Verbindlichkeit

Betrachtet man die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 a EStG so ergibt sich, dass eine subordinierte Forderung dann nicht zu passivieren wäre, wenn der Rangrücktritt dazu führte, dass die Forderung nur zu erfüllen ist, wenn künftige Einnahmen oder Gewinne anfallen. Dabei ist im Ausgangspunkt festzuhalten, dass nach den bisherigen Ergebnissen dieser Arbeit der Rangrücktritt die Erfüllbarkeit der Forderung verändert und daher grundsätzlich geeignet ist, die Forderung in der von § 5 Abs. 2 a vorgesehenen Weise zu verändern. Abzulehnen ist somit zunächst die Auffassung von *Weber-Grellet*. Dessen

¹⁰⁵⁰ BMF Schreiben vom 18. 8. 2004, DStR 2004, 1525

¹⁰⁵¹ BFH BB 2005, 545.

¹⁰⁵² *Köster* in H/H/R, Steuerreformkommentierung I, § 5 EStG Rn. R 18 (Mai 2000).

¹⁰⁵³ BFH BB 2005, 545, 546 sowie BFH ZIP 2006, 249, 252. Zur Auffassung der Verwaltung s. BMF Schreiben vom 18. 8. 2004, DStR 2004, 1525 sowie – das vorgenante Schreiben präzisierend – BMF Schreiben vom 8. 9. 2006, BB 2006, 2300. Schon vor in Kraft treten des § 5 Abs. 2 a EStG für die Passivierung in Handels- und Steuerbilanz gleicher Ansicht *Bordewin* in *Bordewin/Brandt*, §§ 4, 5 EStG Rn. 987 (Oktober 1998); *Schulze-Osterloh* in *Baumbach/Hueck* § 42 Rn. 226, 215 und *ders.* WpG. 1996, 97, 99 ff.

¹⁰⁵⁴ BFH ZIP 2006, 249, 252. Ebenso aus der Literatur *Crezelius*, NZI 2006, 210, 211; *Lang*, DStZ 2006, 789, 790 f.

dogmatische Einordnung des Rangrücktritts als Erfüllungsmodalität¹⁰⁵⁵ verdient zwar Zustimmung, doch ist § 5 Abs. 2 a EStG seinerseits nicht auf bedingt entstehende Forderungen zu begrenzen: Da der Wortlaut der Vorschrift an die Erfüllung („zu erfüllen sind“) der Forderung anknüpft und weder Entstehungsgeschichte noch Telos der Norm eine einschränkende Auslegung rechtfertigen, werden von § 5 Abs. 2 a EStG auch Forderungen erfasst, deren Erfüllbarkeit modifiziert wurde. Aus den gleichen Gründen ist auch die Beschränkung des § 5 Abs. 2 a EStG auf Missbrauchskonstellationen abzulehnen: Wenn auch die vorgeblichen Missbräuche den Gesetzgeber zum Erlass der Norm veranlasst haben, sprechen Wortlaut und Telos gegen eine Begrenzung auf missbräuchliche Gestaltungen. Ebenso abzulehnen ist schließlich die Auffassung *Kösters*, der Rangrücktritt könne den Tatbestand deshalb nicht erfüllen, weil die Verbindlichkeit aus Sicht der Gesellschaft in vollem Umfang fortbestehe.¹⁰⁵⁶ Diese Meinung verkennt, dass durch den Rangrücktritt die Forderung auch mit Wirkung für die schuldende Gesellschaft inhaltlich modifiziert wird. Diese Inhaltsänderung führt zwar zu keinem gesonderten Ausweis in der Handelsbilanz, doch kann daraus für § 5 Abs. 2 a EStG schon deshalb nichts hergeleitet werden, weil, wie *Köster* selbst richtig erkennt,¹⁰⁵⁷ § 5 Abs. 2 a EStG die Steuerbilanz „von der Handelsbilanz löst und damit den Maßgeblichkeitsgrundsatz einschränkt.“

Im Ausgangspunkt zutreffend ist demgegenüber die von Steuerverwaltung und Bundesfinanzhof vorgenommene Abgrenzung nach dem Inhalt des Rangrücktritts. Entgegen der vom Bundesministerium der Finanzen vorgeschlagenen Regelung ist aber festzuhalten, dass auch eine mit typischer Nachrangvereinbarung subordinierte Forderung den Tatbestand des § 5 Abs. 2 a EStG nicht erfüllt. Beachtlich ist auch hier, dass die Subordination die Erfüllbarkeit der Forderung an die Tilgung der vorrangigen Forderungen und damit zunächst weder an künftige Gewinne noch an künftige Einnahmen knüpft. Zwar ist es möglich, die Erfüllbarkeit der nachrangigen Forderung zusätzlich auch aus künftigen Gewinnen zu vereinbaren, doch bleibt es dabei, dass nach Erfüllung der vorrangigen Forderungen - und damit stets bei Liquidationsüberschuss - die nachrangige Forderung erfüllt werden kann. Deshalb ist entgegen der Auffassung der Steuerverwaltung die Vereinbarung, dass zusätzlich zu den der Subordination immanenten Erfüllungsvoraussetzungen die

¹⁰⁵⁵ Schmidt/*Weber-Grellet* § 5 Rn. 315; *Weber-Grellet*, BB 2000, 124, 127.

¹⁰⁵⁶ *Köster* in H/H/R, Steuerreformkommentierung I, § 5 EStG Rn. R 18 (Mai 2000).

¹⁰⁵⁷ *Köster/Wischmann* in H/H/R, Steuerreformkommentierung I, § 5 EStG Rn. R 5.

Forderung auch aus freiem Vermögen erfüllbar sein soll, keine Voraussetzung für die Passivierung der Verbindlichkeit in der Steuerbilanz. Wie ausführlich dargestellt, ist diese Voraussetzung zwar, anders als die Vereinbarung der Erfüllbarkeit aus Liquidationsüberschuss, keine wiederholende Umschreibung der Rangrücktrittsfolgen, sondern fügt der subordinationsimmanenten Erfüllbarkeit bei Erfüllung der vorrangigen Forderungen eine Erfüllbarkeit der nachrangigen Forderung für den Fall an, dass die vorrangigen Forderungen zwar nicht erfüllt wurden, aber aus dem gegenwärtigen Reinvermögen des Schuldners erfüllt werden könnten. Wie dargelegt, ist die subordinierte Forderung aber unabhängig davon schon wegen der subordinationsimmanenten Verknüpfung mit den vorrangigen Forderungen aus Sicht des Schuldners keine Verpflichtung, die nur zu erfüllen ist, soweit künftig Einnahmen oder Gewinne anfallen. Schon mangels ausschließlicher Kausalität¹⁰⁵⁸ erfüllen subordinierte Forderungen somit nicht den Tatbestand des § 5 Abs. 2 a EStG.¹⁰⁵⁹

b) Bestätigung dieser Lösung durch die neuere Rechtsprechung des BFH

Dem hier vertretenen Ergebnis stehen die Entscheidungen des Bundesfinanzhofs vom 20. 10. 2004¹⁰⁶⁰ und vom 10. 11. 2005¹⁰⁶¹ nicht entgegen. Die Entscheidung vom 20. 10. 2004 betrifft den Veranlagungszeitraum 1991 und damit die Zeit vor in Kraft treten des § 5 Abs. 2 a EStG; die diesbezüglichen Ausführungen sind obiter dicta. Inhaltlich lässt sich der Entscheidung entgegen der Annahme von *Heerma*¹⁰⁶² nicht entnehmen, der BFH habe sich der Auffassung des Bundesministeriums der Finanzen angeschlossen. Der Finanzhof stellt zwar fest, die zu beurteilende Verbindlichkeit sei „nicht nur aus künftigen Gewinnen, sondern unabhängig davon auch aus einem die sonstigen Verbindlichkeiten übersteigenden Vermögen zu bedienen“¹⁰⁶³ und falle daher nicht unter § 5 Abs. 2 a EStG.¹⁰⁶⁴ Damit ist aber, bei Lichte betrachtet, keine Aussage über die Passivierung subordinierter Forderungen verbunden, denn es ist kein Umkehrschluss dahingehend möglich, dass Forderungen,

¹⁰⁵⁸ Insofern zutreffend *Köster* in H/H/R, Steuerreformkommentierung I, § 5 EStG Rn. R 10 a.E. (Mai 2000).

¹⁰⁵⁹ Im Ergebnis ähnlich *Schildknecht*, DStR 2005, 181, 183, der allerdings die Begründung dafür, warum eine Rangrücktrittsvereinbarung nicht zu einer Verringerung der Verbindlichkeiten insgesamt, sondern nur zu einer veränderten Rangordnung der Verbindlichkeiten führt schuldig bleibt.

¹⁰⁶⁰ DStR 2005, 186.

¹⁰⁶¹ ZIP 2006, 249.

¹⁰⁶² BB 2005, 537, 543; ähnlich *Berg/Schmich* GmBHR 2005, 307, 308.

¹⁰⁶³ BFH BB 2005, 545, 546.

¹⁰⁶⁴ BFH BB 2005, 545, 546.

die dann zu erfüllen sind, wenn alle vorrangigen Forderungen erfüllt wurden, ihrerseits nur aus künftigen Gewinnen zu erfüllen sind und damit unter § 5 Abs. 2 a EStG fallen.¹⁰⁶⁵

Die gegenüber der Auffassung der Finanzverwaltung großzügigere Handhabung der Passivierungsfähigkeit subordinierter Forderungen führt der Bundesfinanzhof schließlich in seinem Urteil vom 10. 11. 2005 fort.¹⁰⁶⁶

B. Bilanzierung und ertragsteuerliche Behandlung beim Gläubiger

I. Einführung und Problemstellung

Während die oben aufgeworfenen bilanz- und steuerrechtlichen Fragen der Behandlung subordinierter Verbindlichkeiten in Steuerbilanz und Jahresabschluss des Schuldners auf der Basis der bisherigen Feststellungen zu Rechtsnatur und Inhalt des Rangrücktritts konsequent gelöst werden können, ergeben sich, soweit eine Kapitalgesellschaft schuldet und der Gläubiger Gesellschafter des Schuldners ist, für die steuerliche Behandlung subordinierter Forderungen beim Gläubiger ungleich schwierigere Probleme, die zudem bislang weit weniger Aufmerksamkeit erfahren haben als die Frage nach der Darstellung des Rangrücktritts in der Schuldnerbilanz.

Der Charakter der Subordination als Verfügung über die Forderung, die, ohne zu einem Erlass zu führen, das Ausfallrisiko und den wirtschaftlichen Wert der Forderung beeinflussen kann, führt im Verbund mit der Doppelstellung des verfügenden Forderungsinhabers als Gläubiger und Gesellschafter des Schuldners zu dem Problem, ob ein Gläubiger, dessen Darlehensforderung seiner Privatsphäre zuzuordnen ist, einen eingetretenen Verlust der Forderung ausnahmsweise steuerwirksam geltend machen kann, weil und soweit der Verlust auf der Forderungssubordination beruht und die Subordination der Gesellschafter-

¹⁰⁶⁵ So im Ergebnis auch *Rätke* StuB 2005, 497, 500 f.

¹⁰⁶⁶ BFH IV R 13/04, ZIP 2006, 249. Eingehend hierzu *K. Schmidt*, DB 2006, 2503, 2504.

sphäre des Gläubigers zuzurechnen ist. Eine in ihrem Kern vergleichbare Problematik stellt sich neuerdings¹⁰⁶⁷ für den Fall, dass der Gesellschafter-Gläubiger Forderung wie Beteiligung im Betriebsvermögen hält. Hier ist nunmehr zu fragen, ob der normalerweise in voller Höhe steuermindernde Verlust der Forderung ausnahmsweise nur zur Hälfte geltend gemacht werden kann, weil und soweit der Verlust auf einer Subordination beruht, die Subordination der Gesellschaftersphäre zugerechnet werden kann und dadurch ein Konnex zu § 3 Nr. 40 EStG entsteht, in dessen Folge auch der Verlust der Forderung wie ein Verlust der Gesellschaftsbeteiligung zu bewerten und daher nach dem Halbeinkünfteverfahren nur zur Hälfte steuermindernd zu berücksichtigen ist.

Das Problem soll im Folgenden in drei Schritten dargestellt werden. Zu Beginn sind zur weiteren Verdeutlichung drei Beispielfällen zu bilden. Diese sollen sodann zunächst ohne Berücksichtigung der Subordination gelöst werden, bevor schließlich zu fragen ist, welche Auswirkungen die Forderungssubordination auf die jeweiligen Lösungen hat. Dabei ist insbesondere die Rechtsprechung des VIII. Senats des Bundesfinanzhofs zur Berücksichtigung von subordinierten Forderungen im Rahmen von § 17 EStG¹⁰⁶⁸ in den Blick zu nehmen. Vor alledem sollen jedoch die Auswirkungen der Subordination in den unproblematischen Fällen des am Schuldner nicht beteiligten Forderungsinhabers dargestellt werden.

II. Bilanz- und steuerrechtliche Behandlung subordinierter Forderungen bei gesellschaftsfremden Gläubigern

Ist der Darlehensgläubiger nicht zugleich Gesellschafter, so bestimmt sich der Ausweis in der Handelsbilanz danach, ob der Gläubiger die Forderung seinem Unternehmen zuordnet¹⁰⁶⁹, während der Ausweis in der Steuerbilanz der Einordnung der Forderung im

¹⁰⁶⁷ Ausgangspunkt des Problems ist das mit dem Steuersenkungsgesetz 1999 eingeführte, ab 2002 geltende Halbeinkünfteverfahren. Dazu Schmid/*Heinicke* § 3 Stichwort Halbeinkünfteverfahren; *Pezzer* in *Tipke/Lang* § 11 Rn. 3 ff.

¹⁰⁶⁸ BFH DStR 1997, 1805; DStR 1998, 73; DStR 1999, 411.

¹⁰⁶⁹ Was stets der Fall ist, wenn es sich bei dem Bilanzsubjekt um eine Gesellschaft handelt und die Forderung zum Gesellschaftsvermögen zählt; für die Bilanz des Einzelkaufmännischen Unternehmens bedarf es hingegen einer entsprechenden Widmung der Forderung.

Privat- oder ggf. Betriebsvermögen folgt und damit zwar regelmäßig, aber nicht notwendig dem Ausweis in der Handelsbilanz entspricht. Soweit der Gläubiger die Forderung als Teil seines Betriebsvermögens ansetzt, hat er sie – dem Niederstwertprinzip entsprechend – mit dem jeweils aktuellen Teilwert zu aktivieren und dabei nach den Grundsätzen der Forderungsbewertung zu bewerten.¹⁰⁷⁰ Daher ist bei subordinierten Forderungen das erhöhte Ausfallrisiko regelmäßig in einem niedrigeren Teilwert zu berücksichtigen.¹⁰⁷¹ Erfolgt die Subordination nachträglich und sinkt der Teilwert hierdurch und / oder durch nachlassende Bonität des Schuldners,¹⁰⁷² so ist der aus dem niedrigeren Bilanzansatz folgende Verlust automatisch steuerwirksam, §§ 4 Abs. 1, 6 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 EStG. Zinsen sind als Betriebseinnahmen steuerbar.¹⁰⁷³ Hat der Gläubiger hingegen kein Betriebsvermögen oder hält er die Forderung in seinem Privatvermögen,¹⁰⁷⁴ so findet auch bei völligem Verlust der Forderung keine steuerwirksame Berücksichtigung der Verluste statt.¹⁰⁷⁵ Vereinnahmte Zinsen sind nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG steuerbar,¹⁰⁷⁶ ein Anwachsen oder Herabsinken des Forderungswerts vollzieht sich dagegen außerhalb der steuerlichen Sphäre des Gläubigers.¹⁰⁷⁷ Im ersten Fall beschränkt sich die steuerliche Folge der Forderungssubordination auf den risikobedingt niedrigeren Teilwert der Forderung, im zweiten Fall hat die Subordination keine steuerlichen Auswirkungen.

¹⁰⁷⁰ Dies gilt zumindest dann, wenn der Darlehensgeber keine Gesellschafter- oder gesellschafterähnliche Position beim Darlehensnehmer einnimmt. Siehe zur abweichenden Rechtsprechung – Bewertung nach den Grundsätzen der Anteilsbewertung in Fällen der Betriebsaufspaltung bei Darlehensgewährung durch Gesellschafter unten Fn. 1120.

