

**Untersuchungen über das
Spar-, Giro- und Kreditwesen**

Abteilung B: Rechtswissenschaft

Herausgegeben von Peter O. Mülbert,
Uwe H. Schneider und Dirk A. Verse

Band 223

**Drittgläubigerschutz
bei Gesellschaftsfinanzierung mittels
hybrider Finanzierungsinstrumente**

**Zur gewillkürten und gesetzlichen Haftqualität
von Dritten überlassenen Mezzanine-Kapitals**

Von

Max Reinhardt



Duncker & Humblot · Berlin

MAX REINHARDT

Drittgläubigerschutz bei Gesellschaftsfinanzierung
mittels hybrider Finanzierungsinstrumente

Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen

Abteilung B: Rechtswissenschaft

Schriften des Instituts für deutsches und
internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens
an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Herausgegeben von

Prof. Dr. Peter O. Mülbert,
Prof. Dr. Dr. h. c. Uwe H. Schneider, Prof. Dr. Dirk A. Verse

Band 223

Drittgläubigerschutz bei Gesellschaftsfinanzierung mittels hybrider Finanzierungsinstrumente

Zur gewillkürten und gesetzlichen Haftqualität
von Dritten überlassenen Mezzanine-Kapitals

Von

Max Reinhardt



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat diese Arbeit
im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7352
ISBN 978-3-428-18527-6 (Print)
ISBN 978-3-428-58527-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 22. September 2021 statt.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Peter O. Mülbert, der diese Arbeit nicht nur angeregt hat, sondern mir während der Erstellung auch jederzeit als Ansprechpartner zur Verfügung stand und mich durch zahlreiche hilfreiche Anmerkungen unterstützt hat. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Roger Kiem für die zügige Erstattung des Zweitgutachtens.

Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Uwe H. Schneider, Herrn Prof. Dr. Dirk A. Verse und Herrn Prof. Dr. Peter O. Mülbert danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe des Instituts für deutsches und internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

Der Stiftung für die Wissenschaft des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes danke ich für die Unterstützung meines Promotionsvorhabens durch den gewährten Druckkostenzuschuss.

Herrn Michael Sinhart danke ich herzlich für die Unterstützung dieser Arbeit durch zahlreiche wertvolle Diskussionen sowie seine konstruktive Kritik.

Der größte Dank gilt meinen Eltern, die meine gesamte Ausbildung immer gefördert und mir auf allen Wegen mit Rat und Tat zu Seite gestanden haben.

Frankfurt, im April 2022

Max Reinhardt

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	15
I. Problemstellung und Untersuchungsgegenstand	15
II. Themenabgrenzung	17
III. Gang der Untersuchung	17
IV. Begriff des Haftkapitals	18
B. Grundlegungen	21
I. Begriffsbestimmung „Mezzanine-Kapital“	21
II. Zweck der Verwendung mezzaniner Finanzierungsinstrumente	22
1. Erhöhung der Eigenkapitalquote	22
2. Steuerliche Behandlung	25
3. Vermeidung von mit klassischer Eigenkapitalaufnahme verbundenen Effekten	27
4. Zusammenfassung	27
III. Bestandsaufnahme der in Betracht kommenden Instrumente	28
1. Sonderformen des Darlehens	28
2. Stille Gesellschaft	30
3. Genussrecht	31
4. Von der weiteren Betrachtung auszunehmende Instrumente	33
5. Zusammenfassung	34
IV. Für den Drittgläubigerschutz bedeutsame Abgrenzungsfragen	34
1. Zivilrechtliche Qualifikation des Instruments	34
2. Handelsbilanzielle Qualifikation als Eigen- oder Fremdkapital	40
C. Mezzanine-Kapital als gewillkürtes Haftkapital	45
I. Schuldrechtliche Bindung durch Rangrücktrittsvereinbarung	45
1. Persönlicher Anwendungsbereich	46
2. Sachliche Reichweite	47
3. Würdigung im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand	49
II. Rechtsfolgen einer Zahlung entgegen der Rangrücktrittsvereinbarung	52
1. Zahlung trotz Zahlungsverbot: Konkludente Aufhebung des Rangrücktritts	52
2. Zahlung trotz Durchsetzungssperre	58
3. Allgemeine Tatbestände der Insolvenzanfechtung	59
4. Zusammenfassung	63
III. Korporative Bindung nach den Grundsätzen des Finanzplankredits	64
1. Grundlagen	64

2. Persönlicher Anwendungsbereich	69
3. Würdigung im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand	70
4. Zusammenfassung	72
IV. Ergebnis zur gewillkürten Haftqualität	73
D. Mezzanine-Kapital als gesetzliches Haftkapital	75
I. Haftqualität in der Insolvenz durch gesetzlich angeordneten Nachrang ..	76
1. Grundlagen der gesetzlich erzwungenen Subordination	77
2. Persönlicher Anwendungsbereich: Mezzanine-Gläubiger als Quasi-Gesellschafter	79
3. Sachlicher Anwendungsbereich: Abgrenzung zu § 199 Satz 2 InsO ..	109
4. Kleinbeteiligtenprivileg	113
5. Ergebnis zur erzwungenen Subordination in der Insolvenz	115
II. Vorinsolvenzlicher Gläubigerschutz durch gesetzliche Zahlungssperren ..	116
1. Zahlungssperre aus den Vorschriften der Kapitalerhaltung	116
2. Liquiditätsschutz durch Insolvenzverursachungshaftung	133
3. Zahlungsverbot aus Treuepflichten	142
III. Gläubigerschutz durch gesellschaftsrechtliche Insolvenzanfechtungstatbestände	150
1. Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	151
2. Analoge Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO bei gewillkürtem Rangrücktritt	158
3. Anfechtbarkeit nach § 136 InsO	160
4. Ergebnis zur Relevanz gesellschaftsrechtlicher Insolvenzanfechtungstatbestände	167
IV. Gläubigerschutz durch gesellschaftsrechtliche Haftungstatbestände	168
1. Haftung nach § 117 AktG	170
2. Existenzvernichtungshaftung	175
3. Haftung als faktische Geschäftsleitung	186
4. Ergebnis zu gesellschaftsrechtlichen Haftungstatbeständen	187
V. Konzernrechtlicher Gläubigerschutz und Mezzanine-Kapital	188
1. Finanzierungsvereinbarung als (verdeckter) Beherrschungsvertrag ..	188
2. Faktische Konzernierung durch die Finanzierungsvereinbarung	195
3. Finanzierungsvereinbarung als Teilgewinnabführungsvertrag	199
4. Ergebnis zum konzernrechtlichen Gläubigerschutz	211
E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	212
Literaturverzeichnis	218
Stichwortverzeichnis	233

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
I. Problemstellung und Untersuchungsgegenstand	15
II. Themenabgrenzung	17
III. Gang der Untersuchung	17
IV. Begriff des Haftkapitals	18
B. Grundlegungen	21
I. Begriffsbestimmung „Mezzanine-Kapital“	21
II. Zweck der Verwendung mezzaniner Finanzierungsinstrumente	22
1. Erhöhung der Eigenkapitalquote	22
a) Bilanzielles Eigenkapital	22
b) Wirtschaftliches Eigenkapital	23
c) Aufsichtsrechtliche Eigenmittel	24
2. Steuerliche Behandlung	25
3. Vermeidung von mit klassischer Eigenkapitalaufnahme verbundenen Effekten	27
4. Zusammenfassung	27
III. Bestandsaufnahme der in Betracht kommenden Instrumente	28
1. Sonderformen des Darlehens	28
a) Partiarisches Darlehen	29
b) Nachrangdarlehen	29
c) Darlehen mit Covenants	29
2. Stille Gesellschaft	30
3. Genussrecht	31
4. Von der weiteren Betrachtung auszunehmende Instrumente	33
5. Zusammenfassung	34
IV. Für den Drittgläubigerschutz bedeutsame Abgrenzungsfragen	34
1. Zivilrechtliche Qualifikation des Instruments	34
a) Stille Gesellschaft und partiarisches Darlehen	34
aa) Vergütungsregelung als zwingendes Abgrenzungskriterium	35
bb) Feststellung eines gemeinsamen Zwecks	35
b) Abgrenzung zum Genussrecht	38
c) Zusammenfassung	39
2. Handelsbilanzielle Qualifikation als Eigen- oder Fremdkapital	40
a) Eigenkapitalausweis nach HGB	40
aa) Längerfristige Laufzeit	41
bb) Erfolgsabhängige Vergütung	42

cc) Verlustteilnahme	42
dd) Nachrang	43
b) Eigenkapitalausweis nach IFRS	43
C. Mezzanine-Kapital als gewillkürtes Haftkapital	45
I. Schuldrechtliche Bindung durch Rangrücktrittsvereinbarung	45
1. Persönlicher Anwendungsbereich	46
2. Sachliche Reichweite	47
a) Tiefe des Rangrücktritts	47
b) Zeitliche Reichweite des Rangrücktritts	48
c) Unaufhebbarkeit des Rangrücktritts	49
3. Würdigung im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand	49
II. Rechtsfolgen einer Zahlung entgegen der Rangrücktrittsvereinbarung ..	52
1. Zahlung trotz Zahlungsverbot: Konkludente Aufhebung des Rangrücktritts	52
a) Konkludenter Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung	52
b) Keine Beschränkung der Aufhebbarkeit nach § 328 BGB	54
c) Sittenwidrigkeit als allgemeine Grenze der Aufhebbarkeit	57
d) Bereicherungsrechtliche Rückgewähransprüche	58
2. Zahlung trotz Durchsetzungssperre	58
3. Allgemeine Tatbestände der Insolvenzanfechtung	59
a) Inkongruente Deckung (§ 131 InsO)	60
b) Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)	61
c) Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)	62
4. Zusammenfassung	63
III. Korporative Bindung nach den Grundsätzen des Finanzplankredits	64
1. Grundlagen	64
a) Rechtsgrundlage und Voraussetzung der Finanzplanbindung	66
b) Rechtsfolgen der Finanzplanbindung	67
c) Aufhebbarkeit der Finanzplanbindung	68
2. Persönlicher Anwendungsbereich	69
3. Würdigung im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand	70
4. Zusammenfassung	72
IV. Ergebnis zur gewillkürten Haftqualität	73
D. Mezzanine-Kapital als gesetzliches Haftkapital	75
I. Haftqualität in der Insolvenz durch gesetzlich angeordneten Nachrang. .	76
1. Grundlagen der gesetzlich erzwungenen Subordination	77
2. Persönlicher Anwendungsbereich: Mezzanine-Gläubiger als Quasi-Gesellschafter	79
a) Rechtsprechung zu Mezzanine-Gläubigern als Quasi-Gesellschafter	80
aa) Quasi-Gesellschafter einer GmbH	80
bb) Quasi-Kommanditisten	82

cc) Quasi-Aktionäre	83
dd) Zusammenfassung	84
b) Meinungsstand in der Literatur	84
aa) Doppeltatbestand	84
bb) Erweiternde Ansichten	86
cc) Einschränkungende Ansichten	87
dd) Lehre von der Innen-KG	87
c) Eigene Konzeption	88
aa) Zeck des Rechts der Gesellschafterdarlehen	89
(1) Meinungsstand	89
(2) Eigene Würdigung	93
(3) Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung	95
bb) Allgemeine Grundsätze zur Konkretisierung der Voraussetzungen	96
cc) Erforderliche Intensität der Einflusskomponente im Einzelnen	98
(1) GmbH & Co. KG	98
(2) GmbH	99
(3) AG	100
dd) Grundlage des Einflusses	101
(1) Gesellschaftsrechtliche Vermittlung der Einflussrechte	101
(2) Schuldrechtliche Vermittlung der Einflussrechte	103
(3) Faktische Einflussnahme	105
ee) Konkretisierung der Vermögensbeteiligung	106
(1) Gewinnbeteiligung	106
(2) Verlustbeteiligung	106
(3) Schuldrechtliche Vermögensbeteiligung	107
d) Zusammenfassung	108
3. Sachlicher Anwendungsbereich: Abgrenzung zu § 199 Satz 2 InsO	109
a) Meinungsstand	109
b) Würdigung und eigene Konzeption	111
c) Zusammenfassung	113
4. Kleinbeteiligtenprivileg	113
5. Ergebnis zur erzwungenen Subordination in der Insolvenz	115
II. Vorinsolvenzlicher Gläubigerschutz durch gesetzliche Zahlungssperren	116
1. Zahlungssperre aus den Vorschriften der Kapitalerhaltung	116
a) Kapitalerhaltung in der GmbH	116
aa) Einfluss von Mezzanine-Kapital auf das maßgebliches Stammkapital	118
bb) Einfluss von Mezzanine-Kapital auf die Unterbilanzrechnung	118
cc) Rückzahlung des Mezzanine-Kapitals	120
dd) Vergütungszahlungen	122

ee) Zwischenergebnis	123
b) Kapitalerhaltung in der GmbH & Co. KG	124
aa) Kommanditistenhaftung nach §§ 171 ff. HGB	124
bb) Kapitalerhaltung nach §§ 30 f. GmbHG	125
(1) Persönlicher Anwendungsbereich	125
(2) Sachlicher Anwendungsbereich	127
cc) Zwischenergebnis	128
c) Kapitalerhaltung in der AG	128
aa) Rückzahlung des Mezzanine-Kapitals	129
bb) Vergütungszahlungen	131
cc) Zwischenergebnis	132
d) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltung	132
e) Ergebnis zur kapitalerhaltungsrechtlichen Behandlung von Mezzanine-Kapital	133
2. Liquiditätsschutz durch Insolvenzverursachungshaftung	133
a) Zahlungen auf fällige Forderungen	135
b) Zahlungen auf nicht fällige Forderungen	136
c) Vergrößerung der Deckungslücke	137
d) Mittelbare Insolvenzverursachung	138
e) Rechtsfolge	139
f) Ergebnis zur Relevanz der Insolvenzverursachungshaftung	142
3. Zahlungsverbot aus Treuepflichten	142
a) Treuepflichten auf Ebene der Gesellschaft	143
b) Treuepflicht in der stillen Gesellschaft	144
c) Treuepflichten in sonstigen Fällen	148
d) Ergebnis zur Relevanz von Treuepflichten	150
III. Gläubigerschutz durch gesellschaftsrechtliche Insolvenzanfechtungstatbestände	150
1. Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	151
a) Persönlicher Anwendungsbereich	151
b) Sachlicher Anwendungsbereich	153
aa) Meinungsstand zu Rückzahlungen von Eigenkapital	153
bb) Eigene Würdigung	155
cc) Anfechtbarkeit von Vergütungszahlungen	157
c) Zwischenergebnis	158
2. Analoge Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO bei gewillkürtem Rangrücktritt	158
3. Anfechtbarkeit nach § 136 InsO	160
a) Persönlicher Anwendungsbereich	161
aa) Meinungsstand	161
bb) Eigene Würdigung	163
b) Sachlicher Anwendungsbereich	164

aa) Verhältnis zu Kündigungsrechten des Gläubigers	165
bb) Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs	166
c) Zwischenergebnis	167
4. Ergebnis zur Relevanz gesellschaftsrechtlicher Insolvenzanfechtungstatbestände	167
IV. Gläubigerschutz durch gesellschaftsrechtliche Haftungstatbestände	168
1. Haftung nach § 117 AktG	170
a) Persönlicher Anwendungsbereich	170
b) Sachlicher Anwendungsbereich	171
c) Rechtsfolgen	173
d) Analoge Anwendung außerhalb des Aktienrechts	174
e) Zusammenfassung	175
2. Existenzvernichtungshaftung	175
a) Persönlicher Anwendungsbereich	177
aa) Meinungsstand	177
bb) Eigene Würdigung	178
b) Sachlicher Anwendungsbereich	180
aa) Zahlungen auf fällige Forderungen	181
bb) Zahlungen trotz Rangrücktritt	182
c) Subjektiver Tatbestand	183
d) Rechtsfolgen	184
e) Anwendbarkeit auf AG und GmbH & Co. KG	184
f) Zwischenergebnis zur Relevanz der Existenzvernichtungshaftung	185
3. Haftung als faktische Geschäftsleitung	186
4. Ergebnis zu gesellschaftsrechtlichen Haftungstatbeständen	187
V. Konzernrechtlicher Gläubigerschutz und Mezzanine-Kapital	188
1. Finanzierungsvereinbarung als (verdeckter) Beherrschungsvertrag	188
a) Grundsätze des verdeckten Beherrschungsvertrages	189
b) Würdigung im Hinblick auf die vorliegende Fragestellung	191
c) Zusammenfassung	194
2. Faktische Konzernierung durch die Finanzierungsvereinbarung	195
a) Meinungsstand zum Anwendungsbereich	195
b) Eigene Würdigung	197
c) Zusammenfassung	199
3. Finanzierungsvereinbarung als Teilgewinnabführungsvertrag	199
a) Finanzierungsvereinbarung als Teilgewinnabführungsvertrag	199
aa) Stille Gesellschaft	201
bb) Genussrechte	201
cc) Partiarische Darlehen	203
dd) Ausnahme nach § 292 Abs. 2 AktG	203
b) Wirksamkeitsvoraussetzungen	204
c) Erhalt der Verlustbeteiligung unwirksamer Teilgewinnabführungsverträge	204

d) Aufhebungsbeschränkungen nach § 296 AktG	206
e) Auszahlungsbeschränkung nach §§ 300 f. AktG	209
f) Zusammenfassung	210
4. Ergebnis zum konzernrechtlichen Gläubigerschutz	211
E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	212
Literaturverzeichnis	218
Stichwortverzeichnis	233

A. Einleitung

I. Problemstellung und Untersuchungsgegenstand

Diese Arbeit handelt vom Schutz der Gesellschaftsgläubiger im Falle der Finanzierung einer Gesellschaft mittels Mezzanine-Kapital. Neben klassischer Eigenkapital- und Fremdkapitalfinanzierung steht es einer Gesellschaft frei, sich durch Mischformen zu finanzieren. Man spricht dann von der Begebung hybrider Finanzierungsinstrumente oder der Aufnahme von Mezzanine-Kapital.

Die Unternehmensfinanzierung mittels solcher Instrumente wirft aufgrund ihrer Stellung zwischen Beteiligungserwerb und klassischem Bankkredit verschiedene rechtliche Fragestellungen auf. Dabei geht es zum einen um Fragen des Anlegerschutzes sowie des Schutzes der Anteilsinhaber der finanzierenden Gesellschaft, also den Interessenausgleich zwischen Gesellschaft, Gesellschaftern und Mezzanine-Gläubigern.¹ Zum anderen – und dies wird in der vorliegenden Arbeit untersucht – stellt sich die Frage nach dem Schutz der Drittgläubiger, also insbesondere der klassischen Fremdkapitalgeber, aber auch aller übrigen Gesellschaftsgläubiger.

Eine Gefährdung der Drittgläubiger ergibt sich aus der hybriden Stellung der Mezzanine-Gläubiger zwischen Eigen- und Fremdkapitalgebern. Die Eigenkapitalgeber leiten als Eigentümer die Gesellschaft und der Erfolg oder Misserfolg des Unternehmens liegt in ihren Händen. Im Gegenzug steht ihnen im Erfolgsfall der Gewinn zu und sie haben für Verluste mindestens mit dem eingesetzten Kapital einzustehen. Der idealtypische Fremdkapitalgeber hingegen vertraut seinen Finanzierungsbeitrag eben jener Steuerung durch die Eigentümer an und erhält dafür eine feste Vergütung.

Das Gesetz hält für die Eigentümer, die insoweit Verantwortung für die Fremdkapitalgeber und alle übrigen Gesellschaftsgläubiger tragen, ein ausdifferenziertes System von Anreizen und Sanktionen bereit, um ihr Verhalten zu steuern. Aufgrund der Zwischenstellung der Mezzanine-Gläubiger stellt sich die Frage der Einpassung in dieses Anreiz- und Sanktionensystem: Inwieweit sind sie durch die Disziplinierung der Eigentümer geschützt und inwieweit sind sie selbst als (Quasi-)Eigentümer diszipliniert?

¹ Die Probleme liegen insoweit im Schnittpunkt zwischen Gesellschaftsrecht, AGB-Recht und Bankaufsichtsrecht, vgl. *Mülberr*, FS Hüffer, S. 679, 680.

Neben diese Frage der gesetzlichen Disziplinierung tritt der Umstand, dass die Annäherung der Stellung der Mezzanine-Gläubiger an diejenige eines Eigenkapitalgebers gerade dadurch bewirkt wird, dass dem überlassenen Kapital eine eigenkapitaltypische, gläubigerschützende Haftungsfunktion privatautonom verliehen wird. Es stellt sich die Frage, welchen Wert solche Vereinbarungen für die Drittgläubiger „im Ernstfall“ haben oder ob und inwieweit auf die gesetzlichen Mechanismen zurückzugreifen ist.

Als exemplarisch für diese Frage kann der Sachverhalt gelten, welcher einem Urteil des BGH aus dem März 2015 und den vorinstanzlichen Entscheidungen des LG und des OLG Düsseldorf zugrunde lag.² Eine Schuldnerin in der Rechtsform der GmbH hatte mit einer Geschäftsbank zwei Mezzanine-Finanzierungen abgeschlossen, indem sie ein Nachrangdarlehen aufgenommen und zugunsten der Bank nachrangige Genussrechte ausgegeben hatte. Nachdem später das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet wurde, forderte der Insolvenzverwalter auf beide Finanzierungen gezahlte Zinsen zurück, die in einem Zeitraum von sechs Monaten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geleistet wurden und gegen den jeweils vereinbarten vorinsolvenzlich wirkenden Rangrücktritt verstoßen hatten.

Es stand die Frage im Raum, ob aus der Missachtung des vertraglich vereinbarten Nachrangs ein Anspruch auf Rückgewähr der Zinsen hergeleitet werden konnte. In der ersten Instanz zog das LG Düsseldorf dazu einen Bereicherungsanspruch aus § 813 Abs. 1 BGB in Erwägung, verneinte diesen aber, da der Rangrücktritt keine dauerhafte Einrede begründe.³ In der Berufungsinstanz erwog das OLG Düsseldorf eine Anwendung des § 135 Nr. 2 InsO a.F., lehnte aber die Gleichstellung der Finanzierungen mit einem Gesellschafterdarlehen ab.⁴ Die darauffolgende Revisionsentscheidung nutzte der BGH, um wegweisende Pflöcke für den Drittgläubigerschutz bei hybriden Finanzierungsinstrumenten einzuschlagen.⁵ Er kommt dabei zu der Prämisse, dass nach dem Wegfall der Figur des Eigenkapitalersatzes die entscheidenden Mechanismen alleine in der Auslegung der vertraglichen Abrede und im allgemeinen Vertragsrecht zu suchen seien. In einer Rangrücktrittsvereinbarung verwirkliche sich eine Durchsetzungssperre, die aufgrund einer

² Vgl. die Sachverhaltsdarstellungen bei BGHZ 204, 231; vorangehend OLG Düsseldorf, WM 2014, 2218; LG Düsseldorf, 28.05.2013 – 13 O 465/11, juris.

³ LG Düsseldorf, 28.05.2013 – 13 O 465/11, juris, Rz. 15 ff.

⁴ OLG Düsseldorf, WM 2014, 2218, 2219.

⁵ BGHZ 204, 231; so konstatieren etwa *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 638, 648, man könne „vor der Lösung des IX. Zivilsenats des BGH nur den Hut ziehen, zumal sie in der Literatur in dieser Form nicht vorgedacht wurde“; auch *K. Schmidt*, ZIP 2015, 901, 905 ff. spricht von einem „großen Wurf“, den er letztlich aber kritisch betrachtet.

rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Bindung kapitalersetzender Darlehen entspreche.⁶ Während der BGH damit eine privatautonom begründete, gewillkürte Haftfunktion des Mezzanine-Kapitals in den Vordergrund rückt, hatte das OLG die Lösung in einer Dritterstreckung einer auf Gesellschafter zugeschnittenen Norm zur Umqualifizierung in gesetzliches Haftkapital (§ 135 InsO a.F.) gesucht. Das LG hingegen hatte die Lösung noch im allgemeinen Bereicherungsrecht verortet.

Damit ist der Untersuchungsgegenstand vorgezeichnet: Die vorliegende Arbeit soll die verschiedenen Ansätze des Gläubigerschutzes im Zusammenhang mit der Finanzierung mittels Mezzanine-Kapital ordnen und zueinander ins Verhältnis zu setzen.

II. Themenabgrenzung

Der Untersuchungsgegenstand bedarf dabei in mehrfacher Hinsicht der Konkretisierung und Beschränkung. Zum einen werden ausschließlich diejenigen Kapitalgeber betrachtet, die nicht zugleich Gesellschafter sind. Zwar können mezzanine Finanzierungen auch von Gesellschaftern neben ihrer Einlage zur Verfügung gestellt werden. Gerade in Fällen, in denen eine Gesellschafterstellung des Mezzanine-Gläubigers fehlt, wird aber die besonders kritische Frage nach einer Gleichbehandlung mit den Gesellschaftern als „echten Eigentümern“ virulent. Ebenso soll davon ausgegangen werden, dass die hier betrachteten Mezzanine-Gläubiger nicht in einem „Zurechnungszusammenhang“ mit einem Formalgesellschafter stehen, etwa als verbundenes Unternehmen.

Zum anderen bleibt die Untersuchung auf Gesellschaften in den Rechtsformen der AG, GmbH und der GmbH & Co. KG beschränkt. Zwar stehen mezzanine Finanzierungsinstrumente nicht nur diesen Gesellschaften zur Verfügung, sondern können auch von einer OHG oder einer personalistischen KG begeben werden.⁷ Mangels praktischer Bedeutung wird dies jedoch im Folgenden außer Betracht bleiben.

III. Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich – nach den gebotenen Grundlegungen (Abschnitt B.) – in zwei übergeordnete Abschnitte. Der erste Abschnitt betrifft

⁶ BGHZ 204, 231, Rz. 24.

⁷ Für Genussrechte etwa *Mock*, NZI 2014, 102, 102; MüKoHGB/K. *Schmidt*, § 230, Rn. 53; zu Personenhandelsgesellschaften als Geschäftsinhaber im Sinne des § 230 HGB vgl. *Jung*, in: *Blaurock*, § 6, Rn. 6.18 ff.

den Gläubigerschutz, der aus der der Mezzanine-Finanzierung zugrundeliegenden vertraglichen Abrede selbst resultiert (Abschnitt C.). Die Parteien weisen dem überlassenen Kapital nämlich bestimmte Haftfunktionen zu, wodurch es sich um gewillkürtes Haftkapital handelt. Es wird in diesem Zusammenhang untersucht werden, inwieweit durch die privatautonom begründete Haftqualität ein Schutz der Drittgläubiger effektuiert ist. Dabei wird insbesondere zu beleuchten sein, inwieweit die Drittgläubiger davor geschützt sind, dass trotz Vereinbarung einer Haftfunktion das Kapital letztlich nicht vorrangig zu ihrer Befriedigung zur Verfügung steht, sei es, weil es trotz etwaiger Zahlungssperren abgeflissen ist, sei es, weil die an der Finanzierungsvereinbarung Beteiligten die Haftqualität privatautonom wieder aufgehoben haben. Im Anschluss an die dazu gewonnenen Erkenntnisse wird zu zeigen sein, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen Mezzanine-Kapital Haftkapital qua Gesetz bildet (Abschnitt D.).

IV. Begriff des Haftkapitals

Als Haftkapital sollen dabei alle Finanzierungsbeiträge verstanden werden, die für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Drittgläubigern haften.⁸ Dies trifft zum einen auf Kapital zu, welches in der Insolvenz nachrangig zurückgezahlt wird. Zum anderen kann sich die Haftqualität in vorinsolvenzlichen Zahlungsbeschränkungen manifestieren. Drittens soll auch solches Kapital als Haftkapital gelten, welches im Falle einer vorinsolvenzlichen Rückzahlung zurückgefordert werden kann, was auf der Grundlage einer Insolvenzanfechtung oder aufgrund einer Schadensersatzhaftung der Fall sein kann.

Der so verstandene Begriff des Haftkapitals ist insbesondere von demjenigen des Eigenkapitals zu unterscheiden. Zwar ist die Haftungsfunktion auch ein Wesensmerkmal des (bilanziellen) Eigenkapitals.⁹ Der formelle Eigenkapitalbegriff stimmt allerdings nicht dem Begriff des Haftkapitals überein, wie er im Folgenden zugrunde gelegt wird. Es kann nämlich vorkommen, dass der Gesellschaft Kapital zur Verfügung gestellt wird, welches durchaus eine Haftungsfunktion besitzt, im formellen Sinne aber als Fremdkapital gilt.

Dieses Spannungsverhältnis zwischen formell gewählter Rechtsform einer Kapitalzuführung und der materiellen Funktion des Kapitals wird unter dem

⁸ Vgl. die ähnliche Definition bei *Krolop*, ZIP 2007, 1738, 1738 f., der von „ergänzendem Haftkapital“ spricht.

⁹ Vgl. zu den Funktionen des bilanziellen Eigenkapitals nur *Baetge/Brüggemann*, DB 2005, 2145, 2149; *Baetge/Kirsch/Thiele/Marx/Dallmann*, § 266 HGB, Rn. 141.1.

Schlagwort Quasi-Eigenkapital oder materielles Eigenkapital diskutiert.¹⁰ Zum Teil wird dabei jedes nachrangige Kapital als materielles oder funktionelles Eigenkapital bezeichnet.¹¹ Dem hiesigen Verständnis des Haftkapitals entspricht aber am ehesten die von Fleischer postulierte funktionale Abgrenzung, nach der alle Geld- oder Sachmittel, die Eigenkapitalfunktionen wahrnehmen, (Quasi-)Eigenkapital sind.¹²

Die Haftungsfunktion des überlassenen Kapitals kann sich aus der Parteivereinbarung ableiten oder unabhängig vom Parteiwillen qua Gesetz eintreten.¹³ Mit K. Schmidt sind im Ausgangspunkt drei Kategorien des Haftkapitals – von ihm als Quasi-Eigenkapital bezeichnet – auszumachen: Erstens Mittel, deren Haftkapitalfunktion sich aus der gesellschaftsvertraglichen Regelung ergibt; zweitens Mittel, deren Haftkapitalfunktion durch schuldrechtliche Abrede einzelvertraglich festgelegt ist, und drittens Mittel, deren Haftkapitalfunktion ausschließlich durch zwingendes Recht bestimmt wird.¹⁴ Diese Unterscheidung ist zwar nur auf Gesellschafterfinanzierungen bezogen, kann aber auf Dritte ohne Weiteres übertragen werden.¹⁵ Ganz in diesem Sinne kann auch von einer *ex lege* geltenden Qualifizierung als Eigenkapital und einer Eigenkapitalergänzung *ex voluntate* gesprochen werden.¹⁶ Auch der BGH betont im Zusammengang mit den Finanzplankrediten die Unterscheidung zwischen einer vereinbarten Haftqualität des Kapitals und einer Bindung als Haftkapital qua Gesetz.¹⁷

Damit sind drei sich überschneidende Problemkreise angesprochen, in deren Schnittpunkt der hiesige Untersuchungsgegenstand liegt. Der erste Problemkreis betrifft die Haftqualität privatautonom geschaffenen Haftkapitals. Der zweite Problemkreis betrifft die (Um-)Qualifikation in gesetzliches Haftkapital, also die Erstreckung derjenigen gesellschaftsrechtlichen Mechanismen auf Mezzanine-Gläubiger, die der Sicherstellung der Verantwortung

¹⁰ K. Schmidt, FS Goerdeler, S. 487; Herrmann, Quasi-Eigenkapital, passim; Küting/Kessler, BB 1994, 2103, 2104 f.; Michalski/Fleischer, Systematische Darstellung 5, Rn. 97; MüKoGmbHG/Ekkenga, § 30, Rn. 55.

¹¹ Habersack, ZGR 2000, 384; K. Schmidt, FS Goerdeler, S. 487, 499.

¹² Michalski/Fleischer, Systematische Darstellung 5, Rn. 122.

¹³ GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 25; Krolow, ZIP 2007, 1738, 1739.

¹⁴ K. Schmidt, FS Goerdeler, S. 487, 493 f.; K. Schmidt, ZIP 1999, 1241, 1242; in diesem Sinne auch Herrmann, Quasi-Eigenkapital, S. 61.

¹⁵ Dabei wirft die erstgenannte Kategorie des gesellschaftsvertraglich begründeten Haftkapitals in Bezug auf Nichtgesellschafter die besondere Frage der Einbeziehbarkeit solcher Dritter in den korporativen Verbund auf. Dazu unter C. III. 2.

¹⁶ So Michalski/Fleischer, Systematische Darstellung 5, Rn. 125.

¹⁷ BGHZ 106, 7, 9 f.

im Interesse der anderen Gesellschaftsgläubiger dienen.¹⁸ Den dritten Problemkreis bildet die Sanktionierung verbandsexterner Einflussnahme. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert dabei die Haftung der Mezzanine-Gläubiger für einen Abzug von Mitteln in der Krise der Gesellschaft, der zu einer Pflicht zur Erstattung solcher Zahlungen führt. Auch diese Haftungstatbestände können durch ihre vermögensschützende Funktion gewissermaßen als Instrumentarium zugunsten der Gesellschaftsgläubiger verstanden werden.

Da Literatur und Rechtsprechung die Verknüpfung jener Problemkreise nicht konsequent hervorheben, ist es Anliegen dieser Arbeit, die insoweit bestehenden Verbindungslinien und Friktionen zwischen den verschiedenen Lösungsansätzen aufzuzeigen und für letztere im Interesse eines in sich stimmigen Konzeptes des Gläubigerschutzes konsistente Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

¹⁸ *Servatius*, Covenants, S. 94 spricht von dem Versuch, Gläubigerverantwortung „in gesellschaftsrechtliche Kategorien einzubetten“.

B. Grundlegungen

I. Begriffsbestimmung „Mezzanine-Kapital“

Der Begriff Mezzanine stammt aus der Architektur und bezeichnet dort ein Zwischengeschoss zwischen zwei Hauptgeschossen.¹ In der Bilanz der Gesellschaft bildet das Mezzanine-Kapital bildlich gesprochen das Zwischengeschoss zwischen Eigen- und Fremdkapital. Synonym wird auch von hybriden Finanzierungsinstrumenten gesprochen.² Es handelt sich dabei um Oberbegriffe für all diejenigen Finanzierungsinstrumente, die zugleich Merkmale von Fremd- und Eigenkapital aufweisen.³

Die prägenden Merkmale sind dabei diejenigen, anhand derer man typischerweise Fremd- von Eigenkapital abgrenzt. Dies sind die Haftung des Kapitalgebers, seine Beteiligung an der Unternehmensführung, sein Ertragsanteil und Liquidationsanspruch sowie die Fristigkeit der Kapitalüberlassung:⁴ Eigenkapitalgeber haften grundsätzlich mindestens in der Höhe ihrer Einlage, während Fremdkapitalgeber keine Haftung für den wirtschaftlichen Erfolg des Schuldners übernehmen und ihr Zinsanspruch von dessen Verlusten unberührt bleibt. Eigenkapitalgeber sind zur Unternehmensführung berechtigt, während Fremdkapitalgeber davon ausgeschlossen sind. Die Vergütung von Eigenkapitalgebern besteht in der Teilhabe am Unternehmensgewinn, wohingegen Fremdkapitalgebern ein fester Zinsanspruch zusteht. Im Fall der Liquidation haben die Fremdkapitalgeber einen Anspruch auf Rückzahlung ihrer Mittel, während den Eigenkapitalgebern nur der Überschuss nach Tilgung aller Schulden zusteht. Eigenkapital wird schließlich zeitlich unbefristet, Fremdkapital hingegen befristet überlassen.

¹ Vgl. zur Begriffsherkunft *Golland*, in: *Fremdfinanzierung*, § 5, Rn. 3; *Schluck-Amend*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Rn. 2.79 bei Fn. 4.

² *Schrecker*, *Mezzanine-Kapital*, S. 19; *Schluck-Amend*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Rn. 2.79; einschränkend *Gleske/Laudenklos*, in: *Eilers/Rödding/Schmalenbach*, Teil D, Rn. 1 wonach der Begriff vor allem im Zusammenhang mit Hybridanleihen gebräuchlich sei.

³ *Heeren*, *Kapitalgeberschutz*, S. 33 f.; *Brokamp et al.*, *Mezzanine-Finanzierungen*, S. 1; *Golland*, in: *Fremdfinanzierung*, § 5, Rn. 3.

⁴ Wie hier nachfolgend etwa auch *Jordan*, in: *Fremdfinanzierung*, § 1, Rn. 17; *Brokamp et al.*, *Mezzanine-Finanzierungen*, S. 3; *Baums*, *Unternehmensfinanzierung*, § 12 Rn. 3 ff.

Die Bezeichnung Mezzanine- oder Hybridkapital trifft grundsätzlich auf alle Finanzierungsformen zu, die in dieser schematischen Betrachtung nicht uneingeschränkt entweder dem Eigen- oder dem Fremdkapital zuzuordnen sind. Je nachdem ob die eigenkapitalähnlichen oder fremdkapitalähnlichen Merkmale stärker ausgeprägt sind, ist auch von *equity mezzanine* oder *debt mezzanine* die Rede.⁵

II. Zweck der Verwendung mezzaniner Finanzierungsinstrumente

Ziel einer Mezzanine-Finanzierung ist es, die Vorteile von Fremd- und Eigenkapital zu kombinieren, wobei durch den weiten Gestaltungsspielraum auf ganz verschiedene Bedürfnisse der finanzierten Gesellschaft reagiert werden kann.⁶ Ganz allgemein gilt als Gestaltungsziel die Steigerung der Eigenkapitalquote bei steuerlicher Abzugsfähigkeit der Ausschüttungen als Betriebsausgaben, während keine oder nur eingeschränkte unternehmerische Mitsprache der Kapitalgeber besteht.⁷

1. Erhöhung der Eigenkapitalquote

Die Eigenkapitalquote beschreibt das Verhältnis von Eigenkapital zur Bilanzsumme.⁸ Eine hohe Eigenkapitalquote gilt als Indikator für ein solventes Unternehmen und führt im Rahmen von Bewertungsverfahren zu einem besseren Kreditrating und in der Folge zu günstigeren Kreditkonditionen für die Gesellschaft.⁹

a) Bilanzielles Eigenkapital

Die Bilanz einer Gesellschaft gliedert sich auf der Passivseite insbesondere in Eigenkapital und Verbindlichkeiten. Mezzanine-Kapital steht dabei seiner wirtschaftlichen Natur nach „im Zwischengeschoss“, muss jedoch bei der Aufstellung der Handelsbilanz einem dieser Posten zugeordnet werden. Aufgrund der vielgestaltigen Erscheinungsformen bereitet diese Zuordnung teils

⁵ *Schluck-Amend*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Rn. 2.79; *Golland*, in: *Fremdfinanzierung*, § 5, Rn. 5.

⁶ *Golland*, in: *Fremdfinanzierung*, § 5, Rn. 5.

⁷ *Brokamp et al.*, *Mezzanine-Finanzierungen*, S. 4.

⁸ *Lindenmayr/Schäfer*, BC 2015, 74, 74.

⁹ *Lindenmayr/Schäfer*, BC 2015, 74, 74; *Kraft*, ZGR 2008, 324, 351; *Schaber/Isert*, BB 2006, 2401, 2401.

erhebliche Schwierigkeiten und ist immer wieder Gegenstand der Diskussion.¹⁰

Für die Anerkennung von Mezzanine-Kapital als bilanzielles Eigenkapital kommt es maßgeblich darauf an, ob die Rechnungslegung der Gesellschaft nach HGB oder IFRS erfolgt. Unter beiden Regimen ist eine Bilanzierung als Eigenkapital auch für von Dritten überlassene Kapitalia grundsätzlich möglich. Der Eigenkapitalausweis nach HGB setzt dabei vier Merkmale voraus: Das Kapital muss längerfristig überlassen werden, die Vergütung für die Kapitalüberlassung erfolgsabhängig sein, das Kapital bis zur vollen Höhe an Bilanzverlusten teilnehmen und im Insolvenzfall darf das Kapital erst nachrangig zurückgezahlt werden.¹¹ Nach IFRS ist eine Bilanzierung als Eigenkapital nur möglich, wenn keine Zahlungspflicht der Gesellschaft besteht, was für Vergütungszahlungen auf das überlassenen Kapital gleichermaßen gilt wie für dessen Rückzahlung.¹²

b) Wirtschaftliches Eigenkapital

Banken und Ratingagenturen ziehen zur Berechnung der Eigenkapitalquote nicht alleine das bilanzielle Eigenkapital heran, sondern auch sogenanntes wirtschaftliches Eigenkapital, womit Kapitalposten gemeint sind, die als Fremdkapital bilanziert sind, bei wirtschaftlicher Betrachtung aber zumindest in gewisser Weise Eigenkapital verkörpern.¹³ Die Gewichtung der Kriterien, die einen positiven Einfluss auf die Eigenkapitalquote haben, unterscheidet sich zwar je nach Ratingmodell, grundsätzlich relevant sind jedoch stets der Umfang der Nachrangigkeit, die Dauer der Kapitalüberlassung, die Erfolgsabhängigkeit der Vergütung, das Ausmaß der Verlustbeteiligung sowie der Ausschluss von Kündigungsmöglichkeiten.¹⁴

Damit werden vergleichbare Kriterien angelegt wie bei der Frage der handelsbilanziellen Zuordnung. Der bedeutende Unterschied liegt jedoch darin, dass Kreditratings anders als die Bilanz nicht auf eine Anerkennung entweder ausschließlich als Fremd- oder ausschließlich als Eigenkapital beschränkt sind, sondern ein abgestuftes System anwenden können. Üblich ist eine Bewertung der verschiedenen Gestaltungsmerkmale des Finanzierungsinstru-

¹⁰ Die Grundlinien dieser Diskussion werden unter Ziffer B.IV.2. nachgezeichnet.

¹¹ Zu diesen vier Voraussetzungen noch unter B.IV.2. a).

¹² Näher dazu unter B.IV.2. b).

¹³ Zur Anerkennung als wirtschaftliches Eigenkapital als Gestaltungsziel mezzaniner Finanzinstrumente vgl. etwa *Gleske/Laudenklos*, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Teil D, Rn. 9; *Laudenklos/Sester*, WM 2004, 2417, 2422; *Gerdess*, BC 2006, 57.

¹⁴ *Brokamp* et al., *Mezzanine-Finanzierungen*, S. 49.

ments als „schwach“, „mittel“ oder „stark“, woraus sich letztlich eine quotale Anerkennung des Instruments als Eigenkapital zwischen 0 und 100 Prozent ergibt.¹⁵ Damit müssen nicht alle eigenkapitaltypischen Kriterien voll ausgeprägt sein, um einen positiven Effekt auf das Kreditrating zu bewirken. Andererseits kann sich aber auch die Situation ergeben, dass bilanziell als Eigenkapital anerkanntes Mezzanine-Kapital im Rahmen eines Kreditratings nicht voll als wirtschaftliches Eigenkapital anerkannt wird.¹⁶

c) Aufsichtsrechtliche Eigenmittel

Für Finanzinstitute spielt bei der Wahl der Finanzierungsform die Anerkennung des emittierten Kapitals als aufsichtsrechtliches Eigenkapital eine entscheidende Rolle.¹⁷ Dabei geht es um die Frage, ob durch die Emission von Mezzanine-Kapital die aufsichtsrechtlich geforderten Eigenmittel aufgenommen werden können.¹⁸ Nach Art. 4 Abs. 118 CRR gliedern sich diese Eigenmittel in Kernkapital und Ergänzungskapital, wobei alle Instrumente des harten Kernkapitals, des zusätzlichen Kernkapitals und des Ergänzungskapitals zu den Eigenmittelinstrumenten zählen (Art. 4 Abs. 119 CRR). Diese dreifache Abstufung erfolgt dabei nach absteigender Verlustabsorptionsfähigkeit, also abnehmender Haftungsqualität für eine mögliche Deckung von Verlusten.¹⁹

Besonders bedeutsam ist die Schaffung harten Kernkapitals. Um als solches zu gelten, muss ein Kapitalinstrument die Voraussetzungen des Art. 28 CRR erfüllen. Der Ordnungsgeber hatte dabei vor allem das Grundkapital einer Aktiengesellschaft vor Augen.²⁰ Es ist allerdings möglich, auch durch hybride Kapitalinstrumente hartes Kernkapital zu schaffen.²¹ Art. 28 Abs. 1 c) ii) CRR stellt hierzu den Zusammenhang zwischen handelsbilanziellem Eigenkapital und Einordnung als hartem Kernkapital her, sodass es in jedem Fall – neben den besonderen aufsichtsrechtlichen Anforderungen – auch auf

¹⁵ Gleske/Laudenklos, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Teil D, Rn. 7.

¹⁶ Brokamp et al., Mezzanine-Finanzierungen, S. 48.

¹⁷ Die Bedeutung von Eigenmitteln im Rahmen der Versicherungsaufsicht bleibt im Folgenden außer Betracht, wobei nach der insoweit maßgeblichen Solvency II-RL (RL 2009/138) für die Einordnung in die drei „Tiers“ der Eigenmittel im Grundsatz ähnliches gilt wie nachfolgend dargestellt.

¹⁸ Mülbart, in: FS Hüffer, S. 679, 679.

¹⁹ Köhler, in: Schwintowski (Hrsg.), Bankrecht, Kapitel 5, Rn. 268.

²⁰ Vgl. Erwägungsgrund 72 der VO (EU) 575/2013; noch strenger die Vorgabe in Basel III: „criteria must be met solely with common shares“.

²¹ Beck/Samm/Kokemoor/Bornemann, CRR Einleitung, Rn. 162.

die handelsbilanzielle Einordnung des Instruments ankommt.²² Bedeutsam ist weiterhin, dass § 10 Abs. 5 KWG ausnahmsweise den Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts des § 723 BGB ermöglicht, um so die notwendige unbegrenzte Laufzeit erreichen zu können.²³

2. Steuerliche Behandlung

Bei der Wahl des geeigneten Finanzierungsinstruments sind steuerliche Überlegungen stets von zentraler Bedeutung.²⁴ Die Motivation des Einsatzes von Mezzanine-Kapital liegt dabei in der Erreichung der Behandlung als steuerliches Fremdkapital unter Beibehaltung der Qualifikation als bilanzielles Eigenkapital.²⁵ Die Aufnahme von Fremdkapital führt nämlich zu steuerlich abzugsfähigen Finanzierungsaufwendungen, während auf Eigenkapital nicht abzugsfähige Dividendenausschüttungen erfolgen.²⁶ Die Abgrenzung zwischen steuerlichem Eigen- und Fremdkapital wird im Folgenden skizziert, während eine umfassendere Darstellung der steuerlichen Implikationen über den Rahmen dieser Arbeit hinausginge.²⁷

Nach dem Maßgeblichkeitsprinzip ist für die steuerliche Gewinnermittlung grundsätzlich die Handelsbilanz maßgeblich (§ 5 Abs. 1 Satz 1 EStG i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG).²⁸ Für Genussrechte lässt § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG insoweit jedoch eine Diskrepanz zwischen handels- und steuerrechtlicher Bewertung zu. Nach dieser Vorschrift mindern Ausschüttungen jeder Art auf Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft verbunden ist, das Einkommen nicht. Hieraus schließt die überwiegende Ansicht in der Literatur, dass Genussrechte unabhängig von ihrer handelsbilanziellen Qualifikation steuerliches

²² Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Konesny/Glaser, Art. 28 CRR-VO, Rn. 4.

²³ Siehe dazu auch noch unter B.IV.2.b) im Zusammenhang mit der Bilanzierung unter IFRS.

²⁴ Schiessl, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 3, Rn. 61.

²⁵ Gleske/Laudenklos, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Teil D, Abschnitt D, Rn. 15; Schiessl, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 3, Rn. 62; Brokamp et al., Mezzanine-Finanzierungen, S. 4; Heeren, Kapitalgeberschutz, S. 26. Die steuerrechtlichen Voraussetzungen einer Qualifikation des überlassenen Kapitals als Eigen- oder Fremdkapital sind auch über das Steuerrecht hinaus bedeutsam, denn sie werden im Rahmen der Frage, wann eine sogenannte Quasi-Gesellschafterstellung des Gläubigers begründet ist, in die Wertung einbezogen; vgl. dazu unten unter D.I.2.

²⁶ Schiessl, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 3, Rn. 63.

²⁷ Vgl. ausführlich monographisch etwa Schrecker, Mezzanine-Kapital, S. 93 ff.; Lühn, Genussrechte, S. 131 ff.

²⁸ Thouet, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 3, Rn. 195.

Fremdkapital bilden, solange nicht eine Beteiligung des Gläubigers an Gewinn und Liquidationserlös vereinbart ist.²⁹

Eine Gewinnbeteiligung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG ist jede unmittelbar oder mittelbar erfolgsabhängige Vergütung, unabhängig davon, ob daneben eine feste Mindestverzinsung vereinbart wird, solange nur die erfolgsabhängige Vergütung im Vordergrund steht.³⁰ Eine Verlustbeteiligung ist nicht notwendig, aber unschädlich.³¹ Am Liquidationserlös ist der Genussrechtsinhaber beteiligt, wenn im Liquidationsfall nicht allein das Genussrechtskapital zurückgezahlt wird, sondern er auch einen Anteil an den stillen Reserven erhält.³² Eine von der Finanzverwaltung vertretene Auffassung, wonach eine Beteiligung am Liquidationserlös darüber hinaus auch ohne explizite dahingehende Vereinbarung bei einer unbeschränkten Laufzeit des Finanzinstruments oder einer solchen von über 30 Jahren vorliegen soll, lehnen die herrschende Meinung in der Literatur und der BFH unter Hinweis auf den Wortlaut der Norm zu Recht ab.³³

Für die weiteren in dieser Arbeit untersuchten Finanzierungsinstrumente kommt es auf § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG nicht an. Zinsen auf Darlehen sind unabhängig von der konkreten Ausgestaltung stets steuerlich abzugsfähige Finanzierungsaufwendungen. Die Behandlung der Vergütung des stillen Gesellschafters hängt alleine von der Einordnung als typische oder atypische stille Gesellschaft ab.³⁴ Vergütungszahlungen auf typische stille Beteiligungen, die keine Mitunternehmerschaft begründen, sind stets abzugsfähig und können vom Abzugsverbot des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG wegen des auf Ge-

²⁹ Vgl. ausführlich *Schrecker*, Mezzanine-Kapital, S. 113 ff.; *Altwater/Hübner*, RdF 2017, 65, 68 ff. jeweils m.w.N. Nach der Gegenauffassung sind Ausschüttungen auf handelsrechtlich als Eigenkapital zu qualifizierende Genussrechte unabhängig von § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG nie abzugsfähig, da der Maßgeblichkeitsgrundsatz vorrangig gelte; vgl. OFD Nordrhein-Westfalen, 12.5.2016 – S 2742-2016/0009-St 131, DStR 2016, 1816 sowie OFD Rheinland, 14.12.2011 – Kurzinformation KSt Nr. 56/2011, DStR 2012, 189. Nach einem Beschluss der Abteilungsleiter (Steuern) von Bund und Ländern (FM Nordrhein-Westfalen, 18.7.2018 – S 2133-000036-V B 1, DB 2018, 1762) hält die Finanzverwaltung an dieser Auffassung jedoch nicht länger fest.

³⁰ *Gosch/Gosch*, § 8, Rn. 151; *Thouet*, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 3, Rn. 200.

³¹ *Gosch/Gosch*, § 8, Rn. 151; Rödder/Herlinghaus/Neumann/Neumann, § 8, Rn. 1264.

³² *Gosch/Gosch*, § 8, Rn. 151; Blümich/Rengers, § 8, Rn. 203; *Thouet*, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 3, Rn. 201.

³³ Vgl. die Nachweise bei *Gosch/Gosch*, § 8, Rn. 151; dem BFH zustimmend auch Blümich/Rengers, § 8, Rn. 203; *Thouet*, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 3, Rn. 203.

³⁴ Zur Abgrenzung zwischen typischer und atypischer stiller Gesellschaft im steuerlichen Sinne vgl. nur *Levedag*, in: Blaurock (Hrsg.), Handbuch Stille Gesellschaft, § 20, Rn. 20.59 ff. m.w.N.; zur Unterscheidung im Übrigen unter B.III.2.

nussrechte beschränkten Wortlauts der Norm nicht erfasst sein.³⁵ In der atypischen stillen Gesellschaft bildet die Einlage des stillen Gesellschafters Eigenkapital der Mitunternehmerschaft und die Vergütung auf die Einlage ist nicht abzugsfähig.³⁶

3. Vermeidung von mit klassischer Eigenkapitalaufnahme verbundenen Effekten

Eine Erhöhung der Eigenkapitalquote lässt sich auch durch die Ausgabe von Aktien bzw. Geschäfts- oder Kommanditanteilen als klassische Form der Eigenkapitalaufnahme erreichen. Der Vorteil von mezzaninen Instrumenten liegt demgegenüber – neben einer etwaigen steuerlichen Abzugsfähigkeit der Vergütungszahlungen – darin, dass ihre Ausgabe mit keinem Eingriff in die bestehende Gesellschafterstruktur verbunden ist und keinen Verwässerungseffekt der Stimmrechte zur Folge hat.³⁷ Dieser Aspekt spielt etwa für Familienunternehmen oder Venture-Capital-Finanzierungen eine Rolle, wenn die Gesellschafter keine neuen Gesellschafter aufnehmen möchten. Eine Kapitalerhöhung setzt zudem stets die Zustimmung der (Alt-)Gesellschafter voraus, wohingegen dies bei mezzaninen Finanzierungsformen nur der Fall ist, soweit das Beschlusserfordernis des § 221 Abs. 1 AktG eingreift oder das Instrument als Teilgewinnabführungsvertrag zu qualifizieren ist, was das Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses nach § 293 Abs. 1 Satz 1 AktG auslöst.³⁸

4. Zusammenfassung

Die Aufnahme von Mezzanine-Kapital verfolgt das Ziel, positive Effekte der Eigenkapitalfinanzierung mit solchen der Fremdkapitalfinanzierung zu kombinieren. Um dies zu erreichen, weisen die Finanzierungsinstrumente eine Kombination aus längerfristiger Laufzeit, Ausschluss von Kündigungsmöglichkeiten, Verlustbeteiligung des eingesetzten Kapitals, Gewinnabhängigkeit der Vergütung und Nachrang in der Insolvenz auf. Diese Kriterien

³⁵ *Feyerabend*, RdF 2019, 49; *Lamprecht*, in: *Blaurock*, § 23, Rn. 23.91; *Altwater/Hübner*, RdF 2017, 65, 70; tendenziell a.A. *Anzinger*, RdF 2018, 64, 71, der eine kaum zu rechtfertigende Ungleichbehandlung erkennt und erwägt, die stille Beteiligungen aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung dem Genussrecht gleichzustellen.

³⁶ *Altwater/Hübner*, RdF 2017, 65, 70; *Schrecker*, *Mezzanine-Kapital*, S. 177.

³⁷ *Brokamp et al.*, *Mezzanine-Finanzierungen*, S. 23; *Golland*, in: *Fremdfinanzierung*, § 5, Rn. 5.

³⁸ Zum Anwendungsbereich dieser Vorschrift und zum Verhältnis zu § 221 AktG unter D. V. 3. a).

sind es, welche eine Erhöhung des handelsbilanziellen und/oder des wirtschaftlichen Eigenkapitals bewirken und auch für die Bewertung als bankaufsichtsrechtliches Kernkapital mitentscheidend sind. Das Ziel der Erhaltung der steuerlichen Fremdkapitalqualität führt vielfach dazu, dass nicht zugleich eine gewinnabhängige Vergütung und eine Beteiligung am Liquidationserlös vereinbart sind.

III. Bestandsaufnahme der in Betracht kommenden Instrumente

Eine umfassende „Kodifikation“ im Bereich der Finanzierungsinstrumente existiert nicht, da die Privatautonomie den Parteien größtmöglichen Raum zur Gestaltung bietet.³⁹ Das Spektrum der Finanzierungsinstrumente bewegt sich zwischen Aktie beziehungsweise Geschäfts- oder Kommanditanteil als klassischem Instrument der Eigenkapitalfinanzierung und dem fest verzinslichen Bankkredit als klassischer Fremdkapitalfinanzierung.⁴⁰ Dieser Gestaltungsspielraum entbindet jedoch nicht davon, dass der Kapitalüberlassung zugrunde liegende Vertragsverhältnis je nach Ausgestaltung unter vorgegebene Rechtsinstitute zu subsumieren. Bedeutsam ist dies schon deshalb, weil das Gesetz verschiedene – gläubigerschutzrelevante – Rechtsfolgen an die jeweilige Qualifikation anknüpft. So nimmt etwa § 136 InsO auf die Rückgewähr der Einlage eines stillen Gesellschafters Bezug,⁴¹ während § 221 Abs. 3 AktG an die Qualifikation als Genussrecht anknüpft.⁴²

1. Sonderformen des Darlehens

Am fremdkapitaltypischen Ende des Spektrums der Finanzierungsinstrumente steht das (Bank-)Darlehen, welches jedoch in verschiedener Weise eigenkapitalähnlich ausgestaltet werden kann. Dies betrifft erstens die Vergütung des Darlehensgebers, welche gewinnabhängig ausgestaltet werden kann. Zweitens können Rückzahlungs- und Zinsansprüche subordiniert werden. Drittens können dem Darlehensgeber gesellschaftertypische Informations- und Mitbestimmungsrechte eingeräumt werden.

³⁹ Heeren, Kapitalgeberschutz, S. 33.

⁴⁰ Baums, Unternehmensfinanzierung, § 12 Rn. 1.

⁴¹ Zu Bedeutung und Reichweite des § 136 InsO unter D. III. 3.

⁴² Zur Reichweite des § 221 Abs. 3 AktG – vor allem im Hinblick auf einen Anwendungsvorrang gegenüber dem Regelungsregime der Teilgewinnabführungsverträge – unter D. V. 3. a) bb).

a) Partiarisches Darlehen

Ist eine gewinnabhängige Vergütung statt einer festen Verzinsung der Darlehensvaluta vereinbart, spricht man von einem partiarischen Darlehen.⁴³ Bei einem solchen Darlehen ist die Höhe des Zinses an den wirtschaftlichen Erfolg der Schuldnerin geknüpft, wobei die Verzinsung ausschließlich eine solche erfolgsbezogene sein kann oder ein erfolgsabhängiger Vergütungsbaustein neben eine Festverzinsung treten kann.⁴⁴ Für den variablen Zins kommen verschiedene Bemessungsgrundlagen in Betracht, wobei häufig an das handelsrechtliche oder steuerliche Jahresergebnis angeknüpft wird.⁴⁵ Als partiarisch werden zudem Zinsregeln verstanden, bei denen ein Festzins vereinbart ist, dessen Auszahlung jedoch unter dem Vorbehalt steht, dass er aus dem Gewinn der Gesellschaft gezahlt werden kann.⁴⁶

b) Nachrangdarlehen

Das Nachrangdarlehen, bei welchem ein Rangrücktritt des Darlehensgebers vereinbart ist, wird als Grundform der Mezzanine-Finanzierung bezeichnet, da es das typische Spannungsfeld zwischen klassischem Fremddarlehen und eigenkapitaltypischem Nachrang charakterisiert.⁴⁷ Ziel einer solchen Gestaltung ist es, unterschiedliche Gläubigerklassen mit unterschiedlichen Risikostrukturen im Hinblick auf ihre Befriedigung innerhalb wie außerhalb der Insolvenz zu schaffen und damit von dem Grundsatz abzuweichen, dass mehrere Gläubiger eines Schuldners mit ihren Forderungen keiner Rangfolge untereinander unterliegen.⁴⁸

c) Darlehen mit Covenants

Werden dem Gläubiger eines Darlehens Informations- oder Mitbestimmungsrechte bezüglich der Schuldnerin eingeräumt, bezeichnet man diese als

⁴³ MüKoBGB/Schäfer, Vor § 705, Rn. 107; GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 28.

⁴⁴ Golland, in: Fremdfinanzierung, § 5, Rn. 10; Peine/Weiers, in: Fremdfinanzierung, § 10, Rn. 42; Baums, Unternehmensfinanzierung, § 31 Rn. 6.

⁴⁵ Baums, Unternehmensfinanzierung, § 31 Rn. 6; Peine/Weiers, in: Fremdfinanzierung, § 10, Rn. 43.

⁴⁶ Wöckener/Becker, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, § 13, Rn. 13.13.

⁴⁷ Peine/Weiers, in: Fremdfinanzierung, § 10, Rn. 1; Parmentier, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 3, Rn. 206.

⁴⁸ Staudinger/Freitag, § 488, Rn. 98; MüKoBGB/Berger, Vor § 488, Rn. 107; Peine/Weiers, in: Fremdfinanzierung, § 10, Rn. 1; Parmentier, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 3, Rn. 207.

Covenants.⁴⁹ Diese können verschiedene Zielrichtungen und Verhaltenspflichten zum Gegenstand haben und lassen sich in Information Covenants, Financial Covenants und General Covenants unterteilen.⁵⁰

Information Covenants verpflichten die Schuldnerin zu einer Offenlegung von Unternehmensinformationen und Finanzkennzahlen, die sich insbesondere aus Jahres-, Quartals- oder Monatsabschlüssen oder zukunftsbezogenen Businessplänen, Cashflow-Rechnungen oder Investitionsplänen ergeben.⁵¹

Financial Covenants beziehen sich ebenfalls auf bestimmte Finanzkennzahlen der Schuldnerin, verpflichten diese aber über das Reporting hinaus zur Einhaltung bestimmter Zielgrößen, etwa in Bezug auf Eigenkapital, Verschuldung, Ertrag oder Liquidität.⁵²

Die im Rahmen der General Covenants anzutreffenden positiven Covenants verpflichten die Schuldnerin zur Einhaltung bestimmter gesetzlicher Vorschriften, etwa Rechnungslegungsvorschriften oder von Genehmigungen, etwa Betriebsgenehmigungen.⁵³ Negative Covenants betreffen die allgemeine geschäftliche Entwicklung, indem ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Gläubigers für aus seiner Sicht bedeutsame Geschäftsmaßnahmen vereinbart wird, etwa die Aufnahme weiterer gleichrangiger Gläubiger, die Übernahme von Bürgschaften oder Garantien, wesentliche Investitionen oder Ausschüttungen oder der Verkauf wesentlicher Vermögensgegenstände.⁵⁴

2. Stille Gesellschaft

Die stille Gesellschaft kann insoweit als „klassische“ Form der mezzaninen Finanzierung bezeichnet werden,⁵⁵ als sie bereits im ADHGB von 1869 geregelt war. Sie bildet einen Spezialfall der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne der §§ 705 ff. BGB und kann als reine Innengesellschaft nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein und kein Gesellschaftsvermögen bilden.⁵⁶ Der stille Gesellschafter hat vielmehr eine Einlage zu leisten, die in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht (§ 230 Abs. 1

⁴⁹ *Fleischer*, ZIP 1998, 313, 313; *Ekkenga*, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 15, Rn. 280.

⁵⁰ In diesem Sinne etwa *Buschmeier/Everling*, in: Fremdfinanzierung, § 2, Rn. 20.

⁵¹ *Buschmeier/Everling*, in: Fremdfinanzierung, § 2, Rn. 22.

⁵² *Buschmeier/Everling*, in: Fremdfinanzierung, § 2, Rn. 21; *Merkel/Richrath*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 98, Rn. 174.

⁵³ *Buschmeier/Everling*, in: Fremdfinanzierung, § 2, Rn. 23.

⁵⁴ *Buschmeier/Everling*, in: Fremdfinanzierung, § 2, Rn. 23.

⁵⁵ So etwa *Morshäuser/Dietz-Vellmer*, NZG 2011, 1135, 1135.

⁵⁶ MüKoHGB/K. *Schmidt*, § 230, Rn. 9.

HGB). Im Gegenzug erhält er nach § 231 Abs. 1 HGB eine Beteiligung am Gewinn des Unternehmens.

Die stille Gesellschaft kann darüber hinaus noch weiter eigenkapitalähnlich ausgestaltet sein. Man spricht dann von einer atypischen stillen Gesellschaft.⁵⁷ Eine atypische Gestaltung ist zum einen die Vereinbarung einer schuldrechtlichen Vermögensbeteiligung des stillen Gesellschafters, indem dieser an den stillen Reserven und/oder am Liquidationsüberschuss des Unternehmens beteiligt wird.⁵⁸ Zum anderen ist die Einräumung von Zustimmungs-, Widerspruchs- oder Weisungsrechten zugunsten des stillen Gesellschafters möglich, womit diesem Einfluss auf die Geschäftsführung ermöglicht wird.⁵⁹

3. Genussrecht

Für Genussrechte existiert keine gesetzliche Definition. Der Gesetzgeber hat bewusst von einer Präzisierung abgesehen, um die Gestaltungspraxis nicht zu hemmen.⁶⁰ Das entscheidende Wesensmerkmal für ein Genussrecht ist die Begründung schuldrechtlicher Ansprüche auf gesellschaftertypische Vermögensrechte.⁶¹ Als solche sind in erster Linie die Beteiligung am Gewinn sowie die Teilhabe am Liquidationserlös von Bedeutung.⁶² Im Übrigen können Genussrechte sowohl eigenkapitalähnlich als auch fremdkapitalähnlich ausgestaltet sein, was insbesondere von der Vereinbarung einer Verlustbeteiligung und eines Nachrangs abhängt.⁶³ Auch Einflussrechte können vereinbart werden, wobei hierzu auf die Systematisierung der Covenants bei Darlehen verwiesen werden kann.⁶⁴ Beim Genussrechtsverhältnis handelt es sich stets um eine rein schuldrechtliche Verbindung und der Genuss-

⁵⁷ GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 66.

⁵⁸ *Brokamp et al.*, Mezzanine-Finanzierungen, S. 112; GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 67.

⁵⁹ GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 68.

⁶⁰ Vgl. die Nachweise zur Gesetzesgeschichte bei MüKoAktG/Habersack, § 221, Rn. 64; Hüffer/Koch/Koch, § 221, Rn. 23.

⁶¹ MüKoAktG/Habersack, § 221, Rn. 64; Hüffer/Koch/Koch, § 221, Rn. 25; Spindler/Stilz/Seiler, § 221, Rn. 22; Baums, Unternehmensfinanzierung, § 13, Rn. 1; MüHdbGesRIV/Scholz, § 64, Rn. 69.

⁶² MüKoAktG/Habersack, § 221, Rn. 65; Hüffer/Koch/Koch, § 221, Rn. 25; MüHdbGesRIV/Scholz, § 64, Rn. 69. Daneben kommen aber auch Bezugs- oder Vorwerbsrechte auf Aktien oder Titel im Sinne des § 221 AktG in Betracht, vgl. MüKoAktG/Habersack, § 221, Rn. 65; Baums, Unternehmensfinanzierung, § 13 Rn. 1.

⁶³ *Golland*, in: Fremdfinanzierung, § 5, Rn. 25.

⁶⁴ Dazu soeben unter B. III. 1. c).

rechtsinhaber ist nicht in den korporativen Verband der Gesellschaft einbezogen.⁶⁵

Das Genussrecht ist von der Hybridanleihe abzugrenzen. Als solche bezeichnet man Schuldverschreibungen in Gestalt von Fremdkapital, welche zugleich Eigenkapitalfunktionen haben.⁶⁶ Der so verstandene Begriff der Hybridanleihe umfasst zwar auch verbriefte Genussrechte (Genussscheine).⁶⁷ Er geht allerdings darüber hinaus, da bei Hybridanleihen nicht zwingend gesellschaftertypischen Rechte gewährt werden, also insbesondere eine Beteiligung am Gewinn des Emittenten durch gewinnabhängige Verzinsung fehlen und stattdessen ein Festzins oder ein variabler, sich alleine an Marktkonditionen oder Referenzzinssätzen ausrichtender Zins vereinbart sein kann.⁶⁸

In jüngerer Vergangenheit hat die Ausgabe sogenannter *Tokens (Coins)* im Rahmen von „Initial Coin Offerings“ (ICO) zur Unternehmensfinanzierung an wirtschaftlicher Bedeutung gewonnen.⁶⁹ Die bei einem ICO ausgegebenen *Tokens* können verschiedene Funktionen haben, ohne dass sich bislang eine standardisierte Einteilung herausgebildet hätte.⁷⁰ Verbreitet wird aber zwischen *Currency Tokens*, *Investment Tokens* und *Utility Tokens* differenziert.⁷¹ *Currency Tokens* sollen ihrem Zweck nach als elektronische Währung (Kryptowährung) fungieren und haben insoweit keinen Bezug mehr zur Gesellschaft, sodass ihr Inhaber nicht Gläubiger der Gesellschaft wird und im vorliegenden Zusammenhang daher nicht weiter interessieren muss. *Investment Tokens* hingegen sollen in der Regel einen Firmenanteil repräsentieren oder gesellschaftertypische Vermögensrechte gewähren.⁷² *Utility Tokens* gewähren dem Inhaber das Recht gewisse Dienstleistungen oder Produkte in Anspruch zu nehmen, die der Emittent entwickelt hat oder zu entwickeln

⁶⁵ MüKoAktG/Habersack, § 221, Rn. 86; Hüffer/Koch/Koch, § 221, Rn. 26; Spindler/Stilz/Seiler, § 221, Rn. 24; MüHdbGesRIV/Scholz, § 64, Rn. 71.

⁶⁶ Müller, in: K/M/F/S – Bank- und Kapitalmarktrecht, 15. Teil, Rn. 15.671; Gleske, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, § 18, Rn. 18.1.

⁶⁷ Baums, Unternehmensfinanzierung, § 13 Rn. 5.

⁶⁸ Häuselmann, BB 2007, 931, 932; Gleske, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, § 18, Rn. 18.26 ff.

⁶⁹ Vgl. die Bestandsaufnahme bei van Aubel, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, § 20, Rn. 20.1.

⁷⁰ van Aubel, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, § 20, Rn. 20.26.

⁷¹ Krüger/Lampert, BB 2018, 1154, 1155; van Aubel, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, § 20, Rn. 20.27 ff.

⁷² van Aubel, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, § 20, Rn. 20.27; Krüger/Lampert, BB 2018, 1154, 1155.

verspricht.⁷³ Beide Ausgestaltungen unterfallen damit der Definition des Genussrechts, sodass das den *Investment* oder *Utility Tokens* zugrundeliegende Rechtsverhältnis als solches zu begreifen ist.⁷⁴

4. Von der weiteren Betrachtung auszunehmende Instrumente

Die Vorzugsaktie ohne Stimmrecht kann als dem Eigenkapital am nächsten kommendes mezzanines Finanzierungsinstrument gelten.⁷⁵ Sie nähert die Stellung des Aktionärs derjenigen eines Fremdkapitalgebers insoweit an, als dass sie den Inhaber von der eigentübertypischen Mitbestimmung weitgehend ausschließt.⁷⁶ Auch in der GmbH ist die Ausgabe stimmrechtsloser Vorzugsanteile zulässig.⁷⁷ Im Hinblick auf den Drittgläubigerschutz sind solche Finanzierungsformen allerdings nicht mit einem erhöhten Risiko verbunden, da die Vorzugsgesellschafter denselben Gläubigerschutzvorschriften wie die übrigen Gesellschafter unterliegen. Insbesondere unterliegt das von ihnen überlassene Kapital den selben Vorschriften wie das übrige Stammkapital. Im Folgenden wird daher auf diese Formen der Finanzierung nicht näher eingegangen.

Daneben werden auch Options- und Wandelanleihen als mezzanine Finanzierungsinstrumente bezeichnet.⁷⁸ Für die hier zu untersuchenden Fragestellungen betreffend den Drittgläubigerschutz bereiten solche Instrumente allerdings wenige Schwierigkeiten. Es besteht nämlich zu keinem Zeitpunkt eine echte hybride Stellung des Kapitalgebers. Vielmehr hat der Wandel- oder Optionsgläubiger zunächst lediglich eine fremdkapitaltypische Gläubigerstellung inne, die sich erst infolge der späteren Ausübung des Wandlungs- oder Optionsrechtes – mit Wirkung *ex nunc* – in eine Gesellschafterstellung wandelt.⁷⁹

⁷³ van Auel, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, § 20, Rn. 20.29.

⁷⁴ In diesem Sinne auch Hanten/Sacarcelik, RdF 2019, 124, 130; Hahn/Wilkens, ZBB 2019, 10, 22.

⁷⁵ Brokamp et al., Mezzanine-Finanzierungen, S. 12.

⁷⁶ Es verbleibt ein Stimmrecht bei Sonderbeschlüssen (§ 141 AktG) und ein Wiederaufleben in den Fällen des § 140 Abs. 2 AktG.

⁷⁷ BeckOK-GmbHG/Ziemons, § 5, Rn. 42; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 47, Rn. 70.

⁷⁸ Brokamp et al., Mezzanine-Finanzierungen, S. 13; Golland, in: Fremdfinanzierung, § 5, Rn. 26.

⁷⁹ Obermüller, ZInsO 2017, 134, 139; MüKoAktG/Habersack, § 221, Rn. 27 f.

5. Zusammenfassung

Die Kombination der Vorteile von Fremd- und Eigenkapital kann mit unterschiedlichen zivilrechtlichen Instrumenten erreicht werden. Zu nennen sind insbesondere partiarische Darlehen, Nachrangdarlehen, durch Covenants gesicherte Darlehen, stille Gesellschaften und Genussrechte. Um möglichst ganzheitliche Lösungsansätze zu entwickeln, wird nachfolgend für alle Darlehensgeber, stillen Gesellschafter und Genussrechtsinhaber einheitlich auch von Mezzanine-Gläubigern die Rede sein. Nur dort, wo es auf die Qualifikation des Instruments ankommt, wird dieses konkret benannt.

IV. Für den Drittgläubigerschutz bedeutsame Abgrenzungsfragen

1. Zivilrechtliche Qualifikation des Instruments

Aus Sicht der Drittgläubiger ist die zivilrechtliche Einordnung des von ihrer Schuldnerin begebenen Finanzierungsinstruments von Bedeutung, da das Gesetz für verschiedene der in Betracht kommenden Instrumente unterschiedliche Regelungen zu ihrem Schutz bereithält.⁸⁰

a) Stille Gesellschaft und partiarisches Darlehen

Die Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und (partiarischem) Darlehen ist insbesondere im Zusammenhang mit der Möglichkeit der ordentlichen Kündigung des Gläubigers relevant. Qua Gesetz kann der Darlehensgeber jederzeit mit einer Frist von drei Monaten kündigen (§ 488 Abs. 3 Satz 2 BGB), während der stille Gesellschafter auf eine Kündigung zum Ende des Geschäftsjahres des Geschäftsinhabers mit sechsmonatiger Kündigungsfrist beschränkt ist (§ 234 Abs. 1 Satz 1 HGB i. V. m. § 132 HGB).