¹⁰⁷¹ Der genaue Abschlag ist je nach wirtschaftlicher Situation des Schuldners und Umfang der Subordination einzeln zu bestimmen. So hat im Rahmen der Bewertung nach § 11 Abs. 1 S. 1 BewG das FG München zur Ermittlung der Steuerlast bei schenkweiser Zuwendung einer subordinierten Forderung einen Abschlag von 30 % gebilligt, FG München Urt. v. 6. Juli 2005, Az.: 4 K 5123/02, nicht veröffentlicht. S. ferner Müller, Mezzanine, S. 43.

¹⁰⁷² Schmidt/Glanegger § 6 Rn. 369 f.

¹⁰⁷³ Schmidt/Heinicke § 4 Rn. 460 Stichwort Darlehen.

¹⁰⁷⁴ Dazu Schmidt/Heinicke § 4 Rn. 106.

¹⁰⁷⁵ Schmidt/Heinicke § 20 Rn. 230 Stichwort Insolvenz.

¹⁰⁷⁶ Schmidt/Heinicke § 20 Rn. 160 f.

¹⁰⁷⁷ St. Rechtsprechung, s. beispielsweise BFHE 130, 378 sowie dazu, dass der Gesellschafter im Rahmen des § 17 EStG kein Betriebsvermögen hat BFH NV 1996, 406, 407; BFH NV 1993, 714, 715.

III. Probleme bei Subordination von Gesellschafter-Darlehensforderungen

1. Einführung in die Problematik anhand von Fallbeispielen

Besondere Probleme entstehen, wenn es sich bei dem Schuldner um eine Kapitalgesellschaft handelt und der Gläubiger zugleich Gesellschafter des Schuldners ist. Zur Verdeutlichung sollen die folgenden Beispiele dienen:

Beispiel 1: Privatier G ist mit 4 % an der S-GmbH beteiligt. Er hält die Beteiligung seit über fünf Jahren. Um weiteres Geld anzulegen, gewährt er der zu diesem Zeitpunkt liquiden und bonitätsstarken Gesellschaft ein Darlehen über 10.000 € zu marktüblichen Konditionen. Die S-GmbH gerät danach unerwartet in Schwierigkeiten; um die Gesellschaft zu sanieren und seinen Gesellschaftsanteil zu retten, vereinbart G mit der S-GmbH eine allgemeine Subordination des Darlehens. Die Forderung hat zu dieser Zeit einen Wert von 7.000 €, durch die Subordination sinkt der Wert auf 5.000 €. Die Sanierung misslingt und die S-GmbH wird insolvent. Die Insolvenzquote beträgt 10 %, G erhält als nachrangiger Gläubiger nichts.

Beispiel 2: Der buchführungspflichtige Kaufmann G ist mit 4 % am Kapital der S-GmbH beteiligt. Die Beteiligung hält er in seinem Betriebsvermögen. Zugleich gewährt er der S-GmbH aus privatem Vermögen und allein aus Gründen der Geldanlage ein Darlehen in Höhe von 50.000 €. Als die GmbH weitere Mittel benötigt, macht die B-Bank eine Darlehensgewährung davon abhängig, dass G seine Forderung unter die Forderung der Bank subordiniert; G ist hierzu bereit, um so seine – betriebswichtige – Beteiligung an der S zu retten. Die Darlehensforderung ist vor der Subordination zu 80 % werthaltig, die Subordination wird mit einem weiteren Abschlag von 15 % des Nennwerts (7.500 €) bewertet. Anschließend gerät die GmbH unerwartet in Schwierigkeiten und wird schließlich insolvent. Die Insolvenzquote beträgt 10 %, wobei die auf G entfallenden 5.000 € absprachgemäß vollständig von der B vereinnahmt werden.

Beispiel 3: Wie Beispiel 2, doch gewährt G der S diesmal das Darlehen aus seinem Betriebsvermögen.

2. Einordnung der Konstellationen bei Außerachtlassen der Forderungssubordination

Betrachtet man die angeführten Fallgestaltungen zunächst ohne die jeweils vereinbarte Forderungssubordination, so könnte der Darlehensgläubiger in den Beispielen 1 und 2 den Verlust der Beteiligung, nicht aber den Darlehensverlust, steuerlich geltend machen.

In Beispiel 3 könnte der Gläubiger den Darlehensverlust in voller Höhe steuerwirksam geltend machen, den Verlust der Beteiligung aber nur zur Hälfte:

a) Beispiel 1

In Beispiel 1 sind Darlehensgewährung wie Beteiligung private Vermögensverwaltung des Gesellschafters. Die aus der Darlehensgewährung erzielten Zinseinnahmen sind nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, die aus der GmbH-Beteiligung erzielten Gewinne nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG steuerbar. Da § 20 EStG nur die Früchte der Überlassung des Kapitals erfasst,¹⁰⁷⁸ sind der Verlust des Darlehens und der Verlust der Beteiligung von § 20 nicht erfasst und können daher nicht nach § 20 EStG steuermindernd geltend gemacht werden,¹⁰⁷⁹ wie auch umgekehrt ein Vermögenszuwachs – wachsender Wert des GmbH-Anteils beziehungsweise der Forderung – und ein daraus resultierender Veräußerungsertrag nicht nach § 20 EStG steuerbar wäre.¹⁰⁸⁰ Neben § 20 EStG wäre im Beispielfall 1 jedoch § 17 EStG beachtlich: Da G während 5 Jahren mit mehr als einem Prozent am Stammkapital der GmbH beteiligt war,¹⁰⁸¹ ist der Anwendungsbereich von § 17 EStG eröffnet und entsprechende Veräußerungserträge wären als Einkünfte aus Gewerbebetrieb steuerbar, § 17 Abs. 1 S. 1 EStG. Trotz der in § 17 EStG angeordneten Gewerblichkeit der Veräußerungserlöse bleiben die GmbH-Anteile des G jedoch Privatvermögen, weswegen insbesondere eine Teilwertabschreibung nach § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EStG nicht vorgenommen werden kann.¹⁰⁸² Statt dessen können aber, soweit nicht der Ausschlussbestand des § 17 Abs. 2 S. 4 EStG eingreift, Veräußerungsverluste steuermindernd geltend gemacht werden, wobei die hier vorliegende insolvenzbedingte Auflösung der Gesellschaft, § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG,¹⁰⁸³ nach § 17 Abs. 4 EStG einer Anteilsveräußerung gleichsteht.

¹⁰⁷⁸ S. statt aller Schmidt/Heinicke § 20 Rn. 3.

¹⁰⁷⁹ Schmidt/Heinicke § 20 Rn. 5.

¹⁰⁸⁰ Schmidt/Heinicke § 20 Rn. 6.

¹⁰⁸¹ Die Beteiligungsschwelle wurde in den letzten Jahren von 25 % (bis 31.12.1998) über 10 % (bis 31.12.2000) auf nunmehr nur noch 1 % herabgesetzt, was den Anwendungsbereich der Norm und damit die Brisanz des angesprochenen Problems deutlich vergrößert.

¹⁰⁸² Schneider in Kichhof/Söhn/Mellinghoff § 17 Rn. A 59 (Januar 2003); Schmidt/Weber-Grellet § 17 Rn. 16 m. w. N.

¹⁰⁸³ Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt bei juristischen Personen zur Auflösung. Umstritten ist allein, ob die Liquidation im Rahmen des Insolvenzverfahrens stattfindet (so die von K. Schmidt u.a. in ZIP 2000, 1913, 1920 vertretene These) oder ob die Insolvenz lediglich als Gesamtvollstreckungsverfahren der Verteilung des Vermögens dient und sich hieran ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren anschließt (so die hM, s. BGH ZIP 2001, 1469, 1471). Eingehend zum Ganzen Bork, Insolvenzrecht, Rn. 134 f.

Lässt man die Forderungssubordination außer Betracht, so könnte G daher den erlittenen Verlust in Höhe der Anschaffungskosten der Beteiligung steuermindernd geltend machen. Das Abzugsverbot des § 17 Abs. 2 S. 4 ist nicht einschlägig, die Folgen der Freibetragsregel des § 17 Abs. 3 EStG können für die hier verfolgten Überlegungen außer Betracht bleiben. Im Ergebnis wird der Verlust des G allerdings nur zur Hälfte berücksichtigt. Da auch auf Erträge nach § 17 EStG mittlerweile das Halbeinkünfteverfahren Anwendung findet, § 3 Nr. 40 lit. c EStG, gilt auch insoweit die Abzugsbeschränkung nach § 3 c Abs. 2 EStG.¹⁰⁸⁴ Hingegen könnte G den Darlehensverlust nicht steuerlich geltend machen. Insbesondere wäre der Verlust des Darlehens, auf welches nach § 32 a Abs. 3 S. 2 GmbHG die Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen nicht anzuwenden sind, nicht gesellschaftlich veranlasst und würde daher auch nach der Rechtsprechung des VIII. Senats des Bundesfinanzhofs¹⁰⁸⁵ nicht zu nachträglichen Anschaffungskosten der Beteiligung und damit nicht zu einem höheren Verlust nach § 17 Abs. 2 S. 4, Abs. 4 EStG führen.

b) Beispiel 2

Da im zweiten Beispielfall der nach § 4 Abs. 1 bilanzierende G die Beteiligung in seinem Betriebsvermögen hält, mindert der Verlust der Beteiligung infolge des niedrigeren Bilanzansatzes, § 6 Abs. 2 S. 2 EStG, automatisch den zu versteuernden Gewinn. Demgegenüber kann der Verlust des Darlehens auch hier nicht steuermindernd geltend gemacht werden: In der Bilanz des G erscheint die zu seinem Privatvermögen zählende Darlehensforderung nicht,¹⁰⁸⁶ und nach § 20 EStG bleibt – wie in Beispielfall 1 - der Verlust des Vermögensstammes unberücksichtigt.¹⁰⁸⁷

c) Beispiel 3

Im dritten Beispiel schließlich sind Darlehensforderung und Beteiligung als Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens in der Steuerbilanz des G zu aktivieren. Der Verlust

¹⁰⁸⁴ Schmidt/Heinicke § 3 c Rn. 30.

¹⁰⁸⁵ BFHE 183, 402.

¹⁰⁸⁶ Der Fall ist insofern untypisch, als das Darlehen allein der Geldanlage dient und nicht die Beteiligung stärkt und damit – ausnahmsweise – die Forderung nicht zum Betriebs- bzw. Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters zählt. Dazu grundlegend BFHE 124, 533, 535; seither st. Rechtsprechung, zuletzt etwa BFH DStRE 2005, 1049.

¹⁰⁸⁷ Schmidt/Heinicke § 20 Rn. 5.

von Beteiligung und Darlehen wirkt sich im Rahmen der bilanziellen Gewinnermittlung steuermindernd aus. Nach § 3 c Abs. 2 EStG ist aber in Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens der Verlust der Beteiligung beschränkt abzugsfähig und kann nur zur Hälfte steuermindernd geltend gemacht werden.¹⁰⁸⁸ Hingegen kann der Verlust der Darlehensforderung, da sowohl die Zinseinnahmen als auch ggf. realisierte Wertzuwächse nicht dem Halbeinkünfteverfahren unterliegen, in voller Höhe bei der Gewinnermittlung berücksichtigt werden.

3. Lösung unter Berücksichtigung der Subordination: Forderungssubordination als verdeckte Einlage oder (sonstige) Anschaffungskosten?

Den Beispielen ist gemeinsam, dass der Gläubiger und Gesellschafter durch die Insolvenz des Schuldners sowohl den Verlust des Darlehens als auch den Verlust seiner Beteiligung erleidet. Die weitere Gemeinsamkeit besteht darin, dass das ursprünglich mit der Gesellschafterstellung unverbundene Darlehen von G zur Sicherung seiner Stellung als Gesellschafter, nicht als Gläubiger, subordiniert wird und der nachfolgend eingetretene Verlust teilweise auf die Subordination zurückgeführt werden kann. Zu klären sind die ertragsteuerlichen Folgen der aus gesellschaftlichen Gründen veranlassten Forderungssubordination für den Gesellschafter.

a). Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs

(1) Die Rechtsprechung zu § 17 EStG: Gesellschaftlich veranlasste Forderungsverluste als nachträgliche Anschaffungskosten

Nach der Rechtsprechung des VIII. Senats des Bundesfinanzhofs ist im Rahmen der Gewinnermittlung nach § 17 Abs. 2 EStG Aufwand des Gesellschafters nur zu berücksichtigen, wenn es sich dabei um die Kosten der Veräußerung selbst oder um Anschaffungskosten der veräußerten Beteiligung handelt. Da § 17 EStG nur den Veräußerungsgewinn

¹⁰⁸⁸ Schmidt/Heinicke § 3 c Rn. 30.

und nicht einen laufenden Gewinn erfasst,¹⁰⁸⁹ bleiben sonstige Aufwendungen im Rahmen von § 17 EStG außer Betracht.¹⁰⁹⁰ Allerdings zählen nach dieser Rechtsprechung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasste Aufwendungen, die weder Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen noch Veräußerungskosten sind, zu den nachträglichen Anschaffungskosten.¹⁰⁹¹ Als nachträgliche Anschaffungskosten gelten danach insbesondere der Verlust gesellschaftlich veranlasster Darlehen, wobei der Finanzhof in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen eine gesellschaftliche Veranlassung für eigenkapitalersetzende Darlehen bejaht.¹⁰⁹² Zeitlich fallen die nachträglichen Anschaffungskosten erst dann an, wenn feststeht, dass und in welcher Höhe der Gesellschafter mit der Darlehensforderung ausfällt,¹⁰⁹³ während sich der Umfang des berücksichtigungsfähigen Verlusts anhand des Werts der Darlehensforderung zu dem Zeitpunkt, ab dem die Forderung den Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen unterliegt, also regelmäßig ab Eintritt der Krise, bemisst.¹⁰⁹⁴ Bei vollständigem Verlust des Darlehens sind in der Krise gewährte Darlehen danach mit ihrem Nennwert, stehen gelassene Darlehen mit dem Wert, den sie im Zeitpunkt des stehen lassens hatten, zu berücksichtigen. Dieser Ansatz wurde von der Rechtsprechung nachfolgend um den Gedanken erweitert, dass eine genaue Feststellung des Beginns der Krise dann nicht erforderlich sei, wenn das Darlehen von Anfang an oder später als Krisenfinanzierung angelegt ist, da solche Darlehen stets als kapitalersetzend anzusehen seien.¹⁰⁹⁵ In diesem Sinne krisenbestimmt sind dabei nach der Rechtsprechung Darlehen, die auch in der Krise nicht gekündigt werden können, was insbesondere der Fall sei, wenn der Gesellschafter auf sein Kündigungsrecht von Anfang an oder nachträglich verzichte oder ein Rangrücktritt vereinbart sei.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁸⁹ BFH NV 1993, 714, 715.

¹⁰⁹⁰ BFH DStRE 1998, 117, 119; BFHE 165, 31.

¹⁰⁹¹ BFH NV 2001, 489, 591; BFH DStR 1999, 411, 412 f.; BFH NV 1998, 1076, 1077; BFH DStR 1998, 73, 74 ff.

¹⁰⁹² S. die Nachweise in Fn 1071. Daneben FG Niedersachsen EFG 1999, 435f.

¹⁰⁹³ BFH DStR 1997, 1805, 1806. Der Darlehensverlust realisiert sich aber auch dann, wenn der Anteil veräußert und das wertlose Darlehen auf den Erwerber ohne Entgelt übertragen wird, FG Niedersachsen, EFG 1999, 435 f.

¹⁰⁹⁴ BFH NV 2001, 489, 591.

¹⁰⁹⁵ Besonders deutlich BFH DStR 1997, 1805, 1806.

¹⁰⁹⁶ BFH DStR 1999, 411, 413 m.w.N. Daneben etwa BFH NV 1998, 1076, 1077.