Ein weiterer bedeutsamer Unterschied ergibt sich in der Insolvenz der Schuldnerin. Der stille Gesellschafter kann hier zwar wie ein Darlehensgläubiger seine Forderung im Rang des § 38 InsO zur Insolvenztabelle anmelden (§ 236 HGB). Jedoch erklärt § 136 InsO bestimmte Rechtshandlungen, die

⁸⁰ Es greift daher zu kurz, wenn teilweise behauptet wird, die Tragweite der Unterscheidung zwischen stiller Gesellschaft und partiarischen Rechtsverhältnissen werde überwertet; so etwa MüKoHGB/K. *Schmidt*, § 230, Rn. 59; tendenziell auch Staudinger/*Freitag*, § 488, Rn. 70; dagegen zu Recht GK-HGB/*Harbarth*, § 230, Rn. 30.

einen Abfluss der stillen Einlage bewirken, für anfechtbar, während eine entsprechende Vorschrift im Darlehensrecht fehlt.⁸¹

aa) Vergütungsregelung als zwingendes Abgrenzungskriterium

Ein zwingendes Abgrenzungskriterien zwischen stiller Gesellschaft und Darlehen ergibt sich zunächst daraus, dass ein Darlehen im Sinne des § 488 BGB nicht mit einer Verlustteilnahme versehen werden kann.⁸² Konstituierend für ein Darlehensverhältnis ist nämlich der (volle) Rückzahlungsanspruch des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB.⁸³ Ist vereinbart, dass das überlassene Kapital durch Verluste der Schuldnerin gemindert werden kann, scheidet die Annahme eines (partiarischen) Darlehens daher aus. Das gleiche gilt für eine Vereinbarung, wonach der Kapitalgeber schuldrechtlich am Vermögen der Gesellschaft beteiligt ist und am Laufzeitende eine Auseinandersetzung stattfindet.⁸⁴ Der sich daraus ergebende Rückzahlungsanspruch kann dann nämlich unter dem ursprünglich gewährten Betrag zurückbleiben, was zu § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB in Widerspruch steht.

Umgekehrt kann keine stille Gesellschaft vorliegen, wenn keine gewinnabhängige Vergütung, sondern nur eine Festverzinsung vereinbart ist. Eine solche Gestaltung ist wegen § 231 Abs. 2 HGB mit einer stillen Gesellschaft unvereinbar.⁸⁵ Das Vorliegen einer Festverzinsung neben einer gewinnabhängigen Komponente schließt das Vorliegen einer stillen Gesellschaft hingegen nicht aus.⁸⁶

bb) Feststellung eines gemeinsamen Zwecks

Kann aufgrund der Vergütungsregelung keine zwingende Zuordnung erfolgen, ist anhand der Tatbestandsmerkmale der §§ 230 HGB, 705 BGB zu ermitteln, ob eine stille Gesellschaft vorliegt.⁸⁷ Als Gesellschaft im Sinne des § 705 BGB erfordert die Begründung der stillen Gesellschaft einen Vertrag, durch welchen sich die Gesellschafter gegenseitig verpflichten, die Errei-

⁸¹ MüKoBGB/Schäfer, Vor § 705, Rn. 108.

⁸² MüKoHGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 60; Baums, Unternehmensfinanzierung, § 12 Rn. 34; MüKoBGB/Schäfer, Vor § 705, Rn. 108; GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 28.

⁸³ Staudinger/Freitag, § 488, Rn. 70.

⁸⁴ Baums, Unternehmensfinanzierung, § 12 Rn. 28; MüKoHGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 60; GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 38.

⁸⁵ BGHZ 127, 176, 181; MüKoHGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 60; Staudinger/Freitag, § 488, Rn. 70; GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 39.

⁸⁶ BGHZ 127, 176, 181; MüKoHGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 63.

⁸⁷ GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 21.

chung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.

Die Beitragspflicht des stillen Gesellschafters besteht in der zu leistenden Einlage.⁸⁸ Die damit gemeinte Überlassung von Kapital ist jedoch auch für jedes Darlehen bestimmend und daher als Unterscheidungsmerkmal ungeeignet. Zum entscheidenden Abgrenzungskriterium gelangt damit die Bestimmung eines gemeinsamen (Gesellschafts-)Zwecks.⁸⁹

Diese Anknüpfung an einen gemeinsamen Zweck wird zum Teil als untauglich kritisiert.⁹⁰ So hält insbesondere Schön die Bestimmung eines gemeinsamen Zwecks für entbehrlich und negiert gar die Existenz des partiarischen Darlehens, da jede Darlehensgewährung gegen Gewinnbeteiligung als stille Gesellschaft zu qualifizieren sei.⁹¹ Das partiarische Darlehen sei ein „historisches Missverständnis“ und allein dem Versuch geschuldet, einen besonderen Willen der Vertragsparteien zur Begründung einer Gesellschaft zu konstruieren.⁹² Diesen gebe es aber letztlich nicht, da die Parteien nicht abstrakt Gesellschaft oder Darlehen als Vertragstypus vereinbaren wollten, sondern lediglich ganz konkret eine Kapitalhingabe gegen Gewinnbeteiligung.⁹³

Der Kritik Schöns ist zuzugeben, dass die Abgrenzung anhand des von Rechtsprechung und Literatur herangezogenen Straußes an Indizien schwierig ist und die Ergebnisse willkürlich erscheinen mögen.⁹⁴ Diese Schwierigkeiten in ihrer Durchführung können jedoch nicht vom Erfordernis der Abgrenzung entbinden. Denn wollte man die Suche nach dem gemeinsamen Zweck aufgeben, so wäre es einzig folgerichtig, entweder die Existenz der stillen Gesellschaft an sich zu bezweifeln oder aber ihre Qualifikation als Gesellschaft im Sinne des bürgerlichen Rechts. Beides ist jedoch mit den vorgefundenen gesetzlichen Regelungen nicht vereinbar und wird daher auch von Schön nicht vertreten. Seine Annahme, dass die Parteien schlicht die Kapitalhingabe gegen Gewinnbeteiligung wollten, mag in einigen Fällen zutreffen. Es spricht dann nichts dagegen, diese Fallkonstellationen als Vereinbarung eines (partiarischen) Darlehens zu begreifen. Dass es darüber hinaus geradezu ausgeschlossen wäre, dass die Parteien einen gemeinsamen Zweck

⁸⁸ MüKoHGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 37.

⁸⁹ BGHZ 127, 176, 177 f.; *Blaurock/Jung/Kauffeld* (Hrsg.), Handbuch Stille Gesellschaft, 8. Aufl. (2016), 5.32; GK-HGB/*Harbarth*, § 230, Rn. 28; MüKoHGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 54; MhHdbGesR/II/*Keul*, § 73, Rn. 10.

⁹⁰ *Florstedt*, FS K. Schmidt, S. 399, 401 ff.

⁹¹ Schön, ZGR 1993, 210; zustimmend Staudinger/*Freitag*, § 488, Rn. 70

⁹² Schön, ZGR 1993, 210, 241 f.

⁹³ Schön, ZGR 1993, 210, 243.

⁹⁴ Zutreffend Staudinger/*Freitag*, § 488, Rn. 70.

im Sinne des § 705 BGB verfolgen, lässt sich allerdings nicht behaupten, sodass es beim Erfordernis einer Abgrenzung bleiben muss.

Ob ein gemeinsamer Gesellschaftszweck und damit eine stille Gesellschaft gegeben ist, ist aufgrund einer umfassenden Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls einschließlich aller Bestimmungen und Vereinbarungen und der von den Parteien verfolgten wirtschaftlichen Ziele zu beantworten.⁹⁵ Auch das steuerliche Ziel, eine Mitunternehmerschaft zu erreichen, ist zu berücksichtigen.⁹⁶ Dabei ist zu beachten, dass der gemeinsame Zweck, den zu fördern die Kapitalüberlassung bestimmt sein muss, in dem Abschluss von Handelsgeschäften auf gemeinschaftliche Rechnung und der daraus resultierenden Gewinnerzielung liegt.⁹⁷ Es kommt daher darauf an, ob die Erzielung von Gewinnen durch das finanzierte Unternehmen – wie beim Darlehen – eine bloße Erwartung des Kapitalgebers ist, der daraus den Rückschluss zieht, seine Vergütung erhalten zu werden, oder ob der Kapitalgeber eine (gesellschafts-)vertragliche Pflicht übernehmen wollte, die Geschäftsentwicklung zu fördern. Als Anzeichen für letzteres sind insbesondere umfangreiche Informations-, Kontroll- und Mitwirkungsrechte zu werten.⁹⁸ Entscheidend an solchen Kontroll- und Einwirkungsrechten ist allerdings nicht alleine deren Intensität, sondern vor allem die Zielrichtung. Es ist zu unterscheiden, ob die Einflussmöglichkeiten als Kreditsicherungsinstrument eingesetzt werden oder als Mittel zur Durchsetzung einer Zweckförderungspflicht dienen.

Ergänzend sind auch eine lange Festlaufzeit und erschwerte Kündigungsmöglichkeiten als Indiz für eine stille Gesellschaft zu werten.⁹⁹ Die Errichtung eines so bezeichneten Einlagekontos ist ebenfalls Indiz für eine stille Gesellschaft.¹⁰⁰ Untauglich ist hingegen die Heranziehung solcher vertraglicher Regelungen als Indiz für eine stille Gesellschaft, die einem stillen Gesellschafter ohnehin zustehen. Soweit also den Parteien unterstellt wird, die Aufnahme von Rechten entsprechend § 233 HGB sei als Bestätigung des

⁹⁵ BGH, WM 1967, 321; BFH, BeckRS 1984, 22006805; BFH, NJW 1993, 2559, 2559; GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 29; MüKoHGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 61; *Blaurock/Jung/Kauffeld* (Hrsg.), Handbuch Stille Gesellschaft, 8. Aufl. (2016), 5.32; MüKoBGB/Schäfer, Vor § 705, Rn. 110; MüHdbGesR/II/Keul, § 73, Rn. 11.

⁹⁶ GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 48; *Feyerabend*, RdF 2019, 49, 51.

⁹⁷ BFH, DStR 2002, 123, 124; *Blaurock*, in: *Blaurock*, § 4, Rn. 4.7; *Stöber*, in: *Westermann/Wertenbruch, Personengesellschaften*, § 9, Rn. 229.

⁹⁸ BGHZ 127, 176, 178; *Brokamp et al.*, Mezzanine-Finanzierungen, S. 112; *Staudinger/Freitag*, § 488, Rn. 70; GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 41; MüKoHGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 64; MüKoBGB/Schäfer, Vor § 705, Rn. 110.

⁹⁹ BGHZ 127, 176, 178; *Staudinger/Freitag*, § 488, Rn. 70; a.A. MüKoBGB/Schäfer, Vor § 705, Rn. 110.

¹⁰⁰ GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 28.

Charakters als stille Gesellschaft zu werten, überzeugt dies nicht. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Parteien solche Regelungen gerade deshalb treffen, weil sie davon ausgehen, ein Rechtsverhältnis einzugehen, bei dem diese nicht ohnehin qua Gesetz bestehen. Noch deutlicher wird dies, wenn die Parteien die Regelung des § 233 HGB ausdrücklich abbedingen und dies als Indiz gegen das Vorliegen einer stillen Gesellschaft gewertet wird.¹⁰¹ Dass die Parteien eines Darlehensverhältnisses etwas abbedingen wollen, was ohnehin nicht gilt, liegt fern. Letztlich sollte daher aus solchen Gestaltungen nicht vorschnell auf einen Parteiwillen zur Vereinbarung einer stillen Gesellschaft geschlossen werden, insbesondere nicht entgegen einer Vertragsbezeichnung durch die Parteien.¹⁰²

b) Abgrenzung zum Genussrecht

Sowohl das partiarische Darlehen als auch die stille Gesellschaft sind vom Genussrecht abzugrenzen, sofern das durch Genussrecht gewährte Recht (unter anderem) in einer Gewinnbeteiligung besteht.¹⁰³ Besteht es hingegen ausschließlich in anderen Rechten, so kann wegen § 231 Abs. 2 HGB keine stille Gesellschaft vorliegen. Bei Vorliegen einer Gewinnbeteiligung ist von den weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der stillen Gesellschaft ausgehend nach der Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes zu fragen, an welchem es bei Genussrechten fehlt, da sie auf eine rein schuldrechtliche Gewinnbeteiligung angelegt sind.¹⁰⁴

Habersack wendet sich hingegen bereits gegen die Annahme eines Alternativverhältnisses, da das Gesetz für die schuldrechtlich vermittelte Beteiligung an einem unternehmerischen Risiko bei Teilnahme an Gewinn und Verlust die Organisationsform der stillen Gesellschaft vorsehe.¹⁰⁵ Die Ver-

¹⁰¹ Vgl. etwa GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 46; MüKoHGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 64.

¹⁰² BGHZ 127, 176, 178; BGH, WM 1967, 321: Vertragsbezeichnung als „Haupterkenntnisquelle“; so auch MüKoHGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 61; abweichend GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 29: grundsätzlich nicht maßgeblich.

¹⁰³ Diese Abgrenzungsfrage wird in der Literatur zumeist unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Gesellschafter der Schuldnerin mit Blick auf § 221 AktG diskutiert. Aus Sicht der Gesellschafter geht es dabei um das Mitspracherecht durch das Erfordernis eines Gesellschafterbeschluss und um die Frage, in welchen Fällen ein Bezugsrecht besteht.

¹⁰⁴ Feyerabend, RdF 2019, 49, 50 f.; MüKoHGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 53; GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 27; MüHdbGesRIV/Scholz, § 64, Rn. 71; Spindler/Stilz/Seiler, § 221, Rn. 30.

¹⁰⁵ MüKoAktG/Habersack, § 221, Rn. 89.

lustteilnahme sei zwingendes Indiz für den gemeinsamen Zweck.¹⁰⁶ Ein Genussrecht ohne Verlustteilnahme und mit gewinnabhängiger Vergütung sei hingegen als partiarisches Darlehen einzuordnen.¹⁰⁷ Da man auf diese Weise Genussrechte den gesetzlich geregelten Schuldverhältnissen zuordnen könne, sei es nicht erforderlich, sich stattdessen auf die „völlig unergiebig“ Formel des Genussrechtes als Vertrag eigener Art zurückzuziehen.¹⁰⁸

Unabhängig davon, ob man von einem Alternativverhältnis oder einem Zusammenfallen von Genussrecht und stiller Gesellschaft ausgeht, knüpft das Gesetz bestimmte Rechtsfolgen an das Vorliegen beider Institute. Daher stellt sich die Frage nach dem Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks in jedem Fall. Dabei erscheint es entgegen der Ansicht Habersacks zu pauschal, allein an der Verlustbeteiligung das Vorliegen einer stillen Gesellschaft festzumachen. Dies gilt insbesondere für massenweise verbriefte Genussscheine, die auf Zirkulation angelegt sind und in aller Regel keine wesentlichen Mitsprache- oder Kontrollrechte begründen. Selbst bei vereinbarter Verlustbeteiligung kann in diesen Fällen keine gesellschaftertypische Förderpflicht und damit keine stille Gesellschaft konstatiert werden.¹⁰⁹ Liegt ein solcher Sachverhalt des Publikums-Genussrechts nicht vor, wird eine Verlustbeteiligung aber oftmals ein starkes Indiz für eine gemeinsame Zweckverfolgung sein. Im Übrigen bleibt es bei den oben dargestellten Kriterien zur Feststellung einer solchen.¹¹⁰

c) Zusammenfassung

Zur Bestimmung der zivilrechtlichen Qualifikation eines Finanzierungsinstruments ergibt sich die folgende Prüfungsreihenfolge: Im ersten Schritt ist festzustellen, ob eine gewinnabhängige Vergütung vorliegt. Ist dies nicht der Fall, handelt es sich um ein Darlehensverhältnis. Bei Vorliegen einer gewinnabhängigen Vergütung ist im zweiten Schritt nach dem Vorliegen einer stillen Gesellschaft und dabei insbesondere nach der Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes zu fragen. Ein gemeinsamer Zweck liegt insbesondere vor, wenn eine Verlustbeteiligung und weitreichende Kontroll- und Einwirkungsrechte vereinbart sind.

¹⁰⁶ MüKoAktG/Habersack, § 221, Rn. 89.

¹⁰⁷ MüKoAktG/Habersack, § 221, Rn. 93.

¹⁰⁸ MüKoAktG/Habersack, § 221, Rn. 87.

¹⁰⁹ Baums, Unternehmensfinanzierung, § 13 Rn. 7.

¹¹⁰ Dazu soeben unter B.IV.1.a)bb).

2. Handelsbilanzielle Qualifikation als Eigen- oder Fremdkapital

Für den Drittgläubigerschutz ist von besonderer Bedeutung, ob das der Gesellschaft überlassene Kapital in ihrer Bilanz als Eigenkapital oder als Verbindlichkeit auszuweisen ist. Hiervon hängt ab, ob es sich bei der Finanzierung um eine Rechtshandlung handelt, die einem Darlehen wirtschaftlich entspricht, was für die Frage der erzwungenen Subordination nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO¹¹¹ und den korrespondierenden Insolvenzanfechtungsgrund nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO bedeutsam ist.¹¹² Ebenso spielt die bilanzielle Einordnung für die Reichweite der kapitalerhaltungsrechtlichen Freistellungsklauseln des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG und § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG eine Rolle.¹¹³ Zudem ist im Rahmen der für die Reichweite der Kapitalerhaltung in der GmbH maßgeblichen Unterbilanzrechnung auf die Handelsbilanz zurückzugreifen.¹¹⁴

a) Eigenkapitalausweis nach HGB

Die Gliederung der nach HGB erstellten Handelsbilanz ergibt sich aus § 266 Abs. 3 HGB. Mezzanine-Kapital muss dabei dem Eigenkapital oder den Verbindlichkeiten zugeordnet werden. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf die Grundlinien, die sich zur Abgrenzung herausgebildet haben.¹¹⁵

Alle Darlehen sind zunächst als Verbindlichkeit zu passivieren, auch wenn eine gewinnabhängige Vergütung oder ein Rangrücktritt vereinbart ist.¹¹⁶ Für die Einlagen stiller Gesellschafter, Genussrechtskapital und Forderungen aus Hybridanleihen kommt hingegen auch eine Bilanzierung als Eigenkapital durch Bildung eines gesonderten Postens innerhalb des Eigenkapitals in Betracht.¹¹⁷ Zu den Voraussetzungen der Bilanzierung von Genussrechten als Eigenkapital hat sich der Hauptfachausschuss des Instituts der Wirtschafts-

¹¹¹ Dazu unter D.I. 3.

¹¹² Dazu unter D.III. 1. b).

¹¹³ Dazu unter D.II. 1. a) cc) und D.II. 1. c) aa).

¹¹⁴ Dazu unter D.II. 1. a) bb).

¹¹⁵ Vgl. ausführlich zu dieser Fragestellung etwa *Schrecker*, Mezzanine-Kapital, S. 38 ff.; *Herrmann*, Quasi-Eigenkapital, S. 129 ff.; *K. Schmidt*, FS Goerdeler, S. 487, 509 ff.; *Küting/Kessler*, BB 1994, 2103; *Knobbe-Keuk*, ZIP 1983, 127.

¹¹⁶ BeBiKo/Schubert/Waubke, § 247 HGB, Rn. 232; *Kimpel/Weppner*, in: Fremdfinanzierung, § 10, Rn. 80.

¹¹⁷ IDW Verlautbarungen 1994, 269, 272; BeBiKo/Schubert/Waubke, § 266 HGB, Rn. 191; BeBiKo/Schubert/Waubke, § 247 HGB, Rn. 236; *Winnefeld/Winnefeld*, Kapitel F, Rn. 755.

prüfer in seiner Veröffentlichung 1/1994 geäußert.¹¹⁸ Die dort entwickelten Grundsätze werden für die Einlage des stillen Gesellschafters gleichermaßen herangezogen.¹¹⁹ Demnach kommt eine Qualifikation als bilanzielles Eigenkapital in Betracht, sofern eine ausreichende Haftungsqualität des überlassenen Kapitals sichergestellt ist.¹²⁰ Ob dies der Fall ist, soll sich an vier Merkmalen bemessen: Das Kapital muss längerfristig überlassen werden, die Vergütung für die Kapitalüberlassung erfolgsabhängig sein, das Kapital bis zur vollen Höhe an Bilanzverlusten teilnehmen und im Insolvenzfall darf das Kapital erst nachrangig zurückgezahlt werden.¹²¹

aa) Längerfristige Laufzeit

Die dabei geforderte Überlassung des Kapitals für einen „längerfristigen Zeitraum“ wird in der Stellungnahme des Hauptfachausschusses des Instituts der Wirtschaftsprüfer nicht näher definiert. In der Literatur werden insoweit verschiedene Ansichten vertreten. Die strengste Auffassung verlangt, dass das Kapital erst im Insolvenz- oder Liquidationsfall zurückgezahlt werden darf.¹²² Im Übrigen werden Mindestlaufzeiten von 20 bis 25 Jahren, 15 bis 20 Jahren, sieben oder fünf Jahren gefordert.¹²³ Letzteres entspricht der wohl herrschenden Meinung,¹²⁴ die zur Begründung auf die vormaligen Vorschriften zur Zurechnung von Genussrechtskapital zum Eigenkapital bei Kreditinstituten (§ 10 Abs. 5 KWG a.F.) und Versicherungsunternehmen (§ 53c Abs. 3a VAG a.F.) als Wertungsmaßstab zurückgreift.¹²⁵

Daneben wird, sofern dem Kapitalgeber überhaupt ein Kündigungsrecht zusteht, eine mindestens zweijährige Kündigungsfrist gefordert.¹²⁶ Auf die noch bevorstehende Laufzeit soll es für die Bilanzierung nicht ankommen, sondern auf die vereinbarte gesamte Überlassungsdauer.¹²⁷ Daher soll auch kurz vor Ablauf der vereinbarten Laufzeit keine Umqualifikation in Fremd-

¹¹⁸ IDW Verlautbarungen 1994, 269.

¹¹⁹ Küting/Kessler, BB 1994, 2103, 2114; BeBiKo/Schubert/Waubke, § 247 HGB, Rn. 235; Baetge/Kirsch/Thiele/Marx/Dallmann, § 266 HGB, Rn. 185; Winnefeld/Winnefeld, Kapitel L, Rn. 232; BeBiKo/Schubert/Waubke, § 266 HGB, Rn. 192.

¹²⁰ IDW Verlautbarungen 1994, 269, 269.

¹²¹ IDW Verlautbarungen 1994, 269, 270.

¹²² Vollmer, ZGR 1983, 445, 451.

¹²³ Überblick bei Schrecker, Mezzanine-Kapital, S. 59 ff.

¹²⁴ Wengel, DStR 2001, 1316, 1321; Küting/Kessler, BB 1994, 2103, 2112; Winnefeld/Winnefeld, Kapitel F, Rn. 750; Kraus, in: Weitnauer (Hrsg.), Handbuch Venture Capital, Teil D, Rn. 111.

¹²⁵ Küting/Kessler, BB 1994, 2103, 2112.

¹²⁶ BeBiKo/Schubert/Waubke, § 247 HGB, Rn. 228.

¹²⁷ IDW Verlautbarungen 1994, 269, 272.

kapital erforderlich sein, sondern aus Gläubigerschutzgesichtspunkten sei es ausreichend, dass im Anhang die Restlaufzeit angegeben werde.¹²⁸ Lediglich die Möglichkeit des Abflusses des Kapitals im auf den Bilanzstichtag folgenden Geschäftsjahr – etwa durch Kündigungsmöglichkeit – mache eine Umqualifizierung erforderlich.¹²⁹

bb) Erfolgsabhängige Vergütung

Eine weitere Voraussetzung ist nach der Stellungnahme des Hauptfachausschusses des Instituts der Wirtschaftsprüfer die Erfolgsabhängigkeit der Vergütung. Die Zahlung der Vergütung muss vertragsgemäß auf Zahlungen aus dem freien Vermögen der Gesellschaft beschränkt sein, also aus solchem Vermögen, das nicht besonders gegen Auszahlungen geschützt ist.¹³⁰ Die Vergütung kann aus einem festen, einem gewinnabhängigen oder einem kombinierten Zinssatz bestehen, solange die Auszahlung unter dem vertraglichen Vorbehalt steht, dass sie aus freiem Vermögen erfolgt.¹³¹

Das gegen Auszahlungen besonders geschützte Vermögen ergibt sich in der AG aus § 57 AktG und den nach § 272 Abs. 2 HGB und § 150 Abs. 2 AktG zu bildenden Rücklagen. Freies Vermögen der AG sind damit andere Gewinnrücklagen im Sinne des § 266 Abs. 3, Buchstabe A, III, 4. HGB, der Gewinnvortrag im Sinne des § 266 Abs. 3 Buchstabe A, IV. HGB sowie der Jahresüberschuss im Sinne des § 266 Abs. 3 Buchstabe A, V. HGB.¹³²

Das besonders gegen Auszahlungen geschützte Vermögen der GmbH wird durch § 30 GmbHG bestimmt. Damit müssen die Vertragsbedingungen sicherstellen, dass durch Vergütungszahlungen nicht das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angegriffen wird.

cc) Verlustteilnahme

Das Kapital muss nach der Stellungnahme des Hauptfachausschusses des Instituts der Wirtschaftsprüfer zudem an Bilanzverlusten spätestens bei Rückzahlung wie das gezeichnete Kapital teilnehmen bis zur vollen Höhe und zwar insoweit, als ansonsten das gegen Ausschüttung besonders geschützte Vermögen zur Rückzahlung angegriffen werden müsste.¹³³ Eine

¹²⁸ IDW Verlautbarungen 1994, 269, 272.

¹²⁹ IDW Verlautbarungen 1994, 269, 272.

¹³⁰ IDW Verlautbarungen 1994, 269, 271.

¹³¹ Schrecker, Mezzanine-Kapital, S. 55.

¹³² Schrecker, Mezzanine-Kapital, S. 54.

¹³³ IDW Verlautbarungen 1994, 269, 271.

Verrechnung von Bilanzverlusten mit Bestandteilen desjenigen bilanziellen Eigenkapitals, das gegen Ausschüttungen besonders geschützt ist, darf also erst erfolgen, wenn das Genussrechtskapital durch Verlustverrechnung vollständig aufgezehrt ist.¹³⁴

dd) Nachrang

Um die Qualität des Mezzanine-Kapitals als Haftungssubstanz abzusichern, verlangt die Stellungnahme des Hauptfachausschusses des Instituts der Wirtschaftsprüfer weiterhin für den Insolvenz- oder Liquidationsfall, dass das Kapital erst nach Befriedigung aller anderen Gläubiger, die nicht als Eigenkapitalgeber zu qualifizieren sind, zurückgezahlt werden darf.¹³⁵ Der Rangrücktritt selbst muss sich zwar nur auf den Insolvenz- oder Liquidationsfall beziehen und keine vorwirkende Zahlungssperre vorsehen.¹³⁶ Eine solche ist jedoch durch das Erfordernis der erfolgsabhängigen Vergütung und der Verlustteilnahme Voraussetzung des Eigenkapitalausweis.

b) Eigenkapitalausweis nach IFRS

Bei der Bilanzierung nach IFRS sind die in IAS 32 aufgestellten Maßstäbe entscheidend für die Abgrenzung zwischen Fremd- und Eigenkapitalposten. Nach der Definition in IAS 32.11 ist ein Eigenkapitalinstrument ein Vertrag, der einen Residualanspruch an den Vermögenswerten eines Unternehmens nach Abzug aller dazugehörigen Schulden begründet. Nach der Konkretisierung in IAS 32.16(a) kann ein Finanzinstrument nur als Eigenkapitalinstrument eingestuft werden, wenn es keine vertragliche Verpflichtung der Gesellschaft begründet, einem anderen Unternehmen flüssige Mittel oder einen anderen finanziellen Vermögenswert zu liefern oder mit einem anderen Unternehmen finanzielle Vermögenswerte oder finanzielle Verbindlichkeiten zu potenziell nachteiligen Bedingungen für den Emittenten auszutauschen.

Eine Bilanzierung als Eigenkapital ist demzufolge nur möglich, wenn der Gesellschaft keine Zahlungspflicht erwächst oder erwachsen kann, wobei dies für Vergütungszahlungen auf das überlassene Kapital gleichermaßen gilt wie für dessen Rückzahlung.¹³⁷ Die Gesellschaft muss also über volles Ermessen hinsichtlich der Zahlung von Vergütungen für die Kapitalüberlas-

¹³⁴ IDW Verlautbarungen 1994, 269, 271.

¹³⁵ IDW Verlautbarungen 1994, 269, 270.

¹³⁶ *Golland*, in: *Fremdfinanzierung*, § 5, Rn. 31; *Schrecker*, *Mezzanine-Kapital*, S. 52 f.

¹³⁷ *Kraft*, *ZGR* 2008, 324, 328.

sung wie auch der Rückzahlung des Kapitals verfügen.¹³⁸ Eine Laufzeitbeschränkung oder ein Kündigungsrecht des Gläubigers führen grundsätzlich zu einer Qualifikation als Fremdkapital.¹³⁹ Da ein Ausschluss des Kündigungsrechts des stillen Gesellschafters wegen § 723 Abs. 3 BGB nicht in Betracht kommt,¹⁴⁰ ist jede stille Einlage unter IFRS stets als Verbindlichkeit auszuweisen.¹⁴¹

Um im Fall von Genussrechten oder Hybridanleihen de facto eine beschränkte Laufzeit zu erreichen, wird in der Praxis vielfach alleine der Gesellschaft ein Kündigungsrecht eingeräumt und die übrige Gestaltung so gewählt, dass – etwa aufgrund mit der Laufzeit steigender Verzinsung – die Gesellschaft einen wirtschaftlichen Anreiz hat, dieses auszuüben.¹⁴²

Ein fester Zins kann nach dem oben Gesagten nicht vereinbart werden. Die Vergütungszahlung wird aber dann als mit IAS 32.16 vereinbar angesehen, wenn sie an im Ermessen der Gesellschaft stehende Maßnahmen anknüpft, etwa die Dividendenzahlung, über welche die Gesellschafterversammlung als Organ der Gesellschaft entscheidet.¹⁴³

¹³⁸ *Kuhn/Kubicki*, in: Mössner (Hrsg.), *Steuerrecht international tätiger Unternehmen*, 5. Teil, Rn. 12.102.

¹³⁹ *Kraft*, ZGR 2008, 324, 328.

¹⁴⁰ Vgl. nur *MüKoHGB/K. Schmidt*, § 234, Rn. 47.

¹⁴¹ *Kraft*, ZGR 2008, 324, 342 f.

¹⁴² *Michalski/Sigloch/Keller/Meffert*, Anh. §§ 41–42a, Rn. 832 ff.

¹⁴³ *Kraft*, ZGR 2008, 324, 350, 353; *Schaber/Isert*, BB 2006, 2401, 2402.

C. Mezzanine-Kapital als gewillkürtes Haftkapital

Gewillkürtes Haftkapital zeichnet sich dadurch aus, dass die Parteien einer Finanzierungsvereinbarung privatautonom eigenkapitaltypische Regelungen treffen. Dies ist zum einen auf schuldrechtlicher Ebene durch Aufnahme der entsprechenden Klauseln in die Finanzierungsvereinbarung denkbar. Zum anderen kommt eine korporativ begründete Bindung des Kapitals nach den Grundsätzen des Finanzplankredits in Betracht.

I. Schuldrechtliche Bindung durch Rangrücktrittsvereinbarung

Konkret geht es um die Vereinbarung eines Rangrücktritts, wobei der Begriff nicht beschränkt auf eine Verteilungsregelung im eröffneten Insolvenzverfahren zu verstehen ist, sondern umfassender auch im Sinne einer vorinsolvenzlichen Rangordnung durch Zahlungsbeschränkungen.¹

Rangrücktrittsvereinbarungen haben bestimmte Forderungen eines Gläubigers zum Gegenstand und bezwecken, deren Durchsetzbarkeit von der Existenz eines hinreichenden Schuldnervermögens abhängig zu machen.² Die Subordination beruht auf einer Parteivereinbarung und ist von einer gesetzlich angeordneten Subordination zu unterscheiden, wenngleich beides zusammentreffen kann, was insbesondere in den Fällen der von Gesellschaftern erklärten Rangrücktritte der Fall ist.³

Man unterscheidet zwischen der Vereinbarung eines relativen und eines absoluten Nachrangs. Der relative Nachrang soll nur gegenüber bestimmten Forderungen anderer Gläubiger wirken und wird durch Abrede unmittelbar mit diesen im Rahmen eines *Intercreditor Agreements* vereinbart. Der absolute Nachrang hingegen soll gegenüber allen Gesellschaftsgläubigern gelten und wird zwischen dem zurücktretenden Gläubiger und dem Schuldner ver-

¹ Zur begrifflichen Unterscheidung zutreffend *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1012.

² Vgl. die Definition bei GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 182.

³ Hier trifft der Rangrücktritt mit der gesetzlichen Subordination nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zusammen; vgl. zum Nebeneinander von Rangrücktritt und Recht der Gesellschafterdarlehen etwa *Habersack*, ZGR 2000, 384, 402; *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1241, 1246.

einbart.⁴ Die Rangtiefe eines absoluten Rangrücktritts steht im Belieben der Parteien.⁵ Ein Nachrang kann anfänglich – und die Forderung nur in dem vereinbarten Rang zur Entstehung gebracht – oder erst nachträglich vereinbart werden.⁶

1. Persönlicher Anwendungsbereich

§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO, der eine Vermutungsregel für die Tiefe eines Rangrücktritts aufstellt, nimmt auf „Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“ Bezug. Aus dieser Formulierung kann jedoch nicht gefolgert werden, dass ein Rangrücktritt nur zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern vereinbart werden kann. Vielmehr kann er auch durch außenstehende Dritten erklärt werden.⁷

Bitter bringt gegen die Möglichkeit eines Rangrücktritts durch Dritte vor, dass der Gesetzgeber einen Rangrücktritt und die daran anknüpfende Ausbuchung aus der Überschuldungsbilanz nur um den Preis der Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO habe zulassen wollen und es bei Nichtgesellschaftern an einem vergleichbaren Schutz gegen vorinsolvenzliche Rückzahlungen fehle.⁸

Diese Bedenken können nicht durchgreifen. Zutreffend ist zwar, dass es für den Fall eines privatautonomen Rangrücktritts Dritter an einem korrespondierenden Tatbestand der Insolvenzanfechtung fehlt.⁹ Dies rechtfertigt aber keine Beschränkung der Privatautonomie dahingehend, den Parteien die Vereinbarung eines Rangrücktritts zu verwehren. Der Gesetzgeber hat für den gesetzlichen Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO den korrespondierenden Anfechtungstatbestand in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO geschaffen, da es sich um einen Fall der Subordination gegen den Willen der Parteien handelt, der mit einem privatautonom vereinbarten Rangrücktritt von vornherein nicht

⁴ *Gleske/Laudenklos*, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Teil D, Rn. 31.

⁵ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen, § 39, Rn. 23; *Habersack*, ZGR 2000, 384, 401; *Gleske/Laudenklos*, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Teil D, Rn. 31.

⁶ *Habersack*, ZGR 2000, 384, 401; GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 183.

⁷ BGHZ 204, 231, Rz. 14; GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 182, 129; K. Schmidt InsO/K. Schmidt, § 19, Rn. 35.

⁸ *Bitter*, in: Scholz, GmbHG, Band 3: §§ 53–88, 11. Aufl. 2015, vor § 64 Rn. 69; nunmehr zweifelnd Scholz/*Bitter*, vor § 64, Rn. 102.

⁹ Vgl. zu den – letztlich abzulehnenden – Erwägungen § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf die Rückzahlung privatautonom subordinierter Darlehensforderungen anzuwenden noch unter D.III.2.

vergleichbar ist.¹⁰ Fraglich kann allenfalls sein – und in diese Richtung zielen auch die Überlegungen Bitters –, ob und unter welchen Voraussetzungen auf der Grundlage eines Rangrücktritts Dritter eine Ausbuchung der betroffenen Verbindlichkeit aus der Überschuldungsbilanz in Betracht kommt. Die grundsätzliche Möglichkeit eines Rangrücktritts durch Dritte wird dadurch aber nicht in Frage gestellt.

2. Sachliche Reichweite

Inhalt und Reichweite des Rangrücktritts legen die Parteien fest.¹¹ Zwingende Voraussetzungen an die Reichweite ergeben sich aber in Sanierungssituationen, in welcher die Schuldnerin den Rangrücktritt im Stadium der Krise mit einem Gläubiger zur Abwendung ihrer Insolvenz trifft, um die Forderung dieses Gläubigers nicht länger in der Überschuldungsbilanz berücksichtigen zu müssen und die Stellung eines Insolvenzantrages zu vermeiden.¹² Es stellt sich dann die Frage, welche konkrete Ausgestaltung ein Rangrücktritt haben muss, um diese insolvenzvermeidende Wirkung zu haben, also eine Suspendierung der Insolvenzantragspflicht rechtfertigen zu können. Im Ausgangspunkt wollen die Parteien des Rangrücktritts den Drittgläubigern nämlich stets nur so wenig Risiken wie möglich abnehmen, jedoch gerade so viel wie nötig, um der Insolvenzantragspflicht zu entkommen.¹³

a) Tiefe des Rangrücktritts

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung vor Inkrafttreten des MoMiG brauchte eine Forderung nur dann nicht in der Überschuldungsbilanz passiviert zu werden, wenn der betreffende Gläubiger erklärt hatte, seine Forderung solle erst nach Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen der Gesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handle es sich

¹⁰ In diesem Sinne gegen einen zwingenden Zusammenhang von Nachrang und Insolvenzanfechtung zuvor auch noch *Bitter*, ZIP 2013, 2, 4.

¹¹ BGH, NJW 2019, 1446, Rz. 24; K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen, § 39, Rn. 23; Baumbach/Hueck/Haas, vor § 64, Rn. 68 ff.

¹² In dieser Funktion als Sanierungsinstrument wird der Hauptanwendungsfall absoluter Rangrücktritte erblickt, vgl. *Pöschke*, NZG 2017, 1408, 1408; *Habersack*, ZGR 2000, 384, 400; *Schulze-Osterloh*, WPg 1996, 97, 97; GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 179. Ein relativer Rangrücktritt kann eine solche Wirkung von vornherein nicht entfalten, vgl. *Scholz/Bitter*, vor § 64, Rn. 103.

¹³ *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428, 429.

um statutarisches Kapital.¹⁴ Nach Inkrafttreten des MoMiG kann die Erklärung im Einklang mit dem Wortlaut der §§ 19 Abs. 2 Satz 2, 39 Abs. 2 InsO hingegen darauf beschränkt werden, hinter die Forderungen aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zurückzutreten.¹⁵

b) Zeitliche Reichweite des Rangrücktritts

In zeitlicher Hinsicht ist erforderlich, dass sich der Rangrücktritt auch auf den Zeitraum vor Insolvenzeröffnung erstreckt.¹⁶ Ein Überschuldungsstatus, der eine dem Rangrücktritt in der Insolvenz unterliegende Forderung, die vorinsolvenzlich aber durchsetzbar bliebe, unberücksichtigt ließe, würde die Schuldendeckungsfähigkeit nämlich nicht zutreffend abbilden. Es würde ein Zustand wiedergegeben, der in Wahrheit erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens besteht.¹⁷

Die Forderung nach einem vorinsolvenzlichen Rangverhältnis ist insoweit erklärungsbedürftig, als das deutsche Zivilrecht (außerhalb der Insolvenz) grundsätzlich keine Rangordnung unter mehreren gegen denselben Schuldner gerichteten Forderungen vorsieht, da es insoweit an einer Kollision von Rechten fehlt und der Schuldner alle gegen ihn gerichteten Forderung gleichermaßen zu erfüllen hat.¹⁸ Richtigerweise geht es bei der vorinsolvenzlichen Komponente des Rangrücktritts daher nicht um die Festlegung eines Ranges im eigentlichen Sinne, sondern um die Bestimmung einer zeitlichen Reihenfolge der Befriedigung. Es steht nicht die Verteilung einer vorhandenen Vermögensmasse auf gleichzeitig bestehende Ansprüche in Rede, sondern die Frage, ob die vorhandene Liquidität in zeitlicher Reihenfolge primär für bestimmte Forderungen eingesetzt wird.¹⁹

¹⁴ Vgl. nur BGHZ 146, 264, 271 m. w. N.

¹⁵ BGHZ 204, 231, Rz. 18; K. Schmidt *InsO/K. Schmidt/Herchen*, § 39, Rn. 23; BeckOK-*InsO/Prosteder/Dachner*, 39, Rn. 114; K. Schmidt, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Rn. 2.370.

¹⁶ BGHZ 204, 231, Rz. 19; BeckOK-*InsO/Prosteder/Dachner*, 39 Rn. 115; vgl. nur K. Schmidt *InsO/K. Schmidt/Herchen*, § 39 Rn. 22; K. Schmidt, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Rn. 2.371; auch bereits *Knobbe-Keuk*, ZIP, 1983, 127, 129; K. Schmidt, FS Goerdeler, S. 487, 499 f.

¹⁷ Scholz/*Bitter*, vor § 64, Rn. 95.

¹⁸ *Mayer*, Nachrang, S. 37.

¹⁹ *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428, 437 f.

c) Unaufhebbarkeit des Rangrücktritts

Neben der zeitlichen und sachlichen Reichweite verlangt der BGH, dass der Rangrücktritt im Zeitraum drohender Insolvenz unaufhebbar ist und damit „den Gläubigern eine gesicherte Rechtsposition verschafft wird“.²⁰ Anderenfalls könne die Suspendierung der öffentlich-rechtlichen Insolvenzantragspflicht nicht gerechtfertigt werden. Die Begründung eines selbständigen Rechts der Gläubiger sei bei einem Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung „stets miterklärt“ und es handle sich um einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB.²¹ In der Krise der Gesellschaft sei der Rangrücktritt daher nicht ohne Mitwirkung der Gesellschaftsgläubiger aufhebbar.²² Zahlungen entgegen dem Rangrücktritt seien grundsätzlich nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB kondizierbar²³ und durch den Insolvenzverwalter nach § 134 InsO als unentgeltliche, weil rechtsgrundlose Leistungen anfechtbar.²⁴

3. Würdigung im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand

Aus Sicht der Drittgläubiger stellt sich die Vereinbarung eines insolvenzvermeidenden Rangrücktritts als zweiseitig dar. Einerseits liegt es in ihrem Interesse, mit ihren Forderungen vorrangig befriedigt zu werden. Andererseits birgt das dadurch bewirkte Hinausschieben der Insolvenz auch Risiken.²⁵ Die Insolvenzantragspflicht bei juristischen Personen dient nämlich ihrerseits dem präventiven Gläubigerschutz, indem eine Verschleppung der Insolvenz bei gleichzeitig fehlender persönlicher Haftung einer natürlichen Person verhindert wird.²⁶ Die rechtzeitige Einleitung des Insolvenzverfahrens dient dem Schutz der Gläubiger vor weiterer Verringerung der ihnen gebüh-

²⁰ BGHZ 204, 231, Rz. 38.

²¹ BGHZ 204, 231, Rz. 38; zustimmend *Poelzig*, BB 2015, 973, 980; *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 638; *Farian*, GmbHR 2015, 472, 478 ff.; *Bork*, EWiR 2015, 219, 220; *Westpfahl/Kresser*, DB 2016, 33, 35; *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428; *Bitter*, ZIP 2019, 146.

²² BGHZ 204, 231, Rz. 42.

²³ BGHZ 204, 231, Rz. 27 ff., zugleich aber darauf hinweisend, dass oftmals § 814 BGB entgegenstehe (Rz. 44 ff.).

²⁴ BGHZ 204, 231, Rz. 47 ff.

²⁵ *Ekkenga*, ZIP 2017, 1493, 1499.

²⁶ *BegrRegE MoMiG*, BT Drucks. 16/6140, 55; *MüKoInsO/Klöhn*, § 15a, Rn. 7; *Baumbach/Hueck/Haas*, § 64, Rn. 144; *K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen*, § 15a, Rn. 1.

renden Haftungsmasse.²⁷ Der Zeitpunkt, in dem ein Insolvenzgrund vorliegt, markiert aus ihrer Sicht den Punkt, ab dem sich eine Fortführung durch die Unternehmensleiter als *wrongful trading* zu ihren Lasten darstellt.²⁸

Während die Vereinbarung eines insolvenzvermeidenden Rangrücktritts aus Sicht der Drittgläubiger daher zunächst weder per se nützlich noch schädlich ist, kann eine Gefährdung ihrer Interessen eintreten, wenn trotz Vereinbarung eines vorinsolvenzlichen Rangrücktritts auf die in Rede stehende Forderung gezahlt und damit die Vermögensmasse der Schuldnerin in der Krise (weiter) geschmälert wird. Rechtsfolgen und Sanktionen einer solchen Zahlung hängen maßgeblich von der Rechtsnatur des Rangrücktritts ab.

Diese ist im Einzelfall durch Auslegung der getroffenen Vereinbarung zu ermitteln.²⁹ Die Parteien haben es in der Hand, eine Durchsetzungssperre in Gestalt eines *pactum de non petendo* oder darüber hinaus eine echte Zahlungssperre unter Ausschluss der Erfüllbarkeit der Forderung zu vereinbaren.³⁰ Bei einem im Rahmen einer Mezzanine-Finanzierung vereinbarten Rangrücktritt können beide Konstellationen vorkommen, denn ein solcher ist von einem Rangrücktritt als Mittel der Insolvenzvermeidung grundsätzlich zu unterscheiden.³¹ Im Rahmen einer Mezzanine-Finanzierung geht es den Parteien in erster Linie darum, durch Vereinbarung des Rangrücktritts bilanzielles Eigenkapital zu schaffen oder das Kreditrating der Gesellschaft durch Schaffung wirtschaftlichen Eigenkapitals zu verbessern.³² Letzteres kann – je nach Methodik des maßgeblichen Ratings – auch durch einen Rangrücktritt erreicht werden, der die Voraussetzungen einer Überschuldungsvermeidung nicht erfüllt.³³ Im Rahmen einer interessengerechten Auslegung ist ein solcher von den Parteien verfolgter Zweck zu berücksichtigen.³⁴

Liegt der Zweck der Vereinbarung (auch) in der Vermeidung der Überschuldung, so ist auch dies im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen. Ob in diesen Fällen eine Zahlungssperre unter Ausschluss der Erfüllbarkeit

²⁷ BegrRegE MoMiG, BT Drucks. 16/6140, 55; BGHZ 29, 100, 105; MüKoInsO/Klöhn, § 15a, Rn. 27; K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen, § 15a, Rn. 1.

²⁸ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen, § 15a, Rn. 1.

²⁹ BGHZ 204, 231, Rz. 24; Mock, NZI 2014, 102, 103; Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005, 1010; K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen, § 39, Rn. 22.

³⁰ BGH, NJW 2019, 1446, Rz. 24; Bitter/Heim, ZIP 2015, 638, 646; Bitter, ZIP 2019, 146, 152 f.

³¹ Zu dieser grundlegenden Unterscheidung auch bereits Fleischer, Finanzplan-kredit, S. 281 f.

³² So auch Mayer, Nachrang, S. 140 mit dem Hinweis, dass in der angloamerikanischen Rechtspraxis Rangrücktritte eingesetzt würden, obwohl dort eine Überschuldungsprüfung nach deutschem Vorbild nicht stattfindet.

³³ Zur Aufnahme wirtschaftlichen Eigenkapitals oben unter B.II.1.b).

³⁴ BGHZ 131, 136, 138; Staudinger/Singer, § 133, Rn. 52.

der Forderung oder eine Durchsetzungssperre in Gestalt eines *pactum de non petendo* vereinbart ist, hängt davon ab, ob letzteres für die Ausbuchung aus der Überschuldungsbilanz genügt. Die besseren Gründe sprechen dafür, dass dies der Fall ist.³⁵ Die Frage der Überschuldung einer Gesellschaft kann sich nur daran bemessen, ob sie diejenigen Zahlungspflichten erfüllen kann, die sie erfüllen muss. Ob es darüber hinaus Forderungen gibt, die sie erfüllen kann, spielt keine Rolle.

Ein Schutz gegen eine sogenannte Spontaninsolvenz, die dadurch ausgelöst wird, dass die Gesellschaft auf eine Forderung zahlt, obwohl sie dies nicht muss, ist gesetzlich nicht vorgesehen und auch nicht das Ziel der Parteien einer Rangrücktrittsvereinbarung.³⁶ Es ist nicht ihr Anliegen, zu vermeiden, dass die Schuldnerin durch Zahlung auf eine nicht durchsetzbare Forderung die Insolvenz selbst herbeiführt.³⁷ Auch auf der Aktivseite der Überschuldungsbilanz sind Vermögensgüter unabhängig davon auszuweisen, dass die Gesellschaft sich dieser jederzeit ohne Zutun der Gläubiger begeben kann.³⁸ Ganz in diesem Sinne hat der BGH in der Sache *STAR 21* entschieden, dass eine Patronatserklärung gegenüber der Gesellschaft auch in der Krise mit Wirkung für die Zukunft wirksam gekündigt werden kann.³⁹ Auch hierin kommt zum Ausdruck, dass die Gläubiger nicht vor einer Spontaninsolvenz durch Abzug von Aktiva geschützt sind.⁴⁰ Dies muss gleichermaßen

³⁵ K. Schmidt, ZIP 2015, 901, 910; K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen, § 39, Rn. 22; K. Schmidt, FS Goerdeler, S. 487, 500; K. Schmidt, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Rn. 5.137.

³⁶ Zutreffend K. Schmidt, ZIP 2015, 901, 908. Folgerichtig ist der Hinweis von Ekkenga, ZIP 2017, 1493, 1494, dass es ausgehend von der Prämisse des BGH, dass eine Spontaninsolvenz durch einvernehmliche Aufhebung des Rangrücktritts nicht hinnehmbar sei, überschuldungsneutrales Fremdkapital gar nicht geben könne.

³⁷ Entgegen Fleischer, Finanzplankredit, S. 286 geht es also nicht darum zu verhindern, dass eine nicht im Überschuldungsstatus ausgewiesene Verbindlichkeit befriedigt wird, sondern darum, dass diese nicht befriedigt werden muss.

³⁸ K. Schmidt, ZIP 2015, 901, 908.

³⁹ BGHZ 187, 69, Rz. 22 ff.

⁴⁰ Zutreffend K. Schmidt, ZIP 2015, 901, 908. Nicht zu folgen ist in diesem Zusammenhang der Argumentation Bitters, der auch in der STAR 21-Entscheidung die Idee der Unaufhebbarkeit infolge Drittschutzes angelegt sieht, da auch die Patronatserklärung nur mit begrenzter Wirkung *ex nunc* aufgehoben werden könne (Bitter, ZHR 181 (2017), 428, 434). Die Patronatserklärung kann schon wegen § 329 BGB nicht als Vertrag zugunsten Dritter qualifiziert werden (diesen Widerspruch andeutend auch Ekkenga, ZIP 2017, 1493, 1500 in Fußnote 77). Danach ist bei einer Erfüllungsübernahme im Zweifel gerade nicht anzunehmen, dass es sich um einen Vertrag zugunsten des Gläubigers handelt. Unter diese Vorschrift werden auch interne harte Patronatserklärungen gefasst, mit der Folge dass zutreffend von einer bloß reflexartigen Begünstigung der Gläubiger in Folge der Patronatserklärung gesprochen wird (zutreffend Hölzle/Klopp, KTS 2016, 335, 343).

für die Einbuchung von Passivposten in die Überschuldungsbilanz durch Aufhebung eines Rangrücktritts gelten.

Im Rahmen der Auslegung unspezifisch formulierter Rangrücktrittsvereinbarung, die (auch) insolvenzvermeidende Wirkung haben sollen, wird man daher in der Regel dazu gelangen, dass die Parteien lediglich eine Durchsetzungssperre vereinbart haben. Eine darüberhinausgehende Zahlungssperre unter Ausschluss der Erfüllbarkeit ist zur Insolvenzvermeidung nicht erforderlich und wird in dem Rangrücktritt daher nur dann zu erblicken sein, wenn der Wortlaut dies eindeutig nahelegt.⁴¹

II. Rechtsfolgen einer Zahlung entgegen der Rangrücktrittsvereinbarung

1. Zahlung trotz Zahlungsverbot: Konkludente Aufhebung des Rangrücktritts

Ergibt die Auslegung der Rangrücktrittsvereinbarung, dass nicht bloß eine Durchsetzungssperre, sondern darüber hinaus ein Zahlungsverbot vereinbart ist, so ist die Erfüllbarkeit der Forderung ausgeschlossen. Im Falle einer dennoch erfolgenden Zahlung ist zu prüfen, ob in der Zahlung ein konkludentes Angebot auf Aufhebung des Zahlungsverbotes erblickt werden kann, ob ein solches angenommen wurde und ob eine Aufhebungsvereinbarung innerhalb der Grenzen des allgemeinen Zivilrechts wirksam getroffen werden kann.

a) Konkludenter Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung

In einer entgegen dem Rangrücktritt erfolgenden Zahlung der Gesellschaft kann ein konkludentes Angebot auf Aufhebung der Rangrücktrittsvereinbarung liegen.⁴² Als konkludente Willenserklärung bezeichnet man ein Verhalten, das zwar nicht unmittelbar einen bestimmten Rechtsfolgewillen zum Ausdruck bringt, aber mittelbar den Schluss auf einen solchen ermöglicht.⁴³ Der Inhalt konkludenter Willenserklärungen ist durch Auslegung nach den

⁴¹ Die Formulierung der Rangrücktrittsvereinbarungen in dem vom BGH im März 2015 entschiedenen Fall „... nur ... verlangen kann“ hätte aber jedenfalls eine Auslegung des Rangrücktritts als Durchsetzungssperre und nicht als Zahlungsverbot nahegelegt. Zu diesem Ergebnis gelangt bei der Auslegung der konkreten Klausel zutreffend auch K. Schmidt, ZIP 2015, 901, 905.

⁴² K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, Band 3: §§ 53–88, 11. Aufl. 2015, § 64 Rn. 91; Altmeppen, ZIP 2013, 801, 805; offengelassen bei BGHZ 204, 231, Rz. 35.

⁴³ Vgl. nur Staudinger/Singer, vor § 116, Rn. 53.

allgemeinen Vorschriften der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.⁴⁴ Es ist darauf abzustellen, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste.⁴⁵ Dabei sind alle Erkenntnismöglichkeiten heranzuziehen, die dem Erklärungsempfänger bei gehöriger Anstrengung zur Verfügung standen.⁴⁶

Entscheidend ist daher im vorliegenden Zusammenhang, ob der Gläubiger aus dem Umstand, dass die Gesellschaft trotz der Vereinbarung des Rangrücktritts zahlt, auf einen rechtsgeschäftlichen Willen zur Aufhebung des Rangrücktritts schließen musste. Dies kann angenommen werden, wenn der Gläubiger erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass die Zahlung gegen den vereinbarten Rangrücktritt verstößt. Dies setzt voraus, dass der Gläubiger Kenntnis von der Krise der Gesellschaft hat oder hätte haben müssen. Dies kommt in Betracht, wenn die Gesellschaft dies kundtut oder dem Gläubiger – etwa aufgrund von Financial Covenants – eigene Erkenntnismöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Liegt in der Zahlung nach diesen Grundsätzen ein Angebot auf Aufhebung des ihr entgegenstehenden Rangrücktritts, so kommt die entsprechende Aufhebungsvereinbarung durch Annahme des Angebots durch den Gläubiger zustande. Grundsätzlich wird diese Annahmeerklärung als empfangsbedürftige Willenserklärung erst wirksam durch Zugang bei der Gesellschaft (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB). Insoweit ist aber davon auszugehen, dass § 151 Satz 1 Alt. 1 BGB eingreift und ein Zugang der Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten und damit entbehrlich ist.⁴⁷ Dies wird insbesondere angenommen bei für den Angebotsempfänger lediglich vorteilhaften Geschäften.⁴⁸ Die Aufhebung des Rangrücktritts stellt sich aus Sicht des Gläubigers als lediglich vorteilhaft dar, da er das Recht erwirbt, Befriedigung der Forderung zu verlangen.

Im Falle einer Banküberweisung genügt als Annahmeerklärung daher schon die unterlassene Zurückweisung des Betrages.⁴⁹ Als relevanten Zeitpunkt für das Unterlassen der Zurückweisung wird man dabei auf das Verstreichenlassen der Einwendungsfrist gegen den Rechnungsabschluss abzu-

⁴⁴ BGH, NJW-RR 2005, 639; Staudinger/Singer, vor § 116, Rn. 53; MüKoBGB/Armbrüster, vor § 116, Rn. 6.

⁴⁵ MüKoBGB/Busche, § 133, Rn. 12.

⁴⁶ MüKoBGB/Busche, § 133, Rn. 34.

⁴⁷ Offengelassen bei BGHZ 204, 231, Rz. 35.

⁴⁸ MüKoBGB/Busche, § 151, Rn. 5; Staudinger/Bork, § 151, Rn. 8.

⁴⁹ Vgl. BGH, NJW 2006, 3777, 3778 wonach die widerspruchsfreie Annahme und folgende Verwahrung des überwiesenen Betrages zum konkludenten Abschluss eines Treuhandvertrages führen kann.

stellen haben.⁵⁰ Hierdurch bringt der Kontoinhaber die Akzeptanz des Rechnungsabschlusses insgesamt und damit auch der zu seinen Gunsten gebuchten Überweisungen zum Ausdruck. Jedenfalls in diesem Zeitpunkt liegt eine für die Annahme ohne Erklärung (§ 151 Satz 1 BGB) erforderliche objektive Willensbetätigung vor, aus der sich der Annahmewille ergibt. Auf einen Annahmewillen kann daraus aber wiederum nur geschlossen werden, wenn der Gläubiger zum relevanten Zeitpunkt wusste, dass die entgegengenommene Zahlung entgegen dem Rangrücktritt erfolgt ist.⁵¹

Nur soweit also der Mezzanine-Gläubiger um die Krise der Gesellschaft weiß oder diese hätte erkennen müssen, kann die Zahlung und ihre Entgegennahme als konkludente Aufhebung des Rangrücktritts gewertet werden. Soweit der Gläubiger hingegen keine dahingehende Kenntnis oder Erkenntnismöglichkeiten hat, ist dies nicht der Fall. Es handelt sich dann um eine gegen das Zahlungsverbot verstoßende Zahlung.

b) Keine Beschränkung der Aufhebbarkeit nach § 328 BGB

Der BGH geht davon aus, dass eine Aufhebungsvereinbarung nicht ohne Zustimmung der Gesellschaftsgläubiger geschlossen werden könne, da es sich bei der Vereinbarung eines Rangrücktritts um einen Vertrag zugunsten Dritter handle.⁵²

Dem ist zu widersprechen, denn es liegt bereits kein tauglicher Gegenstand einer Drittbegünstigung vor.⁵³ Nach § 328 BGB setzt ein Vertrag zugunsten Dritter die Einräumung eines Rechts auf Forderung einer Leistung voraus. Wird dies auch weit ausgelegt, so geht es dennoch stets um die Begründung einer Leistungspflicht des Versprechenden gegenüber dem Dritten.⁵⁴ Im vorliegenden Zusammenhang ist eine solche Leistungspflicht nicht gegeben. Ein Anspruch der Gläubiger auf Unterlassen einer Aufhebung des Rangrücktritts erweist sich insofern als untauglich. Zwar kann ein Anspruch auf Unterlassen tauglicher Zuwendungsgegenstand im Sinne des § 328 BGB sein.⁵⁵ Damit würde sich der zurücktretende Gläubiger aber letztlich nur schuldrechtlich verpflichten, eine dingliche Verfügung zu unterlassen, nämlich einen den

⁵⁰ Etwa die Sechswochenfrist der Nr. 7 Abs. 2 AGB-Banken.

⁵¹ Der Annehmende muss jedenfalls in Kenntnis der wahren Sachlage handeln, damit seine Willensbetätigung als Annahme zugerechnet werden kann; vgl. MüKoBGB/*Busche*, § 151, Rn. 10; Staudinger/*Bork*, § 151, Rn. 16.

⁵² BGHZ 204, 231, Rz. 35 ff.

⁵³ *Siller*, Nachrangdarlehen, S. 94 f.; kritisch diesbzgl. auch *Farian*, GmbHR 2015, 472, 479; *Bork*, EWiR 2015, 219, 220.

⁵⁴ Vgl. nur Staudinger/*Klump*, § 328, Rn. 38.

⁵⁵ Vgl. nur Staudinger/*Klump*, § 328, Rn. 41.

Rangrücktritt umkehrenden Schuldänderungsvertrag zu schließen.⁵⁶ Eine verfügungsbeschränkende Wirkung könnte eine solche Vereinbarung hingegen wegen § 137 BGB nicht haben.⁵⁷ Eine Aufhebungssperre, wie sie der BGH vor Augen hat, wäre damit nicht begründet, sondern eine Aufhebung des Rangrücktritts könnte allenfalls Schadensersatzansprüche zur Folge haben.⁵⁸

Zum Teil wird erwogen, der Gegenstand der Drittbegünstigung könne in der Zuordnung der auf die Nachrangforderung entfallenden Insolvenzquote an die übrigen Gläubiger liegen.⁵⁹ Verfügungsverträge zugunsten Dritter werden von der Rechtsprechung allerdings für unzulässig gehalten.⁶⁰ Darüber hinaus wäre die vom BGH angenommene zeitliche Reichweite der Drittbegünstigung nicht zu begründen. Der BGH geht nämlich davon aus, dass ein Recht der Gläubiger begründet wird, sobald keine zur Deckung sämtlicher Verbindlichkeiten genügende Vermögensmasse mehr vorhanden ist und die Insolvenzreife der Schuldnerin vorliegt.⁶¹ Eine Verfügung über die auf die Nachrangforderung entfallende Insolvenzquote könnte jedoch erst im eröffneten Insolvenzverfahren relevant werden und erst dann gefordert werden, sodass das Recht der Gläubiger erst dann entstünde und der Nachrang vor Verfahrenseröffnung jederzeit aufhebbar bliebe.

Soweit schließlich der Gegenstand der Drittbegünstigung in dem Recht erblickt wird, an der Aufhebung des Rangrücktritts mitzuwirken,⁶² vertauscht dies Tatbestand und Rechtsfolge des § 328 BGB. Das aus § 328 Abs. 2 BGB abgeleitete „Recht“ zur Mitwirkung bei der Aufhebung eines Rechts setzt gerade dessen vorangegangene Begründung voraus.

Der Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter steht zudem entgegen, dass dies für anfängliche Rangrücktritte von vornherein ausscheiden muss. Während für den BGH kein Anlass bestand, sich zu dieser Frage zu äußern, nimmt Fleischer an, dass im Falle eines anfänglich vereinbarten Rangrücktritts von einem aufschiebend bedingten Vertrag zugunsten Dritter auszugehen sei.⁶³ Auch wenn es den Parteien zunächst nicht auf die Überwindung einer akuten Insolvenzgefahr ankomme, sondern auf die Verbesserung der

⁵⁶ *Berger*, ZInsO 2015, 1938, 1945 f.

⁵⁷ *Siller*, Nachrangdarlehen, S. 95.

⁵⁸ Dazu *Berger*, ZIP 2016, 1, 5, der in Anlehnung an die Insolvenzverschleppungshaftung einen Anspruch der Altgläubigern auf Ersatz des Quotenschadens und der Neugläubiger auf Ersatz des Vertrauensschadens befürwortet.

⁵⁹ *Mayer*, Nachrang, S. 248.

⁶⁰ Vgl. etwa BGH, NJW 1994, 2483, 2484; BGH, NJW 2010, 64, Rz. 16.

⁶¹ BGHZ 204, 231, Rz. 42.

⁶² So scheinbar *Berger*, ZIP 2016, 1, 2.

⁶³ *Fleischer*, Finanzplankredit, 293 f.

Kapitalstruktur, so sei es doch „notwendiges Zwischenziel“, den übrigen Gesellschaftsgläubigern eine selbständige Rechtsposition zu verschaffen.⁶⁴

Dies kann nicht überzeugen, sofern man den Rangrücktritt mit dem BGH als verfügenden Schuldänderungsvertrag versteht.⁶⁵ Im Falle des anfänglichen Rangrücktritts kommt die Forderung von vornherein nur nachrangig zur Entstehung, sodass von einer Schuldänderung keine Rede sein kann.⁶⁶ Allenfalls könnte die Drittbegünstigung also in der Finanzierungsabrede selbst liegen. Auch dies ist aber nicht der Fall, denn den Gläubigern wird durch Begründung der nachrangigen Verbindlichkeit lediglich „nichts genommen“, da für die Zukunft ausgeschlossen ist, dass der von vornherein nachrangige Gläubiger zu ihnen in Verteilungskonkurrenz tritt. Zugewendet wird ihnen nichts, sondern ihre Position bleibt unverändert. Hierin kann kein Vertrag zugunsten Dritter erblickt werden. Wollte man folgerichtig in der nachträglichen Vereinbarung eines Rangrücktritts einen drittbegünstigenden und daher in der Krise unaufhebbaren Vertrag erblicken, während anfänglich vereinbarte Rangrücktritte jederzeit aufgehoben werden könnten, so läge darin eine offensichtlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung. Aus der maßgeblichen Perspektive der betroffenen Drittgläubiger kann es nämlich nicht darauf ankommen, wann der Rangrücktritt vereinbart wurde.

Dass die Qualifikation als Vertrag zugunsten Dritter nicht haltbar ist, zeigt sich auch daran, dass die Behandlung des Zurückweisungsrechts nach § 333 BGB nicht sinnvoll zu begründen ist.⁶⁷ Die Vorschrift eröffnet dem durch Vertrag zugunsten Dritter Begünstigten die Möglichkeit, das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurückzuweisen. Dies stellt unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie das Gegenstück zu dem Umstand dar, dass er das Recht zunächst einmal ohne sein Wissen und ohne seine Mitwirkung erlangt.⁶⁸

Im Falle des Rangrücktritts würde eine Anwendung des § 333 BGB bedeuten, dass das Zurückweisungsrecht jedem einzelnen Drittgläubiger zuzubilligen wäre mit der Folge, dass der Nachrang bei Ausübung ihm gegenüber nicht wirkt. Das wiederum hätte zur Folge, dass es sich nicht mehr um einen absoluten Nachrang handeln und eine überschuldungsvermeidende Wirkung mit sofortiger Wirkung ausscheiden würde. Wenn aber ein jeder Gläubiger die Insolvenz der Schuldnerin durch Erklärung der Zurückweisung herbeiführen könnte, so wäre angesichts der daraus resultierenden Unsicherheit für

⁶⁴ *Fleischer*, Finanzplankredit, S. 294.

⁶⁵ BGHZ 204, 231, Rz. 27.

⁶⁶ Insoweit auch *Fleischer*, Finanzplankredit, S. 287 (Fn. 1024), der stattdessen von einem atypischen Darlehensvertrag spricht.

⁶⁷ *Ekkenga*, ZIP 2017, 1493, 1499 f.

⁶⁸ Vgl. nur *Staudinger/Klump*, § 333, Rn. 1 f.

die übrigen Gläubiger nichts gewonnen. Jedenfalls wäre entgegen dem BGH keine „gesicherte Rechtsposition“ erreicht. Zudem ist zu beachten, dass das Zurückweisungsrecht alleine gegenüber dem Rangrücktrittsgläubiger als Versprechenden ausgeübt werden könnte und eine Erklärung gegenüber der Gesellschaft als Versprechensempfängerin weder ausreichend noch erforderlich wäre.⁶⁹ Für die Gesellschaft bestünde daher ein unzumutbarer Zustand der Ungewissheit über ihre Insolvenzantragspflicht.

Es ist auch keineswegs abwegig, dass ein Gläubiger das Zurückweisungsrecht ausübt. Zwar begibt er sich damit freiwillig in Verteilungskonkurrenz und schmälert seine Befriedigungsaussichten. Denkbar ist dies aber in der Situation, in welcher der Gläubiger das Scheitern der Sanierung absieht und aus Furcht vor einer weiteren Schmälerung der (zukünftigen) Insolvenzmasse die Notbremse ziehen und in das geordnete Verteilungsverfahren der Insolvenzordnung übergehen will.⁷⁰ Nicht zuletzt hieran zeigt sich, dass die Qualifikation des Rangrücktritts als Vertrag zugunsten Dritter eine untaugliche Hilfskonstruktion ist. Die Parteien der Rangrücktrittsvereinbarung bezwecken nicht den Schutz der Drittgläubiger, sondern der Schuldnerin (und ihrer Organe) vor der Insolvenzantragspflicht.⁷¹ Die Wirkung auf die Drittgläubiger, die im Übrigen nur bei Gelingen der Sanierung positiv ist, ist nur ein Reflex.

c) Sittenwidrigkeit als allgemeine Grenze der Aufhebbarkeit

Grenzen für die Aufhebung einer Rangrücktrittsvereinbarung können sich aus den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht ergeben.⁷² Dies betrifft Konstellationen, in welchen der Vertreter der Gesellschaft mit dem Rangrücktrittsgläubiger bewusst zum Nachteil der vertretenen Gesellschaft zusammenwirkt, was zur Nichtigkeit der getroffenen Abrede nach § 138 BGB führt.⁷³ Dies liegt insbesondere in Situationen nahe, in denen ein im Rang zurückgetretener Gläubiger auf die Geschäftsführung einwirkt, um diese zur Aufhebung des Rangrücktritts und Zahlung an sich zu bewegen.⁷⁴

⁶⁹ Staudinger/Klump, § 333, Rn. 12.

⁷⁰ In diesem Sinne *Ekkenga*, ZIP 2017, 1493, 1500.

⁷¹ *K. Schmidt*, ZIP 2015, 901, 909; insoweit auch bereits *Habersack*, ZGR 2000, 384, 405.

⁷² *Habersack*, ZGR 2000, 384, 409; *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1241, 1247.

⁷³ Vgl. nur *MüKoBGB/Armbrüster*, § 138, Rn. 165 mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH und zur Literatur.

⁷⁴ In diesen Fällen wird auch eine Haftung des Mezzanine-Gläubigers nach § 117 AktG in Betracht zu ziehen sein, vgl. dazu unter D.IV.1.

Eine weitere Grenze für Aufhebungsvereinbarungen wird in der Sittenwidrigkeit wegen des allgemeinen Grundsatzes des Verbotes der Gläubigerbenachteiligung erblickt. Hierzu wird beispielhaft der Fall angeführt, dass der Gläubiger weiß, dass der Schuldner mit der Aufhebung des Rangrücktritts eine vertragliche Rechtspflicht gegenüber Drittgläubigern verletzt.⁷⁵ In solchen Fällen, in denen die Beteiligten bewusst den Zweck verfolgen, schuldrechtliche Rechte Dritter zu vereiteln, ist die getroffenen Abrede nach § 138 BGB nichtig.⁷⁶ Jenseits der Fälle, in denen es den Parteien darum geht, bestimmte ausdrücklich vereinbarte Rechte bestimmter Gläubiger zu vereiteln, hat die Fallgruppe der sittenwidrigen Gläubigerbenachteiligung hingegen keine Bedeutung, da es insoweit an einem konkret vereitelten Recht fehlt.

d) Bereicherungsrechtliche Rückgewähransprüche

Wird ein Zahlungsverbot wirksam aufgehoben, kommt eine Kondiktion der daraufhin oder zugleich geleisteten Zahlungen nicht in Betracht. Der Ausschluss der Tilgungswirkung fällt mit der Aufhebung *ex nunc* weg und es wird daher nicht auf eine Nichtschuld gleistet.

Liegt hingegen keine wirksame Aufhebung des Rangrücktritts vor, kommt eine Kondiktion nach § 812 Abs. 1 BGB zwar grundsätzlich in Betracht.⁷⁷ In einem solchen Fall liegt allerdings der Kondiktionsausschluss nach § 814 BGB nahe, da die Gesellschaft in der Regel Kenntnis davon haben wird, dass die Leistung entgegen dem Rangrücktritt erfolgt.⁷⁸

2. Zahlung trotz Durchsetzungssperre

Ergibt die Auslegung, dass eine Durchsetzungssperre in Gestalt eines *pactum de non petendo* vereinbart ist, kann die Gesellschaft auch in der kritischen Phase die Forderung jederzeit erfüllen, anstatt sich auf den Rangrücktritt zu berufen. Die Durchsetzungssperre begründet lediglich eine Einrede der Gesellschaft, welche von ihr nicht geltend gemacht werden muss.⁷⁹ Die Frage nach einer Aufhebung des Rangrücktritts stellt sich daher nicht.

⁷⁵ Mayer, Nachrang, S. 252; Gunßer, GmbHR 2010, 1250, 1252.

⁷⁶ Vgl. nur MüKoBGB/Armbrüster, § 138, Rn. 166 mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH und zur Literatur.

⁷⁷ Habersack, ZGR 2000, 384, 404.

⁷⁸ Habersack, ZGR 2000, 384, 404.

⁷⁹ Zutreffend K. Schmidt, ZIP 2015, 901, 910: „einseitig wirkende Durchsetzungssperre“.

Die Kondiktion einer trotz Durchsetzungssperre geleisteten Zahlung kommt nicht in Betracht. Eine Rückforderung wegen Nichtschuld (*condictio indebiti*) nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB scheidet aus, denn sie erfasst nur Fälle des Fehlschlagens der *causa solvendi*, also das Ausbleiben des erstrebten Tilgungseffekts.⁸⁰ Damit von einer solchen fehlenden Tilgungswirkung die Rede sein kann, muss die Erfüllbarkeit ausgeschlossen sein, was bei einer Durchsetzungssperre nicht der Fall ist.