Noch nicht ausdrücklich entschieden hat der Senat die auch für den Beispielsfall I relevante Frage, ob ein Darlehensverlust auch dann zu nachträglichen Anschaffungskosten führt, wenn der Gesellschafter das Darlehen zwar durch Subordination oder sonstige Absprache bzw. Verzicht auf eine Kündigungsmöglichkeit gebunden hat, die Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen auf dieses Darlehen aber keine Anwendung finden, weil die Beteiligungshöhe des Gesellschafters die für das Eingreifen der Finanzierungsfolgenverantwortung maßgebliche Schwelle¹⁰⁹⁷ nicht erreicht oder die Beteiligung aus anderen Gründen von den Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen freigestellt ist.¹⁰⁹⁸

(2) Anwendung dieser Rechtsprechung auch im Rahmen der Gewinnermittlung, soweit die Forderung im Privatvermögen gehalten wird und zur Zuordnung von Einnahmen und Verlusten zu §§ 3 Nr. 40 lit. a); 3 c Abs. 2 EStG?

In Beispiel 2 wäre, wie gesehen, ohne die Forderungssubordination ein steuermin- dernder Abzug des Darlehensverlustes nicht möglich.¹⁰⁹⁹ Bei Berücksichtigung der Subor- dination ist zu prüfen, ob der erweiterte Umfang der nachträglichen Anschaffungskosten auch im Rahmen der Gewinnermittlung nach §§ 4 ff. EStG anzuwenden ist, wenn die Be- teiligung, nicht aber die Darlehensforderung, zum Betriebsvermögen des Gläubigers gehö- ren. Unmittelbar einschlägige Rechtsprechung hierzu ist, soweit ersichtlich nicht vorhan- den, doch deuten mehrere Entscheidungen des Bundesfinanzhofs darauf hin, dass außer- halb des § 17 EStG die Darlehensverluste nicht als nachträgliche Anschaffungskosten der Beteiligung zu werten sind.

¹⁰⁹⁷ Nach § 32 a Abs. 3 S. 2 GmbHG mehr als 10 % des Stammkapitals, während nach hM im Aktienrecht sogar eine unternehmerische Beteiligung, und damit regelmäßig mindestens eine Sperrminorität von mehr als 25 % des Grundkapitals erforderlich ist. Zu letzterem BGHZ 90, 381, 390 f. und *Hüffer*, § 57 Rn. 18 m. w. N.

¹⁰⁹⁸ Nach der Steuerverwaltung liegen in solchen Fällen keine nachträglichen Anschaffungskosten vor, OFD Kiel, Verfügung v. 14.12.1999, FR 2000, 161, 168. OFD Düsseldorf, Verfügung v. 5. 11. 2002, GmbHR 2002, 1262, 1263. AA ist das FG Düsseldorf, DStrE 2006, 914. Die Literatur ist geteilt. Wie die Steuerverwaltung *Ott*, StuB 2000, 277, 280 f.; *Dörner*, Inf. 2001, 494, 525 f.; *Wacker*, StBJB 2001/2002, 2002, 119, 136; wohl auch *Gschwendtner*, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, S. 20 sowie *Kirchhof/Gosch* § 17 Rn. 220, letzterer aber mit Kritik an der Verknüpfung nachträglicher Anschaffungskosten mit den Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen. AA *Crezelius*, FS *Priester*, S 55, 70 f.; *Schneider* in *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, § 17 Rn. C 305 (Januar 2003); *Schmidt/Weber-Grellet* § 17 Rn. 171 aE, 173; *Vogt* DStR 2001, 1881.

¹⁰⁹⁹ S. oben unter III. 2. b).

Zu nennen ist zunächst die Entscheidung des Großen Senats des Bundesfinanzhofs vom 9. 6. 1997 zum Forderungsverzicht des GmbH-Gesellschafters. Nach der Entscheidung führt ein Forderungsverzicht des Gesellschafters bei der Gesellschaft nur in Höhe des Teilwerts der Forderung zu einer verdeckten Einlage und die Forderung ist im übrigen gewinnwirksam auszubuchen.¹¹⁰⁰ Nach einem neueren Urteil des I. Senats des Bundesfinanzhofs gilt die Bewertung zum Teilwert im Zeitpunkt des Verzichts auch dann, wenn die Forderung bereits zuvor eigenkapitalersetzenden Charakter hatte.¹¹⁰¹ Zwar betreffen beide Entscheidungen zunächst nur die Ebene der Gesellschaft, und zurecht haben *Eilers/Wienands*¹¹⁰² für die Entscheidung des Großen Senats darauf hingewiesen, dass damit über die Behandlung auf der Ebene des Gesellschafters noch nicht zwingend entschieden ist, doch wird man davon ausgehen können, dass die Behandlung auf der Ebene des Gesellschafters nicht wesentlich von der Einschätzung auf der Ebene der Gesellschaft abweicht. Hierfür spricht auch, dass der VIII. Senat zur Begründung seiner Rechtsprechung seit Erlass der Entscheidung des großen Senats auf Besonderheiten des § 17 EStG und eine normspezifische Auslegung des Begriffs der nachträglichen Anschaffungskosten abstellt.¹¹⁰³ Schließlich ist ein aktuelles Urteil des 4. Senats des Bundesfinanzhofs zu nennen,¹¹⁰⁴ dem zufolge zumindest im Fall der Betriebsaufspaltung der Teilwert eines im Betriebsvermögen gehaltenen eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens nach den Grundsätzen der Anteilsbewertung zu ermitteln ist.¹¹⁰⁵ Eine Bewertung der Forderung nach Grundsätzen der Anteilsbewertung ist aber überflüssig, wenn bereits der Verlust des Darlehens zu verdeckten Einlagen führt, denn dann entstünden durch den Darlehensverlust nach § 6 Abs. 6 S. 2 EStG nachträgliche Anschaffungskosten, welche der Beteiligung hinzuzuaktivieren sind, bevor schließlich ggf. die Beteiligung selbst auf deren Teilwert abzuschreiben ist, und diese Bewertung hätte ohnehin nach den Regeln der Anteilsbewertung zu erfolgen. Es ist damit eine unausgesprochene Prämisse dieses Urteils, dass der von der Rechtsprechung des VIII. Senats zu § 17 EStG entwickelte erweiterte Anschaffungskos-

¹¹⁰⁰ BFH DSr 1997, 1282, 1284 f.

¹¹⁰¹ Urteil vom 28. 11. 2001, BFH NV 2002, 677, 678.

¹¹⁰² *Eilers/Wienands GmbH* 1998, 618, 620.

¹¹⁰³ BFH BSStB II, 348, 349; BFH BSStB II, 1998, 660, 661 und dazu *Gschwendner*, DSr 1999, Beihefter zu Heft 32, S. 3.

¹¹⁰⁴ Urt. vom 6. 11. 2003, IV R 10/01, DSr 2004, 593.

¹¹⁰⁵ DSr 2004, 593, 594 ff.

tenbegriff auf die Gewinnermittlung des Gesellschafters im Rahmen von §§ 4 ff. EStG nicht anzuwenden ist.

Anders als in Beispielsfall 1 wäre daher nach der Rechtsprechung der Verlust des Darlehens im Beispielsfall 2 nicht steuermindernd geltend zu machen, da der Verlust des Darlehens in der Privatsphäre des Gesellschafters anfällt und auch nicht zu nachträglichen Anschaffungskosten der Beteiligung führt. Für das in Beispielsfall 3 angesprochene Problem liegt noch keine Stellungnahme der Rechtsprechung vor.

b) Kritik der Rechtsprechung in der Literatur

Insbesondere die vorgestellte Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu § 17 EStG wird in der Literatur überwiegend kritisch beurteilt. So wird zum einen die Unterschiedlichkeit des Anschaffungskostenbegriffs bei Gewinnermittlung einerseits und § 17 EStG andererseits bemängelt¹¹⁰⁶. Daneben wird aber auch inhaltlich kritisiert, dass der BFH im Rahmen von § 17 EStG Anschaffungskosten auch dann bejaht, wenn weder verdeckte noch offene Einlagen gegeben sind und insbesondere der Gesellschaft kein Vermögenswert zuwächst.¹¹⁰⁷ Auch wenn die inhaltliche Kritik überwiegend daran anknüpft, dass der BFH bei § 17 EStG einen zu weiten Begriff der Anschaffungskosten zu Grunde legt, wird vereinzelt auch umgekehrt kritisiert, dass außerhalb des § 17 EStG nach der Rechtsprechung nur Forderungsverzichte, nicht aber mittelbar von der Gesellschafterstellung herrührende Forderungsverluste abzugsfähig sind und schließlich wird innerhalb des § 17 EStG die Anknüpfung des Bundesfinanzhof an die zivilrechtlichen Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen in Frage gestellt.¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁶ Besonders deutlich Schmidt/*Glanegger* § 6 Rn. 94: Divergenz beim Begriff der Anschaffungskosten „nicht hinnehmbar“.

¹¹⁰⁷ So schon *Knobbe-Keuk*, DSz 1984, 335, 336 f.; *dies.* Steuerrecht, S. 215.

¹¹⁰⁸ *Crezelius*, FS *Priester*, S. 55, 71; Schmidt/*Weber-Grellet* § 17 Rn. 173; Kirchhof/*Gosch* § 17 Rn. 220; *Wachter*, GmbHR 2004, 1412, 1413.

c) Eigene Lösung

Bei der Lösung der angesprochenen Probleme stellen sich jeweils drei voneinander zu trennende Fragen: Zunächst ist die für § 17 EStG maßgebliche Frage zu klären, was als nachträgliche Anschaffungskosten im Sinne der Norm gelten soll. Hierbei stellt sich insbesondere die Frage, ob jeder durch die Gesellschafterstellung veranlasste Verlust, soweit er nicht Werbungskosten darstellt, zu (nachträglichen) Anschaffungskosten führt. Erst im zweiten Teil ist sodann die für § 17 wie auch für § 4 EStG beachtliche Frage zu klären, ob eine durch die Gesellschafterstellung veranlasste Subordination einer zunächst nicht steuerbefangenen Forderung zu steuerlichen Verlusten führen kann, soweit der Forderungsverlust auf die Subordination zurückzuführen ist. Auch wenn sich die letztgenannte Frage einheitlich stellt, so kann sie doch in jedem Kontext – hier § 17 EStG, dort Gewinnermittlung nach § 4 EStG – unterschiedlich zu beantworten sein. Im dritten Schritt ist sodann auf die Frage einzugehen, inwieweit ggf. steuerlich anzuerkennende Verluste durch das Halbeinkünfteverfahren betroffen werden.

(1) Zum Begriff der Anschaffungskosten bei § 17 EStG

Wendet man den Blick zunächst auf den Begriff der Anschaffungskosten im Sinne des § 17 EStG so sind in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zwei miteinander schwer zu vereinbarende Begründungsstränge zu erkennen: Zum einen betont das Gericht zutreffend das in § 17 EStG zum Ausdruck kommende Nettoprinzip und vertritt, damit korrespondierend, eine weite Auslegung des Begriffs der Anschaffungskosten.¹¹⁰⁹ Daran anknüpfend wird die Anerkennung des Verlustes subordinierter Darlehen im Rahmen von § 17 EStG damit begründet, dass ein Nichtgesellschafter zu der durch den Rangrücktritt begründeten Krisenfinanzierung nicht bereit wäre,¹¹¹⁰ wodurch die gesellschaftliche Veranlassung des Verlustes zumindest zu einem Erwägungsgrund der Entscheidung wird. Gleichzeitig hält der Finanzhof aber hinsichtlich des Verlustes von Darlehen an dem eigenkapitalersetzenden Charakter der Darlehen als Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung des Darlehensverlustes fest, um so eine – vermeintliche – Nähe zum Verlust

¹¹⁰⁹ BFH DStR 1997, 1805, 1806.

¹¹¹⁰ BFH NV 1998, 1076, 1077; DStR 1997 1805, 1806.

nachträglicher Einlagen herzustellen.¹¹¹¹ Der letztgenannte Argumentationsstrang kann indes weder dogmatisch überzeugen, noch ist er geeignet, praktisch zufriedenstellende Ergebnisse hervorzubringen. Beachtlich ist zunächst, dass die Verstrickung der Darlehen als eigenkapitalersetzend diese - zumal aus der hier maßgeblichen Sicht der Gesellschaft - keineswegs einlagengleich werden lässt.¹¹¹² So sind eigenkapitalersetzende Darlehen nach ständiger Rechtsprechung auch des Bundesfinanzhofs weiterhin als Fremdkapital zu passivieren¹¹¹³; auch ist die Pflicht zur Zinszahlung lediglich für die Dauer der Verstrickung nicht durchsetzbar und zwischenzeitlich angefallene Zinsen sind nach Entstrickung der Darlehen zu begleichen. Gleichfalls dogmatisch nicht überzeugen kann die in dieser Rechtsprechung aufscheinende Verknüpfung von Eigenkapitalersatz und Rangrücktritt, konnte doch gezeigt werden, dass es sich hierbei um je eigenständige und ggf. nebeneinander anwendbare Rechtsinstitute handelt und die Subordination nicht als zeitliche Vorverlagerung des Eigenkapitalersatzes verstanden werden kann.¹¹¹⁴ Es kommt hinzu, dass die bisherige Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs auch nicht in allen Konstellationen praktisch überzeugende Ergebnisse liefert. Beachtlich ist insbesondere, dass auch in Fällen, in denen das Eigenkapitalersatzrecht, sei es wegen der Höhe der Beteiligung, § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG, sei es wegen des Sanierungsprivilegs nach § 32 a Abs. 3 S. 3 GmbHG nicht eingreift, ein aus der Gesellschafterstellung resultierender Darlehensverlust erfolgen kann, ohne dass die Fallgestaltungen hinreichend verschieden wären, um eine unterschiedliche Behandlung im Rahmen von § 17 EStG zu rechtfertigen. Hierdurch würden überdies diejenigen Gesellschafter, die durch Kleinbeteiligungs- wie Sanierungsprivileg von nachteiligen Folgen der Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen geschützt werden sollen, steuerlich benachteiligt.¹¹¹⁵ Zutreffend erscheint es daher, im Rahmen von § 17 EStG allein danach zu fragen, ob der Verlust des Darlehens gesellschaftlich veranlasst ist.¹¹¹⁶

¹¹¹¹ BFH NV 1998, 1076, 1077; DStR 1997, 1805, 1806.

¹¹¹² Ganz hM, statt aller Schmidt/*Weber-Grellet* § 5 Rn 550 Stichwort Gesellschafterfinanzierung. Aus dem gleichen Grund führt auch die Subordination – anders als der Forderungsverzicht - als solche nicht bereits zu verdeckten Einlagen im Sinne von § 6 Abs. 6 S. 2 EStG. Dazu *Hoffmann*, DStR 2002, 1233, 1236. *Hahn*, *Hybride Finanzierungsinstrumente*, S. 68; *Brenner* DStZ 1995, 97, 98 f.

¹¹¹³ BFH BStBl II, 1992, 532; BFH BStBl II, 2000, 347.

¹¹¹⁴ So aber zumindest in der Tendenz BFH DStR 1997, 1805, 1806.

¹¹¹⁵ *Schneider* in *Kirchhoff/Söhn/Mellinghoff*, § 17 Rn. C 305 (Januar 2003).

¹¹¹⁶ So *Kirchhof/Gosch* § 17 Rn. 220.

(2) Gesellschaftlich veranlasste Darlehensverluste durch Subordination

Entscheidend ist damit, wann ein Darlehensverlust infolge einer Subordination gesellschaftlich veranlasst ist. Hierfür sind zwei Voraussetzungen erforderlich: Zum einen muss die Subordination ihrerseits aus Gründen erfolgen, die der Gesellschafterstellung des Darlehensgläubigers zuzurechnen sind. Hiervon ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Subordination unentgeltlich erfolgt und der Gesellschafter damit seine Beteiligung schützen möchte. Andererseits sind durchaus Fälle denkbar, in denen die Subordination nicht der Gesellschafterstellung geschuldet ist. So kann die Subordination unabhängig von der Gesellschaftereigenschaft erfolgen, um einen höheren Anlageertrag zu erzielen. Aber auch ohne eine zusätzliche Vergütung des erhöhten Risikos kann die Subordination durch die Stellung als Darlehensgeber und nicht als Gesellschafter veranlasst sein; zu nennen ist insbesondere die Konstellation, dass ein Gesellschafter einen vergleichsweise geringen Kapitalanteil und ein hohes Darlehensportfeuille hält. Hier mag ein Teil der Darlehensforderungen subordiniert werden, um so durch eine Sanierung der Gesellschaft (auch) die anderen Darlehensforderungen zu sichern, wie ja auch ansonsten der Rangrücktritt keineswegs allein von Gesellschaftern vereinbart wird.