Auch eine Kondiktion nach § 813 Abs. 1 BGB scheidet aus, da es sich bei der Durchsetzungssperre nicht um eine dauerhafte Einrede handelt.⁸¹ Das ergibt sich daraus, dass die Einrede – je nach Formulierung der Klausel – nur besteht, solange eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin besteht oder droht. Daher wird nach § 813 Abs. 2 BGB schuldbefreiend auf eine betagte Forderung geleistet, sodass eine Rückforderung ausgeschlossen ist.⁸²

3. Allgemeine Tatbestände der Insolvenzanfechtung

Jede Insolvenzanfechtung setzt gemäß § 129 Abs. 1 InsO eine Rechtshandlung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens sowie eine dadurch bewirkte Benachteiligung der Insolvenzgläubiger voraus. Der Begriff der Rechtshandlung ist weit auszulegen und umfasst insbesondere Willenserklärungen als Bestandteile von Rechtsgeschäften aller Art, namentlich von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften.⁸³ Damit kommen als Anknüpfungspunkte einer Insolvenzanfechtung im vorliegenden Zusammenhang sowohl die Zahlung selbst als auch die vorherige oder gleichzeitige Aufhebung des Rangrücktritts in Betracht.

Das allgemeine Erfordernis einer Gläubigerbenachteiligung durch die Rechtshandlung setzt voraus, dass entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt wird und sich dadurch die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger schlechter gestalten als ohne die Handlung.⁸⁴ Diese allgemeine Voraussetzung soll vermeiden, dass die Gläubiger infolge der Anfechtung Vorteile erhalten, die ihnen auch ohne die fragliche Rechtshandlung nicht zugestanden hätten.⁸⁵ Bei der Tilgung einer Verbind-

⁸⁰ Vgl. nur Staudinger/Lorenz, § 812, Rn. 78.

⁸¹ OLG Düsseldorf, WM 2014, 2218, 2222; LG Düsseldorf, 28.05.2013 – 13 O 465/11, juris, Rz. 15 ff.

⁸² K. Schmidt, ZIP 2015, 901, 910; Schulze-Osterloh, WPg 1996, 97, 98.

⁸³ Vgl. nur HK-InsO/Thole, § 129, Rn. 15.

⁸⁴ Vgl. nur HK-InsO/Thole, § 129, Rn. 44.

⁸⁵ MüKoInsO/Kayser/Freudenberg, § 129, Rn. 76.

lichkeit der Gesellschaft liegt regelmäßig eine Gläubigerbenachteiligung vor, denn die Insolvenzgläubiger im Allgemeinen werden benachteiligt, wenn einer von ihnen volle Befriedigung erhält, während den anderen lediglich eine entsprechend geringere Quote bleibt.⁸⁶ Ebenso bildet die Aufhebung des Rangrücktritts einen tauglichen Anknüpfungspunkt, denn sie führt dazu, dass dem Gläubiger eine Position eingeräumt wird, die ihm nicht zustände.

Ob aus dem Vorliegen einer gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlung tatsächlich auch ein Anfechtungsrecht folgt, entscheidet sich anhand der spezifischen Tatbestände der §§ 130 ff. InsO. Im Folgenden soll es dabei zunächst nur um die allgemeinen Vorschriften der Insolvenzanfechtung wegen inkongruenter Deckung (§ 131 InsO), vorsätzlicher Benachteiligung (§ 133 InsO) sowie der unentgeltlichen Leistung (§ 134 InsO) gehen, während §§ 135 f. InsO als besondere, gesellschaftsrechtlich vermittelte Tatbestände unter Abschnitt D.III. auf ihre Anwendbarkeit untersucht werden.

a) Inkongruente Deckung (§ 131 InsO)

Nach § 131 InsO ist eine Rechtshandlung als inkongruente Deckung anfechtbar, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

Wird entgegen einem Rangrücktritt gezahlt, liegt eine inkongruente Deckung vor, da der Gläubiger die Befriedigung „nicht zu der Zeit“ beanspruchen konnte.⁸⁷ Dies gilt auch, wenn der vorinsolvenzliche Rangrücktritt lediglich eine Durchsetzungssperre begründet, da es für eine Inkongruenz ausreicht, dass der Forderung eine vorübergehende Einrede entgegensteht.⁸⁸ Auch eine etwaige Aufhebung des Rangrücktritts ändert an der Inkongruenz nichts, denn eine inkongruente Deckung liegt auch dann vor, wenn die Fälligkeit innerhalb der kritischen Zeit durch Vereinbarung herbeigeführt wird.⁸⁹ Diese Vereinbarung stellt für sich genommen eine anfechtbare Rechtshandlung dar, mit der der Schuldner dem Gläubiger mehr Rechte einräumt, als diesem kraft seiner eigenen Rechtsstellung gebühren.⁹⁰ Der relevante Anfechtungszeitraum kann für eine Anfechtung nach § 131 InsO

⁸⁶ MüKoInsO/Kayser/Freudenberg, § 129, Rn. 104, 123.

⁸⁷ BGH, NJW 2019, 1446, Rz. 24.

⁸⁸ KPB/Schoppmeyer, § 131, Rn. 62; Kummer/Schäfer/Wagner/Schäfer, § 131, Rn. D86.

⁸⁹ BGH, NJW 2009, 2600, Rz. 14; MüKoInsO/Kayser/Freudenberg, § 131, Rn. 41b.

⁹⁰ BGH, NJW 2009, 2600, Rz. 14; MüKoInsO/Kayser/Freudenberg, § 131, Rn. 41b.

höchstens drei Monate betragen, was zu einer vergleichsweise geringen praktischen Bedeutung führt.⁹¹

b) Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)

Daneben kommt eine Anfechtung nach § 133 InsO in Betracht, sofern die Rechtshandlung vom Schuldner mit dem Vorsatz vorgenommen wurde, seine Gläubiger zu benachteiligen und der andere Teil diesen Vorsatz kannte.

Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz setzt dabei mindestens *dolus eventualis* und damit ein Wissens- und ein Wollenselement voraus.⁹² Das Wissenselement wird bejaht, wenn der Schuldner ernsthaft damit rechnet, in absehbarer Zeit nicht alle seine Gläubiger befriedigen zu können.⁹³ Das Wollenselement setzt voraus, dass der Schuldner die Benachteiligung der Gläubiger als mutmaßliche Folge der Rechtshandlung erkannt und gebilligt hat.⁹⁴

Eine Gesellschaft handelt daher beispielsweise dann mit Benachteiligungsvorsatz, wenn sie ernstlich Anlass hat, an ihrer zukünftigen Solvenz zu zweifeln und dennoch eine Ausschüttung an ihre Gesellschafter tätigt.⁹⁵ Auch die Rückführung eines Gesellschafterdarlehens „bei sich abzeichnender Krise“ wird als vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung qualifiziert.⁹⁶ Entscheidend ist, ob die Geschäftsleitung zum Zeitpunkt der Zahlung von der Krise der Gesellschaft wusste, was in der Regel zu bejahen sein wird.

Weitere Voraussetzung des § 133 InsO ist, dass der andere Teil Kenntnis von dem Benachteiligungsvorsatz hatte, wobei Kenntnis im Sinne positiven Wissens erforderlich ist.⁹⁷ Die Beweislast hierfür trägt der Insolvenzverwalter, doch soll insoweit eine inkongruente Deckung ein starkes Beweisanzeichen sein.⁹⁸ Zudem wird die Kenntnis nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligt. Dafür soll es genügen, dass der Gläubiger die Liquidität oder das Zahlungsverhalten des Schuldners wenigstens laienhaft bewerten kann und ein redlich Denkender

⁹¹ So auch der Befund bei *Eidenmüller/Engert*, FS K. Schmidt, S. 305, 317.

⁹² K. Schmidt *InsO/Ganter/Weinland*, § 133, Rn. 34.

⁹³ K. Schmidt *InsO/Ganter/Weinland*, § 133, Rn. 34.

⁹⁴ *MüKoInsO/Kayser/Freudenberg*, § 133, Rn. 13; *HmbKommInsO/Rogge/Lep-tien*, § 133, Rn. 18; *Uhlenbruck/Borries/Hirte*, § 133, Rn. 35.

⁹⁵ *Eidenmüller/Engert*, FS K. Schmidt, S. 305, 324 f.

⁹⁶ *Michalski/Dahl/Linnenbrink*, Systematische Darstellung 6, Rn. 156 f.

⁹⁷ K. Schmidt *InsO/Ganter/Weinland*, § 133, Rn. 73; *HmbKommInsO/Rogge/Lep-tien*, § 133, Rn. 29.

⁹⁸ K. Schmidt *InsO/Ganter/Weinland*, § 133, Rn. 74; *HmbKommInsO/Rogge/Lep-tien*, § 133, Rn. 54.

sich aufgrund des Verhaltens der Einsicht nicht verschließen kann, dem Schuldner drohe die Zahlungsunfähigkeit, wenn er nicht schon zahlungsunfähig ist.⁹⁹

Bei der Aufhebung eines Zahlungsverbotes werden diese Voraussetzungen erfüllt sein, denn eine solche Aufhebung erfolgt stets in dem Bewusstsein, dass der Rangrücktritt der Zahlung im Wege steht.¹⁰⁰ Im Falle einer Zahlung, die gegen eine Durchsetzungssperre oder ein Zahlungsverbot verstößt, ohne dieses gleichzeitig wirksam aufzuheben, kann die erforderliche Kenntnis des Gläubigers hingegen nur bejaht werden, wenn er Erkenntnismöglichkeiten hinsichtlich der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft hatte und nicht lediglich von einer vorübergehenden Zahlungsstockung ausgehen durfte.¹⁰¹

In allen Fällen beträgt der Anfechtungszeitraum nach § 133 Abs. 2 InsO vier Jahre, da es sich bei der Zahlung gegen einen Rangrücktritt um eine inkongruente Deckungshandlung handelt.¹⁰²

c) Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)

Fraglich ist, ob auch die Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung nach § 134 InsO relevant werden kann. Eine Leistung ist im Sinne der Norm unentgeltlich, wenn ein Vermögenswert aufgegeben wird, ohne dass dessen Empfänger eine ausgleichende Gegenleistung erbringt oder zu erbringen verpflichtet ist, also keine eigene Rechtsposition aufgibt, die der Leistung des Schuldners entspricht.¹⁰³ Leistet der Schuldner, weil er sich irrtümlich hierzu verpflichtet hält und steht ihm hinsichtlich der Leistung daher ein Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu, der nicht wegen § 814 BGB ausgeschlossen ist, so stellt dieser nach der Rechtsprechung des BGH einen Ausgleich für die Leistung dar, die daher nicht nach § 134 InsO anfechtbar sei.¹⁰⁴ Ist dem Schuldner hingegen bekannt, dass er auf eine nicht bestehende Verbindlichkeit leistet, handele es sich um eine unentgeltliche Leistung.¹⁰⁵

Wird entgegen eines Zahlungsverbotes gezahlt, ohne dass dieses wirksam aufgehoben wurde, so liegt eine rechtsgrundlose Leistung vor. Es tritt keine

⁹⁹ K. Schmidt *InsO/Ganter/Weinland*, § 133, Rn. 83.

¹⁰⁰ Dazu oben unter C.II.1.a).

¹⁰¹ Vgl. LG Düsseldorf, 28.05.2013 – 13 O 465/11, juris, Rz. 20.

¹⁰² Vgl. soeben unter C.II.3.a).

¹⁰³ BGH, NJW 2019, 1446, Rz. 10; HmbKommInsO/Rogge/Leptien, § 134, Rn. 17.

¹⁰⁴ BGH, NJW 2019, 1446, Rz. 10.

¹⁰⁵ BGH, NJW 2014, 305, Rz. 21. Dass der Zahlungsempfänger seinerseits irrtümlich davon ausgegangen ist, sein Anspruch habe in Höhe der Leistung bestanden, sei anfechtungsrechtlich ohne Belang; vgl. BGH ebenda.

Tilgungswirkung ein und die Gesellschaft erwirbt wegen § 814 BGB auch keinen Bereicherungsanspruch, welcher die Zahlung kompensieren würde. Daher liegt auch eine nach § 134 InsO anfechtbare unentgeltliche Leistung vor.¹⁰⁶

In den Fällen, in denen der Rangrücktritt in Gestalt einer Durchsetzungssperre vereinbart ist, kommt eine Anfechtung nach § 134 InsO hingegen nicht in Betracht. Da in diesen Fällen die Tilgungswirkung eintritt und der Gesellschaft daher ein Gegenwert in Gestalt der Befreiung von der Verbindlichkeit zukommt, scheidet eine Anfechtung nach § 134 InsO aus.¹⁰⁷

4. Zusammenfassung

Wird im Rahmen einer Mezzanine-Finanzierung ein Rangrücktritt vereinbart, so muss sich dieser nicht darauf beschränken, eine Verteilungsregelung im eröffneten Insolvenzverfahren zu bestimmen, sondern kann sich auch auf den Zeitraum vor Insolvenzeröffnung beziehen. Eine solche vorinsolvenzliche Zahlungsbeschränkung kann dabei als Durchsetzungssperre in Gestalt eines *pactum de non petendo* oder darüber hinaus als Zahlungsverbot, welches die Erfüllbarkeit der Forderung ausschließt, ausgestaltet sein. Unabhängig davon, welche dieser Gestaltungen man zur Annahme einer insolvenzvermeiden Wirkung des Rangrücktritts verlangt, ergibt sich die Reichweite im konkreten Fall stets im Wege der Auslegung der Parteivereinbarung.

Ergibt die Auslegung, dass eine Durchsetzungssperre vereinbart ist und zahlt die Gesellschaft, ohne sich auf diese zu berufen, bestehen hinsichtlich der geleisteten Zahlungen keine Kondiktionsansprüche. Jedoch kommt eine Insolvenzanfechtung wegen inkongruenter Deckung oder im Wege der Vorsatzanfechtung in Betracht.

Haben die Parteien ein Zahlungsverbot vereinbart, so ist dessen Aufhebung jederzeit möglich, unabhängig davon, ob die „kritische Phase“, in welcher der Rangrücktritt gilt, bereits eingetreten ist. Eine solche Aufhebung kann auch konkludent durch Zahlung und deren Entgegennahme erfolgen, jedoch nur, wenn der Gläubiger bei Empfang der Zahlung Kenntnis von der Krise der Gesellschaft hatte. Die Aufhebung ist dann zwar wirksam, doch ist sie wegen Kenntnis des Mezzanine-Gläubigers im Wege der Vorsatzanfechtung

¹⁰⁶ BGHZ 204, 231, Rz. 43 ff.; Uhlenbruck/*Borries/Hirte*, § 134, Rn. 49; K. Schmidt *InsO/Ganter/Weinland*, § 134, Rn. 16.

¹⁰⁷ Tendenziell auch K. Schmidt, ZIP 2015, 901, 910; abw., eine Anfechtung nach § 134 InsO wegen Verstoßes gegen einen Rangrücktritt in Gestalt eines *pactum de non petendo* erwägend, OLG Düsseldorf, WM 2014, 2218, 2221, sodann verneinend, dass eine solche Abrede im konkreten Fall getroffen war.

tung nach § 133 InsO anfechtbar. Der Anfechtungszeitraum beträgt insoweit vier Jahre.

Hat der Mezzanine-Gläubiger bei Empfang der Zahlung keine Kenntnis von der Krise der Gesellschaft, so liegt in Leistung und Entgegennahme der Zahlung keine konkludente Aufhebung des Zahlungsverbotes. Die Zahlung hat dann keine Tilgungswirkung. Eine an sich denkbare Kondition wird zwar an § 814 BGB scheitern, jedoch ist eine Insolvenzanfechtung nach § 134 InsO möglich. Der Anfechtungszeitraum beträgt insoweit ebenfalls vier Jahre.

III. Korporative Bindung nach den Grundsätzen des Finanzplankredits

Von den gewöhnlichen, mit einem Nachrang versehenen Finanzierungen sind die sogenannten Finanzplankredite zu unterscheiden. Während die Kapitalbindung bei Vereinbarung eines Rangrücktritts alleine auf schuldrechtlicher Grundlage eingegangen wird, zeichnet sich der sogenannte Finanzplankredit dadurch aus, dass die Bindung des Kapitals gesellschaftsrechtlich vermittelt ist.¹⁰⁸ Im Folgenden wird erörtert, inwiefern für Kapitalüberlassungen durch Dritte eine besondere Bindung aus den Grundsätzen über den Finanzplankredit abgeleitet werden kann.

1. Grundlagen

Der sogenannte Finanzplankredit ist nach gängigem Verständnis eine Darlehenszusage mit eigenkapitalähnlichen Elementen, wobei der Darlehensgeber in der Regel Gesellschafter ist und die Darlehenszusage nicht in erster Linie abgibt, um aus dem Darlehensgeschäft einen Gewinn zu erzielen, sondern im Hinblick auf seine Mitgliedschaft in der Gesellschaft zur Unterstützung des Gesellschaftszwecks.¹⁰⁹ Die Figur hat ihren Ursprung im sogenannten Einlagensplitting bei Publikums-Kommanditgesellschaften, deren Anleger neben ihrer Kommanditeinlage zugleich noch ein Darlehen zu gewähren oder eine stille Einlage zu leisten hatten.¹¹⁰ Diese Teilung der Einlage

¹⁰⁸ *Fleischer*, Finanzplankredit, S. 2; *Gunßer*, GmbHR 2010, 1250, 1253; *Buschmann*, NZG 2009, 91, 91; GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 187; *Michalski/Fleischer*, Systematische Darstellung 5, Rn. 127.

¹⁰⁹ Vgl. die Definition bei *Reiner*, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 14, Rn. 457.

¹¹⁰ So etwa die charakteristische Gestaltung im Fall BGHZ 70, 61, in welchem die Anleger nach dem Gesellschaftsvertrag stets ein hypothekenbesichertes Darlehen in vierfacher Höhe ihrer Kommanditeinlage zu gewähren hatten.

war in erster Linie steuermotiviert,¹¹¹ sollte den Anleger aber auch haftungstechnisch in der Insolvenz der Gesellschaft privilegieren, indem er den Fremdkapitalanteil als Gläubiger geltend machen können sollte.¹¹² Der BGH stellte sich dem entgegen und entwickelte ausgehend von diesen Fallkonstellationen die Figur des Eigenkapitalcharakters einer solchen gesplitteten Einlage, die zu einer Umqualifizierung des formellen Fremdkapitals in materielles Eigenkapital führen sollte.¹¹³

Über die Konstellationen der gesplitteten Einlage hinaus entwickelte sich die Figur des Fremdkapitals mit Eigenkapitalcharakter sodann unter dem Schlagwort Finanzplankredit weiter für alle Finanzierungsleistungen, die auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage beruhen und im Rahmen der Finanzplanung der Gesellschaft als feste Bausteine vorgesehen sind.¹¹⁴ Die so umschriebene Fallgruppe blieb auch nicht auf Publikums-Kommanditgesellschaften beschränkt, sondern wurde vom BGH auf die gewöhnliche GmbH & Co. KG¹¹⁵ und die GmbH¹¹⁶ ausgedehnt.

Nach Inkrafttreten des MoMiG wurde in der Literatur zum Teil in Frage gestellt, ob die Rechtsfigur der gesplitteten Einlage weiter Bedeutung haben würde¹¹⁷ und auch der BGH lies im Jahr 2010 offen, ob er an der Rechtsprechung festhalten würde.¹¹⁸ Im Mai 2017 entschied der BGH dann allerdings wieder über eine ausstehende Einlageverpflichtung eines stillen Gesellschafters im Abwicklungsstadium und bejahte eine solche unter Rückgriff auf seine Rechtsprechung aus den 1980ern.¹¹⁹

¹¹¹ Vgl. nur *Fleischer*, Finanzplankredit, S. 21 m.w.N. zum steuerlichen Hintergrund im Hinblick auf die Gesellschaftssteuer.

¹¹² *Florstedt*, ZIP 2017, 2433, 2437.

¹¹³ Erstmals in diesem Zusammenhang BGH, NJW 1980, 1522, 1523, wonach die dort gegenständliche stille Einlage die „Funktion von Eigenkapital“ gehabt habe und deshalb „Teil der Eigenkapitalausstattung“ gewesen sei.

¹¹⁴ BGHZ 104, 33, 38; *Fleischer*, Finanzplankredit, S. 2.

¹¹⁵ BGHZ 104, 33, dort zum Drei-Konten-Modell in der GmbH & Co. KG, in dessen Rahmen auf einem Darlehensfestkonto ständig ein Guthaben von 80% der Kapitaleinlage zu unterhalten war.

¹¹⁶ BGHZ 142, 116; zuvor bereits BGH, DStR 1997, 505.

¹¹⁷ Letztlich wird dies bejaht, vgl. *Buschmann*, NZG 2009, 91; *Gunßer*, GmbHR 2010, 1250; *Dittmer*, DZWIR 2014, 151.

¹¹⁸ BGHZ 187, 69, Rz. 28.

¹¹⁹ BGH, NZG 2017, 907, Rz. 13.

d) Rechtsgrundlage und Voraussetzung der Finanzplanbindung

Die Rechtsgrundlage der eigenkapitalgleichen Bindung des Kapitals liegt ausschließlich in der zwischen den Parteien getroffenen Abrede.¹²⁰ Es handelt es sich nicht um eine gesetzliche Umqualifizierung in Haftkapital, sondern um eine freiwillige Begründung desselben.¹²¹ Der BGH hatte zunächst über Fälle zu entscheiden, in denen diese Abrede im Gesellschaftsvertrag der Publikums-Kommanditgesellschaft niedergelegt war.¹²² Die spätere Rechtsprechung des BGH und heute einhellige Meinung gehen aber davon aus, dass die Finanzplanbindung sich auch aus einer schuldrechtlichen Nebenabrede zum Gesellschaftsvertrag ergeben kann.¹²³ In jedem Fall aber muss die Abrede korporationsrechtlicher Natur sein¹²⁴ und die Mittelüberlassung daher *causa societatis*, also mit Rücksicht auf die Mitgliedschaft erfolgen.¹²⁵

Voraussetzung zur Annahme eines Finanzplankredits ist, dass die Parteien vereinbart haben, den überlassenen Mitteln „einlageähnlichen Charakter“ zu verleihen und sie wie Einlagen zu behandeln.¹²⁶ Ob die Parteien dies vereinbart haben, ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung festzustellen, in deren Rahmen als Indizien insbesondere besonders günstige Kreditkonditionen, die Pflicht zur langfristigen Belassung oder das Fehlen einseitiger Kündigungsmöglichkeiten heranzuziehen sind.¹²⁷ Daneben kommt es stets darauf an, dass die Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszwecks unerlässlich sind.¹²⁸

¹²⁰ BGHZ 142, 116, 123; BGHZ 187, 69, Rz. 34; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, Anh. § 30, Rn. 25; GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 185; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 502; Gunßer, GmbHR 2010, 1250, 1253.

¹²¹ Habersack, ZGR 2000, 384, 412.

¹²² Vgl. die Sachverhalte bei BGHZ 70, 61; BGH, NJW 1980, 1522; BGH, NJW 1981, 2251.

¹²³ BGHZ 142, 116, Ls. a); Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, § 30, Rn. 95; GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 187; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, Anh. § 30, Rn. 25; Dittmer, DZWIR 2014, 151, 152; Gunßer, GmbHR 2010, 1250, 1253; Sieger/Aleth, GmbHR 2000, 462, 466.

¹²⁴ Gunßer, GmbHR 2010, 1250, 1253; Buschmann, NZG 2009, 91, 91; GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 187; K. Schmidt, ZIP 1999, 1241, 1249 spricht von einer kollektiven Bindung als Grundlage des Finanzplankredits; gleichsinnig nimmt MüKoGmbHG/Ekkenga, § 30, Rn. 72 Darlehen auf individualvertraglicher Grundlage aus.

¹²⁵ Habersack, ZHR 161 (1997), 457, 489.

¹²⁶ BGHZ 104, 33, 40; GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 185; Staudinger/Freitag, § 488, Rn. 90; MüKoGmbHG/Ekkenga, § 30, Rn. 72; Sieger/Aleth, GmbHR 2000, 462, 463 f.

¹²⁷ BGHZ 104, 33, 41; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, § 30, Rn. 94; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, Anh. § 30, Rn. 24; GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 188; MüKoGmbHG/Ekkenga, § 30, Rn. 72; Reiner, in: Ekkenga/Schröer, Kapi-

e) Rechtsfolgen der Finanzplanbindung

Aus der Tatsache, dass die Rechtsgrundlage der Finanzplanbindung alleine in der Parteiabrede liegt, folgt, dass sich die Rechtsfolgen der Bindung alleine nach der getroffenen Vereinbarung richten und unterschiedlich weit reichen können.¹²⁹ Zum einen kommt die Subordination der überlassenen Mittel in der Insolvenz in Betracht.¹³⁰ Zum anderen können Kündigungsrechte des Gläubigers ausgeschlossen und auch die Rückforderung beziehungsweise Verweigerung der Valutierung unter Berufung auf § 490 BGB versagt sein.¹³¹ Im Fall der stillen Beteiligung kann § 236 Abs. 2 HGB, wonach in der Insolvenz nur der zur Verlustdeckung erforderliche Anteil der stillen Einlage zu erbringen ist, ausgeschlossen sein.¹³²

Eine Anwendung der Vorschriften der Kapitalerhaltung oder des Gesellschafterdarlehensrechts folgt hingegen nicht alleine aus der Vereinbarung der Finanzplanbindung.¹³³ Im Bereich der Gesellschafterfinanzierung kommt es zwar zu einem Zusammentreffen, denn Finanzplankredite sind wie jedes andere Gesellschafterdarlehen zu behandeln und daher vom Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und von dem Tatbestand der Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfasst.¹³⁴ Der privatautonomen Bindung kommt dann jedoch nur insoweit Bedeutung zu, als die vereinbarten Rechtsfolgen der Kapitalbindung über die gesetzlichen Vorschriften des Gesellschafterdarlehensrechts hinausgehen. Insbesondere kann dies die Verpflichtung betreffen, das noch nicht erfüllte Darlehensversprechen auch in der

tel 14, Rn. 466; *Gunßer*, GmbHR 2010, 1250, 1253; *Sieger/Aleth*, GmbHR 2000, 462, 464.

¹²⁸ BGHZ 70, 61, 63; BGH, 03.07.1978 – II ZR 54/77, juris, Rz. 7; BGH, NJW 1980, 1522, 1523; BGH, NJW 1981, 2251, 2251 f.; BGHZ 104, 33, 41; *Sieger/Aleth*, GmbHR 2000, 462, 464; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, Anh. § 30, Rn. 24; a.A. *Habersack*, ZHR 161 (1997), 457, 481.

¹²⁹ Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 502; *Reiner*, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 14, Rn. 463; *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1241, 1249; *Sieger/Aleth*, GmbHR 2000, 462, 464.

¹³⁰ BGH, NJW 1981, 2251, 2252; BGHZ 104, 33; GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 186; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 504.

¹³¹ BGHZ 70, 61, 63 f.; BGH, 03.07.1978 – II ZR 54/77, juris, Rz. 8; BGHZ 93, 159, 161; BGHZ 142, 116, 121; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 506; *Reiner*, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 14, Rn. 460.

¹³² BGH, NJW 1980, 1522, 1523.

¹³³ Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, Anh. § 30, Rn. 27; *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1241, 1249; a.A. noch *Sieger/Aleth*, GmbHR 2000, 462, 468; *Habersack*, ZHR 161 (1997), 457, 490; nunmehr auf § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG abstellend aber GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, S. 189.

¹³⁴ *K. Schmidt* InsO/*K. Schmidt/Herchen*, § 39, Rn. 52; HK-InsO/*Ries/Kleindiek*, § 39, Rn. 36; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, Anh. § 64, Rn. 166; Baumbach/Hueck/*Haas*, Anh. § 64, Rn. 31.

Krise oder Insolvenz der Schuldnerin zu erfüllen, da das Gesellschafterdarlehensrecht eine solche Rechtsfolge nicht kennt.¹³⁵ Daneben kann sich auch für bereits valutierte Finanzierungsversprechen eine Relevanz für diejenigen Fälle ergeben, die im Hinblick auf das Recht der Gesellschafterdarlehensrecht unter das Kleingesellschafter- oder Sanierungsprivileg fallen.¹³⁶ Die zum Teil anzutreffende Auffassung, die Fallgruppe der Finanzplankredite sei nach Inkrafttreten des MoMiG bedeutungslos geworden, ist daher nicht zutreffend.¹³⁷

f) Aufhebbarkeit der Finanzplanbindung

Da die Finanzplanbindung auf einer Parteivereinbarung beruht, liegt es alleine in der Hoheit der Parteien, diese wieder aufzuheben.¹³⁸ Findet sich die Abrede in einer schuldrechtlichen Nebenabrede, so ist ein – formloser – Aufhebungsvertrag möglich.¹³⁹ Ist die Verpflichtung hingegen echter Satzungsbestandteil, bedarf es einer förmlichen Satzungsänderung.¹⁴⁰ Nach der Rechtsprechung des BGH soll eine Aufhebung der Eigenkapitalbindung jedoch nur vor Eintritt der Krise möglich sei.¹⁴¹ Diese Sperrwirkung ergebe sich aus einer sinnentsprechenden Heranziehung der gesetzlichen Regeln des GmbHG über die Befreiung von eingegangenen, aber nicht vollständig erfüllten Einlagepflichten, bei denen sich aus § 19 Abs. 2 und 3 GmbHG ergebe, dass es für den Erlass der Einlagepflicht einer Kapitalherabsetzung

¹³⁵ BGHZ 142, 116, 122; *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2152; *Bitter*, ZIP 2019, 146, 150; GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 190.

¹³⁶ *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2152; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, § 30, Rn. 96; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, Anh. § 30, Rn. 27.

¹³⁷ So aber *Brinkmann*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Rn. 2.109.

¹³⁸ BGHZ 142, 116, 123 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, § 30, Rn. 99; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, Anh. § 30, Rn. 29; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 518; Baumbach/Hueck/Haas, Anh. § 64, Rn. 33; *Dittmer*, DZWIR 2014, 151, 153; K. Schmidt, ZIP 1999, 1241, 1250.

¹³⁹ BGHZ 142, 116, 124; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, § 30, Rn. 99; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, Anh. § 30, Rn. 29; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 517; *Gunßer*, GmbHR 2010, 1250, 1254; K. Schmidt, ZIP 1999, 1241, 1250.

¹⁴⁰ BGHZ 142, 116, 123; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, § 30, Rn. 99; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, Anh. § 30, Rn. 29; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 516; *Gunßer*, GmbHR 2010, 1250, 1254; K. Schmidt, ZIP 1999, 1241, 1250. In Betracht kommt gegebenenfalls auch die Aufhebung der Finanzplanbindung durch einfachen Gesellschafterbeschluss, soweit der Gesellschaftsvertrag diese Möglichkeit vorsieht; vgl. BGHZ 104, 33, 37, 42.

¹⁴¹ BGHZ 142, 116, 121.

nach § 58 GmbHG bedürfe, die jedenfalls gegen den Willen der Gläubiger der Gesellschaft nicht durchgeführt werden könne.¹⁴²

Spätestens seit Inkrafttreten des MoMiG ist eine solche Beschränkung der Aufhebbarkeit in der Krise schon wegen der Wertung des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbH nicht länger zu rechtfertigen.¹⁴³ Eine Finanzplanbindung ist daher zu jeder Zeit durch Parteivereinbarung aufhebbar.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Anknüpfend an seine Ursprünge bei der gesplitteten Einlage wird der Finanzplankredit in weiten Teilen der Literatur alleine als Instrument der Finanzierung durch Gesellschafter neben ihrer Einlage verstanden, ohne die Frage nach einer Dritterstreckung zu erörtern.¹⁴⁴ Habersack leitet das Erfordernis einer Gesellschafterstellung aus dem Umstand her, dass ein Finanzplankredit nur *causa societatis* gewährt werden könne.¹⁴⁵ Bitter führt hingegen aus, aufgrund des Ursprungs der Finanzplanbindung alleine in der Par-teiabrede könnten auch Nichtgesellschafter eine solche eingehen.¹⁴⁶

Die Rechtsprechung hat verschiedentlich auch atypische stille Gesellschafter, die nicht zugleich als Gesellschafter an der Schuldnerin beteiligt waren, in den Anwendungsbereich einbezogen.¹⁴⁷ Dies ist bemerkenswert, da der BGH in der Ausgangsentscheidung aus dem Februar 1981 noch maßgeblich darauf abgestellt hatte, dass es sich bei der Pflicht zur Leistung der stillen

¹⁴² BGHZ 142, 116, 121; ablehnend K. Schmidt, ZIP 1999, 1241, 1250; Fleischer, DStR 1999, 1774, 1778; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 518 mit dem zutreffenden Hinweis, dass § 19 Abs. 2, 3 GmbHG sich aus der Registerpublizität des Stammkapitals rechtfertigen, welche bei Finanzplankrediten nicht vorliegt.

¹⁴³ GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 191; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, Anh. § 64, Rn. 166; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, Anh. § 30, Rn. 30; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 519; offengelassen von BGHZ 187, 69, Rz. 29. Andere wollen an der Unaufhebbarkeit festhalten, insoweit aber statt an eine Krise an das Vorliegen von Insolvenzeröffnungsgründen anknüpfen, vgl. Gunßer, GmbHR 2010, 1250, 1255; Buschmann, NZG 2009, 91, 92 f. (drohende Zahlungsunfähigkeit); Reiner, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 14, Rn. 481 (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung).

¹⁴⁴ Vgl. die dahin gehenden Definitionen bei GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 185; MüKoGmbHG/Ekkenga, § 30, Rn. 72; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 498; Michalski/Dahl/Linnenbrink, Systematische Darstellung 6, Rn. 143; Staudinger/Freitag, § 488, Rn. 90; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, Anh. § 30, Rn. 24; Michalski/Fleischer, Systematische Darstellung 5, Rn. 127; Habersack, ZHR 161 (1997), 457, 460.

¹⁴⁵ Habersack, ZHR 161 (1997), 457, 480 f.

¹⁴⁶ Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 502 (insb. für Sanierungsdarlehen).

¹⁴⁷ BGHZ 83, 341, 345 BGHZ 93, 159.

Einlage um einen Bestandteil der Beitragspflicht *als Kommanditist* gehandelt habe.¹⁴⁸ Zuletzt entschied der BGH im Mai 2017 über einen Fall, in welchem ein auf Leistung seiner Einlage im Stadium der Abwicklung der AG & Co. KG verklagter stiller Gesellschafter nicht zugleich deren Kommanditist war.¹⁴⁹ Der BGH gab der Klage statt, da die Einlage des stillen Gesellschafters Eigenkapitalcharakter gehabt habe und daher auch nach Beendigung der stillen Gesellschaft zu erbringen sei, soweit sie für die Befriedigung der Gläubiger des Geschäftsinhabers benötigt werde.¹⁵⁰ Der Eigenkapitalcharakter ergebe sich zum einen aus dem Verhältnisse des vom Geschäftsinhaber eingelegten Kapitals von EUR 500.000 zur Höhe der stillen Einlagen i. H. v. EUR 150 Mio. und zum anderen aus dem Umstand, dass die stillen Gesellschafter einem Kommanditisten vergleichbare Mitwirkungsrechte hatten, die ihnen weitreichende Befugnisse zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung und die Gestaltung der Kommanditgesellschaft einräumten. Schließlich zog der BGH noch die Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag heran, nach welcher die stillen Gesellschafter mit ihren Abfindungsansprüchen im Rang hinter die Erfüllung der Forderungen von Gläubigern des Geschäftsinhabers zurücktreten sollten.

3. Würdigung im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand

Ein Rückgriff auf die Grundsätze zur gesplitteten Einlage und zum Finanzplankredit ist in allen Fällen, in denen der Gläubiger nicht zugleich Gesellschafter ist, abzulehnen.¹⁵¹ Die Kapitalbindung eines Finanzplankredits muss stets auf einer korporativen Grundlage beruhen und eine solche kann für von Dritten überlassenes Kapital nicht begründet werden.

Das Erfordernis einer korporativen Grundlage geht zurück auf den Ausgangspunkt der Rechtsprechung in den Fällen der gesplitteten Einlage.¹⁵² Es geht seit jeher darum, eine Bindung der Finanzierungsverpflichtung an die Gesellschafterstellung zu begründen.¹⁵³ Wesensmerkmal des Finanzplankredits ist, dass die schuldrechtlichen Pflichten durch gesellschaftsrechtliche

¹⁴⁸ BGH, NJW 1981, 2251, 2252.

¹⁴⁹ BGH, NZG 2017, 907.

¹⁵⁰ BGH, NZG 2017, 907, Rz. 10.

¹⁵¹ Es kann daher offen bleiben, ob diese Grundsätze überhaupt Anerkennung verdienen. Die Rechtsfigur ganz grundsätzlich ablehnend etwa Staudinger/*Freitag*, § 488, Rn. 90.

¹⁵² Siehe dazu oben unter C. III. 1.

¹⁵³ Zutreffend wird diesem Aspekt der Verknüpfung auch heute maßgebliches Gewicht beigemessen, vgl. etwa Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Pentz*, § 30, Rn. 94.

Pflichten überlagert werden.¹⁵⁴ Für eine solche Überlagerung fehlt im Falle Dritter der Anknüpfungspunkt. Sie sind keine Mitglieder der Gesellschaft und können aus diesem Grund keine Finanzierungsleistung *causa societatis* erbringen.

Auch wenn eine kommanditistengleiche Stellung der stillen Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag der GmbH, AG oder Kommanditgesellschaft – und nicht nur im Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft¹⁵⁵ – verankert ist,¹⁵⁶ kann nicht von einer korporativ begründeten Kapitalbindung die Rede sein. Bei den zur Begründung der kommanditistengleichen Stellung maßgeblichen Befugnissen kann es sich nämlich stets nur um von den Formalgesellschaftern abgeleitete Befugnisse handeln.¹⁵⁷ Damit stände es in Widerspruch, wollte man aus diesen Regelungen eine originäre korporative Bindung herleiten.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass die Finanzierung in Form einer stillen Beteiligung erfolgt und dadurch eine korporative Verbindung dergestalt entsteht, dass es sich bei der gebildeten stillen Gesellschaft ihrerseits um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt. Diese korporative Verbindung ist von derjenigen auf Ebene der Hauptgesellschaft zu unterscheiden. Mit ihr ist allenfalls zu begründen, dass die Einlage zum Eigenkapital der stillen Gesellschaft zählt.