Zum zweiten ist von nachträglichen Anschaffungskosten nur dann und nur insoweit auszugehen, als die Darlehensverluste auf der Rangvereinbarung beruhen.

Auf der Grundlage des hier vertretenen Ansatzes ist damit nicht nach der Eigenkapitalähnlichkeit oder Krisenbestimmtheit des verlorenen Darlehens zu fragen, sondern danach, ob die Gründe für den Darlehensverlust der Gesellschaftereigenschaft geschuldet werden.¹¹¹⁷ Auf dieser Grundlage ist damit auch die steuerliche Anerkennung des Verlustes eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen im Rahmen von § 17 EStG danach zu beurteilen, ob und in welcher Höhe der Darlehensverlust der Gesellschafterstellung geschuldet ist. Ebenso ist in anderen Konstellationen zu verfahren, in denen der Darlehensverlust weder durch das Eingreifen der Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen noch durch eine Subordination veranlasst ist, aber gleichwohl auf Gründen beruht, die der Gesellschafter-, nicht der Darlehensgebersphäre entstammen. In Betracht

¹¹¹⁷ Im Ergebnis ähnlich, aber noch weitergehend Schmidt/*Weber-Grellet* § 17 Rn. 132: Anzuerkennen seien alle durch die Beteiligung verursachten Kosten, soweit es sich weder um Anschaffungs- noch um Werbungskosten handelt; vgl. auch *Schneider* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff § 17 Rn. C 153 f. (Januar 2003). Abzug aller durch die Beteiligung veranlasster Aufwendungen.

kommt so auch ein der Gesellschafterstellung geschuldetes schlichtes stehen lassen des Darlehens eines Kleingesellschafters, wenn der spätere Verlust hierauf beruht. Die oben kritisierten Wertungswidersprüche werden so vermieden.

(3) Betriebliche Verluste durch Subordination des im Privatvermögen gehaltenen Darlehens?

Damit ist schließlich zu untersuchen, ob sich die hier im Rahmen des § 17 EStG entwickelte Konzeption auch auf den Bereich der Besteuerung von Gewinnen nach § 4 EStG anwenden lässt. An dieser Stelle ist zu diskutieren, ob der Verlust eines im Privatvermögen gehaltenen Darlehens steuerlich anzuerkennen ist, wenn dieser Darlehensverlust auf der Gesellschafterstellung des Darlehensgebers beruht und die Beteiligung ihrerseits zum Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen zählt. Wenn auch beide Konstellationen auf den ersten Blick vergleichbar erscheinen und eine unterschiedliche Auslegung des Begriffs der Anschaffungskosten besonderer Rechtfertigung bedarf, so zeigt doch die nähere Betrachtung, dass eine unveränderte Ausdehnung dieser Konzeption in den Bereich der Gewinnermittlung nach § 4 EStG weder steuersystematisch noch praktisch geboten ist. Von entscheidender Bedeutung erweist sich diesbezüglich, dass im Rahmen der Gewinnermittlung nach § 4, anders als bei § 17 EStG, auf den Betriebsvermögensvergleich abzustellen ist, und damit die steuerliche Anerkennung des Darlehensverlustes danach zu beurteilen ist, ob es sich dabei um den Verlust eines Wirtschaftsgutes des Betriebsvermögens handelt. Dabei gilt es zwar zunächst festzuhalten, dass durch die Subordination kein eigenes Wirtschaftsgut entsteht, dessen Verlust steuerlich anzuerkennen wäre. Desweiteren führt die Subordination auch nicht dazu, dass die Forderung notwendiges Betriebsvermögen würde.¹¹¹⁸ Der Bundesfinanzhof hat aber für den Fall, dass bislang im Privatvermögen gehaltene Wirtschaftsgüter als Sicherheit für betriebliche Schulden verwendet werden, anerkannt, dass die betriebliche Verwendung einen hinreichenden Förderungszusammenhang bildet, um das Wirtschaftsgut in das gewillkürte Betriebsvermögen einzulegen.¹¹¹⁹ Diese Rechtsprechung kann auf die Forderungssubordination übertragen werden. Auch diese

¹¹¹⁸ So auch Schmidt/Heinicke § 4 Rn. 218 betreffend die Verpfändung einer Forderung.

¹¹¹⁹ BFH BStBl II 1973, 628 und BFH BStBl II 1975, 582.

stellt eine Verfügung über die Darlehensforderung dar und soweit die Verfügung aus betrieblichen Gründen erfolgt, begründet sie einen Förderungszusammenhang, sodass mit der Subordination eine Einlage des Darlehens in das gewillkürte Betriebsvermögen und in dessen Folge die steuerliche Anerkennung des Darlehensverlustes möglich wird.¹¹²⁰ Da es somit der Steuerpflichtige selbst in der Hand hat, durch entsprechende Zuordnung des subordinierten Darlehens zum Betriebsvermögen eventuell eintretende Verluste seiner steuerlichen Sphäre zuzuweisen,¹¹²¹ besteht für eine erweiternde Auslegung des Begriffes der Anschaffungskosten im Rahmen von § 4, anders als bei § 17 EStG, keine Veranlassung.¹¹²² Die unterschiedliche Auslegung des Begriffes der nachträglichen Anschaffungskosten der Beteiligung stellt somit einen wertungsadäquaten und damit gerechtfertigten Fall der unechten Normspaltung dar, wie er auch an anderen Stellen namentlich des Wirtschaftsrechts begegnet.¹¹²³

(4) Auswirkungen des Halbeinkünfteverfahrens, §§ 3 Nr. 40, 3c Abs. 2 EStG

Soweit schließlich der Verlust des Darlehens steuerlich anzuerkennen ist, ist gleichzeitig das Halbeinkünfteverfahren beachtlich. Dieses ist, da die Anerkennung der Darlehensverluste im Rahmen des § 17 auf der erweiternden Auslegung des Begriffes nachträglicher Anschaffungskosten beruht, für den nach § 17 beachtlichen Verlust ohne weiteres

¹¹²⁰ In die Bewertung der Forderung sollte in diesem Fall auch das subordinationsbedingt erhöhte Ausfallrisiko mit eingehen. Dagegen ist auch dann, wenn der Forderungsinhaber Gesellschafter des Schuldners ist, eine Bewertung der Forderung nach den Grundsätzen der Anteilsbewertung entgegen BFH DStR 2004, 593, 594 nicht geboten. Auch insoweit ist beachtlich, dass die Forderung durch die Subordination weder funktionales Eigenkapital noch sonst anteilsähnlich wird. Zwar ist das Anliegen der genannten Entscheidung, die funktionale Bedeutung der Betriebs-GmbH im Rahmen der Betriebsaufspaltung bei der Ermittlung des Teilwerts zu berücksichtigen, zutreffend; doch kann die Berücksichtigung ebenso im Rahmen der Bewertung der Forderung nach den Grundsätzen der Forderungsbewertung erfolgen: Soweit die schuldende (Betriebs-)GmbH wegen ihrer Funktion für den Gesellschafter von besonderer Bedeutung ist und deshalb damit gerechnet werden kann, dass dieser das weitere Überleben der Gesellschaft sicher stellt, hat dies Auswirkungen auf die Bonität der GmbH und damit auch auf den Teilwert der Forderung, ohne dass es hierfür eines Rückgriffs auf die Grundsätze der Anteilsbewertung bedarf.

¹¹²¹ Dies gilt für § 4 EStG insgesamt, da nach der zutreffenden neueren Rechtsprechung des BFH auch die Gewinnermittlung durch Einnahmetüberschussrechnung, § 4 Abs. 3 EStG, der Bildung gewillkürten Betriebsvermögens nicht entgegen steht, BFHE 203, 373, 376 ff.

¹¹²² Ebenso *Beinert/van Lishaut*, FR 2001, 1037 ff. So im Ergebnis auch *Schmidt/Glanegger* § 6 Rn. 440 Stichwort Forderungsverzicht: Nachträglicher Verzicht auf subordinierte Forderung führe zur Einlage in Höhe des Teilwerts, womit unausgesprochen vorausgesetzt wird, dass nicht die Subordination als solche bereits zu einer Einlage führt. Demgegenüber halten es *Kempff/Uhlig* zumindest für Erwägenswert, bereits in der Gewährung krisenbestimmter Darlehen eine (verdeckte) Einlage zu sehen, *Kempff/Uhlig*, DStR 2000, 723, 724 f.

¹¹²³ Dazu und zum Prinzip der „Relativität der Rechtsbegriffe“ *Mayer/Schürmbrand*, JZ 2004, 545, 549.

anwendbar, §§ 3 Nr. 40 c, 3c Abs. 2 EStG.¹¹²⁴ Weniger eindeutig stellt sich die Sachlage hingegen im Bereich der steuerlichen Anerkennung des Verlustes subordinierter Forderungen im Rahmen von § 4 EStG dar. Insofern ist zunächst festzuhalten, dass die Anerkennung des Verlustes nicht auf einem unmittelbaren Verlust der Beteiligung, sondern auf der Zuordnung der Forderung zum Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen beruht. Gleichwohl folgt auch hier die Anerkennung des Darlehensverlustes mittelbar aus der Stellung des Darlehensgebers als Gesellschafter. Denn nur die Gesellschafterstellung und die Tatsache, dass die Beteiligung ihrerseits Teil des Betriebsvermögens des Gesellschafters ist, führen dazu, dass die Subordination einen hinreichenden Förderungszusammenhang begründet, um die ursprünglich im Privatvermögen gehaltene Forderung nachträglich in das gewillkürte Betriebsvermögen einlegen zu können. Es kommt hinzu, dass die Erhaltung und Sanierung der Beteiligung den wirtschaftlichen Hintergrund der Forderungssubordination bildet. Da aber nach dem eindeutigen Wortlaut von § 3c Abs. 2 EStG ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen dem steuerlich anerkannten Verlust und den § 3 Nr. 40 EStG zugrunde liegenden Betriebsvermögensmehrungen und Einnahmen für die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens auf den Verlust ausreicht,¹¹²⁵ ist auch in dieser Konstellation die steuerliche Anerkennung des Verlustes auf die Hälfte zu begrenzen.

Was sodann und schließlich die im dritten Beispiel angesprochene Problematik angeht, so ist gleichfalls hervorzuheben, dass der Verlust des Darlehens wirtschaftlich der Gesellschafterstellung zuzuordnen ist, soweit der Darlehensverlust auf der Subordination und die Subordination auf der Gesellschafterstellung beruht. Im Gegensatz zum zweiten Beispielfall betrifft hier der wirtschaftliche Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung indes nur einen Teil des steuerlich anzuerkennenden Verlustes, denn auch soweit der Verlust nicht auf der Subordination beruht, ist der Verlust der im Betriebsvermögen gehaltenen Forderung steuerwirksam. Da somit der wirtschaftliche Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung und damit mit solchen Einkünften, die ihrerseits dem Halbeinkünfteverfahren unterliegen, nur für einen Teil des Verlustes besteht, ist der Verlust steuerlich aufzuteilen und nur soweit er auf der Subordination beruht hälftig, im übrigen aber vollständig steuerlich anzuerkennen.

¹¹²⁴ Zum zeitlichen Anwendungsbereich der Norm – regelmäßig ab Veranlagungszeitraum 2002 – ausführlich *Schneider* in *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff* § 17 Rn. C 41 (Januar 2003).

¹¹²⁵ *Schmidt/Heinicke* § 3c Rn. 37.

Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse

Die Subordination von Forderungen bildet ein im Grundsatz einheitliches Rechtsinstitut des deutschen Zivilrechts: Mit der Subordination wird die Erfüllbarkeit der nachrangigen Forderung an Erfüllung oder anderweitiges Erlöschen, mindestens aber dauerhafte Einredebehaftetheit der vorrangigen Forderungen geknüpft. Damit wird der Grundsatz der isolierten Betrachtung von Schulden rechtsgeschäftlich aufgehoben und den vorrangigen Forderungen ein Verdrängungswert gegenüber den nachrangigen Forderungen zugewiesen. Insoweit bestehen Parallelen zwischen dem Forderungsrang und dem Rang dinglicher Rechte.

Das Rechtsinstitut der Forderungssubordination liegt in jeweils unterschiedlicher Ausprägung dem Nachrangdarlehen, dem Rangrücktritt und dem Finanzplankredit zu Grunde. Es findet sich des weiteren bei der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung eines Nachrangs von Genussrechten und Forderungen aus stiller Gesellschaft. Daneben liegt das Institut der Subordination aber auch den oft als Forderungsrücktritt oder junior debt bezeichneten Konstellationen zu Grunde: Allgemeiner und spezifischer Nachrang unterscheiden sich in erster Linie durch den Umfang und die Begrenzung der Vorrangforderungen. Zudem wird durch den spezifischen Nachrang im Regelfall die auf die Nachrangforderung entfallende Insolvenzquote den Gläubigern der Vorrangforderungen zugewiesen, soweit dies zu deren Befriedigung erforderlich ist.

Die Rechtsgeschäftliche Natur der Subordination unterscheidet diese von dem normativen Nachrang von Forderungen nach den Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen. Sowohl rechtsgeschäftliche Subordination als auch Kapitalersatz sind zudem von dem Eigenkapital der Gesellschaft zu trennen. Die Verknüpfung dieser Gestaltungen durch die Konzepte von funktionalem, materiellem oder Quasi-Eigenkapital ist abzulehnen.

Die Subordination stellt eine abstrakte Verfügung über die nachrangige Forderung dar. Die einheitliche Einordnung als Verfügung entspricht nicht nur dem Inhalt der Partei-

vereinbarungen, sondern ist auch interessengerecht und damit wertungsrichtig: Nur die Einordnung als Verfügung schützt den vorrangigen Gläubiger nicht nur in der Insolvenz des Schuldners, sondern auch in der Insolvenz des Gläubigers der nachrangigen Forderung. Sie führt zur Anwendung des Bestimmtheitsgrundsatzes und schützt so die Interessen des nachrangigen Gläubigers. Gleichzeitig erhöht die mit der Einordnung als Verfügung einhergehende Anwendung von Trennungs- und Abstraktionsgrundsatz den Verkehrsschutz und dient damit den Interessen von Vorrang- wie Nachrang-Gläubiger, aber auch den Interessen des Schuldners. Die Einordnung als Verfügung ermöglicht schließlich eine methodisch überzeugende und wertungsgerechte Lösung der Probleme, die sich aus Abtretung oder Pfändung der nachrangigen Forderung ergeben.

Die Einordnung als Verfügung ermöglicht zudem differenzierte Lösungen hinsichtlich der Bindungswirkung: Während die schuldrechtliche Subordinationsabrede vollständig der Gewalt der vertragsschließenden Parteien unterliegt und damit jederzeit aufgehoben werden kann, bedarf die Subordination selbst zu ihrer Aufhebung einer gegenläufigen Verfügung. Als solche setzt die Aufhebung der rechtsgeschäftlichen Subordination ihrerseits Verfügungsbefugnis voraus. Sie unterliegt zudem mittelbar einer Bindung durch die Regeln über die Insolvenzanfechtung sowie – soweit eine Kapitalgesellschaft schuldet und es sich bei dem Gläubiger der subordinierten Forderung um einen Gesellschafter des Schuldners handelt - den Beschränkungen der Kapitalerhaltung.

Die von den Parteien insbesondere für den spezifischen Nachrang oftmals verwendeten Formulierungen, nach denen sich der Gläubiger der Nachrangforderung verpflichtet, diese nicht geltend zu machen und keine Zahlungen anzunehmen, stehen einer Einordnung als Verfügung über die Forderung in der Regel nicht entgegen. Auch insoweit können die Grundsätze der interessengerechten Auslegung herangezogen werden. Dies gilt auch und gerade dann, wenn die Subordination in englischer Sprache erfolgt, da die Wirkungen der Subordination nach angloamerikanischem Recht aus der Perspektive des deutschen Rechts am ehesten durch die Annahme eines Verfügungsgeschäftes erreicht werden können.