Dritte können mit der Gesellschaft eine eigenkapitaltypische Bindung des von ihnen überlassenen Kapitals nur auf einfacher schuldrechtlicher Basis ohne korporativen Charakter verabreden. So können die Parteien einen Nachrang vereinbaren und darüber hinaus auch in einer für Finanzplankredite typischen Weise das Kündigungsrecht des § 490 BGB abbedingen.¹⁵⁸ Auch wenn eine solche Regelung nicht ausdrücklich getroffen ist, kann sie sich im Wege der Auslegung der vertraglichen Vereinbarung ergeben.¹⁵⁹ Insbesondere mit Blick auf die Annahme einer Verpflichtung, die Finanzierung auch noch in der Insolvenz valutieren zu müssen, ist insoweit allerdings große Zurückhaltung angezeigt. In der Regel wird von den Parteien nämlich der Zweck verfolgt, eine lebende, am Markt tätige Gesellschaft zu finanzieren und nicht einen Kredit zur Verteilung an die übrigen Gläubiger zur Ver-

¹⁵⁴ Staudinger/Freitag, § 488, Rn. 90; Mülberty, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. 1989, § 607 Rn. 10.

¹⁵⁵ So in dem Fall BGH, NZG 2017, 907.

¹⁵⁶ So in dem Fall BGH, NJW 1985, 1079.

¹⁵⁷ Baumbach/Hopt/Roth, § 119, Rn. 16; MüHdbGesRII/Weipert, § 14, Rn. 99.

¹⁵⁸ K. Schmidt, ZIP 1999, 1241, 1247; Staudinger/Mülberty, § 490, Rn. 53a.

¹⁵⁹ Krolop, ZIP 2007, 1738, 1741; GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 188; K. Schmidt, ZIP 1999, 1241, 1247.

fügung zu stellen.¹⁶⁰ Dieses Verständnis gilt als Normalfall, solange die Auslegung nicht zum Gegenteil zwingt.¹⁶¹ Letzteres kann etwa der Fall sein, wenn sich aus dem Zweck der Sanierungsfinanzierung konkludent ein Ausschluss des Kündigungsrechts aus § 490 BGB ergibt.¹⁶² Nicht überzeugend ist es hingegen, aus der Vereinbarung eines Eigenkapitalmerkmals auf die Vereinbarung eines anderen Eigenkapitalmerkmals zu schließen. Dem BGH ist daher zu widersprechen, wenn er aus der Vereinbarung eines Nachrangs auf eine Zuführungsverpflichtung auch in der Insolvenz oder Abwicklung schließt.¹⁶³

Die finanzplantypischen schuldrechtlichen Regelungen können jederzeit einvernehmlich aufgehoben werden,¹⁶⁴ auch in der Krise der Gesellschaft und bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes.¹⁶⁵ Insbesondere ist eine Beschränkung der Aufhebbarkeit nach § 328 BGB abzulehnen.¹⁶⁶ Grenzen der Aufhebbarkeit können sich allenfalls aus § 138 BGB ergeben.¹⁶⁷ Daneben steht eine einvernehmliche Aufhebung der Finanzplanbindung unter dem Vorbehalt der Insolvenzanfechtung nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 129 ff. InsO.¹⁶⁸

4. Zusammenfassung

Eine korporative Bindung von Finanzierungsbeiträgen von Mezzanine-Gläubigern, die nicht Gesellschafter sind, kommt nicht in Betracht. Ein für die Fallgruppe des Finanzplankredits prägender Ausschluss von Kündigungsrechten kann allenfalls auf schuldrechtlicher Grundlage vereinbart werden. Man mag eine Finanzierung, die nach der gebotenen Auslegung eine solche

¹⁶⁰ Staudinger/*Freitag*, § 488, Rn. 91; Scholz/*Bitter*, Anh. § 64, Rn. 511; Michalski/*Dahl/Linnenbrink*, Systematische Darstellung 6, Rn. 145.

¹⁶¹ Zutreffend Staudinger/*Freitag*, § 488, Rn. 91.

¹⁶² Zutreffend Staudinger/*Mülbert*, § 490, Rn. 53a; Scholz/*Bitter*, Anh. § 64, Rn. 506; vgl. auch BGH, DStR 1997, 505, 506.

¹⁶³ So BGH, NZG 2017, 907, Rz. 13; kritisch dazu auch *Bitter*, ZIP 2019, 146, 151.

¹⁶⁴ Insoweit kann auf die Ausführungen zur Aufhebbarkeit eines Rangrücktritts verwiesen werden; vgl. dazu oben unter C.II.1.b) und cc).

¹⁶⁵ Zutreffend *Krolop*, ZIP 2007, 1738, 1740; *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 398.

¹⁶⁶ Siehe dazu oben unter C.II.1.b); eine Anwendung in Betracht ziehend aber *Servatius*, WuB 2018, 361, 364.

¹⁶⁷ Siehe dazu oben unter C.II.1.c).

¹⁶⁸ Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Pentz*, § 30, Rn. 100; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, Anh. § 64, Rn. 166; GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 191; Michalski/*Dahl/Linnenbrink*, Systematische Darstellung 6, Rn. 145; Baumbach/Hueck/*Haas*, Anh. § 64, Rn. 33; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Görner*, Anh. § 30, Rn. 30; *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1241, 1250.

schuldrechtliche Abrede enthält, als Finanzplankredit bezeichnen, ohne dass damit allerdings eine über die sich aus der Parteiabrede ergebenden Rechtsfolgen hinausgehende Konsequenz verbunden wäre. Insbesondere folgt nicht alleine aus dieser Vereinbarung die Geltung des Rechts der Gesellschafterdarlehen oder der Kapitalerhaltungsvorschriften. Die Aufhebung einer entsprechenden Vereinbarung ist zudem jederzeit möglich, steht aber unter dem Vorbehalt einer Insolvenzanfechtung, wobei insbesondere eine Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO zu erwägen ist.

IV. Ergebnis zur gewillkürten Haftqualität

Aus Sicht der Drittgläubiger erscheint das sich aus der Parteiabrede unmittelbar ergebende Schutzniveau als unzureichend. Das Postulat des BGH, auf rechtsgeschäftlicher Grundlage lasse sich ein Gläubigerschutz erreichen, welcher der Kapitalbindung kapitalersetzender Darlehen entspricht, ist unzutreffend. Ein Rangrücktritt wird nämlich in der Regel als bloße Durchsetzungssperre in Gestalt eines *pactum de non petendo* ausgestaltet sein und selbst wenn die Parteien darüber hinaus ein die Erfüllbarkeit der Forderung ausschließendes Zahlungsverbot vereinbart haben, kann dieses jederzeit einvernehmlich aufgehoben werden. Das gleiche gilt für einen Ausschluss von gesetzlichen Kündigungsrechten im Sinne einer Finanzplanbindung.

Zwar bieten die allgemeinen Vorschriften der Insolvenzanfechtung einen gewissen Schutz zugunsten der Drittgläubiger. So ist eine Zahlung entgegen einem Rangrücktritt unabhängig von dessen Ausgestaltung als Durchsetzungssperre oder Zahlungsverbot und auch bei dessen gleichzeitiger Aufhebung als inkongruente Deckung anfechtbar. Allerdings beträgt die Anfechtungsfrist insoweit nur drei Monate. Im Rahmen der ebenfalls in Betracht kommenden Vorsatzanfechtung besteht die Schwierigkeit für den Insolvenzverwalter darin, dass er die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass dem Mezzanine-Gläubiger bekannt war, dass die Zahlung gegen den Rangrücktritt verstoßen hat. Eine Anfechtung nach § 134 InsO kommt nur in Betracht, wenn der Rangrücktritt als Zahlungsverbot ausgestaltet war und die Parteien diese nicht wirksam aufgehoben haben.

Mit dem Grundsatz der Privatautonomie nicht vereinbar sind Versuche, den Schutz der Drittgläubiger durch eine großzügige Auslegung der Parteivereinbarung zu erreichen, die den Parteien einen Willen zur Bindung des Kapitals unterstellt, den diese gar nicht hatten.¹⁶⁹ Die Rechtsprechung zur

¹⁶⁹ Vgl. Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 512: „Der ggf. notwendige Gläubigerschutz ist nicht aus einer Fiktion des dahingehenden Parteiwillens zu entwickeln.“; auf die Gefahr der Fiktion eines Parteiwillens hinweisend auch *Servatius*, WuB 2018, 361, 364.

korporativen Bindung der Einlagen stiller Gesellschafter ist daher zu weitreichend, denn sie verwischt die Grenzen zwischen privatautonomer Begründung gewillkürten Haftkapitals und gegen den Willen der Parteien erzwungener Begründung gesetzlichen Haftkapitals.¹⁷⁰ So deutet die zur Auslegung der Parteiabrede herangezogene Begründung, es stünde mit der Stellung der stillen Gesellschafter in Widerspruch, wenn sie gleich einem Drittgläubiger der Gesellschaft bei Auflösung und Beendigung der stillen Gesellschaft einen Anspruch auf Rückzahlung der erbrachten Einlage erhielten,¹⁷¹ auf eine gesetzliche Umqualifizierung aufgrund einer Stellung als Quasi-Gesellschafter hin. Der Blick auf das Urteil des BGH aus Mai 2017 bestätigt diesen Befund, denn der BGH scheint hier aus dem Eingreifen des gesetzlich angeordneten Nachrangs des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auf die Vereinbarung eines dadurch nicht bewirkten weitergehenden Eigenkapitalmerkmals, nämlich einer Einzahlungspflicht in der Abwicklung der Gesellschaft, zu schließen.¹⁷²

¹⁷⁰ Vergleiche die ähnliche Kritik bei *Bitter*, ZIP 2019, 146, 151, demzufolge der zweite Zivilsenat mit seiner Entscheidung aus Mai 2017 die „Unterschiede zwischen den ganz verschiedenen Ansätzen“ im Vergleich zum neunten Zivilsenat zu kaschieren versucht.

¹⁷¹ BGH, NJW 1985, 1079, 1080.

¹⁷² Nur so kann sein Verweis auf die Rechtsprechung zur Einbeziehung atypischer stiller Gesellschafter in das Recht der Gesellschafterdarlehen verstanden werden; vgl. BGH, NZG 2017, 907, Rz. 13, mit zweifacher Bezugnahme auf BGHZ 193, 378, BGH, NZG 2017, 907. Insofern ist es bezeichnend, dass *Servatius*, WuB 2018, 361, 364 konstatiert, durch die Annahme einer vertraglichen Bindung könne die mit Unsicherheiten verbundene Diskussion, ob das Kapital einer gesetzlichen Umqualifizierung unterliege, vermieden werden.

D. Mezzanine-Kapital als gesetzliches Haftkapital

Da die Auslegung der Parteiabrede nur ein begrenztes Gläubigerschutzniveau im Zusammenhang mit der Mezzanine-Finanzierung der Gesellschaft durch Dritte bietet, besteht Anlass, in diesem Abschnitt Voraussetzungen und Reichweite der gesetzlichen, durch das Gesellschaftsrecht vermittelten Kapitalbindung zu untersuchen. Mit anderen Worten geht es um die Frage, inwieweit sich Mezzanine-Kapital als gesetzliches Haftkapital darstellt.

Gesetzliches Haftkapital bezeichnet dabei Fälle, in denen das Gesetz im Interesse der Drittgläubiger der Gesellschaft Vorschriften bereithält, die dazu führen, dass das betroffene Kapital unabhängig vom Willen der Parteien der Finanzierungsvereinbarung zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung zur Verfügung steht. Dies trifft erstens auf Kapital zu, welches in der Insolvenz einem gesetzlich angeordneten Nachrang unterworfen ist. Zweitens kann sich die Haftqualität in vorinsolvenzlichen Zahlungsbeschränkungen manifestieren. Drittens soll auch solches Kapital als gesetzliches Haftkapital gelten, welches im Falle einer vorinsolvenzlichen Rückzahlung zurückgefordert werden kann, was auf der Grundlage einer Insolvenzanfechtung oder gesellschaftsrechtlicher Haftungstatbestände der Fall sein kann. Schließlich soll in diesem Abschnitt auch untersucht werden, inwieweit das Konzernrecht einen Schutz der Drittgläubiger bewirkt.

Eine in diesem Sinne verstandene Haftqualität des Kapitals ist zum einen relevant, wenn die Finanzierungsvereinbarung entsprechende Merkmale nicht enthält, also die Parteien bewusst auf die Vereinbarung der Haftqualität verzichtet haben. Eine Umqualifizierung durch die Auferlegung einer nicht gewollten Kapitalbindung ist für den Gläubiger in diesen Fällen äußerst misslich, da die erhöhte Risikobeteiligung bei der Vereinbarung der Vergütung der Kapitalüberlassung nicht eingepreist ist.¹ Die Begründung einer Bindung qua Gesetz ist darüber hinaus aber auch in Fällen von Bedeutung, in denen eine Haftqualität zwar privatautonom vereinbart ist, aber von den Parteien aufgehoben wird.² Es geht in beiden Fällen um eine Einschrän-

¹ *Weitnauer*, BKR 2005, 43, 43 spricht vom „GAU“ der Unternehmensfinanzierung durch Dritte.

² Zur Möglichkeit der Aufhebung eines Nachrangs oben unter C.II.1.b); zur Aufhebbarkeit einer finanzplanähnlichen Bindung oben unter C.III.1.c).

kung der Privatautonomie, die einer normativen Grundlage bedarf,³ welche nachfolgend herausgearbeitet wird.

I. Haftqualität in der Insolvenz durch gesetzlich angeordneten Nachrang

In der Insolvenz der Gesellschaft manifestiert sich die Haftqualität des ihr überlassenen Haftkapitals darin, dass es zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung steht. Dies wird sichergestellt, indem Forderungen auf Rückgewähr des Haftkapitals erst nachrangig, also nach Befriedigung der einfachen Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), berücksichtigt werden.

Dabei sind zwei Rangklassen des Haftkapitals zu unterscheiden: Für Eigenkapital in Gestalt des Stammkapitals der Kapitalgesellschaften oder der Einlage der Kommanditisten gilt der absolute Nachrang des § 199 Satz 2 InsO. Danach gebührt den Gesellschaftern nur und erst der Überschuss nach Befriedigung aller Gläubiger. Als zweite Rangstufe des Haftkapitals sieht das Gesetz für Gesellschafterdarlehen oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO den Nachrang nach den Insolvenzforderungen des § 38 InsO und den Forderungen nach § 39 Nr. 1 bis 4 InsO aber vor dem Rang des § 199 Satz 2 InsO vor.

Die Anwendung dieser beiden Subordinationstatbestände ist in bestimmten Fällen auch für von Dritten überlassenes Kapital angezeigt. Eine gleichrangige Befriedigung mit allen anderen Insolvenzgläubigern im Sinne des § 38 InsO ist nämlich immer dann unbillig, wenn das überlassene Kapital eigenkapitalähnlich ausgestaltet ist, indem dem Gläubiger weitreichende Einfluss- und/oder Vermögensrechte in Bezug auf die Gesellschaft eingeräumt sind, ohne dass zugleich ein Rangrücktritt vereinbart ist. Nach den oben dargestellten Grundsätzen schließt der fehlende Rangrücktritt zwar eine Bilanzierung als Eigenkapital in der Handelsbilanz⁴ sowie eine Ausbuchung der Verbindlichkeit aus der Überschuldungsbilanz⁵ aus. Dennoch kann ein Anreiz zur Verwendung solcher Instrumente im Rahmen der Unternehmensfinanzierung zur Verbesserung des Kreditratings bestehen, da eine (graduelle) Anerkennung als wirtschaftliches Eigenkapital durchaus in Betracht kommt.⁶

³ Zutreffend *MüKoGmbHG/Ekkenga*, § 30, Rn. 57.

⁴ Dazu oben unter B.IV.2.

⁵ Dazu oben unter C.I.2.

⁶ Dazu oben unter B.II.1.b).

1. Grundlagen der gesetzlich erzwungenen Subordination

Den Ansatzpunkt für eine Subordination von Dritten überlassenen Kapitals bietet die in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO vorgesehene Erweiterung auf Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.

Die in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO vorgesehene Anordnung einer Subordination ist im Hinblick auf den allgemein anerkannten Grundsatz der Finanzierungsfreiheit erklärungsbedürftig. Im Ausgangspunkt steht es den Gesellschaftern nämlich – jenseits der Mindeststammkapitalziffer – frei, ob und wie sie die Gesellschaft mit Kapital ausstatten.⁷ Die Gesellschaft hat keinen Anspruch auf eine bestimmte Kapitalausstattung und auch eine Außen- oder Durchgriffshaftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kommt grundsätzlich nicht allein aufgrund materieller Unterkapitalisierung in Betracht.⁸ Entscheiden sich die Gesellschafter zu einer über die Mindeststammkapitalziffer hinausgehende Kapitalzuführung, gibt ihnen der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit auch die Wahl zwischen Eigen- und Fremdkapitalfinanzierung.⁹ Eine generelle Missbilligung der Fremdkapitalfinanzierung durch Gesellschafter kennt das Recht nicht.¹⁰

Was in Sachen Finanzierungsfreiheit für Gesellschafter gilt, gilt für Dritte erst recht. Dass für sie keine Pflicht besteht, eine Gesellschaft mit Kapital auszustatten, ergibt sich ohne weiteres aus der Privatautonomie. Finanzieren Dritte eine Gesellschaft, so unterliegt es der Privatautonomie, wie die zugrundeliegenden Abreden gestaltet werden, ob also klassisches Fremdkapital zur Verfügung gestellt wird oder eigenkapitaltypische Regelungen getroffen werden.

Das Recht der Gesellschafterdarlehen basiert auf der Überlegung, dass es problematisch sein kann, wenn der Gesellschaft Fremdkapital anstatt Eigenkapital zugeführt wird. Hierauf reagiert das Recht der Gesellschafterdarlehen, indem es dem zugeführten Fremdkapital ein qualifiziertes Insolvenzrisiko zuweist.¹¹ Es handelt sich um eine gesetzliche Umqualifizierung von Fremdkapital in Quasi-Eigenkapital oder Risikokapital.¹²

⁷ Vgl. nur *Habersack*, ZHR 161 (1997), 457, 477; *Baumbach/Hueck/Haas*, Anh. § 64, Rn. 1 m. w. N.

⁸ Entsprechenden Überlegungen hat der BGH in seiner *Gamma*-Entscheidung erneut eine grundsätzliche Absage erteilt; vgl. BGHZ 176, 204, Rz. 16 ff.

⁹ Vgl. nur *Altmeyden/Altmeyden*, Anh. § 30, Rn. 18.

¹⁰ *Baumbach/Hueck/Haas*, Anh. § 64, Rn. 1.

¹¹ *GK-GmbHG/Habersack*, Anh. § 30, Rn. 13.

¹² *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1010; *Habersack*, ZHR 161 (1997), 457, 477; *GK-GmbHG/Habersack*, Anh. § 30, Rn. 13.

Diese Überlegung hat ihre Ursprünge in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Dieses hatte entschieden, dass ein Gesellschafter mit seinem Darlehensrückzahlungsanspruch im Konkurs nicht gleichrangige Befriedigung mit den übrigen Gläubigern fordern könne, da die Erlangung der Gläubigerstellung gegenüber seiner Gesellschaft rechtsmissbräuchlich sei und der Anmeldung zur Konkurstabelle der Arglisteinwand entgegenstehe.¹³ Es handele sich bei der Darlehensgewährung um einen Missbrauch der Rechtsform, denn die Darlehen seien in Wirklichkeit Gesellschaftereinlagen und auch als solche zu behandeln.¹⁴ Diese Rechtsprechung griff der BGH auf und entschied, dass die Rückzahlung von Darlehen, die zur Abwendung der Konkursantragspflicht gewährt worden waren, vor Erreichung dieses Ziels gegen Treu und Glauben verstoße und nach § 242 BGB zu versagen sei.¹⁵ Eine Fremdkapitalfinanzierung durch Gesellschafter sei immer dann als missbräuchlich zu bewerten, wenn die Gesellschaft von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen mehr hätte erhalten können.¹⁶

Mit der GmbH-Novelle von 1980 fand die dergestalt definierte eigenkapitalersetzenden Krisenfinanzierungen Eingang ins GmbHG.¹⁷ Die Gewährung einer solchen Finanzierung führte dazu, dass der Gesellschafter in der Insolvenz seinen Rückzahlungsanspruch nur nachrangig geltend machen konnte (§ 32a GmbHG a.F.). Damit korrespondierte der Insolvenzanfechtungstatbestand des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO a.F. Daneben hatte der BGH in analoger Anwendung der §§ 30 f. GmbHG eine präventive Durchsetzungssperre und einen zehn Jahre durchsetzbaren Rückgewähranspruch etabliert. Trotz Einführung der Novellenregeln 1980 hielt der BGH an diesen Rechtsprechungsregeln fest,¹⁸ sodass sich ein zweistufiges System etabliert hatte.¹⁹

Insbesondere dieses als kompliziert empfundene Zusammenspiel von Rechtsprechungsregeln und §§ 32a f. GmbHG a.F. sowie die praktischen Schwierigkeiten bei der Bestimmung, wann eine „Krise“ der Gesellschaft vorlag, bewogen den Gesetzgeber zur umfassenden Erneuerung des Rechts der Gesellschafterdarlehen im Rahmen des MoMiG.²⁰ Das Recht der Gesellschafterdarlehen wurde vollständig ins Insolvenz- und Anfechtungsrecht

¹³ RG, JW 1938, 862.

¹⁴ RG, JW 1939, 355.

¹⁵ BGHZ 31, 258, 272.

¹⁶ BGHZ 76, 326, 329 f.

¹⁷ Für die Kapitalgesellschaft & Co. KG wurden diese Normen durch §§ 129a, 172a HGB a.F. ergänzt.

¹⁸ BGHZ 90, 370.

¹⁹ Michalski/Dahl/Linnenbrink, Systematische Darstellung 6, Rn. 9 ff.

²⁰ BegrRegE MoMiG, BT Drucks. 16/6140, 56; Michalski/Dahl/Linnenbrink, Systematische Darstellung 6, Rn. 13.

verlagert. Nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind Forderungen auf Rückgewähr jedes Gesellschafterdarlehens stets nachrangig und die Befriedigung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO in der Insolvenz anfechtbar. Die Unterscheidung zwischen eigenkapitalersetzenden und sonstigen Gesellschafterdarlehen ist damit entfallen.²¹ Im Gegenzug wurden mit dem sogenannten Nichtanwendungserlass in § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG und § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG die Rechtsprechungsregeln für unanwendbar erklärt.

2. Persönlicher Anwendungsbereich: Mezzanine-Gläubiger als Quasi-Gesellschafter

Adressat des Rechts der Gesellschafterdarlehen sind zwar primär die Gesellschafter,²² doch werden zur Erfassung von Umgehungstatbeständen auch bestimmte Dritte in den Anwendungsbereich einbezogen.²³ So hatte § 32a Abs. 3 Satz 1, 2. Alt. GmbHG in der der Fassung der Novellenregelungen „Rechtshandlungen (...) eines Dritten, die der Darlehensgewährung (...) wirtschaftlich entsprechen“ in den Anwendungsbereich des Subordinationstatbestandes einbezogen. Nach der Überführung in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO durch das MoMiG fehlt eine solche Erwähnung Dritter. Es entspricht allerdings dem erklärten Willen des Gesetzgebers, dass unter die nunmehr so bezeichneten „Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“ weiterhin auch Rechtshandlungen Dritter fallen können.²⁴

Grundsätzlich sind zwei Fallkonstellationen der personellen Dritterstreckung anerkannt:²⁵ Die erste Fallgruppe hat die Zurechnung einer formal durch einen Dritten erfolgten Rechtshandlung zu einem ihm nahestehenden

²¹ Hierin liegt nur eine geringfügige Verschärfung des zuvor geltenden Regimes, denn die Rechtsprechung hatte auch in einem Stehenlassen eine relevante Finanzierungsentscheidung erblickt, sodass vor der Krise gewährte Darlehen in der Praxis meist infiziert waren; vgl. *Huber*, FS Priester, S. 259, 273 f.; *Mülbner*, WM 2006, 1977, 1979; *Haas*, ZInsO 2007, 617, 621.

²² Maßgeblich für den Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist dabei die materiellrechtliche Inhaberschaft von Geschäftsanteilen zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens; vgl. *Baumbach/Hueck/Haas*, Anh. § 64, Rn. 38; *K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen*, § 39, Rn. 38.

²³ Vgl. nur *Bitter*, ZIP 2019, 146, 146 f.; *Scholz/Bitter*, Anh. § 64, Rn. 243; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 30, Rn. 24; *BeckOK-GmbHG/Schmolke*, § 30, Rn. 100; *Scholz/Verse*, § 30, Rn. 35.

²⁴ *BegrRegE MoMiG*, BT Drucks. 16/6140, S. 56; seither auch st. Rspr. des BGH, vgl. nur BGH, NZG 2019, 1192, Rz. 9; BGHZ 188, 363, Rz. 10; BGHZ 196, 220, Rz. 15.

²⁵ Zur Differenzierung der beiden Fallgruppen wie hier siehe nur *Bitter*, ZIP 2019, 146, 146; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 30, Rn. 24; *BeckOK-GmbHG/Schmolke*, § 30, Rn. 100; *Scholz/Verse*, § 30, Rn. 35; *Kuna*, GmbHR 2016, 284, 285 f.

Gesellschafter zum Gegenstand. Die zweite Fallgruppe betrifft die Qualifikation des Dritten als Quasi-Gesellschafter wegen seiner Nähebeziehung zur Gesellschaft. Die Einbeziehung von Mezzanine-Gläubigern als Dritte stellt sich als Konstellation der zweiten Fallgruppe dar.²⁶

a) Rechtsprechung zu Mezzanine-Gläubigern als Quasi-Gesellschafter

Die Einbeziehung von Mezzanine-Gläubigern in das Recht der Gesellschafterdarlehen als Quasi-Gesellschafter wird in der Rechtsprechung vorwiegend in Bezug auf atypische stille Gesellschafter behandelt. Hierzu sah auch § 32a Abs. 7 GmbHG-E in der Fassung des Regierungsentwurfs zur GmbH-Novelle vom 15. Dezember 1977 eine ausdrückliche Regelung vor.²⁷ Demnach sollten Einlagen stiller Gesellschafter ausdrücklich mit Gesellschafterdarlehen gleichgestellt werden. In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wurde dieser Absatz als „zu kasuistisch“ befunden und verworfen.²⁸ Die geplante Regelung sollte allerdings ohnehin nur den sachlichen Anwendungsbereich betreffen, also den Fall, dass ein Gesellschafter kein Darlehen, sondern eine stille Einlage gewährt.²⁹ Den Fall der Qualifikation eines stillen Gesellschafters als Quasi-Gesellschafter wollte der Gesetzgeber nicht regeln.

aa) *Quasi-Gesellschafter einer GmbH*

Hatte der BGH zunächst betont, dass der gesetzestypische stille Gesellschafter einem Gesellschafter der GmbH nicht gleichzustellen sei,³⁰ gelangte er sodann im November 1988 mit einer wegweisenden Entscheidung zu einer Gleichstellung von atypischen stillen Gesellschaftern mit GmbH-Gesellschaftern.³¹ In dem entschiedenen Fall waren die stillen Gesellschafter an Ergebnis, Vermögen und stillen Reserven der GmbH ebenso beteiligt wie an ihrem Verlust. Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgingen und weitere Grundlagengeschäfte bedurften der Zustimmung eines Beirats, den die stillen Gesellschafter aus

²⁶ Handelt es sich bei dem fraglichen Mezzanine-Gläubiger zum Beispiel um ein mit einem Formalgesellschafter verbundenes Unternehmen, so kann eine Einbeziehung freilich auch aus diesem Grund in Betracht kommen; vgl. zu den verschiedenen Fallgruppen der mittelbaren Gesellschafter nur *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 55 ff., 80 ff., 104 ff.; *Schall*, ZIP 2010, 205.

²⁷ BT-Drucks. 8/1347, 10.

²⁸ BT-Drucks. 8/3908, 74.

²⁹ BT-Drucks. 8/1347, 40.

³⁰ BGH, NJW 1983, 1855.

³¹ BGHZ 106, 7.

ihren Reihen wählten. Dieser Beirat hatte zudem die Geschäftsführung zu überwachen und zu beraten und ihm standen Rechte entsprechend §§ 164, 166 HGB zu. Der BGH entschied, dass dem Anspruch auf Rückzahlung eines neben der stillen Einlage gewährten Darlehens § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbH entgegenstand, da es wie ein Gesellschafterdarlehen zu behandeln sei. Im amtlichen Leitsatz heißt es: „Wer sich als stiller Gesellschafter am Handelsgewerbe einer GmbH beteiligt, unterliegt den Grundsätzen zur Erhaltung des Stammkapitals ebenso wie der GmbH-Gesellschafter, wenn er – ähnlich wie dieser – die Geschicke der GmbH bestimmt sowie an Vermögen und Ertrag beteiligt ist.“³² Die stillen Gesellschafter seien aufgrund der Vertragsgestaltung als die eigentlichen Inhaber des Unternehmens in den mitgliedschaftlichen Verband der GmbH einbezogen und daher für eine ordentliche Unternehmensfinanzierung verantwortlich.³³

Im Februar 2006 bejahte der BGH erneut die Einbeziehung von stillen Gesellschaftern in die Kapitalerhaltungsregeln der GmbH und versagte unter Berufung auf § 30 Abs. 1 GmbHG die Auszahlung des Auseinandersetzungs Guthabens nach Kündigung der stillen Gesellschaft.³⁴ Wieder stellte er maßgeblich auf gesellschaftergleiche Einfluss- und Vermögensrechte ab. Außergewöhnliche Geschäfte und Grundlagengeschäfte bedurften der Zustimmung eines aus den Reihen der stillen Gesellschafter besetzten Beirats, der zugleich die Geschäftsführung zu kontrollieren und die Finanzplanung zu genehmigen hatte. Den stillen Gesellschaftern stand die Hälfte des Jahresüberschusses zu und sie nahmen an Verlusten der Gesellschaft teil. Ob eine Beteiligung an den stillen Reserven der Gesellschaft vereinbart war, bleibt unklar. Die Einlagen der stillen Gesellschafter betrachtet der BGH aufgrund dieser Gestaltung als Teil der Eigenkapitalgrundlage der GmbH und daher als durch § 30 GmbHG gebunden.³⁵

Im September 2013 gelangte der BGH erneut zur Gleichstellung eines atypischen stillen Gesellschafter mit einem GmbH-Gesellschafter.³⁶ Dem stillen Gesellschafter standen zwar nur die gesetzlich vorgesehenen Kontrollrechte zu, jedoch agierte er zugleich als Vertreter der einzigen beiden Formalsellschafter – seiner Ehefrau und seiner Tochter – in der Gesellschafterversammlung. Der BGH hielt dies für ausreichend, denn die Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln könne nicht davon abhängen, auf welchem Weg die Einflussmöglichkeiten begründet werden.³⁷ Dem stillen Gesellschafter

³² BGHZ 106, 7, 7.

³³ BGHZ 106, 7, 11.

³⁴ BGH, NZG 2006, 341, Leitsatz 1.

³⁵ BGH, NZG 2006, 341, Rz. 24.

³⁶ BGH, NZG 2013, 1385.

³⁷ BGH, NZG 2013, 1385, Rz. 22.

standen 95 % der Gewinne zu und er hatte die Verluste im gleichen Umfang zu tragen.

Im Juni 2020 postulierte der BGH als Voraussetzung zur Gleichstellung eines doppelnützigen Treuhänders mit einem Gesellschafter dann einen von ihm so bezeichneten „Dreifachtatbestand aus Erlösbeteiligung, gesellschaftergleichen Rechten und Teilhabe an der Geschäftsführung“,³⁸ ohne dabei in der Sache von den zuvor entwickelten Kriterien abzuweichen. Das Erfordernis der gesellschaftergleichen Rechte hat nämlich keine eigene Bedeutung, denn gesellschaftergleich müssen gerade die Vermögensbeteiligung und die Einflussrechte auf die Geschäftsführung sein.³⁹

Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung sind Entscheidungen des OLG Jena und des OLG Koblenz hervorzuheben, die jeweils eine Quasi-Gesellschafterstellung eines Dritten bejahten, der mit einer GmbH einen „Meta-Vertrag“ geschlossen hatte, auf dessen Grundlage ihm 80 % des Gewinns aus dem von der Gesellschaft als einziges Geschäft betriebenen Bauprojekt zustanden.⁴⁰ Mit Blick auf diese Vereinbarung scheint es, als gingen die beiden Oberlandesgerichte davon aus, dass alleine eine Vermögensbeteiligung zur Qualifikation als Quasi-Gesellschafter genügen könne.⁴¹ Bei näherer Betrachtung verfügten die Dritten aber auch über gesellschaftergleiche Einflussrechte, denn es war vereinbart, dass sie die technische und organisatorische Steuerung des Bauprojekts und damit de facto des gesamten Betriebs der GmbH übernehmen.⁴²

bb) Quasi-Kommanditisten

Noch bevor der BGH sich mit der Gleichstellung eines atypischen stillen Gesellschafters mit einem GmbH-Gesellschafter zu befassen hatte, hatte er im Dezember 1984 entschieden, dass die Einlage eines stillen Gesellschafters zur Eigenkapitalgrundlage einer Publikums-KG gehören könne.⁴³ Es ging dabei um die Frage, ob der stille Gesellschafter seine Einlage auch in der Abwicklung der KG noch zu leisten habe und der BGH stützte seine Entscheidung auf seine Rechtsprechung über Finanzplankredite, da das Gesell-

³⁸ BGH, NZG 2020, 994, Rz. 32, 38.

³⁹ So auch die zutreffende Deutung der Entscheidung bei *Bitter*, WM 2020, 1764, 1771; *Wilhelm*, WuB 2020, 498, 500; *Scholz/Bitter*, Anh. § 64, Rn. 251b.

⁴⁰ OLG Jena, ZIP 2016, 1134; OLG Koblenz, ZIP 2016, 1133.

⁴¹ So deutet *Kuna*, GmbHR 2016, 284, 287f. die Entscheidungen und erblickt darin eine neue Fallgruppe, bei der das Erfordernis gesellschaftsähnlicher Mitwirkungsrechte entbehrlich sei.

⁴² OLG Jena, ZIP 2016, 1134, 1135; OLG Koblenz, ZIP 2016, 1133, 1134.

⁴³ BGH, NJW 1985, 1079.

schafterdarlehensrecht eine solche Rechtsfolge nicht vorsah.⁴⁴ Für die Frage der Einbeziehung in das Recht der Gesellschafterdarlehen kann diese Entscheidung nicht fruchtbar gemacht werden, da es nicht um Kriterien zur erzwungenen Umqualifizierung nach dem Recht der Gesellschafterdarlehen ging, sondern um die Auslegung der Partevereinbarung.⁴⁵

Im Juni 2012 fasste der BGH dann den Anspruch eines an einer GmbH & Co. KG atypisch still Beteiligten auf Rückgewähr seiner Einlage unter § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.⁴⁶ Dabei hielt er die Vergleichbarkeit mit der Stellung eines Kommanditisten für maßgeblich, sodass es auf umfassende Geschäftsführungsbefugnisse nicht ankomme, da solche auch einem Kommanditisten gemäß § 164 HGB typischerweise nicht zustehen.⁴⁷ Ausreichend seien die im konkreten Fall vereinbarten Informationsrechte im Umfang des § 118 HGB neben einer schuldrechtlichen Vermögens-, Gewinn- und Verlustbeteiligung sowie dem Recht, sich schuldrechtlich den Wirkungen von abgelehnten Grundlagenbeschlüssen zu entziehen.⁴⁸ Demgegenüber hatte das OLG Hamm zuvor für eine Quasi-Kommanditisten-Stellung auf die Vergleichbarkeit mit der Stellung eines GmbH-Gesellschafters abgestellt.⁴⁹

cc) Quasi-Aktionäre

Zur Frage der Gleichstellung eines stillen Gesellschafters mit einem Aktionär hatte das OLG Köln im Dezember 2008 einen Fall zu entscheiden, bei dem die Anwendung des § 57 AktG auf eine atypisch still beteiligte öffentliche Fördergesellschaft in Rede stand.⁵⁰ Das OLG hielt dabei die Einbeziehung in die Kapitalerhaltung nach den für die GmbH entwickelten Grundsätzen für möglich, verneinte aber im konkreten Fall das Vorhandensein hinreichender Einwirkungs- und Kontrollrechte.⁵¹ Die der stillen Gesellschafterin eingeräumten Rechte hätten nämlich alleine „Sicherungscharakter“ gehabt und nicht den Zweck, gestaltenden Einfluss auf die Geschäfte der AG auszuüben.⁵²

⁴⁴ Dazu oben unter C. III. 1. b).

⁴⁵ Zu der damit verbundenen, problematischen Fiktion eines Parteiwillens vgl. oben unter C. III. 3.

⁴⁶ BGHZ 193, 378.

⁴⁷ BGHZ 193, 378, Rz. 15.

⁴⁸ BGHZ 193, 378, Rz. 18 ff.

⁴⁹ OLG Hamm, NZG 2001, 125, 125 f.

⁵⁰ OLG Köln, DB 2009, 609.

⁵¹ OLG Köln, DB 2009, 609, 610.

⁵² OLG Köln, DB 2009, 609, 610.

dd) Zusammenfassung

Der BGH bezieht Dritte in das Recht der Gesellschafterdarlehen ein, sofern sie die Geschicke der Gesellschaft wie ein Gesellschafter mitbestimmen können und eine gesellschafterähnliche Vermögensbeteiligung vereinbart ist. Hinsichtlich der Einflusskomponente soll insbesondere die Besetzung eines Beirats mit weitreichenden Kompetenzen genügen. Im Hinblick auf die Vermögensbeteiligung lässt der BGH eine Beteiligung an Gewinn und Verlust genügen, ohne entscheidend auf eine Beteiligung an stillen Reserven oder Liquidationserlös abzustellen.

b) Meinungsstand in der Literatur

In der Literatur ist die Erstreckung des Rechts der Gesellschafterdarlehen auf Dritte immer wieder Gegenstand ausführlicher Auseinandersetzung.⁵³

aa) Doppeltatbestand

Die überwiegende Ansicht nimmt wie der BGH an, dass eine Einbeziehung in das Recht der Gesellschafterdarlehen einen Doppeltatbestand aus gesellschaftergleichen Vermögensrechten und Einflussmöglichkeiten voraussetzt.⁵⁴ Die beiden Kriterien werden dabei allerdings verschieden gewichtet, abgestuft und konkretisiert.

Hinsichtlich der Vermögenskomponente wird zum Teil eine variable Erlösbeteiligung für ausreichend gehalten,⁵⁵ während andere darüber hinaus zwingend auch eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen verlangen.⁵⁶ Zum Teil wird zwingend auch eine Verlustbeteiligung gefordert.⁵⁷ Anderenfalls sei die Einflussnahme durch den Dritten aus Sicht der Drittgläubiger

⁵³ Monographisch insbesondere *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 46 ff.; zusammenfassend zur Einbeziehung stiller Gesellschafter auch *Bitter*, ZIP 2019, 146; unmittelbar nach Inkrafttreten des MoMiG ausführlich etwa *Habersack*, ZIP 2008, 2385; *Krolop*, GmbHR 2009, 397; *Mock*, DStR 2008, 1645.

⁵⁴ *Fleischer*, Finanzplankredit, S. 272 ff.; *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 114 ff.; *Engert*, ZGR 2012, 835, 858 f.; *Kollhosser*, WM 1985, 929, 933; *Mock*, DStR 2008, 1645, 1647; *Scholz/Bitter*, Anh. § 64, Rn. 251; *Uhlenbruck/Hirte*, § 39, Rn. 43; *Michalski/Dahl/Linnenbrink*, Systematische Darstellung 6, Rn. 53; *BeckOK-InsO/Prosteder/Dachner*, 39, Rn. 65.

⁵⁵ *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 121 ff.; *Scholz/Bitter*, Anh. § 64, Rn. 251; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, Anh. § 64, Rn. 146.

⁵⁶ *Michalski/Heidinger*, § 30, Rn. 120; dahingehend auch OLG Stuttgart, NZG 2009, 259, 259.

⁵⁷ *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 399.

weniger gefährlich, da Drittgläubiger und einflussnehmender Gläubiger im gleichen Lager stünden.⁵⁸

Hinsichtlich der Einflussmöglichkeiten soll es nach einer Ansicht nur minimaler Einwirkungsmöglichkeiten bedürfen, die nicht mit denen eines Gesellschafters vergleichbar sein müssten.⁵⁹ Bereits dann könne ein Anreiz bestehen, der Gesellschaft Fremdmittel zur Verfügung zu stellen, wenn diese von externer Seite nicht mehr zu erlangen seien.⁶⁰ Zum Teil werden daher bereits die Informations- und Kontrollrechte eines gesetzestypischen stillen Gesellschafters für ausreichend erachtet.⁶¹ Andere fordern hingegen die Möglichkeit zur „breitflächigen und besonders intensiven Einflussnahme“.⁶² Eine differenzierende Ansicht fragt danach, ob der Dritte im konkreten Einzelfall durch gesteigerte Einflussnahme die Rolle eines externen Gläubigers verlassen hat.⁶³

Als Zielrichtung der Einflussmöglichkeiten wird zum Teil auf Gestaltungsmacht im Hinblick auf strukturändernde Maßnahmen abgestellt, während Einfluss auf den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb nicht ausreichen soll.⁶⁴ Andere halten gerade auch die Einwirkung auf den laufenden Geschäftsbetrieb für maßgeblich.⁶⁵

Teilweise wird auch ein variables System von Einfluss- und Vermögensrechten vorgeschlagen und betont, ein Mehr des einen könne durch ein Weniger des anderen kompensiert werden, solange doch beide Komponenten vorlägen.⁶⁶ Dabei wird zum Teil der Informationsvorsprung als dritte zu gewichtende Komponente mit einbezogen.⁶⁷

⁵⁸ *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 400.

⁵⁹ FK-InsO/*Bornemann*, § 39, Rn. 81.

⁶⁰ FK-InsO/*Bornemann*, § 39, Rn. 81.

⁶¹ *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 402; FK-InsO/*Bornemann*, § 39, Rn. 81.

⁶² *Fleischer*, ZIP 1998, 313, 319.

⁶³ Vgl. FK-InsO/*Bornemann*, § 39, Rn. 84; ähnlich Bork/Schäfer/*Thiessen*, Anh. § 30, Rn. 37: Überwindung des Haftungsprivilegs durch unternehmerische Einflussnahme; ähnlich *Kollhoser*, WM 1985, 929, 934.

⁶⁴ *Fleischer*, ZIP 1998, 313, 320.

⁶⁵ *Servatius*, Covenants, S. 472, 527; ähnlich hinsichtlich atypischer Pfandgläubiger *Obermüller*, ZInsO 2017, 134, 137.

⁶⁶ Gottwald/*Haas/Kolmann/Kurz*, § 90, Rn. 451; *Haas/Vogel*, NZI 2012, 875, 877.

⁶⁷ Gottwald/*Haas/Kolmann/Kurz*, § 90, Rn. 451; BeckOK-InsO/*Prosteder/Dachner*, 39, Rn. 61.

bb) Erweiternde Ansichten

Teile der Literatur ziehen den Anwendungsbereich der Dritterstreckung weiter, indem sie alleine Vermögensrechte genügen lassen, ohne dass es auf Einflussmöglichkeiten ankommen soll.⁶⁸ Von Altmeyen wird sogar alleine die Verlustbeteiligung als das maßgebliche Kriterium ausgemacht, denn es komme alleine auf eine Beteiligung mit wirtschaftlichem Risikokapital an.⁶⁹ Folglich sei auch ein typischer stiller Gesellschafter als Quasi-Gesellschafter zu behandeln, sofern nur die Verlustteilnahme nicht ausgeschlossen sei.⁷⁰

Andere wiederum stellen alleine auf die Einflussmöglichkeiten des Dritten ab, ohne eine Beteiligung am Gewinn, Verlust oder Vermögen der Gesellschaft zu fordern.⁷¹ Demnach soll es alleine auf unternehmerische Einflussnahmemöglichkeiten ankommen, die über die typischen Rechte eines Gläubigers oder Sicherungsgebers hinausgehen und eine Steuerung des Geschehens in der Gesellschaft ermöglichen.⁷² Auch Servatius stellt maßgeblich darauf ab, ob der Dritte Einfluss auf das Insolvenzrisiko der Gesellschaft nehmen könne.⁷³ Es sei anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung zu ermitteln, ob der Dritte als Kapitalgeber zu beurteilen sei, der auf die verantwortungsbewusste Entscheidungsfindung durch die Geschäftsleitung vertraue oder ob er selbst der Entscheidungsfindung zuzurechnen sei, auf welche andere Kapitalgeber vertrauen.⁷⁴ Um dies zu bestimmen, komme es auf die konkreten – unmittelbaren oder mittelbaren – Einflussmöglichkeiten an.⁷⁵

Bornemann geht davon aus, dass eine Vermögensbeteiligung oder gewinnabhängige Vergütung zumindest dann entbehrlich sei, wenn der fixe Rückzahlungsanspruch des Dritten infolge einer Krise der Gesellschaft entwertet sei und der Gläubiger dank seiner Einwirkungsmöglichkeiten auf Kosten der übrigen Gläubiger spekulieren könne, um bei Erfolg der Strategie zumindest beschränkt durch Verwertung seiner Forderung zu partizipieren.⁷⁶

⁶⁸ Spindler/Stilz/Cahn/von Spannenberg, § 57, Rn. 123.

⁶⁹ Altmeyen/Altmeyen, Anh. § 30, Rn. 78.

⁷⁰ Altmeyen/Altmeyen, Anh. § 30, Rn. 78.

⁷¹ Huber/Baier, NZI 2020, 790, 797.

⁷² H/S/Fleischer, § 39 InsO, Rn. 25; K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen, § 39, Rn. 49; Bork/Schäfer/Thiessen, Anh. § 30, Rn. 37; MüKoInsO/Behme, § 39, Rn. 77.

⁷³ Servatius, Covenants, S. 531 ff.; H/S/Servatius, § 236, Rn. 18; ähnlich, allerdings auf die Möglichkeit zur Verzögerung der Insolvenzantragstellung abstellend, Schwintowski, in: Frodermann/Jannott (Hrsg.), Handbuch des Aktienrechts, 6. Kapitel, Rn. 216.

⁷⁴ Servatius, Covenants, S. 537.

⁷⁵ Servatius, Covenants, S. 538 ff.

⁷⁶ FK-InsO/Bornemann, § 39, Rn. 83.

cc) Einschränkung der Ansichten

Eine andere Ansicht begrenzt die Reichweite der personellen Erstreckung im Hinblick auf die Rechtsnatur der Stellung des Dritten. Insbesondere Habersack befürwortet eine „restriktive Handhabung“ der Einbeziehung gesellschaftsgleicher Dritter durch eine Beschränkung auf diejenigen Kreditgeber, denen das Prinzip der Haftungsbeschränkung zugutekomme.⁷⁷ Konkret sei daher eine gesellschaftsrechtlich fundierte, mitgliedschaftliche oder zumindest mitgliedschaftsähnliche Beziehung zur Gesellschaft zu fordern.⁷⁸ Eine solche könne von vornherein nur im Fall eines atypischen stillen Gesellschafters in Betracht kommen.⁷⁹ Hingegen seien schuldrechtlich, etwa durch Covenants vermittelte Kontroll- und Einflussrechte eines Kreditgebers nicht geeignet, eine gesellschaftsähnliche Stellung zu begründen.⁸⁰

Für eine noch restriktivere Handhabung des Anwendungsbereichs plädiert Huber, da der Gesetzgeber „Dritte“ in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nun nicht mehr ausdrücklich erwähnt.⁸¹ Eine Dritterstreckung komme nur noch in Betracht, wenn der Dritte mithilfe der Gesellschaft unternehmerisch tätig sei.⁸² Bei Gläubigern, die nicht gesellschaftsrechtlich beteiligt sind, treffe dies nicht zu.⁸³ Selbst im Fall einer atypischen stillen Gesellschaft sei alleine auf § 136 InsO zurückzugreifen.⁸⁴

dd) Lehre von der Innen-KG

Nach der von Karsten Schmidt begründeten Lehre von der Innen-KG führt die Beteiligung stiller Gesellschafter an einer Handelsgesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen zur Entstehung einer sogenannten Innen-KG als „virtueller Rechtsträger“.⁸⁵ Nach außen im Rechtsverkehr trete zwar nur die Handelsgesellschaft in Erscheinung, im Innenverhältnis jedoch verwalte sie treuhänderisch ein virtuelles Gesamthandsvermögen für die Innen-KG.⁸⁶

⁷⁷ Habersack, ZIP 2008, 2385, 2388; GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 91.

⁷⁸ GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 91, 95; so auch schon Habersack, ZGR 2000, 384, 396 zur Reichweite des § 32a Abs. 3 Satz GmbHG a.F.

⁷⁹ Habersack, ZGR 2000, 384, 396; GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 94.

⁸⁰ Habersack, ZIP 2008, 2385, 2388; Habersack, ZGR 2000, 384, 397.

⁸¹ Huber, FS Priester, S. 259, 279: „große Zurückhaltung geboten“.

⁸² Huber, FS Priester, S. 259, 280.

⁸³ Huber, FS Priester, S. 259, 280; auch Huber/Habersack, in: Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 370, 399.

⁸⁴ Huber, FS Priester, S. 259, 280 f.

⁸⁵ K. Schmidt, ZHR 178 (2014), 10.

⁸⁶ K. Schmidt, FS Bezzenerberger, S. 401, 406; K. Schmidt, ZHR 178 (2014), 10, 13.

Eine so verstandene Innen-KG soll vorliegen, wenn durch Vertragsgestaltung eine an das Recht der GmbH & Co. KG angenäherten Binnenverfassung geschaffen wird, in welcher die Rechte und Pflichten der stillen Gesellschafter wie diejenigen von Kommanditisten so gestaltet sind, als stünde das Vermögen nicht der Geschäftsinhaberin, sondern einer mit den stillen Gesellschaftern gebildeten Kommanditgesellschaft zu.⁸⁷ Indiz dafür sei insbesondere das von den Parteien verfolgte Ziel der Begründung einer steuerlichen Mitunternehmerschaft.⁸⁸ Weiterhin soll indiziell sein, wenn bei Beendigung eine Auseinandersetzung der stillen Gesellschaft unter Berücksichtigung stiller Reserven und schwebender Geschäfte stattfindet.⁸⁹ Außerdem soll es auf die Vereinbarung von Mitwirkungs- und Kontrollrechten ankommen, etwa von Zustimmungsvorbehalten bei außergewöhnlichen Maßnahmen.⁹⁰

Bei Vorliegen einer Innen-KG sollen die Rechte und Pflichten der Beteiligten im Innenverhältnis nicht mehr rein schuldrechtlich, sondern im Sinne des Binnenrechts einer GmbH & Co. KG determiniert sein.⁹¹ Dementsprechend sei der virtuelle Kommanditist wie ein solcher in den persönlichen Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO einbezogen. Seine stille Einlage selbst zähle zu dem von der Handelsgesellschaft nur treuhänderisch verwalteten Eigenkapital der „virtuellen KG“ und falle daher sogar unter den Nachrang des § 199 Satz 2 InsO. Folgerichtig soll auch § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auf die Rückzahlung der Einlage anzuwenden sein.⁹² Die Begründung liegt allerdings nicht in der Stellung als Quasi-GmbH-Gesellschafter, sondern als virtueller Kommanditist der Innen-KG.⁹³

c) Eigene Konzeption

Für eine Würdigung der verschiedenen Ansätze sowie eine eigene Konzeption ist im Ausgangspunkt zu untersuchen, wann ein wirtschaftliches Entsprechen im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO vorliegt. Dies richtet sich nach dem Normzweck, denn wenn feststeht, was die Subordination von Gesell-

⁸⁷ K. Schmidt, FS Bezenberger, S. 401, 405.

⁸⁸ K. Schmidt, ZHR 178 (2014), 10, 22.

⁸⁹ K. Schmidt, ZHR 178 (2014), 10, 22.

⁹⁰ K. Schmidt, ZHR 178 (2014), 10, 22. Als geradezu typischen Fall einer Innen-KG bezeichnet Karsten Schmidt die der BGH Entscheidung von November 1988 zugrunde liegende Gestaltung (vgl. dazu oben unter D.I.2.a)aa)).

⁹¹ K. Schmidt, ZHR 178 (2014), 10, 18; K. Schmidt, FS Bezenberger, S. 401, 406.

⁹² K. Schmidt, ZHR 178 (2014), 10, 46 f.

⁹³ K. Schmidt, ZHR 178 (2014), 10, 47.

schafterdarlehen rechtfertigt, kann beurteilt werden, wann dies auch für Rechtshandlungen Dritter gelten muss.⁹⁴

aa) Zeck des Rechts der Gesellschafterdarlehen

(1) Meinungsstand

Die Rechtsprechung hat ihre Begründungsansätze zum Normzweck seit den ersten Entscheidungen des Reichsgerichts stetig weiterentwickelt.⁹⁵ Letztlich lassen sich die tragenden Begründungslinien zu drei Strängen zusammenfassen:⁹⁶ Hat ein Gesellschafter ein Darlehen anstelle dringend benötigter Eigenmittel gegeben, um der Gesellschaft das Überleben zu ermöglichen, so erweckt er den Anschein ausreichender Kapitalausstattung und setzt sich entgegen Treu und Glauben in Widerspruch zu seinem Verhalten, wenn er der Gesellschaft die Darlehensvaluta wieder entzieht, bevor der mit ihrer Hergabe verfolgte Zweck nachhaltig erreicht ist.⁹⁷ Außerdem soll ein Gesellschafter nicht in der Erwartung, sein Geld aufgrund besserer Informationsmöglichkeiten notfalls noch beizeiten in Sicherheit bringen zu können, auf dem Rücken der Gesellschaftsgläubiger spekulieren dürfen.⁹⁸ Damit soll verhindert werden, dass ein Gesellschafter, der die notleidende Gesellschaft nicht durch die Zuführung fehlenden Eigenkapitals, sondern durch Darlehen über Wasser zu halten versucht, das damit verbundene Finanzierungsrisiko auf außenstehende Gläubiger abwälzt.⁹⁹ Aus alledem leitet sich die Finanzierungsfolgenverantwortung ab, welche den Gesellschafter in der Krise zwar nicht positiv verpflichtet, fehlendes Kapital nachzuschießen, der er sich aber nicht in der Weise zum Nachteil der Gläubiger entziehen kann, dass er bei einer tatsächlich beabsichtigten Finanzhilfe, anstatt sie durch die objektiv gebotene Einbringung haftenden Kapitals zu leisten, auf eine andere, ihm weniger riskant erscheinende Finanzierungsform ausweicht.¹⁰⁰

Nach Inkrafttreten des MoMiG hat sich der BGH bislang nicht eindeutig zum Normzweck positioniert.¹⁰¹ Einzig die Begründung der Subordination alleine mit einem typischerweise gegebenen Informationsvorsprung lehnte er

⁹⁴ Zutreffend Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 247; Haas/Vogel, NZI 2012, 875, 876.

⁹⁵ Siehe zu den Ursprüngen oben unter D.I.1.

⁹⁶ Vgl. BGHZ 90, 381; zusammenfassend auch Huber, FS Priester, S. 259, 264 ff.

⁹⁷ BGHZ 90, 381, 388 f.

⁹⁸ BGHZ 90, 381, 388; Spindler/Stilz/Cahn/von Spannenberg, § 57, Rn. 103.

⁹⁹ BGHZ 90, 381, 388.

¹⁰⁰ BGHZ 90, 381, 389.

¹⁰¹ Zutreffend Kleindiek, ZGR 2017, 731, 738; Michalski/Dahl/Linnenbrink, Systematische Darstellung 6, Rn. 19.

ausdrücklich ab, ließ die Frage aber im Übrigen offen.¹⁰² Später konstatierte er, dass das durch das MoMiG umgestaltete Recht mit der Legitimationsgrundlage des früheren Rechts im Sinne einer Finanzierungsfolgenverantwortung „harmoniere“.¹⁰³ Zugleich soll aber nur „ein von dem Eigenkapitalersatzrecht gelöstes Verständnis“ dem Wortlaut der §§ 39 und 135 InsO gerecht werden.¹⁰⁴ Welches Verständnis damit gemeint ist, blieb im Dunkeln. Auch die 2016 vom BGH formulierte Erkenntnis, Grundgedanke des neuen Rechts sei es, Gesellschafterdarlehen ohne Rücksicht auf einen Eigenkapitalcharakter einer insolvenzrechtlichen Sonderbehandlung zu unterwerfen und auf diese Weise eine darlehensweise Gewährung von Finanzmitteln der Zuführung haftenden Eigenkapitals gleichzustellen,¹⁰⁵ hilft in der Sache nicht weiter, beschreibt sie doch nur den Mechanismus der Umqualifizierung, nicht aber deren Zweck.

In der Literatur wird teilweise angenommen, das Recht der Gesellschafterdarlehen finde auch nach Inkrafttreten des MoMiG seine Rechtfertigung in der Finanzierungsfolgenverantwortung aufgrund einer Krisenfinanzierung.¹⁰⁶ Der Gesetzgeber habe lediglich die in der Praxis häufig sehr aufwendige Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Krise entbehrlich machen wollen und daher die unwiderlegliche gesetzliche Vermutung implementiert, dass jedes Gesellschafterdarlehen in einer Krise gewährt oder stehen gelassen wurde.¹⁰⁷ Diese Vermutung sei damit begründet, dass „normalerweise“ eine Gesellschaft ihren Kapitalbedarf am Markt decke und daher bei Aufnahme eines Gesellschafterdarlehens von einer Krisensituation auszugehen sei, in der sie an sich dringend Eigenkapital benötige.¹⁰⁸ In der ausnahmslosen Subordination von Gesellschafterdarlehen liege eine an Art. 3 GG zu messende Ungleichbehandlung des darlehensgewährenden Gesellschafters gegenüber anderen Darlehensgebern, deren Rechtfertigung nur in der Qualifikation als Krisenfinanzierung liegen könne.¹⁰⁹

¹⁰² BGHZ 188, 363, Rz. 16 f.

¹⁰³ BGHZ 196, 220, Rz. 18.

¹⁰⁴ BGH, NJW 2015, 1109, Rz. 69.

¹⁰⁵ BGH, NZG 2017, 66, Rz. 22.

¹⁰⁶ FK-InsO/Bornemann, § 39, Rn. 33; Michalski/Dahl/Linnenbrink, Systematische Darstellung 6, Rn. 25 f.; Haas, ZInsO 2007, 617, 620; Bork, ZGR 2007, 250, 250; Altmeyden, NJW 2008, 3601, 3603; Altmeyden/Altmeyden, Anh. § 30, Rn. 25.

¹⁰⁷ Bork, ZGR 2007, 250, 256; Altmeyden, NJW 2008, 3601, 3603; Altmeyden/Altmeyden, Anh. § 30, Rn. 25; Michalski/Dahl/Linnenbrink, Systematische Darstellung 6, Rn. 25; Haas, ZInsO 2007, 617, 620; Kruth, DStR 2017, 2126, 2126; Thiesen, ZGR 2015, 396, 410 f.

¹⁰⁸ Bork, ZGR 2007, 250, 257; teilweise wird die Vermutung der Krisenfinanzierung im Wege einer teleologischen Reduktion des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO für widerlegbar gehalten, vgl. Pentz, GmbHR 2013, 393, 400 f.

Von der überwiegenden Ansicht in der Literatur wird die Anknüpfung an die Krisenfinanzierung und die Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung hingegen abgelehnt. Jedoch bestehen verschiedene Erklärungsansätze, worauf der Normzweck stattdessen beruht.

Klarheit besteht darüber, dass alleine ein typischerweise bestehender Informationsvorsprung des Gesellschafters keine taugliche Rechtfertigung darstellt.¹¹⁰ Ein besonders gut informierter Insider würde sein Darlehen gegebenenfalls vor der Insolvenz abziehen, was allenfalls einen entsprechenden Anfechtungstatbestand rechtfertigen könnte,¹¹¹ er würde aber sein Darlehen gerade nicht bis in die Insolvenz stehen lassen, sodass der Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO damit nicht begründet werden kann.¹¹² Zudem wäre nicht erklärlich, warum ein solcher Wissensvorsprung nur bei den nach § 39 Abs. 4 InsO erfassten Gesellschaften vorhanden sein sollte.¹¹³

Zum Teil wird konstatiert, der Gesetzgeber habe sich dazu entschieden, auf eine besondere Rechtfertigung der Umqualifizierung zu verzichten und die Legitimation liege nunmehr alleine in der Doppelrolle als Gesellschafter und Darlehensgeber.¹¹⁴ Zu begründen sei diese pauschale Betrachtung allenfalls mit einem typischen Näheverhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft.¹¹⁵ Karsten Schmidt, der dies für eine „Banalisierung“ des „wertungsmäßig ärmlichen“ Rechts der Gesellschafterdarlehen hält,¹¹⁶ zieht daraus den Schluss, es bestehe nunmehr eine Finanzierungsverantwortung oder Finanzierungszuständigkeit eines jeden Gesellschafters.¹¹⁷

Huber und Habersack führen als Legitimationsgrundlage des Rechts der Gesellschafterdarlehen die Inanspruchnahme der Haftungsbeschränkung

¹⁰⁹ *Altmeppen*, NJW 2008, 3601, 3602; Michalski/Dahl/Linnenbrink, Systematische Darstellung 6, Rn. 23; *Marotzke*, JZ 2010, 592, 598 f.

¹¹⁰ BGHZ 188, 363, Rz. 17; zustimmend BeckOK-InsO/Prosteder/Dachner, 39, Rn. 61.

¹¹¹ Auch dies ist indes nicht der Fall; dazu unter D.III.1.a).

¹¹² BGHZ 188, 363, Rz. 17; zustimmend GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 19; *Huber*, ZIP Beilage 39/2010, 7, 14.

¹¹³ *Huber*, ZIP Beilage 39/2010, 7, 14.

¹¹⁴ *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1009: „verlorener Normzweck“; *Habersack*, in: GK-GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 45 spricht von einer „Entmaterialisierung“ der Vorschriften über Gesellschafterdarlehen.

¹¹⁵ *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1932: „bloßes Näheverhältnis“; *Noack*, DB 2007, 1395, 1398 sieht eine „typisierte Insiderstellung“ im bloßen „näher dran“ an der Gesellschaft als maßgeblich und ausreichend; kritisch HK-InsO/Ries/Kleindiek, § 39, Rn. 27: „diffuse Vorstellung eines Näheverhältnisses“.

¹¹⁶ *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1011.

¹¹⁷ *K. Schmidt*, ZIP Beilage 39/2010, 15, 20 f.

durch die Gesellschafter an.¹¹⁸ Die Rückstufung der Gesellschafterforderungen in der Insolvenz sowie die Anfechtbarkeit seien neben der Pflicht zur Aufbringung des satzungsmäßigen Stammkapitals als der Preis aufzufassen, den die Gesellschafter als Ausgleich für die Inanspruchnahme des Privilegs der Haftungsbeschränkung zu entrichten hätten.¹¹⁹ Dadurch solle sichergestellt werden, dass das der Gesellschaft von den Gesellschaftern zur Verfügung gestellte Gesellschaftsvermögen in vollem Umfang zur Befriedigung der außenstehenden Gesellschaftsgläubiger zu Verfügung stehe, bevor die Gesellschafter befriedigt werden.¹²⁰ Es solle ein Missbrauch der Haftungsbeschränkung verhindert werden.¹²¹ Schon der durch § 39 Abs. 4 InsO neudefinierte Anwendungsbereich zeige die vom Gesetzgeber intendierte Anknüpfung an die Haftungsbeschränkung.¹²² Letztlich gehe es um den Ausgleich von institutionellen Schwächen der Bestimmungen über das Eigenkapital, die darin bestünden, dass in der Insolvenz nicht das gesamte von den Gesellschaftern zur Verfügung gestellte Kapital als Eigenkapital erfasst sei.¹²³ Einer darüber hinausgehenden inhaltlichen Rechtfertigung bedürfe es nicht.¹²⁴

Ein von Servatius entwickelter Begründungsansatz stellt maßgeblich darauf ab, dass die Umqualifizierung der Verhaltenssteuerung diene.¹²⁵ Sie sei der Preis für die Einräumung von Einflussmöglichkeiten und stelle die notwendige Selbstbetroffenheit her, um ein widersprüchliches Finanzierungsverhalten zu sanktionieren.¹²⁶ Erst diese Selbstbetroffenheit der Gesellschafter als Entscheidungsträger schaffe den Anreiz für Dritte, sich als einflusslose Fremdkapitalgeber zu beteiligen.¹²⁷ Es bestehe ein typisiertes Vertrauen aller an der

¹¹⁸ *Habersack/Huber*, BB 2006, 1; *Habersack*, ZIP 2007, 2145; *Habersack*, ZIP 2008, 2385, 2387; *Huber*, FS Priester, S. 259, 276 ff.; *Huber/Habersack*, in: Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 370, 393 ff.; *Huber*, ZIP Beilage 39/2010, 7, 14.

¹¹⁹ *Habersack/Huber*, BB 2006, 1, 1 f.; *Huber/Habersack*, in: Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 370, 395; *Huber*, FS Priester, S. 259, 277 f.

¹²⁰ *Habersack/Huber*, BB 2006, 1, 2; *Huber/Habersack*, in: Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 370, 391; *Huber*, ZIP Beilage 39/2010, 7, 14.

¹²¹ *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2147; *Huber*, FS Priester, S. 259, 277.

¹²² GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 22; dagegen ausdrücklich *K. Schmidt*, ZIP Beilage 39/2010, 15, 19, der aber auch die Beschränkung auf Gesellschaften ohne persönlich haftenden Gesellschafter für nicht gerechtfertigt hält.

¹²³ *Huber*, FS Priester, S. 259, 276 f.

¹²⁴ *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2147; GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 21; *Huber*, FS Priester, S. 259, 278.

¹²⁵ *Servatius*, Covenants, 293 ff.

¹²⁶ *Servatius*, Covenants, 293 ff.

¹²⁷ *Servatius*, Covenants, 55 f.

Unternehmensfinanzierung Beteiligten auf sachgerechte Entscheidungen derjenigen, die die Herrschaft über das Unternehmen ausüben und mit ihren Mitteln vorrangig haften.¹²⁸ Die mit der Gründung einer Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung geschaffene Gefährdungslage für die Gläubiger legitimiere es, in der Insolvenz einen zusätzlichen Beitrag der Gesellschafter dahingehend zu verlangen, dass sie die noch vorhandene Masse den übrigen Gläubigern überlassen und mit diesen nicht in eine Verteilungskonkurrenz treten.¹²⁹

Ähnlich argumentiert Krolop, der die Rechtfertigung für die Umqualifizierung in der gesellschaftertypischen Übernahme von Geschäftschancen und -risiken erblickt.¹³⁰ Das Näheverhältnis, welches aus jeder nicht unter das Kleinbeteiligtenprivileg fallenden Beteiligung resultiere, führe zwar auch zu einer „herausgehobenen Insiderstellung“.¹³¹ Dies allein sei jedoch nicht maßgeblich, sondern die Gefahr, dass der als Insider positionierte Gesellschafter zugleich und anders als andere Fremdkapitalgeber besonders von den unternehmerischen Chancen profitiere und die unternehmerischen Risiken trage.¹³²

(2) Eigene Würdigung

Es ist zu konstatieren, dass allen dargestellten Begründungsansätzen eine einheitliche Wertungsgrundlage entnommen werden kann, die im Hinblick auf die Einbeziehung Dritter fruchtbar gemacht werden kann. Letztlich geht es um den Ausgleich einer Störung des Risikogleichgewichts zwischen Eigen- und Fremdkapitalgebern.¹³³ Das Risikogleichgewicht zwischen Eigen- und Fremdkapitalgebern besteht darin, dass unternehmerischer Einfluss auf Chancen und Risiken einer Gesellschaft einerseits und die Möglichkeit der Partizipation an den daraus resultierenden Gewinnen andererseits im Grundsatz nur durch Eingehen eines persönlichen Verlustrisikos zu erkaufen ist.¹³⁴ Der Preis besteht nämlich entweder in der Übernahme persönlicher Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft oder, bei Inanspruchnahme einer Haftungsbeschränkung, darin, dass das eingesetzte Kapital zuvorderst das Verlustrisiko aus den Geschäften der Gesellschaft trägt.¹³⁵ Der außenstehende

¹²⁸ *Servatius*, Covenants, 55 f.

¹²⁹ KK-AktG/*Drygala*, § 57, Rn. 149.

¹³⁰ *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 398 f.

¹³¹ *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 398 f.

¹³² *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 399 f.

¹³³ Zutreffend *Kleindiek*, ZGR 2017, 731, 741 f.; auch *Huber*, ZIP Beilage 39/2010, 7, 14 spricht explizit von einer Verschiebung der Risikoverteilung.

¹³⁴ *Huber*, FS Priester, S. 259, 275.

¹³⁵ *Huber*, FS Priester, S. 259, 275: Selbstbeteiligung am Risiko als Funktion des Eigenkapitals; ähnlich *Servatius*, Covenants, S. 2: Gewinnpartizipation als Korrelat zur Haftungsübernahme bzw. zum Kapitaleinsatz.

Fremdkapitalgeber muss demgegenüber auf die Geschäftsführung seines Schuldners vertrauen und kann außer seinem festen Zinssatz nichts gewinnen. Im Gegenzug soll sein Risiko geringer sein, weil sein Kapital in der Haftungskaskade für Verluste aus der Geschäftsführung hinter dem Eigenkapital steht.

Das dergestalt austarierte Gleichgewicht verschiebt der darlehensgebende Gesellschafter. Durch den Einsatz eines Teils seines Kapitals als haftendes Stammkapital „erkauft“ er sich Einflussmöglichkeiten auf die Geschäfte der Gesellschaft und die Möglichkeiten an den entsprechenden Geschäftschancen zu partizipieren. Zugleich aber tritt er – mit einem womöglich deutlich größeren Teil seines Kapitals – als Fremdkapitalgeber auf und würde insoweit mit den einflusslosen anderen Fremdkapitalgebern in der Insolvenz um Befriedigung konkurrieren. Während also ein Erfolg einer risikoreichen Geschäftsstrategie zu seinen Gunsten ginge, würde er das Risiko im gleichen Rang mit den übrigen Gläubigern teilen.¹³⁶ Diese Aussicht, bestenfalls als Gesellschafter am Erfolg zu partizipieren, schlimmstenfalls aber in der Eigenschaft als Kreditgeber immerhin noch mit der Insolvenzquote an der Verteilung partizipieren zu können, kann den Anreiz für risikoreiche Strategien bei der Mittelverwendung schaffen.¹³⁷ Die Subordination dient dem Ausgleich dieser Störung des Risikogleichgewichts.

Insofern geht es um eine Verhaltenssteuerung in dem von Servatius beschriebenen Sinne. Den Gleichlauf von Einflussmöglichkeiten und Selbstbetroffenheit stört nämlich derjenige, der die Herrschaft über das Unternehmen hat, seinen Kapitaleinsatz in der Krise aber wie Fremdkapital behandelt wissen will.¹³⁸

Auch diejenige Ansicht, die in der Inanspruchnahme der Haftungsbeschränkung den tragenden Grund der Subordination sieht, steht im Wesentlichen mit dem hier befürworteten Ansatz in Einklang. Die Störung des Risikogleichgewichts liegt gerade darin, dass das Privileg der Haftungsbeschränkung in Anspruch genommen wird, ohne das korrespondierende Risiko mit dem vollen Kapitaleinsatz tragen zu wollen.¹³⁹ Der Begriff des *Missbrauchs* der Haftungsbeschränkung erscheint hingegen unglücklich, da der Gesellschafter das Finanzierungsmittel des Darlehens wählen kann und es auch legitime Gründe dazu geben mag. Möglich ist dies, ohne dass darin per se ein

¹³⁶ Anschaulich auch *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 399.

¹³⁷ *Kleindiek*, ZGR 2017, 731, 741.

¹³⁸ *Servatius*, Covenants, S. 307.

¹³⁹ So letztlich auch GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 21: Missbrauch liegt darin, dass das Privileg der Haftungsbeschränkung in Anspruch genommen und gleichzeitig Partizipation im Insolvenzverfahren als gewöhnlicher Gesellschaftsgläubiger angestrebt wird; *Huber*, ZIP Beilage 39/2010, 7, 14.

Missbrauch läge, aber eben nur um den Preis der Subordination des Rückzahlungsanspruchs in der Insolvenz.

Der gleiche Gedanke war unter Geltung des Eigenkapitalersatzrechts unter dem Begriff „Spekulieren auf dem Rücken der Gesellschaftsgläubiger“ herangezogen worden, um die Finanzierungsfolgenverantwortung zu begründen.¹⁴⁰ Der BGH erblickte das Risiko für die Gläubiger zwar vornehmlich darin, dass der Gesellschafter aufgrund eines Informationsvorsprungs seine Finanzierung noch der Insolvenz abziehen könne.¹⁴¹ Die gleiche Überlegung rechtfertigt aber auch den Nachrang für diejenigen Kapitalia, die nicht im Vorfeld der Insolvenz vermeintlich „in Sicherheit“ gebracht wurden. Das Risiko liegt für die Drittgläubiger insoweit in der Konkurrenz ihrer Insolvenzforderungen mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch des Gesellschafters. Insoweit trifft es zu, dass die Legitimationsgrundlagen des früheren und heutigen Rechts „harmonisieren“.¹⁴²

(3) Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung

Für die hier untersuchte Fragestellung folgt daraus, dass Mezzanine-Gläubiger immer dann in das Gesellschafterdarlehensrecht einzubeziehen sind, wenn in ihrer Person eine Doppelrolle vorliegt, die zu einer relevanten Verschiebung des Risikogleichgewichts führt. Dies der Fall, wenn der Mezzanine-Gläubiger einerseits gesellschaftergleich an den Geschäftschancen partizipiert und andererseits wie ein Gesellschafter Einfluss auf die Verwirklichung dieser Chancen nehmen kann. Der Rechtsprechung des BGH, die ganz in diesem Sinne sowohl eine Vermögenspartizipation als auch Einflussmöglichkeiten verlangt, ist zuzustimmen.