Die rechtsgeschäftliche Subordination lässt den Forderungscharakter der Nachrangforderung unberührt. Diese ist daher in der Handels- und der Steuerbilanz weiterhin zu

passivieren. Entgegen der Rechtsprechung des BFH und der Verwaltungsauffassung ist hierfür nicht erforderlich, dass zusätzlich eine Erfüllbarkeit auch aus Liquidationsüberschuss und künftigen Gewinnen vereinbart wird. Die Erfüllbarkeit aus Liquidationsüberschuss ist der Rangabsprache ohnehin immanent; die Erfüllbarkeit auch aus künftigem Gewinn ist zwar sinnvoll und in aller Regel interessengerecht, aber aus der Perspektive von Handels- und Steuerbilanzrecht zur Passivierung der Verbindlichkeit nicht erforderlich, da auch die schlicht subordinierte Forderung das Vermögen des Schuldners zwar nachrangig, aber gegenwärtig, und nicht künftig, belastet.

Literaturverzeichnis

- Achleitner, Ann-Kristin / von Einem, Christoph / von Schröder, Benedikt* (Hrsg.): Private Debt – alternative Finanzierung für den Mittelstand, Stuttgart 2004 (zitiert: *Bearbeiter in Achleitner/von Einem/von Schröder, Private Debt*)
- Adler/Düring/Schmalz*: Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, bearbeitet von K.-H.Forster, R. Goerdeler, J. Lanfermann, H.-P. Müller, G. Siepe und K. Stollberg, 6. Auflage, Stuttgart, Teilband 5, §§ 252 – 274 HGB, § 274 a HGB, §§ 275 – 289 HGB, 1997
Teilband 6, §§ 238 – 251 HGB, 1998
(zitiert A/D/S),
- Ahrenkiel, Björn / Lork, Heinrich*: Überschuldung trotz kapitalersetzender Bürgschaft?, DB 1987, 823
- Altmeppen, Holger*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 8. 1. 2001 - II ZR 88/99, ZIP 2001, 240
- Altmeppen, Holger*: Kapitalerhaltungs- und Kapitalersatzregeln in der GmbH, in: Aktien- und Bilanzrecht, Festschrift für Bruno Kropff, hrsg. von K.-H. Forster, B. Grunewald, M. Lutter und J. Semler, Düsseldorf 1997, S.641
- Altmeppen, Holger*: Kapitalersatz und Rangrücktritt unter Geltung der InsO, ZHR 2000, 349
- Andres/Leithaus, Insolvenzordnung, München 2006
- Ansell Hauser, Jessica*: Nonconsensual Repeal of Third Party Beneficiary Contract Rights: Senior Creditors under Subordination Agreements, Cardozo Law Review 8 (1987), 1227
- Arbeitskreis Bilanzrecht der Hochschullehrer Rechtswissenschaft: Zur Fortentwicklung des Deutschen Bilanzrechts, BB 2002, 2372

- Armour*, John: Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law, *Modern Law Review* 63 (2000), 355
- Baetge*, Jörg / *Kirsch*, Hans-Jürgen / *Thiele*, Stefan: Bilanzen, 8. Auflage, Düsseldorf 2005
(zitiert: Bilanzen)
- Bamberger/Roth, BGB, hrsg. von H. G. Bamberger und H. Roth, München
Band 1, §§ 1 – 610, 2. Auflage 2007
Band 2, §§ 611 – 1296, 1. Auflage, 2003
(zitiert Bamberger/Roth/*Bearbeiter*)
- Bankrecht und Bankpraxis, hrsg. von Th. Hellner (bis 2003), J. Schröter, St. Stephan, A. Weber, Loseblatt, Köln 2004 (zitiert: BuB/*Bearbeiter*)
- Bartels*, Klaus: Die Sicherungsgesamtschuld als akzessorische Kreditsicherheit?, *JZ* 2000, 608
- Bauch*, Josef: Stillschweigende Rangbestimmung bei Grundstücksveräußerung, *Rpfleger* 1983, 421.
- Bauer*, Kilian: Die Passivierung eigenkapitalersetzender Gesellschafterforderungen im Überschuldungsstatus, *ZInsO* 2001, 486
- Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Auflage, München 2006 (zitiert: *Bearbeiter* in Baumbach/Hueck)
- Baur*, Jürgen F. / *Stürner* Rolf: Lehrbuch des Sachenrechts, 17. Auflage, München 1999
(zitiert: Sachenrecht)
- Bayer*, Walter / *Graff*, Simone: Das neue Eigenkapitalersatzrecht nach dem MoMiG, *DStR* 2006, 1654
- Bayer*, Walter: Der Vertrag zugunsten Dritter, Tübingen 1995

- Bayer*, Walter: Moderner Kapitalschutz, ZGR 2007, 220.
- Bean*, Gerard M. D.: Debt Subordination Validated, Company Lawyer 1994, 52
- Beck'scher Bilanzkommentar, hrsg. v. H. Ellrott, G. Förtschle u.a., 6. Auflage, München 2006 (zitiert: *Bearbeiter* in BeckBilKomm)
- Beck'sches IFRS-Handbuch, hrsg. von W. Bohl, J. Riese und J. Schlüter, 2. Auflage, München 2006 (zitiert: *Bearbeiter* in BeckIFRS-Handb.)
- Becker-Eberhard, Ekkehard: Die Forderungsgebundenheit von Sicherungsrechten, Bielefeld 1993 (zitiert: Forderungsgebundenheit)
- Beinert*, Stefanie / *van Lishaut*, Ingo: Steuerfragen bei Anteilskäufen und Sperrfristen, FR 2001, 1037
- Beintmann*, Ulrike: Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz, BB 1999, 1543
- Berg*, Hans-Georg / *Schmich*, Rolf: Anmerkung zu BFH I R 11/03 v. 20.10.2004, GmbHR 2005, 307
- Berger*, Christian: Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Tübingen 1998 (zitiert: Verfügungsbeschränkungen)
- Berger*, Klaus Peter: Der Aufrechnungsvertrag, Tübingen 1996 (zitiert: Aufrechnungsvertrag)
- Bethell-Jones*, Richard: Contracting out of set-off rights, Journal of International Banking Law, 1994, 428
- Betsch*, Oskar / *Groh*, Alexander P. / *Lohmann*, Lutz G E: Corporate Finance, 2. Auflage, München 2000 (zitiert: Corporate Finance)

- Bezenberger, Tilman*: Das Kapital der Aktiengesellschaft, Köln 2005 (zitiert: Kapital)
- Bezenberger, Tilman*: Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen im Recht der GmbH, in: H. P. Westermann und K. Mock (Hrsg.), Festschrift für Gerold Bezenberger, Berlin 2000
- Bielau, Sigfried*: Stillschweigende Rangbestimmung bei Grundstücksveräußerung, Rpfleger 1983, 425
- Bigus, Jochen / Prigge, Stefan* : When risk premiums decrease as the bank's risk increases – a caveat on the use of subordinated bonds as an instrument of banking supervision, Journal of International Financial Markets, Institutions & Money 15 (2005), 369
- Birks, Peter* (Hrsg.): English Private Law, Band 1 und 2, Oxford 2000 (zitiert: *Bearbeiter* in Birks, English Private Law, Bd. oder Bd. 2)
- Blöse, Jochen*: Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urt. v. 20. 2. 2003 - 3 U 37/99, GmbHR 2004, 55
- Blümich EStG, KStG, GewStG, hrsg. von K. Ebling, München, Loseblatt (zitiert: Blümich/*Bearbeiter*)
- Bock, Volker*: Steuerliche und bilanzielle Aspekte mezzaniner Nachrang-Darlehen, DStR 2005, 1067
- Boos/Fischer/Schulte-Mattler: Kreditwesengesetz, hrsg. v. K.-H. Boos, R. Fischer und H. Schulte-Mattler, 2. Auflage, München 2004 (zitiert: *Bearbeiter* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler)
- Bordewin/Brandt EStG, hrsg. von A. Bordewin und J. Brandt, Heidelberg, Loseblatt (zitiert: *Bearbeiter* in Bordewin/Brandt)

- Bork, Reinhard*: Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insolvenzrechts?
ZGR 2007, 250
- Bork, Reinhard*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tübingen 2001 (zitiert:
AT)
- Bork, Reinhard*: Einführung in das Insolvenzrecht, 3. Auflage, Tübingen 2002 (zitiert In-
solvenzrecht)
- Bork, Reinhard*: Genussrechte in der Überschuldungsbilanz, in: Festschrift für V. Röhrich,
hrsg. von G. Crezelius, H. Hirte und K. Vieweg, Köln 2005, S. 47
- Bormann, Michael*: Rangrücktritt und InsO - eine Replik zu Niesert InVo 1998, 242 ff. ,
InVo 1999, 105
- Böttcher, Roland*: Das Rangverhältnis im Grundbuchverfahren, BWNotZ 1988, 73
- Braatz, Frank*: Besonderheiten der künftigen Rechnungslegung im Beitrittsgebiet aufgrund
des DMBilG, DB 1992, 1149
- Brenner, Dieter*: Neuere Rechtsprechung zu Einlagen in Kapitalgesellschaften, zu Tantie-
men als verdeckte Gewinnausschüttungen und zur Anrechnung ausländischer Steu-
ern, DSz 1995, 97
- Brüggemann, Christian*: Die Rangrücktrittserklärung im Lichte der InsO, NZG 1999, 811
- Buck, Christian*: Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, Baden-Baden 2006 (zitiert:
Kritik)
- Calligar, Dee Martin*: Subordination Agreements, 70 [1961] Yale Law Journal, 376
- Carlson, David Gray*: A Theory of Contractual Debt Subordination and Lien Priority,
Vanderbilt Law Review 38 (1985), 975.

- Casper, Matthias*: Persönliche Außenhaftung der Organe bei fehlerhafter Information des Kapitalmarkts, BKR 2005, 83
- Chen, Andrew H. / Robinson, Keneth J. / Siems, Thomas F.*: The wealth effects from subordinated debt policy: evidence from passage of the Gramm-Leach-Bliley-Act, Review of Financial Economics 13 (2004), 103
- Claussen, Carsten P.*: Der Genussschein und seine Einsatzmöglichkeiten, in Festschrift für W. Werner, hrsg. von W. Hadding und U. Immenga, Berlin 1984, S. 81
- Coeneberg, Adolf G.*: Jahresabschluß und Jahresabschlußanalyse, 18. Auflage, Landsberg 2001 (zitiert: Jahresabschluß)
- Coogan, Peter F. / Kripke, Homer / Weiss, Frederic*: The outer fringes of Article 9: Subordination Agreements, Security Interests in money and deposits, Negative Pledge Clauses and Participation Agreements, 79 [1965] Harvard Law Review, 229
- Crezelius, Georg*: Aktuelle Steuerrechtsfragen in Krise und Insolvenz – Januar/Februar 2005 - , NZI 2005, 212
- Crezelius, Georg*: Überschuldung und Bilanzierung, in: Festschrift für V. Röhrich, hrsg. von G. Crezelius, H. Hirte und K. Vieweg, Köln 2005, S. 787
- DAV, Handelsrechtsausschuss: Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NZG 2007, 211
- de Boor, Hans Otto*: Die Kollision von Forderungsrechten, Berlin 1928 (zitiert: Forderungskollision)
- Derleder, Peter*: Die Aufgabe der monistischen Struktur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, BB 2001, 2485

- Dernburg*, Heinrich: Pandektenrecht, Band I, Berlin 1884 (zitiert: Pandektenrecht Bd. I)
- Detmar*, Uwe: Materielle und formelle Funktionen des Rangs im Grundstückssachenrecht, Marburg 1977 (zitiert: Rangfunktionen)
- Dieckmann*, Johann: Der Derivativregreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner im englischen und deutschen Recht, Berlin 2003 (zitiert: Bürgenregreß)
- Dörner*, Bernhard M.: Gestaltungsmöglichkeiten mit Gesellschafterdarlehen in der Krise der GmbH – Teil I, INF 2001, 494
- Döser*, Wulf H.: Anglo-amerikanische Vertragsstrukturen in deutschen Vertriebs-, Lizenz, und sonstigen Vertikalverträgen, NJW 2000, 1451
- Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt: Die Körperschaftssteuer, hrsg. von E. Dötsch u. a., Stuttgart, Loseblatt (zitiert: *Bearbeiter* in Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt)
- Drukarczyk*, Jochen: Finanzierung, 9. Auflage, Stuttgart 2003 (zitiert: Finanzierung)
- Duss*, Marcus: Gedanken zu einem Rangrücktritt des Gläubigers bei Überschuldung einer Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, AG 1974, 133
- Duss*, Markus: Der Rangrücktritt des Gesellschaftsgläubigers bei Aktiengesellschaften, Zürich 1971 (zitiert: Duss, Rangrücktritt)
- Dyer*, Roger: Mezzanine Finance: Subordination and Priorities - an overview, Journal of International Banking Law 1990, 154
- Ehricke*, Ulrich : Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht, AcP 199 (1999), 257
- Eidenmüller*, Horst / *Grunewald*, Barbara / *Noack*, Ulrich: Das Mindestkapital im System des festen Kapitals, in: M. Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Eu-

ropa (ZGR Sonderheft 17), Berlin 2006, S. 17

Eidenmüller, Horst: Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung, AcP 204 (2004), 457

Eidenmüller, Horst: Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2007, 168

Eilers, Stephan / Wienands, Hans-Gerd: Zur steuerlichen Behandlung von eigenkapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen und Gesellschaftersicherheiten auf der Ebene des Gesellschafters, GmbHR 1998, 618

Ekkenga, Jens: Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt, Tübingen, 1998 (zitiert: Rechnungslegung)

Ekkenga, Jens: Eigenkapitalersatz und Risikofinanzierungen nach künftigem GmbH-Recht, WM 2006, 1986

Emmerich, Hugo: Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909 (zitiert: Pfandrechtskonkurrenzen)

Engert, Andreas: Die ökonomische Begründung der Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung, ZGR 2004, 813

Erman Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. von H. P. Westermann, 11. Auflage, Münster 2004 (zitiert Erman/Bearbeiter)

Esser, Josef / *Schmidt Eike*: Schuldrecht, Band. 1, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, Heidelberg 1995 (zitiert: Schuldrecht AT, Teilband 1)

Evanoff, Douglas D. / Wall, Larry D.: Subordinated Debt and Prompt Corrective Regulatory Action, Working Paper, Federal Reserve Bank of Chicago, 2003

- Fahrholz*, Bernd: Neue Formen der Unternehmensfinanzierung, München 1998 (zitiert: Unternehmensfinanzierung)
- Farrar*, J. H.: Subordinated debt and the pari passu rule, *Journal of Business Law* 1988, 76
- Fastrich*, Lorenz: Funktionales Rechtsdenken am Beispiel des Gesellschaftsrechts, Berlin u.a., 2001 (zitiert: Funktionales Rechtsdenken)
- Fastrich*, Lorenz: Ketzerisches zur sogenannten Finanzierungsverantwortung, in: M. Lieb, U. Noack, H. P. Westermann (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Zöllner*, Band I, Köln 1998, S. 143
- Fichtelmann*, Helmar: Die steuerlichen Probleme der Unternehmenssanierung, 2. Auflage, Heidelberg 1990 (zitiert: Unternehmenssanierung)
- Fikentscher*, Wolfgang / *Heinemann*, Andreas: Schuldrecht, 10. Auflage, Berlin 2006 (zitiert: SchuldR)
- Finch*, Vanessa: Is pari passu passé?, *Insolvency Lawyer* 2000, 194
- Fischer*, Roland: Die Bedeutung eines Rangrücktritts für den Überschuldungsstatus einer GmbH, *GmbHHR* 2000, 66,
- Fleck*, Hans Joachim: Die Bilanzierung kapitaleretzender Gesellschafterdarlehen in der GmbH in: *Festschrift für Georg Döllner*, hrsg. von B. Knobbe-Keuk, F. Klein und A. Moxter, Düsseldorf 1988, S. 109 ff.
- Fleischer*, Holger: Der Finanzplankredit im Gesamtgefüge der einlagengleichen Gesellschafterleistungen, *DStR* 1999, 1774
- Fleischer*, Holger: Finanzplankredite und Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht, Köln 1995 (zitiert: Finanzplankredite)

- Fletscher*, Ian F.: Subordination Agreements and the Pari Passu Rule, *Journal of Business Law* 1994, 283
- Flitsch*, Michael: Der Eigenkapitalersatz vor dem Aus? *DZWIR* 2006, 397
- Flume*, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin 1992 (zitiert: AT 2)
- Flume*, Werner: Besprechung von A. Jungwirth, Der vereinbarte Rang von Grundstücksrechten, *JZ* 1991, 133.
- Förster*, Karsten: Klartext – Die Freigabe bleibt zulässig, *ZInsO* 2000, 315
- Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. von K. Wimmer, 4. Auflage, Neuwied 2005 (zitiert *FKInsO/Bearbeiter*)
- Gäiser*, Anja Sofia: Die Freistellung geringfügig beteiligter Gesellschafter von der Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG im Rahmen einer Kapitalerhöhung, *GmbHR* 1999, 210
- Gehde*, Björn: Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen in Deutschland und den USA, Berlin 1997 (zitiert: *Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen*)
- Gehrlein*, Markus: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.6.2006, II ZR 133/05, *BB* 2006, 2711
- Gernhuber*, Joachim: Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989 (zitiert: *Schuldverhältnis*)
- Gernhuber*, Joachim: Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Auflage, Tübingen 1994
- Gilmore*, Grant: Security Interests in Personal Property, New York 1965 (zitiert: *Security Interests*)

- Goergen, Ute*: Das pactum de non cedendo, Baden-Baden, 2000 (zitiert: pactum de non cedendo)
- Goette, Wulf / Kleindiek, Detlef*: Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 5. Auflage, Köln 2007 (zitiert: Eigenkapitalersatzrecht)
- Goette, Wulf*: Haftung des Geschäftsführers in der Krise und Insolvenz der GmbH, ZinsO 2001, 529
- Goette, Wulf*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.6.1999, II ZR 272/98, DSStR 1999, 1201
- Goette, Wulf*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 8. 1. 2001, II ZR 88/99, DSStR 2001, 179
- Goette, Wulf*: Einige Aspekte des Eigenkapitalersatzrechts aus richterlicher Sicht, ZHR 162 (1998), 223
- Goette, Wulf*: Wo steht der BGH nach „Centros“ und „Inspire Art“, DSStR 2005, 197
- Golland, Frank / Gehlhaar, Lars / Grossmann, Klaus / Eickhoff-Kley, Xenia / Jänisch, Christian*: Mezzanine Kapital, BB-Special 4/2005, 1 (zitiert: Golland u.a.)
- Gottwald, Peter* (Hrsg.): Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Auflage, München 2006 (zitiert: Gottwald/Bearbeiter)
- Gottwald, Peter*: Rechtliche Möglichkeiten der Unternehmenssanierung im Insolvenzfall, KTS 1984, 1
- Großfeld/Luttermann, Bilanzrecht, 4. Auflage, Bearbeitet v. Claus Luttermann, Heidelberg 2005 (zitiert: BilanzR)
- Großkommentar zum AktG, hrsg. von J. Hopt und H. Wiedemann, 4. Auflage, Berlin 15. Lieferung, §§ 54 – 66, 2001 (zitiert: GroßkommAktG/Bearbeiter)

- Grunewald, Barbara / Noack, Ulrich*: Zur Zukunft des Kapitalsystems der GmbH – Die Ein-Euro-GmbH in Deutschland, GmbHR 2005, 189
- Grunewald, Barbara*: Die Verantwortlichkeit des gering beteiligten GmbH-Gesellschafters für Kapitalaufbringung und -erhaltung, in: U. H. Schneider, P. Hommelhoff, K. Schmidt, W. Timm, B. Grunewald, T. Drygala, Festschrift für Marcus Lutter, Köln 2000, S. 413
- Grunsky, Wolfgang*: Rangfragen bei dinglichen Rechten, Diss. Tübingen, 1963 (zitiert: Rangfragen)
- Gschwendtner, Hubertus*: Darlehensverluste eines wesentlich an einer Kapitalgesellschaft beteiligten Gesellschafters in der Rechtsprechung des BFH, DSStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 1
- Haack, Michael*: Der Forderungsrücktritt als Mittel der Überschuldungsbeseitigung, KTS 1980, 309
- Haack, Michael*: Der Konkursgrund der Überschuldung bei Kapital- und Personengesellschaften, Frankfurt 1980 (zitiert: Konkursgrund)
- Haarmann, Wilhelm*: Der Rangrücktritt, in: Festschrift für V. Röhrich, hrsg. von G. Crezelius, H. Hirte und K. Vieweg, Köln 2005, 137
- Haas, Ulrich / Müller, Henning*: Der Insolvenzanfechtungsanspruch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners, ZIP 2003, 49
- Haas, Ulrich / Scholl, Stefanie*: Drohverlustrückstellungen in der Überschuldungsbilanz und deren Neutralisation durch Rangrücktrittsvereinbarungen, ZinsO 2002, 645
- Haas, Ulrich*: Der Normzweck des Eigenkapitalersatzrechts, NZI 2001, 1

- Haas, Ulrich*: Die Subordination von Gesellschafterdarlehen im deutschen und italienischen GmbH-Recht, *GmbHR* 2004, 557
- Haas, Ulrich*: Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen und Feststellung der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, *NZI* 1999, 209
- Haas, Ulrich*: Kapitalerhaltung, Insolvenzanfechtung, Schadensersatz und Existenzvernichtung – wann wächst zusammen, was zusammengehört?, *ZIP* 2006, 1373
- Haas, Ulrich*: Mindestkapital und Gläubigerschutz in der GmbH, *DStR* 2006, 993
- Haas, Ulrich*: MoMiG, Kapitalersatzrecht und Überschuldungsbilanz, *NZI* 2006, Heft 10, S. VII
- Haas, Ulrich*: Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E zum 66. Deutschen Juristentag, München 2006
- Habersack, Mathias / Mayer, Christian*: Anmerkung zu BGH Urt. v. 8. 1. 2001, II ZR 88/99, *NZG* 2001, 365
- Habersack, Mathias / Mayer, Christian*: Share Buybacks in English and German Company Law, *Company, Financial and Insolvency Law Review (CFILR)*, 2000, 330.
- Habersack, Mathias*: Der Finanzplankredit und das Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterhilfen, *ZHR* 161 (1997), 457
- Habersack, Mathias*: Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung durch den BGH, *BB* 2001, 477
- Habersack, Mathias*: Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht, *ZHR* 162 (1998), 201
- Habersack, Mathias*: *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3. Auflage, München 2006 (zitiert: *Europ. GesR*).

- Habersack, Mathias*: Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten, ZGR 2000, 384
- Habersack, Mathias*: Patronatserklärung ad incertas Personas, ZIP 1996, 257
- Habersack, Mathias*: Examens-Repetitorium Sachenrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2005 (zitiert: Sachenrecht)
- Habersack, Mathias*: Vertragsfreiheit und Drittinteressen, Berlin 1992 (zitiert: Vertragsfreiheit)
- Hachenburg, GmbHG*, Großkommentar, hrsg. von P. Ulmer, Erster Band, 8. Auflage, 4. Lieferung (§§ 32 a – 34), 1991; 6. Lieferung (§§ 29 – 32), 1992 (zitiert: Hachenburg/Bearbeiter)
- Häger, Michael / Elkemann-Reusch, Manfred* (Hrsg.): Mezzanine Finanzierungsinstrumente, Berlin 2004 (zitiert: *Bearbeiter* in Häger/Elkemann-Reusch)
- Harle, Georg / Kulemann, Grit*: Forderungsverzicht gegen Besserungsschein – ein Gestaltungsmodell wird eingeschränkt, GmbHR 2004, 733
- Hartmann, Peter Wulf* (Hrsg.): Das große Kunstlexikon, Wien 1996 (zitiert: Kunstlexikon)
- Hartung, Wolfgang*: Der Rangrücktritt eines GmbH-Gläubigers – eine Chance für Wirtschaftskriminelle?, NJW 1995, 1161
- Häsemeyer, Ludwig*: Insolvenzrecht, 3. Auflage, Köln 2003 (zitiert: Insolvenzrecht)
- Haug, Wolfgang / Letters, Werner* u.a.: Möglichkeiten und Grenzen der Bilanzpolitik der Unternehmen in schwierigen Zeiten, Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1983/1984, 1984, S. 311

- Haun, Jürgen*: Hybride Finanzierungsinstrumente im deutschen und US-amerikanischen Steuerrecht; Frankfurt am Main 1996
- Häuselmann, Holger*: Rangrücktritt versus Forderungsverzicht mit Besserungsabrede, BB 1993, 1552
- Heck, Philipp*: Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
- Heerma, Jan Dirk*: Passivierung bei Rangrücktritt: widersprüchliche Anforderungen an Überschuldungsbilanz und Steuerbilanz?, BB 2005, 537
- Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. von D. Eickmann, A. Flesner und F. Irschlinger, 4. Auflage, Heidelberg 2005 (zitiert: HKInsO/Bearbeiter)
- Helmholz, Richard / Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.): Itinera Fiduciae, trust and Treuhand in historical perspective, Berlin 1998 (zitiert: *Bearbeiter* in Helmholz/Zimmermann, Itinera Fiduciae)
- Henckel, Wolfram*: Zum Begriff der Unentgeltlichkeit und zu den subjektiven Voraussetzungen bei der Schenkungsanfechtung des Konkursverwalters, ZIP 1991, 137
- Henrichs, Joachim*: Kündbare Gesellschaftereinlagen nach IAS 32 – Ein Beispiel zur Auslegung und Rechtskontrolle von in Gemeinschaftsrecht übernommenen IFRS, WPG 2006, 1253
- Henrich, Dieter / Huber, Peter*: Einführung in das englische Privatrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2003 (zitiert: *Englisches Privatrecht*)
- Herget, Rudolf*: Das Zurücktreten mit Forderungen bei Überschuldung der Aktiengesellschaft, AG 1974, 137
- Herlinghaus, Andreas*: Forderungsverzichte und Besserungsvereinbarungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, Köln, 1994 (zitiert *Forderungsverzichte*)

Herlinghaus, Andreas: Nochmals: Altkreditverbindlichkeiten, BB 1998, 1789.

Herring, Richard J.: The subordinated debt alternative to Basel II, Journal of Financial Stability 1 (2004), 137

Herrmann, Harald: Quasi-Eigenkapital im Kapitalmarkt- und Unternehmensrecht, Berlin 1996 (zitiert: Quasi-Eigenkapital)

Herrmann/Heuer/Raupach Einkommensteuer- und Körperschaftssteuergesetz, hrsg. von A. Raupach, 21. Auflage, Köln (Loseblatt), Band Steuerreformkommentierung I (zitiert: HHR/*Bearbeiter*)

Hess, Harald / Weis, Michaela: Die Berücksichtigung nachrangiger Gesellschafterverbindlichkeiten im Überschuldungsstatus nach der Insolvenzordnung, InVo 1999, 33

Heymann Handelsgesetzbuch, hrsg. v. N. Horn, Drittes Buch, §§ 238 – 342a, 2. Auflage, Berlin 1999 (zitiert: Heymann/*Bearbeiter*)

Hirte, Heribert: Bilanzierung kapitalersetzender Darlehen im Überschuldungsstatus DStR 2000, 1829

Hirte, Heribert: Genußscheine mit Eigenkapitalcharakter in der Aktiengesellschaft, ZIP 1988, 477

Hirte, Heribert: Genußscheine und Kapitalherabsetzung, ZIP 1991, 1461

Hofert, Sebastian / Arends, Volker: Intelligente rechtliche Gestaltung von Mezzanine-Finanzierungen, ZIP 2005, 1297

Hoffmann, Wolf-Dieter: Beteiligung an Kapitalgesellschaften als Sanierungsobjekt in der Steuerbilanz, DStR 2002, 1233

Holzapfel, Lothar: Überschuldung und Rangrücktritt bei der GmbH, InVo 1999, 1

- Hölzle*, Gerrit: Der qualifizierte Rangrücktritt als Sanierungsmittel – und Steuerfalle?,
GmbHR 2005, 852
- Honsell*, Heinrich: Tradition und Zession – kausal oder abstrakt?, in: Norm und Wirkung,
Festschrift für Wolfgang Wiegand, hrsg. von E. Bucher, C.-W. Canaris, H. Honsell
und Th. Koller, Bern, München 2005, S. 349
- Huber*, Ulrich / *Habersack*, Mathias: GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen
Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, BB 2006, 1
- Huber*, Ulrich / *Habersack*, Mathias: Zur Reform des Rechts der kapitalersetzenden Ge-
sellschafterdarlehen, in: M. Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Eu-
ropa, Berlin 2006, S. 370
- Huber*, Ulrich: Rechtsfähigkeit, Juristische Person und Gesamthand, in: Festschrift für
Marcus Lutter, hrsg. von U. H. Schneider, P. Hommelhoff, K. Schmidt u.a., Köln
2000, S. 107
- Huber*, Ulrich: Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesell-
schaften des Handelsrechts, Heidelberg, 1970 (zitiert: Vermögensanteil)
- Hueck/Fastrich GmbHG, hrsg. von G. Hueck und L. Fastrich, 18. Auflage, München 2006
(zitiert: *Bearbeiter* in Hueck/Fastrich)
- Hüffer*, Uwe: Aktiengesetz, 7. Auflage, München 2006
- Hüffer*, Uwe: Anmerkung zu BGH WM 1987, 468, WuB II G. § 130 a HGB 1.87
- Hüffer*, Uwe: Besprechung von Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Euro-
pa (2006), ZIP 2007, 451
- IDW: Entwurf einer Fortsetzung der IDW Stellungnahme zur Rechnungslegung: Einzel-
fragen der Bilanzierung von Finanzinstrumenten nach IFRS (IDW ERS HFA 9 n.F.)

– Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital nach IAS 32; Wpg 2005, 670

Immenga, Ulrich: Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg 1970 (zitiert: Kapitalgesellschaft)

International Accounting Standards Board: Exposure Draft of proposed Amendments to IAS 32 Financial Instruments: Presentation and IAS 1 Presentation of Financial Statements – Financial Instruments Puttable at Fair Value and Obligations Arising on Liquidation, London 2006 (zitiert: Exp. Draft - Amendment to IAS 32)

Jaeger Insolvenzordnung, hrsg. von W. Henckel und W. Gerhardt, Band 1, Berlin 2004 (zitiert: Jaeger/Bearbeiter)

Janka, Wolfgang / Löwenstein, Ulrich W.: Zur steuerlichen Behandlung des rechtsgeschäftlichen Rangrücktritts, DB 1992, 1648

Janssen, Bernhard: Bilanzierung einer mit Rangrücktritt versehenen Verbindlichkeit in der Handels- und Steuerbilanz, BB 2005, 1895

Jauernig, Othmar [Hrsg.] Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, München 2004 (zitiert: Jauernig/Bearbeiter)

John, Uwe: Die organisierte Rechtsperson, Berlin 1977 (zitiert: Rechtsperson)

Johnston, Bruce: Contractual Debt Subordination and Legislative Reform, Journal of Business Law 1991, 225

Joost, Detlev: Eigenkapitalersetzende Kommanditistenleistungen, ZGR 1987, 370

Jungmann, Carsten: Solvenztest- versus Kapitalschutzregeln, ZGR 2006, 638

Jungwirth, Anton: Der vereinbarte Rang von Grundstücksrechten, Berlin 1990 (zitiert: Rang von Grundstücksrechten)

- Kübler, Bruno M./ Prütting, Hans, Kommentar zur Insolvenzordnung, Köln, Loseblatt (zitiert: *K/P/Bearbeiter*)
- Kainer*, Friedemann: Binnenmarktrechtliche Grenzen des Übernahmerechts, ZHR 198 (2004), 542
- Kaiser*, Sven: Eigenkapitalförderndes Darlehen an Gesellschaft mit Rückzahlungsverpflichtung nur aus Gewinn und Liquidationsüberschuss: Inanspruchnahme der mithaftenden Gesellschafter in der Insolvenz der Gesellschaft, DB 2001, 1543
- Kallmeyer*, Harald: Bereinigung der Finanzverfassung der GmbH, GmbHR 2004, 377
- Kammeter*, Roland / *Geißelmeier*, Werner: Der Rangrücktritt – Bestandsaufnahme und Auswirkungen des MoMiG im Handelsbilanz- und Steuerrecht, NZI 2007, 214
- Kästle*, Martina: Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen, Berlin 2003 (zitiert: *Covenants*)
- Kegel*, Gerhard: Verpflichtung und Verfügung, in: Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, Festschrift für F. A. Mann, hrsg. von W. Flume, H. J. Hahn, G. Kegel und K. R. Simmonds, München 1977, 57
- Kempf*, Andreas / *Uhlig*, Jana: Überlegungen zum Darlehensverzicht in der Krise, DStR 2000, 723
- Kießling*, Erik: Das Gesamthandsprinzip bei Personalgesellschaften, in: Festschrift für W. Hadding, hrsg. von F. Häuser, H. Hammen und J. Hennrichs, Berlin 2004, S. 477
- Kieth*, Kurt: Mezzanine-Finanzierung und Insolvenzrisiko, DStR 2006, 1763
- Kirchhof/Söhn/Mellinghoff Einkommensteuergesetz hrsg. von P. Kirchhof, H. Söhn und R. Mellinghoff, Heidelberg, Loseblatt (zitiert: *Bearbeiter* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff)

- Klein, Martin*: Rangrücktrittsvereinbarungen – als Sanierungsinstrument ein Auslaufmodell?, GmbHR 2005, 663
- Kleindiek, Detlef*: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalersatz, ZGR 2006, 335
- Kleinschmidt, Jens*: Der Verzicht im Schuldrecht, Tübingen 2004 (zitiert: Verzicht)
- Kling, Stephan*: Forderungsverzicht mit Besserungsklausel oder Rangrücktritt? – Neuere Rechtsentwicklungen des GmbH-Eigenkapitalersatzrechts nach eineinhalb Jahren InsO, NZG 2000, 872
- Knobbe-Keuk, Brigitte*: Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Auflage, Köln 1993 (zitiert: Steuerrecht)
- Knobbe-Keuk, Brigitte*: Rangrücktrittsvereinbarung und Forderungserlaß mit oder ohne Besserungsschein, StuW 1991, 306
- Knobbe-Keuk, Brigitte*: Stille Beteiligung und Verbindlichkeiten mit Rangrücktrittsvereinbarung im Überschuldungsstatus und in der Handelsbilanz des Geschäftsinhabers, ZIP 1983, 127
- Knobbe-Keuk, Brigitte*: Verdeckte Einlagen in Kapitalgesellschaften und Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, DSIZ 1984, 335
- Koch, Jens*: Die Patronatserklärung, Tübingen 2005 (zitiert: Patronatserklärung)
- Kohler, Klaus*: Eigenkapital in der Bilanz – auch bei zwingender Rückzahlbarkeit?, ZHR 170 (2006), 101
- Koller, Ingo*: Sicherung des Eigenkapitals bei der gesetzestypischen Kommanditgesellschaft, in: Festschrift für Th. Heinsius, hrsg. von F. Kübler, H.J. Mertens und W. Werner, Berlin 1991, S. 357.

- Koller/Roth/Morck Handelsgesetzbuch 6. Auflage, München 2007 (zitiert: *Bearbeiter* in Koller/Roth/Morck)
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von W. Zöllner, Band 5/1, §§ 179 – 240, 2. Auflage, Köln u.a. 1995 (zitiert: *KK/Bearbeiter*)
- Kölner Schriften zum Insolvenzrecht, hrsg. v. Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., 2. Auflage, Herne 2000 (zitiert: *KS/Bearbeiter*)
- Kötz*, Hein: Der Einfluss des Common Law auf die internationale Vertragspraxis, in: Festschrift für Andreas Heldrich, hrsg. von S. Lorenz, A. Trunk, H. Eidenmüller, C. Wendehorst und J. Adolff, München 2005, S. 771
- Kroschewski*, Robert: Steuerliche Aspekte mezzaniner Unternehmensfinanzierungen, Stbg 2005, 341
- Krumnow*, Jürgen / *Spriffler*, Wolfgang / *Bellavite-Hövermann*, Yvette / *Kemmer*, Michael / *Alves*, Silke / *Brütting*, Christian / *Lauinger*, Rolf H. / *Löw*, Edgar / *Naumann*, Thomas K. / *Paul*, Stephan / *Pfitzer*, Norbert / *Scharpf*, Paul [Hrsg.]: Rechnungslegung der Kreditinstitute, 2. Auflage, Stuttgart 2004 (zitiert: *Krumnow*, Rechnungslegung)
- Kühnberger*, Manfred: Mezzaninekapital als Finanzierungsalternative von Genossenschaften, DB 2004, 661
- Kuhr*, Jan-Mathias: Eigenkapitalersatz bei Publikumspersonengesellschaften mit gesplitteter Einlage
- Kümpel*, Siegfried: Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Auflage, Köln 2000 (zitiert: Bank- und Kapitalmarktrecht)

- Kusserow, Berthold / Dittrich, Kurt*: Die Begebung von High Yield-Anleihen unter deutschem Recht, WM 2000, 745
- Küting, Karlheinz / Kessler, Harald*: Die Problematik der „anderen Zuzahlungen“ gem. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB, BB 1989, 25
- Küting, Karlheinz / Kessler, Harald*: Eigenkapitalähnliche Mittel in der Handelsbilanz und im Überschuldungsstatus, BB 1994, 2103
- Küting, Karlheinz / Wirth, Johannes / Dürr, Ulrike*: Personenhandelsgesellschaften durch IAS 32 (rev. 2003) vor der Schuldenfalle?, Wpg 2006, 69
- Lando, Ole*: The interpretation of contracts in the conflict of laws, *RabelsZ* 38, (1974), S. 388
- Langenbucher, Katja*: Kapitalerhaltung und Kapitalmarkthaftung, ZIP 2005, 239
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004 (zitiert: AT)
- Larenz, Karl*: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989 (zitiert: AT)
- Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991 (zitiert: Methodenlehre)
- Larenz, Karl*: Schuldrecht, Band 1 (Schuldrecht, Allgemeiner Teil), 14. Auflage, München 1987 (zitiert: SchuldR AT)
- Laudenklos, Frank / Sester, Peter*: Mezzanine-Kapital als wirtschaftliches Eigenkapital im Ratingverfahren – Eine rechtliche Gestaltungsaufgabe, WM 2004, 2417

- Leonhard*, Franz: Allgemeines Schuldrecht, München u. Leipzig, 1929 (zitiert: SchuldR AT)
- Leopold*, Kirsten / *Reichling*, Christian: Mezzanine Finance für die Masse?, DStR 2004, 1360
- Leuering*, Dieter / *Simon*, Stefan: Neue Anforderungen an die Gestaltung eines Rangrücktritts, NJW-Spezial 2004, 315
- Liebs*, Rüdiger: Die unbeschränkbare Verfügungsbefugnis, AcP 175 (1975), 1
- Link*, Gerson: Anreizkompatible Finanzierung durch Mezzanine-Kapital, Frankfurt/Main, 2002 (zitiert: Finanzierung)
- Livonius*, Barbara: Passivierung von Forderungen mit Rangrücktritt im Überschuldungsstatus nach der Insolvenzordnung, ZinsO 1998, 308
- Lüdenbach*, Norbert / *Hoffmann*, Wolf-Dieter: Kein Eigenkapital in der IAS/IFRS-Bilanz von Personengesellschaften und Genossenschaften?, BB 2004, 1042
- Lüssow*, Björn: Das Agio im GmbH- und Aktienrecht, Berlin 2005 (zitiert: Agio)
- Lutter*, Marcus / *Hommelhoff*, Peter: Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH, ZGR 1979, 31
- Lutter*, Marcus: Zur Bilanzierung von Genußrechten, DB 1993, 2441
- Lutter/Hommelhoff GmbH-Gesetz, hrsg. von M. Lutter und P. Hommelhoff, 16. Auflage, Köln 2004 (zitiert: *Bearbeiter* in Lutter/Hommelhoff)
- Lwowski*, Hans-Jürgen: Das Recht der Kreditsicherung, 8. Auflage, Berlin 2000

- Mankowski, Peter*: Anmerkung zu LG Dessau, WM 1999, 1711, WuB IV A. § 387 BGB
1.99
- Mathiak, Walter*: Rechtsprechung zum Bilanzsteuerrecht, DStR 1990, 255
- Mayer, Christian / Schürnbrand, Jan*: Einheitlich oder gespalten? – Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien, JZ 2004, 545
- Mayer, Dieter*: Kapitalersetzende Darlehen im GmbH-Recht aus handels- und konkursrechtlicher Sicht, BB 1990. 1935
- Mears, Patrick E.*: Who's on First? Negotiating Debt and Lien Subordination Agreements in Real Estate Transaction, Probate and Property, 1999, 19
- Medicus, Dieter*: Geld muß man haben, AcP 188 (1988), 490
- Merz, Siegfried / Hübner, Alexander-Leon*: Aktivierung von Sicherheiten Dritter und Behandlung rangrückgetretener Forderungen im Überschuldungsstatus gemäß § 19 Abs. 2 InsO, DStR 2005, 802
- Michalski GmbHG*, hrsg. von L. Michalski, Band 1, Systematische Darstellungen 1- 7, §§ 1 – 34 GmbHG, München 2002 (zitiert *Michalski/Bearbeiter*)
- Mitchell, Charles*: The law of subrogation, Oxford 1994 (zitiert: Subrogation)
- Modigliani, Franco / Miller, Merton*: The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment, American Economic Review 48 (1958), 261 ff.
- Mohrbutter, Peter*: Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, Köln 1998 (zitiert: Verteilungsfehler)
- Mokal, Rizwaan Jameel*: Priority as Pathology: The Pari Passu Myth, Cambridge Law Journal 60 (2001), 581

- Mosch, Wolfgang*: Patronatserklärungen deutscher Konzernmuttergesellschaften und ihre Bedeutung für die Rechnungslegung, Bielefeld 1978
- Mugdan, Benno* (Hrsg.): Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899 (zitiert: *Mugdan, I.*)
- Mülbert, Peter O.*: Das inexistente Anwartschaftsrecht und seine Alternativen, AcP 202 (2002), 912
- Mülbert, Peter O.*: Die rechtsfähige Personengesellschaft, AcP 199 (1999), 38
- Mülbert, Peter O.*: Neuordnung des Kapitalrechts, WM 2006, 1977
- Mülbert, Peter O.*: Zukunft der Kapitalaufbringung/ -erhaltung, Der Konzern 2004, 151
- Müller, Oliver*: Mezzanine Finance, Bern, 2003, (zitiert: *Mezzanine*)
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 2. Auflage, München,
Band 2, Kommanditgesellschaft, GmbH & Co KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, hrsg. von B. Riegger und L. Weipert, 2004 (zitiert: *Bearbeiter* in MünchHdb KG und Stille Gesellschaft)
Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, hrsg. von H.-J. Priester und D. Mayer, 2003 (zitiert: *Bearbeiter* in MünchHdb GmbH)
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von B. Kropff und J. Semmler, 2. Auflage, München,
Band 2, §§ 53 a – 75, 2003
Band 5/1, §§ 148 – 151, 161 – 178 AktG, §§ 238 – 264 c HGB, 2003
Band 5/2, §§ 152 – 160 AktG, §§ 265 – 289 HGB, 2004
Band 6, §§ 179 – 221, 2005
(zitiert: *MünchKommAktG/Bearbeiter*)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von F. J. Sacker und R. Rixecker, 5. Auflage, München
Band 1, §§ 1 – 240 (1. Halbband), 2006
(zitiert: MünchKommBGB/Bearbeiter)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von K. Rebmann, F.J. Sacker und R. Rixecker, 4. Auflage, München
Band 4, §§ 611 – 704, 2005
Band 5, §§ 705 – 853, PartGG, ProdHaftG, 2004
Band 6, §§ 854 – 1296, 2004
Band 8, §§ 1589- 1921, SGB VIII, 2002
Band 10, Art. 1 – 46 EGBGB, IPR, 2006
(zitiert: MünchKommBGB/Bearbeiter)

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von K. Schmidt, 2. Auflage, München
Band 2, §§ 105 – 160, 2006
(zitiert: MünchKommHGB/Bearbeiter)

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. von H. –P- Kirchhof u.a., München,
Band 1, §§ 1 – 102, 2001;
Band 2, §§ 103 – 269, 2002
(zitiert: MünchKommInsO/Bearbeiter)

Naujok, Jan-Pieter: Kommentar zu BFH I R 11/03, DStR 2005, 186, EWiR 2005, 353

Noack, Ulrich: Reform des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts: Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, DB 2006, 1475

Nolan, Richard: Less equal than others - Maxwell and subordinated unsecured obligations, Journal of Business Law 1995, 485

- Obermüller, Manfred*: Ersatzsicherheiten im Kreditgeschäft, Wiesbaden 1987 (zitiert: Ersatzsicherheiten)
- Obermüller, Manfred*: Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 6. Auflage, Köln 2002 (zitiert: Insolvenzrecht)
- Odith, Fidelitas*: Legal Aspects of Receivables Financing, London 1990 (zitiert: Receivables Financing)
- Oechsler, Jürgen*: Der Kapitalersatz als Kreditsicherheit, ZHR 169 (2005), 61
- Oechsler, Jürgen*: Erlaubte Gestaltungen im Anwendungsbereich des Art. 56 I EG, NZG 2007, 161
- Ott, Hans*: Wesentliche Beteiligung: Sonderfragen zu Darlehensverlusten und zur Inanspruchnahme aus Bürgschaften, StuB 2000, 277
- Padberg, Thomas*: Bankbilanzanalyse nachrangiger Verbindlichkeiten, Kreditwesen 1999, 559
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflag, München 2006 (zitiert: Palandt/*Bearbeiter*)
- Paulus, Christoph G.*: Passivierungspflicht und Rangordnung eigenkapitalersetzender Darlehen in der Insolvenz, ZGR 2002, 320
- Perridon, Louis / Steiner, Manfred*: Finanzwirtschaft der Unternehmung, 13. Auflage, München 2004 (zitiert: Finanzwirtschaft)
- Peters, Klaus*: Der vertragliche Rangrücktritt von Forderungen, WM 1988, 641 (Teil I) und 685 (Teil II)
- Picot, Gerhard* [Hg.]: Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2. Auflage, München 1998 (zitiert: *Bearbeiter* in: Picot, Unternehmenskauf, S.)

- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 3. Auflage, Berlin Leipzig
1920 (zitiert: Planck/Bearbeiter)
- Priester*, Hans-Joachim: Gläubigerrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung, DB 1977,
2429
- Priester*, Hans-Joachim: Sind eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen Eigenkapital?,
DB 1991, 1917
- Priester*, Hans-Joachim: Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, ZGR 1999, 533
- Prölss Versicherungsaufsichtsgesetz, hrsg. von H. Kolhösser, 12. Auflage, München 2005
(zitiert: Prölss/Bearbeiter)
- Raiser*, Thomas / *Veil*, Rüdiger: Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Auflage, München
2006 (zitiert: GesellschaftsR)
- Rätke*, Bernd: Anwendbarkeit des § 5 Abs. 2a EstG auf Rangrücktrittsvereinbarungen,
StuB 2005, 497
- Rey*, Martin W.: Entwicklung und moderne Tendenzen der Projektfinanzierung, BKR
2001, 29
- Rickford*, Jonathan (Hrsg.): Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance,
EBLR 2004, 917
- Röhricht*, Volker: Die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht,
in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2001, Jahrestagung der Gesellschaftsrechtli-
chen Vereinigung, Köln 2002, S. 3
- Röhricht*, Volker: Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, 505

- Roth, Günter H. / Altmeyden, Holger*: GmbHG Kommentar, 5. Auflage, München 2005
(zitiert: Roth/Altmeyden)
- Rowedder/Schmidt-Leithoff Kommentar zum GmbH-Gesetz, hrsg. von Chr. Schmidt-Leithoff, 4. Auflage, München 2002 (zitiert: Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Bearbeiter*)
- Rudolph, Bernd*: Tranchierte Mezzanine-Fonds: Neues Marktsegment in der Mittelstandsfinanzierung? BB-Special 5/2005, S. 15 ff.
- Ryan, Reade H*: The Subordinated World of Junk Bonds, The Banking Law Journal, 105 (1988), 4
- Schäfer, Frank A.*: Zulässigkeit und Kündigung von ewig laufenden Anleihen (Perpetuals) in: Bankrecht und Kapitalmarktrecht in der Entwicklung, Festschrift für Siegfried Kümpel, hrsg. von J. Ekkenga, W. Hadding und H. Hammen, Berlin 2003, S. 453
- Scheel, Hansjörg*: Konzerninsolvenzrecht - Eine rechtsvergleichende Darstellung des US-amerikanischen und des deutschen Rechts, Köln 1995 (zitiert: Konzerninsolvenz)
- Schimansky, Herbert / Bunte, Hermann-Josef / Lwowski, Hans-Jürgen* (Hrsg.): Bankrechts-Handbuch, Band II, 2. Auflage, München 2001 (zitiert: *Bearbeiter* in Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR)
- Schmidt, Karsten / Uhlenbruck, Wilhelm* (Hrsg.): Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Auflage, Köln 2003 (zitiert: *Bearbeiter* in K. Schmidt/Uhlenbruck)
- Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln 2002 (zitiert: GesR)
- Schmidt, Karsten*: Die BGB-Außengesellschaft – rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993

- Schmidt, Karsten*: Die Handels-Personengesellschaft in Liquidation, ZHR 153 (1989), 270
- Schmidt, Karsten*: Die Rechtsfolgen der „eigenkapitalersetzenden Sicherheiten“, ZIP 1999, 1821
- Schmidt, Karsten*: Eigenkapitalersatz und Überschuldungsfeststellung, GmbHR 1999, 9
- Schmidt, Karsten*: Eigenkapitalersatz, oder: Gesetzesrecht versus Rechtsprechungsrecht? - Überlegungen zum Referentenentwurf eines GmbH-Reformgesetzes (MoMiG), ZIP 2006, 1925
- Schmidt, Karsten*: Finanzplanfinanzierung, Rangrücktritt und Eigenkapitalersatz, ZIP 1999, 1241
- Schmidt, Karsten*: Insolvenzgründe und Haftung für Insolvenzverschleppung, in: M. Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006, S. 188
- Schmidt, Karsten*: Quasi- Eigenkapital als haftungsrechtliches und als bilanzrechtliches Problem in : Bilanz- und Konzernrecht, Festschrift für Reinhard Goerdeler, hrsg. von H. Havermann, Düsseldorf 1987, S. 487
- Schmidt, Karsten*: Rangrücktritt bei Gesellschafterdarlehen: Problem gebannt?, DB 2006, 2503
- Schmidt, Karsten*: Vom Eigenkapitalersatz in der Krise zur Krise des Eigenkapitalersatzrechts?, GmbHR 2005, 797
- Schmidt, Ludwig*: Einkommensteuergesetz, 26. Auflage, München 2007 (zitiert: Schmidt/Bearbeiter)
- Schmidt-Räntsch, Ruth*: Insolvenzordnung mit Einführungsgesetz - Erläuternde Darstellung des neuen Rechts anhand der Materialien, Bonn 1995

- Schmidt-Rimpler*, Walter: Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130
- Schnebel*, Debra J.: Intercreditor and Subordination Agreements – a practical Guide, Banking Law Journal 118 (2001), 48
- Schneider*, Dieter: Investition und Finanzierung, Wiesbaden 1970 (zitiert: Investition)
- Schneider*, Uwe H.: Das Recht der Konzernfinanzierung, ZGR 1984, 497
- Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz, 9. Auflage, Köln 2000, 1. Band, §§ 1 – 44 (zitiert: Scholz/Bearbeiter; die §§ 1 – 34 sind stets nach der 10. Auflage zitiert)
- Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 10. Auflage, Köln 2006, 1. Band, §§ 1- 34 (zitiert: Scholz/Bearbeiter)
- Scholz*, Kai-Steffen: Die BGB-Gesellschaft nach dem Grundsatzurteil des BGH vom 29. 1. 2001, NZG 2002, 153
- Schön*, Wolfgang: Die Zukunft der Kapitalaufbringung/ -erhaltung, Der Konzern 2004, 162
- Schön*, Wolfgang: Ein Allgemeiner Teil der Genußrechte, JZ 1993, 925
- Schön*, Wolfgang: Gibt es das partiarische Darlehen?, ZGR 1993, 210
- Schön*, Wolfgang: Kreditbesicherung durch abhängige Kapitalgesellschaften, ZHR 159 (1995), 351
- Schön*, Wolfgang: Wer schützt den Kapitalschutz, ZHR 166 (2002), 1
- Schön*, Wolfgang: Zur „Existenzvernichtung“ der juristischen Person, ZHR 168 (2004), 268

- Schrader, Nikolaus*: Die Besserungsabrede, Heidelberg 1995 (zitiert: Besserungsabrede)
- Schrell, Thomas / Kirchner Andreas*: Strukturelle und vertragliche Subordination, BKR 2004, 212
- Schrell, Thomas K. / Kirchner, Andreas*: Mezzanine Finanzierungsstrategien, BKR 2003, 13
- Schubert, Daniela*: Die Einlage in Personengesellschaften nach HGB-Bilanzrecht und IAS 32 (2003) – Eigen- oder Fremdkapital, WM 2006, 1033
- Schulz, Fritz*: Rückgriff und Weitergriff, Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession, in: Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, hrsg. von R. Leonhard, Heft 21, Breslau 1907 (zitiert: Rückgriff)
- Schulze-Osterloh, Joachim*: Rangrücktritt, Besserungsschein, eigenkapitalersetzende Darlehen, Wpg 1996, 97
- Schwartz, Alan*: Priority Contracts and Priority in Bankruptcy, Cornell Law Review 82 (1997), 1396
- Serick, Rolf*: Überschuldete Gesellschaft und konkursabwendender Forderungsrücktritt eines Nichtgesellschafters, ZIP 1980, 9
- Sieker, Susanne*: Die Personengesellschaft ohne Eigenkapital – ein juristischer Scherz? ZIP 2007, 849
- Sieker, Susanne*: Eigenkapital und Fremdkapital der Personengesellschaft, Köln, 1991 (zitiert: Eigenkapital)
- Smerdka, Ute*: Die Finanzierung mit mezzaninem Haftkapital, Köln 2003
- Smid, Insolvenzordnung*, Neuwied 1999

- Smid, Stefan*: Grundzüge des Insolvenzrechts, 4. Auflage, München 2002 (zitiert: Insolvenzrecht)
- Stadler, Astrid*: Besprechung von A. Jungwirth, Der vereinbarte Rang von Grundstücksrechten, AcP 191 (1991), 275
- Stadler, Astrid*: Der Rang im Immobiliarsachenrecht – ein noch immer ungelöstes Problem?, AcP 189 (1989), 427
- Stadler, Astrid*: Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, Tübingen 1996 (zitiert: Gestaltungsfreiheit)
- Staudinger Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1993 ff. (zitiert: Staudinger/Bearbeiter (Stand der Bearbeitung))
- Steinbeck, Anja*: Zur systematischen Einordnung des Finanzplankredits - Besprechung des Urteils BGH WM 1999, 1568, ZGR 2000, 503
- Stoll, Hans*: Zur Legitimität und normativen Relevanz rechtsvergleichender Argumente im Zivilrecht, in: Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski, hrsg. von H. Koziol und P. Rummel, Wien New York 2002, S. 429
- Stürner, Rolf*: Die Rezeption U.S.-amerikanischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für Kurt Rebmann, hrsg. von H. Eyrych u.a., München 1989, S. 839
- Suchanek, Markus / Hagedorn, Sonja*: Passivierung von Rangrücktrittsverbindlichkeiten, FR 2004, 451
- Swoboda, Peter*: Betriebliche Finanzierung, 3. Auflage, Wien 1994 (zitiert: Finanzierung)
- Swoboda, Peter*: Der Risikograd als Abgrenzungskriterium von Eigen- versus Fremdkapital, in: Information und Produktion, Festschrift für Waldemar Wittmann, hrsg. von S.

Stöppler, Stuttgart 1985, S. 343

Szagunn/Haug/Ergenzinger: Gesetz über das Kreditwesen, 6. Auflage, Stuttgart 1997 (zitiert: *Bearbeiter* in Szagunn/Haug/Ergenzinger)

Tancredi, James J. / *Heath*, Honor S. : The Ingenuity of Subordinated Debt, American Bankruptcy Institute Journal 1999, 10

Teller, Horst: Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH, 2. Auflage, Köln 1995 (zitiert: Rangrücktrittsvereinbarungen)

Teller, Horst / *Steffan*, Bernhard: Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH, 3. Auflage, Köln 2003 (zitiert: Rangrücktrittsvereinbarungen)

Temme, Ulrich: Die Eröffnungsgründe der Insolvenzordnung, Münster 1997

Tipke, Klaus / *Lang*, Joachim: Steuerrecht, 17. Auflage, Köln 2002 (zitiert: *Bearbeiter* in Tipke/Lang)

Triebel, Volker / *Balthasar*, Stephan: Auslegung englischer Vertragstexte unter deutschem Vertragsstatut – Fallstricke des Art. 32 I Nr. 1 EGBGB, NJW 2004, 2189

Übelhör, Matthias / *Warns*, Christian (Hrsg.): Basel II, Heidenau 2004 (zitiert Basel II)

Uhlenbruck, Insolvenzordnung, hrsg. v. W. Uhlenbruck, 12. Auflage, München 2003 (zitiert: Uhlenbruck/*Bearbeiter*)

Uhlenbruck, Wilhelm: Die GmbH und Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, Köln 1977 (zitiert: GmbH & Co.)

Ulmer, Großkommentar zum Bilanzrecht, hrsg. von P. Ulmer, Berlin 2002 (zitiert: Ulmer/*Bearbeiter* BilanzR)

Ulmer, Großkommentar zum GmbHG, hrsg. v. P. Ulmer, M. Habersack und M. Winter,
Tübingen,

Band 1, §§ 1 – 28, 2005

Band 2, §§ 29 – 52, 2006

(zitiert: Ulmer/*Bearbeiter GmbHG*)

Ulmer, Peter: Urteilsanmerkung, ZIP 2001, 585

Ulmer, Peter: Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen, AcP
198 (1998), 113

Ulmer, Peter: Umstrittene Fragen im Recht der Gesellschafterdarlehen (§32 a GmbHG),
ZIP 1984, 1163

v. *Einem, Christoph / Schmid, Stefanie / Pütz, Silke*: Mittelstandsfinanzierung mittels Private Debt: Welche Form ist die richtige aus rechtlicher, steuerlicher und bilanzrechtlicher Sicht? BB-Special 5/2005, S. 9

v. *Hagemeister, Adrian / Bültmann Michael*: Konflikte von Sicherungsinstrumenten und Eigenkapitalersatz bei Projektfinanzierungen durch Banken, WM 1997, 549

v. *Ihering, Rudolf* : Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Neudruck, Aalen 1968.

v. *Koppenfels-Spies, Katharina*: Die cessio legis, Tübingen 2006 (zitiert: cessio legis)

v. *Savigny, Friedrich Carl*: System des heutigen Römischen Rechts, Band 3, Berlin 1840
(zitiert: System des heutigen Römischen Rechts)

v. *Tuhr, Andreas*: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,

Erster Band, Leipzig 1910 (zitiert: AT I)

Zweiter Band, Erste Hälfte, Leipzig 1914 (zitiert: AT II 1.)

Zweiter Band, Zweite Hälfte, Leipzig 1918 (zitiert: AT II 2)

v. *Tuhr*, Andreas: Verfügung über künftige Forderungen, DJZ 1904, 426

v. *Tuhr*, Andreas: Zum Begriff der Verfügung nach BGB, AcP 117,193

v. *Tuhr*, Andreas: Zum Regress des Bürgen, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 42 (1923), 107

Vogt, Gabriele: Steuerliche Behandlung des Verzichts auf eigenkapitalersetzende Darlehen, DStR 2001, 1881

Volk, Gerrit: Mezzanine Capital: Neue Finanzierungsmöglichkeit für den Mittelstand, BB 2003, 1224

Vollmer, Lothar / *Maurer*, Torsten: Die Eignung von sanierenden stillen Beteiligungen und Sanierungsgenußscheinen zur Abwehr der Überschuldung, DB 1994, 1173

Wacke, Andreas: Wer zuerst kommt, mahlt zuerst – Prior tempore potius iure, JA 1981, 94

Wacker, Roland: Eigenkapitalersatz und Drittaufwand bei GmbH-Anteilen, Steuerberater-Jahrbuch 2001/2002, 2002, S. 119

Weitnauer, Wolfgang: Financial (Re)structuring: Maßnahmen zur Eigenkapitalstärkung, in: Festschrift für Karl Peter Mailänder, hrsg. von K. Geiss, K.-A. Gerstenmaier, R. M. Winkler und P. Mailänder, Berlin 2006, S. 441

Westermann, Harry: Sachenrecht, fortgef. von H.-P. Westermann, K.-H. Gursky und D. Eickmann, 7. Auflage, Heidelberg 1998

Wiedemann, Herbert: Eigenkapital und Fremdkapital, in: Festschrift für Karl Beusch, hrsg. von H. Beisse, M. Lutter und H. Närgel, Berlin, New York 1993

- Wiedemann, Herbert*: Gesellschaftsrecht, Band I, München 1980, Band II, München 2004
(zitiert: GesR Bd. I oder GesR Bd. II)
- Wiedmann, Harald*: Bilanzrecht, Kommentar zu §§ 238 – 342 a HGB, 2. Auflage, München 2003
- Wiegand, Wolfgang*: Amerikanisierung des Rechts, insbesondere des Bank- und Wirtschaftsrechts in: Corporations, capital markets, and business in the law, liber amicorum Richard M. Buxbaum, hrsg. Von Th. Baums, K. J. Hopt und N. Horn, Den Haag 2000, S. 601 (zitiert: Wiegand, FS Buxbaum, S.)
- Wiegand, Wolfgang*: Die Rezeption amerikanischen Rechts, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, hrsg. von G. Jenny und W. Kälin, Bern 1988, S. 229 (zitiert: Wiegand, FG schweizerischer Juristentag 1988)
- Wilhelm, Walter*: Begriff und Theorie der Verfügung, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band II, hrsg. von H. Coing und W. Wilhelm, Frankfurt am Main, 1977, S. 213
- Windscheid, Bernhard / Kipp, Theodor*: Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 9. Auflage, Frankfurt am Main, 1907 (zitiert: Pandektenrecht I)
- Windscheid, Bernhard*: Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 6. Auflage, Frankfurt am Main, 1887 (zitiert: Pandektenrecht I)
- Wissmann, Eike*: Persönliche Mithaft in der Insolvenz, 2. Auflage, Köln 1998 (zitiert: Mithaft)
- Wittig, Arne*: Beseitigung der Insolvenzgründe mit Bankbeiträgen als Voraussetzung der freien Unternehmenssanierung, NZI 1998, 49
- Wittig, Arne*: Rangrücktritt – Antworten und offene Fragen nach dem Urteil des BGH vom 8. 1. 2001, NZI 2001, 169

- Wood, Philip R.*: The Law of Subordinated Debt, London 1990 (zitiert: Subordinated Debt)
- Wood, Philip R.*: Project Finance, Subordinated Debt and State Loans, London 1995 (zitiert: Project Finance)
- Zilius, Manfred*: Unterbilanz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, Wpg 1977, 445
- Zimmermann, Reinhard*: Europa und das römische Recht, AcP 202 (2002), 243
- Zimmermann, Reinhard*: The Law of Obligations, Capetown 1990 (zitiert: Obligations)
- Zinman, Robert M.*: Under the spreading bankruptcy: Subordination and the Codes, American Bankruptcy Institute Law Review 2 (1994), 293
- Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 26. Auflage, Köln 2007 (zitiert: Zöller/Bearbeiter)
- Zweigert, Konrad / Kötz, Hein*: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996

Lebenslauf:

Geboren 04.07. 1969 in München. Ausbildung zum Bankkaufmann, Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg, Regensburg und Oxford. Stipendiat der Konrad-Adenauer-Stiftung und der Stiftung der Deutschen Wirtschaft.

Referendariat in Regensburg, Wissenschaftlicher Mitarbeiter in Regensburg und Mainz, Promotion in Mainz. Richter und Staatsanwalt in Mainz, Worms, Nürnberg und München.