Keine der beiden Komponenten kann für sich genommen eine relevante Gefährdungslage für die Drittgläubiger begründen. Die dahingehenden Erwägungen des BGH, eine Gewinnbeteiligung könne ab einer bestimmten Schwelle eine fehlende Leitungsmacht ausgleichen, sind abzulehnen.¹⁴³ Wer nämlich nur am Vermögen partizipiert, also Risikokapital investiert, ohne zugleich die Möglichkeit zu haben, Einfluss darauf nehmen zu können, ob sich sein Risiko auszahlt, unterliegt keinem gläubigergefährdenden Anreiz. Im fehlt die Möglichkeit der Spekulation auf Kosten anderer Gläubiger. Das Risikogleichgewicht ist nicht zu Lasten der Drittgläubiger verschoben. Der Gesetzgeber hat mit dem Kleinbeteiligtenprivileg gezeigt, dass ein gewisses

¹⁴⁰ Vgl. nur BGHZ 90, 381, 388.

¹⁴¹ Vgl. nur BGHZ 90, 381, 388.

¹⁴² BGHZ 196, 220, Rn. 18.

¹⁴³ BGH, NZG 2020, 994, Rz. 29; ablehnend auch *Wilhelm*, WuB 2020, 498, 500 f.

Maß an Einflussmöglichkeiten erforderlich ist.¹⁴⁴ Die Vereinbarung einer gewinnabhängigen Vergütung, alleine oder in Verbindung mit einer Verlustbeteiligung, genügt daher nicht, den Kapitalgeber dem Recht der Gesellschafterdarlehen zu unterwerfen.

Andererseits kann auch die Vereinbarung von Einflussmöglichkeiten alleine nicht genügen. Es besteht dann zwar die Möglichkeit, doch fehlt der Anreiz, den bestehenden Einfluss zum Risiko der übrigen Gläubiger auszunutzen. Vielmehr würde eine solche Risikoeingehung den Einflussnehmenden selbst gleichermaßen wie jeden Drittgläubiger gefährden.¹⁴⁵ Man kann also von einem Interessengleichlauf zwischen dem einflussreichen und den übrigen Gläubigern sprechen.¹⁴⁶ Die dagegen gerichtete Argumentation Bornemanns, in einer Krise könne das Hoffen auf eine wiederzugewinnende Werthaltigkeit einer betragsmäßig fixen Forderung den gleichen Anreiz bewirken wie eine Gewinnbeteiligung,¹⁴⁷ ist nicht überzeugend. Unabhängig davon, dass eine Anknüpfung an eine „Krise“ dem klaren Willen des Gesetzgebers nach dem MoMiG widerspricht, spielt eine solche auch keine Rolle für die Verschiebung des Risikogleichgewichts. Auch der besonders einflussreiche Festzins-Gläubiger partizipiert nämlich nur genauso wie die übrigen einflusslosen Gläubiger und trägt das gleiche Risiko. Die Vereinbarung von Covenants im Rahmen eines festverzinslichen Darlehens ist daher für sich genommen unbedenklich. Erst das Hinzutreten eines Vermögensinteresses ist es, das die Einflussmöglichkeiten zu einem problematischen unternehmerischen Interesse des Dritten an der Gesellschaft werden lässt.¹⁴⁸

bb) Allgemeine Grundsätze zur Konkretisierung der Voraussetzungen

Steht damit fest, dass Vermögenspartizipation und Einflussmöglichkeiten vorliegen müssen, bedürfen beide Komponenten noch der Konkretisierung. Maßstab hierfür ist das in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO geforderte wirtschaftliche Entsprechen. Vermögensmäßige Beteiligung und Einfluss müssen ganz grundsätzlich denjenigen eines Gesellschafters entsprechen.

Schwierigkeit bereitet dabei zunächst die Definition desjenigen Gesellschafters, der insoweit als Vergleichsmaßstab dienen soll. Mit Blick auf das Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 5 InsO ist zu konstatieren, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf Formalgesellschafter eine Typisierung in Bezug

¹⁴⁴ Zutreffend Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 252.

¹⁴⁵ Zutreffend Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 252.

¹⁴⁶ So etwa Krolop, GmbHR 2009, 397, 400.

¹⁴⁷ FK-InsO/Bornemann, § 39, Rn. 83.

¹⁴⁸ Zutreffend BeckOK-InsO/Prosteder/Dachner, 39, Rn. 61.

darauf getroffen hat, wann er bei einem solchen die erforderliche Vermögensteilhabe und den erforderlichen Einfluss für gegeben hält. Er macht dies alleine daran fest, ob ein Gesellschafter mit mehr als zehn Prozent am Haftkapital der Gesellschaft beteiligt ist oder andernfalls geschäftsführender Gesellschafter ist. Dritte lassen sich naturgemäß nicht wie Gesellschafter derart typisieren, dass ein einziges hierfür maßgebliches Kriterium auszumachen wäre. Die Gestaltungsmöglichkeiten mezzaniner Finanzierungsinstrumente sind nahezu unbegrenzt und es gibt daher gerade keinen typischen atypischen Gesellschafter oder typischen Genussrechtsgläubiger. Es müssen daher diejenigen Kriterien angelegt werden, die die Stellung desjenigen Formalgesellschafters auszeichnen, der eine mehr als zehnprozentige Beteiligung hält.¹⁴⁹

Hierfür gelten zwei Prämissen: Ersten ist eine *rechtsformspezifische Betrachtung* anzustellen, da sich Vermögensrechte und Einflussmöglichkeiten der Formalgesellschafter von GmbH, GmbH & Co. KG und AG erheblich unterscheiden. Geht es um eine Behandlung als Quasi-GmbH-Gesellschafter, ist daher ein gesetzestypischer GmbH-Gesellschafter der Vergleichsmaßstab. Die Lehre von der Innen-KG, die stattdessen danach fragt, ob dem Dritten kommanditistengleiche Rechte eingeräumt sind,¹⁵⁰ kann im Hinblick auf die hiesige Fragestellung nicht überzeugen. Ist an einer GmbH ein stiller Gesellschafter mit Rechten eines Kommanditisten beteiligt, so mag zwar eine so zu bezeichnende Innen-KG entstehen. Dies betrifft jedoch nur die Frage, wie sich die Beteiligten im Innenverhältnis untereinander behandeln. Im Rechtsverkehr tritt nach außen eine GmbH auf, sodass aus der maßgeblichen Sicht der Drittgläubiger eine Umqualifizierung eines Gläubigerbeitrages in Haftkapital nur geboten ist, wenn der Dritte die Geschicke wie ein GmbH-Gesellschafter beherrscht.¹⁵¹

Zweitens ist die Betrachtung stets anhand des *gesetzestypischen* Formalgesellschafters auszurichten, mögen seine Vermögens- oder Einflussrechte auch abdingbar sein. Auch die im Kleinbeteiligtenprivileg zum Ausdruck kommende Typisierung ist nämlich insoweit strikt, als ein Formalgesellschafter der Subordination nicht etwa dadurch entgehen kann, dass er einwendet, er verfüge trotz formaler Überschreitung der zehn-Prozent-Schwelle über kein seiner Beteiligung entsprechendes Einflusspotenzial.¹⁵² Vielmehr ist selbst

¹⁴⁹ Haas, ZInsO 2007, 617, 620.

¹⁵⁰ Siehe oben unter D.I.2.b)dd).

¹⁵¹ Zutreffend spricht *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 129 insoweit von einem im Vergleich zum Kommanditisten gesteigerten Gefährdungspotenzial der GmbH-Gesellschafter aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger. Auch der BGH nimmt eine rechtsformspezifische Betrachtung vor, vgl. BGHZ 193, 378, Rz. 14; zustimmend auch Scholz/*Bitter*, Anh. § 64, Rn. 296.

¹⁵² Vgl. nur KPB/*Preuß*, § 39, Rn. 51; Michalski/*Dahl/Linnenbrink*, Systematische Darstellung 6, Rn. 88; Spindler/*Stilz/Cahn/von Spannenberg*, § 57, Rn. 122.

bei Inhabern stimmrechtloser Anteile an dem von § 39 Abs. 5 InsO vorgegebenen Schwellenwert festzuhalten.¹⁵³

cc) Erforderliche Intensität der Einflusskomponente im Einzelnen

In einem ersten Schritt gilt es konkret festzustellen, welche Intensität die Einflussrechte eines Dritten haben müssen, um denjenigen eines Gesellschafters zu entsprechen. Es ist dabei jeweils daran anzuknüpfen, welchen Einfluss ein Formalgesellschafter auf die Geschäfte der Gesellschaft in der jeweils maßgeblichen Rechtsform hat.

(1) GmbH & Co. KG

Das Gesetz behandelt den Kommanditisten grundsätzlich als reinen Kapitalgeber¹⁵⁴ und dennoch bezieht § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ihn als unternehmerisch Beteiligten an der GmbH & Co. KG in den Anwendungsbereich der Subordination ein. Welche Einfluss- und Vermögensrechte des gesetzestypischen Kommanditisten diese Wertung rechtfertigen, zeigt der Vergleich zum gesetzestypischen stillen Gesellschafter. Letzterer ist nämlich nach § 236 HGB ausdrücklich keiner § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO entsprechenden Subordination unterworfen. Die Grenze der relevanten unternehmerischen Beteiligung an einer KG verläuft also dort, wo sich die Stellung des gesetzestypischen Kommanditisten von der des gesetzestypischen stillen Gesellschafters unterscheidet.¹⁵⁵

Im Hinblick auf die gesetzlichen Informationsrechte ist insoweit kein relevanter Unterschied auszumachen. Nach § 166 Abs. 1 HGB ist der Kommanditist berechtigt, die abschriftliche Mitteilung des Jahresabschlusses zu verlangen und dessen Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Für den stillen Gesellschafter sieht § 233 HGB übereinstimmende Rechte vor. Auch ein darüberhinausgehendes, an das Vorliegen eines wichtigen Grundes anknüpfendes außerordentliches Informationsrecht steht nach herrschender Meinung sowohl dem Kommanditisten als auch dem stillen Gesellschafter zu.¹⁵⁶

Die Einflussrechte des gesetzestypischen Kommanditisten ergeben sich aus § 164 HGB. Nach § 164 Satz 1 HGB ist er von der Geschäftsführung

¹⁵³ Vgl. nur KPB/Preuß, § 39, Rn. 51.

¹⁵⁴ KKRM/Kindler, § 164, Rn. 1.

¹⁵⁵ In diesem Sinne auch *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 126 f.

¹⁵⁶ Vgl. zur KG nur MüKoHGB/Grunewald, § 166, Rn. 30 ff.; zur stillen Gesellschaft MüKoHGB/K. Schmidt, § 233, Rn. 13 ff., jeweils m. w. N.

ausgeschlossen und kann nach Satz 2 lediglich der Vornahme außergewöhnlicher Geschäfte widersprechen. Das betrifft solche Geschäfte, die nach ihrem Gegenstand, Zuschnitt oder dem mit ihnen verbundenen Risiko über das hinausgehen, was in der Gesellschaft häufiger geschieht.¹⁵⁷ Zudem wirken die Kommanditisten an Gesellschafterbeschlüssen über Grundlagengeschäfte mit. Insoweit gilt der Ausschluss der Kommanditisten nach § 164 Satz 1 HGB nicht, da es sich nicht um Geschäftsführungsmaßnahmen handelt.¹⁵⁸

Der Unterschied zu den Einflussrechten eines gesetzestypisch stillen Gesellschafters liegt in der Reichweite der vorgenannten Widerspruchs- und Zustimmungsvorbehalte. Der stille Gesellschafter hat zwar ein ungeschriebenes Widerspruchsrecht bezüglich solcher Grundlagengeschäfte, die den gemeinsamen Zweck der stillen Gesellschaft oder seine Interessen berühren.¹⁵⁹ Ein Widerspruchsrecht gegen außergewöhnliche Geschäft, wie es in § 164 Satz 2 HGB vorgesehen ist, steht ihm aber nicht zu.¹⁶⁰

Für die Qualifikation eines Dritten als Quasi-Kommanditist ist demzufolge maßgeblich, ob außergewöhnliche Geschäfte im Sinne des § 164 Satz 2 HGB an seine Zustimmung geknüpft sind. Alleine ein Zustimmungserfordernis für Grundlagenentscheidungen ist hingegen nicht ausreichend.

(2) GmbH

Einem GmbH-Gesellschafter stehen nach Maßgabe des § 51a GmbHG Informations- und Einsichtsrechte zu, die über diejenigen eines Kommanditisten weit hinausgehen. Hiernach haben die Geschäftsführer dem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und die Einsicht der Bücher und Schriften zu gestatten. Die von diesem Anspruch umfassten Angelegenheiten der Gesellschaft werden im Allgemeinen weit verstanden und umfassen alle Tatsachen und Daten, die für den Gesellschafter im Hinblick auf seine Kontroll-, Gewinn- und Vermögensinteressen von Bedeutung sein können.¹⁶¹

Für die Einbeziehung eines Dritten ist daher von Bedeutung, ob Informationsrechte in einer mit § 51a GmbHG vergleichbaren Intensität eingeräumt werden. Eine Vergleichbarkeit zu § 51a GmbHG erfordert dabei nicht, dass die vertragliche Klausel dieser Norm exakt nachgebildet ist. Es ist aber zu verlangen, dass ein Informationsanspruch besteht, dessen Intensität sowohl in

¹⁵⁷ MüKoHGB/*Grunewald*, § 164, Rn. 9; GK-HGB/*Casper*, § 164, Rn. 10.

¹⁵⁸ MüKoHGB/*Grunewald*, § 164, Rn. 16; GK-HGB/*Casper*, § 164, Rn. 18.

¹⁵⁹ MüKoHGB/*K. Schmidt*, § 230, Rn. 137; H/S/*Servatius*, § 230 HGB, Rn. 29.

¹⁶⁰ KKRM/*Kindler*, § 230, Rn. 17.

¹⁶¹ Vgl. nur MüKoGmbHG/*Hillmann*, § 51a, Rn. 26.

zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht deutlich über § 233 HGB hinausgeht. Ausreichend kann etwa die monatliche Übersendung betriebswirtschaftlicher Auswertungen sein oder ein anlassloser Auskunftsanspruch gegen die Geschäftsführung.

Die Gesellschafter einer GmbH haben weitgehende Einflussmöglichkeiten. Sie können durch die Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführung grundsätzlich jede Geschäftsführungsmaßnahme an sich ziehen.¹⁶² Dieses Weisungsrecht der Gesellschafter bezieht sich auch auf alle operativen Entscheidungen des gewöhnlichen oder außergewöhnlichen Geschäftsbetriebs und stellt insoweit das Einfallstor zur Verfolgung von Risikoerhöhungsstrategien dar, die im Hinblick auf den Normzweck zu einer relevanten Verschiebung des Risikogleichgewichts führen.¹⁶³

Daraus ist zu folgern, dass die Qualifikation eines Dritten als Quasi-Gesellschafter gerechtfertigt ist, wenn dieser in vergleichbarer Weise maßgeblichen Einfluss auf die operative Geschäftsführung nehmen kann. Dies kann in Form eines vertraglichen Rechts zur Anweisung bestimmter Geschäfte umgesetzt sein, aber auch in Gestalt von Zustimmungsvorbehalten. Um eine Vergleichbarkeit mit der gesetzestypisch unbeschränkten Weisungsmacht der Gesellschafter begründen zu können, sind allerdings weitreichende Zustimmungserfordernisse erforderlich. Diese dürfen sich nicht im Sinne des § 164 Satz 1 HGB auf außergewöhnliche Maßnahmen beschränken, sondern müssen gerade auch in das operative Tagesgeschäft hineinreichen.¹⁶⁴ Dies kann etwa durch Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses für Geschäfte über einer bestimmten Wertgrenze geschehen, wenn diese auch im laufenden Geschäftsbetrieb der Gesellschaft regelmäßig überschritten wird.

(3) AG

Die Informations- und Einflussmöglichkeiten eines Aktionärs sind gegenüber denen eines GmbH-Gesellschafters stark eingeschränkt. Sie sind zum einen auf die Hauptversammlung beschränkt und zum anderen in der Sache limitiert, da die Hauptversammlung gegenüber dem grundsätzlich weisungsfreien Vorstand nur beschränkte Kompetenzen hat. So ist das Auskunftsrecht nach § 131 AktG an die Hauptversammlung gebunden und ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Aktionäre besteht nur bei Grundlagenentscheidungen und nur soweit gesetzlich vorgeschrieben oder aufgrund ungeschriebener

¹⁶² Siehe nur MüKoGmbHG/Stephan/Tieves, § 37, Rn. 115 ff.; BeckOK-GmbHG/Wisskirchen/Juhn, § 37, Rn. 15 ff., auch dazu dass der Geschäftsführung in der nicht mitbestimmten GmbH nicht einmal ein weisungsfreier Kernbereich zusteht.

¹⁶³ Dazu oben unter D.I.2.c)aa)(2).

¹⁶⁴ In diesem Sinne auch Wilhelm, Dritterstreckung, S. 129.

Hauptversammlungszuständigkeiten nach den *Holzmüller/Gelatine*-Grundsätzen anerkannt.¹⁶⁵ Der Einfluss auf die Geschäftsleitung ist im Übrigen dergestalt mediatisiert, dass der Aktionär zur Teilnahme und Abstimmung in der Hauptversammlung berechtigt ist, die den Aufsichtsrat wählt, der seinerseits über die Besetzung des Vorstandes entscheidet, der wiederum die operativen Geschäfte führt.¹⁶⁶

Daraus folgt, dass für die Begründung einer Stellung als Quasi-Aktionär bereits schwächer ausgeprägte Informations- und Einflussrechte genügen, die nicht denjenigen eines (Quasi-)GmbH-Gesellschafters zu entsprechen brauchen. Insbesondere ist ein Einfluss auf das operative Tagesgeschäft nicht zu fordern.

dd) Grundlage des Einflusses

Neben der Intensität des Einflusses ist entscheidend, auf welcher Grundlage dieser durch den Dritten geltend gemacht werden kann.

(1) Gesellschaftsrechtliche Vermittlung der Einflussrechte

Die als relevant erkannten die Einflussmöglichkeiten der Formalgesellschafter sind – mit Ausnahme des Widerspruchsrechts des Kommanditisten – gesellschaftsrechtlich über die jeweiligen Anteilseignerversammlungen vermittelt. So erfordert die Einflussnahme der GmbH-Gesellschafter auf die Geschäftsführung stets einen Weisungsbeschluss der Gesellschafterversammlung.¹⁶⁷ Ein solcher Beschluss erfordert im gesetzestypischen Fall eine einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 47 Abs. 1 GmbHG). Der Einfluss des einzelnen Gesellschafters ist damit nur ein mittelbarer. Hat er nicht allein aufgrund seiner eigenen Beteiligung die Mehrheit der Stimmen in der Gesellschafterversammlung, so beschränkt sich sein Einfluss auf die Geschäftsführung darauf, dass er durch seine Teilnahme, seine Redebeiträge und sein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung Einfluss auf die dortige Entscheidungsfindung nehmen kann. Dennoch hat der Gesetzgeber mit § 39 Abs. 5 InsO die Grenze für eine unternehmerische Beteiligung bereits bei 10% und nicht etwa bei über 50% festgelegt. Er hält also einen dergestalt mittelbaren Einfluss für ausreichend.

¹⁶⁵ GK-AktG/Mülbert, § 119, Rn. 30 ff.

¹⁶⁶ Maßgeblich auf diese Personalhoheit abstellend auch *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 131.

¹⁶⁷ Vgl. nur MüKoGmbHG/Stephan/Tieves, § 37, Rn. 117.

Für Dritte kann ein vergleichbarer gesellschaftsrechtlich vermittelter Einfluss in der GmbH nicht in gleicher Weise über die Gesellschafterversammlung realisiert sein. Die Einräumung von Stimmrechten in der Gesellschafterversammlung an Dritte ist nach ganz überwiegender Auffassung nicht zulässig.¹⁶⁸ Eine entsprechende Position ist aber zu erreichen, indem ein durch die Dritten besetzter Beirat gebildet wird, welchem durch die Satzung der Gesellschaft weitreichende Einflussmöglichkeiten eingeräumt sind. Eine Grenze findet die Satzungsfreiheit insoweit erst bei denjenigen Aufgaben, die aufgrund gesetzlicher Vorschriften zwingend von der Geschäftsführung wahrzunehmen sind sowie bei der zwingenden Gesellschafterkompetenz für Satzungsänderungen.¹⁶⁹ Für eine Qualifikation als Quasi-Gesellschafter genügt es, dass dem Beirat zugestanden ist, auf das operative Tagesgeschäft Einfluss zu nehmen.

Auch in der AG kann ein echtes Teilnahmerecht an der Hauptversammlung Dritten nicht eingeräumt werden.¹⁷⁰ Die Satzung kann zwar deren Anwesenheit gestatten, jedoch bleiben sie Gäste ohne Rede-, Antrags- oder Fragerecht.¹⁷¹ Einer Einflussnahme auf korporativer Ebene sind im Übrigen engere Grenzen gesetzt als in der GmbH. So kommt zwar auch in der AG die Einrichtung eines Beirates in Betracht.¹⁷² Wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge nach § 23 Abs. 5 AktG dürfen diesem jedoch keine den gesetzlich vorgesehenen Organen zugewiesenen organschaftlichen Rechte zustehen.¹⁷³ Damit kommt insbesondere eine Übertragung der Personalkompetenz der Hauptversammlung nicht in Frage. Auch ein Entsenderecht Dritter in den Aufsichtsrat kommt nicht in Betracht.¹⁷⁴ Ebenso wenig kann Dritten ein satzungsmäßiges Mitbestimmungsrecht im Hinblick auf die Besetzung des Vorstandes eingeräumt werden oder diese von seiner Zustimmung abhängig gemacht werden.¹⁷⁵

Eine gesellschaftsrechtlich vermittelte Position des Dritten, die zu seiner Qualifikation als Quasi-Gesellschafter führt, kann daher nur in der GmbH auf Satzungsebene durch Errichtung eines Beirats implementiert werden, während dies in der AG wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge nicht möglich ist.

¹⁶⁸ Vgl. nur GK-GmbHG/Hüffer/Schäfer, § 47, Rn. 54; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 47, Rn. 40.

¹⁶⁹ GK-GmbHG/Heermann, § 52, Rn. 350 ff.

¹⁷⁰ GK-AktG/Mülberr, § 118, Rn. 91.

¹⁷¹ GK-AktG/Mülberr, § 118, Rn. 96.

¹⁷² MüKoAktG/Pentz, § 23, Rn. 169; Hüffer/Koch/Koch, § 23, Rn. 38; Grigoleit/Vedder, § 23, Rn. 39.

¹⁷³ MüKoAktG/Pentz, § 23, Rn. 169; Grigoleit/Vedder, § 23, Rn. 39.

¹⁷⁴ MüKoAktG/Habersack, § 101, Rn. 32.

¹⁷⁵ MüKoAktG/Spindler, § 84, Rn. 12; Seibt, ZIP 2013, 1597, 1601 f.

(2) Schuldrechtliche Vermittlung der Einflussrechte

Neben einer gesellschaftsrechtlich vermittelten Stellung des Dritten sind schuldrechtliche Vereinbarungen möglich, die einen gesellschaftergleichen Einfluss des Dritten begründen. Dies betrifft zum einen schuldrechtlich begründete Beiräte, nach deren Vorgabe sich die Gesellschafter verpflichten in der Gesellschafterversammlung abzustimmen.¹⁷⁶ Zum anderen kommen alle Vereinbarungen in Betracht, die die Gesellschaft selbst binden, wie etwa in der Finanzierungsvereinbarung enthaltene Covenants.

Zum Teil wird argumentiert, dass lediglich schuldrechtlich vereinbarte Rechte qualitativ nicht mit den gesellschaftsrechtlichen Einflussrechten eines Gesellschafters vergleichbar seien.¹⁷⁷ Sieht man den Normzweck der Rückstufung nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in der Inanspruchnahme der Haftungsbeschränkung, so erscheint eine solche Beschränkung auch naheliegend, da es die Gesellschafter sind, die sich durch Zwischenschaltung der GmbH die Haftungsbeschränkung zu Nutze machen. Zu bedenken ist aber, dass es bei der Einbeziehung Dritter gerade um Personen geht, die wie ein Gesellschafter agieren können, aber als Nichtgesellschafter erst recht nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften und sich nicht einmal mit einem Mindestbeitrag am Stammkapital beteiligt haben. So gesehen genießen sie also eine noch weitergehende Haftungsbeschränkung als ein Gesellschafter.

Zudem spricht gegen die Forderung nach einer gesellschaftsrechtlichen Fundierung der Einflussrechte, dass hierfür zwar die Begründung einer stillen Gesellschaft genügen müsste, hingegen eine zum Beispiel im Rahmen eines Genussrechts vermittelte schuldrechtliche Bindung nicht. Dadurch würde man der schwierigen Abgrenzung zwischen diesen Instrumenten eine unangemessen große Bedeutung zumessen, denn die Parteien hätten so die gesetzliche Umqualifizierung nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO durch die Wahl des rechtlichen Gewandes der Finanzierung selbst in der Hand.¹⁷⁸ Dies wäre aus Sicht der Drittgläubiger nicht hinnehmbar.

Blickt man auf die Rechtsprechung, so erscheint ebenfalls zweifelhaft, dass sie der gesellschaftsrechtlichen Manifestation der Einflussmöglichkeiten entscheidendes Gewicht beimisst. Zwar gründeten sich in dem im November 1988 vom BGH entschiedenen Fall die Einflussmöglichkeiten auf der Satzung der GmbH, doch ließ der BGH später auch die Möglichkeit der Vertre-

¹⁷⁶ Vgl. zur Zulässigkeit und Ausgestaltung solcher Beiräte nur GK-GmbHG/Heermann, § 52, Rn. 318 ff.

¹⁷⁷ So fordern etwa *Habersack* und *Huber* einen gesellschaftsrechtlich begründeten Einfluss um eine Gleichstellung mit einem Gesellschafter rechtfertigen zu können; vgl. die Nachweise unter D.I.2.c)dd)(1).

¹⁷⁸ Zur Abgrenzung der Instrumente oben unter B.IV.1.

tung in der Gesellschafterversammlung genügen und stellte ausdrücklich auf die „schuldrechtliche Wirkung“ der Mitwirkungsrechte ab.¹⁷⁹

Es lässt sich auch nicht argumentieren, dass schuldrechtliche Vereinbarungen der Gesellschaft deshalb nicht mit einer korporativen Einflussnahme vergleichbar seien, da über ihre Einhaltung stets die Geschäftsführung nach unternehmerischem Ermessen entscheide.¹⁸⁰ Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Geschäftsführer bei einer „nützlichen Vertragsverletzung“ seine Organpflichten nicht verletzt,¹⁸¹ so steht die Einhaltung schuldrechtlicher Abreden dennoch alleine unter dem Vorbehalt, dass dies mit dem unternehmerischen Interesse der Gesellschaft vereinbar ist. Sie steht aber nicht unter dem Vorbehalt, dass dadurch nicht das Risiko zulasten der Drittgläubiger erhöht wird. Es wird nämlich vielfach mit dem unternehmerischen Interesse der Gesellschaft vereinbar sein, nicht gegen Covenants zu verstoßen und sich damit dem Einfluss des Dritten zu beugen, um die vertraglich vereinbarten oder von dem Gläubiger angedrohten Sanktionen eines Verstoßes abzuwenden. Die für die Drittgläubiger maßgebliche Risikoverschiebung durch die Einflussnahme des Dritten wird in die Abwägung der Geschäftsleitung hineingelenkt und nicht einfließen.

Schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen dem Dritten und der Gesellschaft sind daher im Hinblick auf die Gefährdungslage für Drittgläubiger mindestens in gleicher Weise erheblich wie korporative Einflussmöglichkeiten, denn der Einfluss auf die Geschäftsleitung ist sogar ein direkterer als bei dem „Umweg“ über einen Beirat.

Bei der AG kann die Vereinbarung von Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft auf schuldrechtlicher Ebene allerdings mit der Leitungsautonomie des Vorstands konfliktieren. Im Ausgangspunkt umfasst diese das Verbot, die Leitung der AG auf Dritte zu übertragen.¹⁸² Ein unzulässiger Eingriff in die Leitungsautonomie liegt daher vor, wenn Einflussrechte eines Dritten die Qualität eines Beherrschungsvertrages erreichen.¹⁸³ Der geschützte, organgebundene Leitungsbereich umfasst darüber hinaus alle Führungsentscheidungen im Bereich der Unternehmensplanung, -organisation und -kontrolle sowie die Besetzung der Führungsstellen.¹⁸⁴ In diesem Bereich erfordert die Lei-

¹⁷⁹ Vgl. BGHZ 193, 378, 378 sowie oben unter D.I.2.a).

¹⁸⁰ In diesem Sinne aber *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 144 f.

¹⁸¹ Vgl. nur die Nachweise bei *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 144 f.

¹⁸² *Mülberr*, Bankrechtstag 2000, S. 3, 13; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 76, Rn. 10.

¹⁸³ *MüKoAktG/Spindler*, § 76, Rn. 33; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 76, Rn. 45. Vgl. zu den im Einzelnen an eine solche Leitungsunterstellung angelegten Maßstäbe noch unten unter D.V.1.a).

¹⁸⁴ *Hepfner*, Leitungsmacht, S. 41 f.; *Mülberr*, Bankrechtstag 2000, S. 3, 13; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 76, Rn. 11.

tungsautonomie eine Weisungsfreiheit gegenüber Dritten.¹⁸⁵ Unzulässig sind daher Covenants, die den Leitungsspielraum des Vorstands so weit einschränken, dass er seiner Führungsverantwortung nicht mehr genügen kann.¹⁸⁶

Zustimmungsvorbehalte, die sich lediglich auf ein begrenztes Spektrum an Geschäftsführungsmaßnahmen beschränken, sind demgegenüber als zulässig zu erachten.¹⁸⁷ Dies ergibt sich daraus, dass solcherlei Zustimmungsvorbehalte keine organschaftliche Pflicht des Vorstandes begründen, in einer bestimmten Weise zu handeln, sondern nur einen mittelbaren Handlungsdruck durch drohende Kündigung oder Fälligestellung der Finanzierung bewirken.¹⁸⁸ Die Frage, ob der Vorstand eine durch Covenants begründete Pflicht verletzt, bleibt stets Gegenstand seines unternehmerischen Ermessens.¹⁸⁹

(3) Faktische Einflussnahme

Eine rein faktische Einflussnahme auf die Gesellschaft, die weder gesellschaftsrechtlich noch schuldrechtlich fundiert ist, kann grundsätzlich keine Position des Dritten als Quasi-Gesellschafter begründen.¹⁹⁰ Eine Anwendung des Rechts der Gesellschafterdarlehen ist insoweit nicht angezeigt, weil es nicht darauf angelegt ist, an konkrete Einflussnahmen anzuknüpfen, sondern vorgelagert an einen Zustand, der solche Einflussnahmen ermöglicht. Auch für Formalgesellschaften oder bei Einbeziehung Dritter auf gesellschaftsvertraglicher oder schuldrechtlicher Ebene ist nämlich nicht maßgeblich, ob diese ihre Einflussrechte tatsächlich ausüben, sondern alleine ihr Bestehen. Eine Ausnahme vom vorgenannten Grundsatz und damit eine Einbeziehung aufgrund faktischer Einwirkungsmacht kommt daher nur in Ausnahmefällen in Betracht, in denen sich eine engmaschige faktische Einwirkungsmacht über einen hinreichenden Zeitraum zu einem Zustand verdichtet hat, der die Anwendung des Rechts der Gesellschafterdarlehen rechtfertigt.¹⁹¹

¹⁸⁵ Spindler/Stilz/Fleischer, § 76, Rn. 57.

¹⁸⁶ KK-AktG/Mertens/Cahn, § 76, Rn. 53; ähnlich Schmidt/Lutter/Seibt, § 76, Rn. 21.

¹⁸⁷ Vereinzelt wird hingegen jedwede Vorwegbindung durch Covenants in Kreditverträgen als unzulässig erachtet; vgl. Spindler/Stilz/Fleischer, § 76, Rn. 79.

¹⁸⁸ So auch MüKoAktG/Spindler, § 76, Rn. 33; Seibt, ZIP 2013, 1597, 1602.

¹⁸⁹ Zutreffend Seibt, ZIP 2013, 1597, 1602.

¹⁹⁰ Zutreffend BGH, NZG 2020, 994, Rz. 56.; Spindler/Stilz/Cahn/von Spannenberg, § 57, Rn. 70; Baumbach/Hueck/Fastrich, Anh. § 30, Rn. 26.

¹⁹¹ Ausführlich zu dieser Fallgruppe Wilhelm, WuB 2020, 498, 501; Wilhelm, Dritterstreckung, S. 134 ff.; zustimmend Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 256.

ee) Konkretisierung der Vermögensbeteiligung

Für die Konkretisierung der Vermögensbeteiligung kann – wie schon im Hinblick auf die Einflussnahmemöglichkeiten – maßgeblich darauf abgestellt werden, was den gesetzestypischen Kommanditisten, GmbH-Gesellschafter und Aktionär einerseits von einem gesetzestypischen stillen Gesellschafter andererseits unterscheidet.

(1) Gewinnbeteiligung

Der gesetzestypische Kommanditist partizipiert am Gewinn der Gesellschaft nach den Vorschriften der §§ 167 ff. HGB.¹⁹² Bei den Kapitalgesellschaften werden die Gewinne allein auf ihrer Ebene ermittelt und eine Partizipation der Gesellschafter erfolgt nachgelagert auf der Grundlage eines Gewinnverwendungsbeschlusses.

Da auch der stille Gesellschafter am Gewinn des Geschäftsinhabers zwingend zu beteiligen ist (§ 231 Abs. 2 HGB), kann die Teilnahme eines Dritten am Gewinn der Gesellschaft durch eine gewinnabhängige Vergütung für sich genommen nicht für seine Gleichstellung mit einem Gesellschafter ausreichen. Zwar scheint eine Gewinnbeteiligung auf den ersten Blick bereits für sich genommen geeignet, zu Spekulation auf Kosten der Gläubiger zu verleiten.¹⁹³ Jedoch zeigt die gesetzliche Wertung des § 236 HGB, dass dies allein für eine Subordination nicht ausreichend ist. Das Gesetz unterscheidet vielmehr zwischen Gewinnbeteiligung und Vermögensbeteiligung. Dies wird bestätigt durch § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG, der eine Gewinnbeteiligung erst bei hinzutreten einer Beteiligung am Liquidationserlös für die Qualifikation als steuerliches Eigenkapital ausreichen lässt.¹⁹⁴

(2) Verlustbeteiligung

Die Vereinbarung einer Verlustteilnahme ist für die Frage nach der Quasi-Gesellschafterstellung ohne Bedeutung. Für Formalgesellschafter einer GmbH und AG existiert eine Verlustbeteiligung allenfalls in mittelbarer Form, indem ein Verlustvortrag einen etwaigen Gewinn des Folgejahres mindert oder den Wert des Geschäftsanteils negativ beeinflusst.¹⁹⁵ Der gesetzestypische Kommanditist nimmt zwar wie am Gewinn auch am Verlust

¹⁹² Im Zweifel wird dabei eine Gewinnverteilung entsprechend der Kapitalanteile für sachgerecht gehalten, vgl. nur MüKoHGB/*Grunewald*, § 168, Rn. 4 m.w.N.

¹⁹³ So auch *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 121.

¹⁹⁴ Siehe dazu oben unter B.II.2.

¹⁹⁵ H/S/*Strohn*, § 29 GmbHG, Rn. 4.

der KG nach §§ 167 ff. HGB teil.¹⁹⁶ Dass eine Verlustbeteiligung dennoch nicht maßgeblich sein kann, zeigt sich daran, dass das Gesetz die Möglichkeit des Ausschlusses der Verlustbeteiligung für einen stillen Gesellschafter vorsieht, ohne daraus die Unanwendbarkeit des „Privilegs“ des § 236 HGB abzuleiten.

Zudem ist das Risikogleichgewicht umso stärker zulasten der Drittgläubiger gestört, je eher der Dritte zwar am Erfolg, nicht aber an den Risiken des Geschäftsbetriebes teilnimmt. In diesem Fall wird er umso mehr geneigt sein, Risikoerhöhungsstrategien zu verfolgen. Zudem soll die Haftqualität des Kapitals durch die Anwendung des Rechts der Gesellschafterdarlehen gerade sichergestellt werden und es überzeugt nicht, auf Tatbestandsebene dazu eine Vereinbarung von Haftkapital zu fordern.¹⁹⁷

(3) Schuldrechtliche Vermögensbeteiligung

Am Gesellschaftsvermögen der KG ist der gesetzestypische Kommanditisten in Gestalt eines variablen Kapitalanteils beteiligt.¹⁹⁸ Das Vermögen der GmbH und AG stellt kein Gesamthandsvermögen dar, sondern die Kapitalgesellschaft selbst ist als juristische Person Trägerin des Gesellschaftsvermögens.¹⁹⁹ Die von den Gesellschaftern gehaltenen Geschäftsanteile verkörpern jedoch einen Anteil an der Vermögenssubstanz des Unternehmens,²⁰⁰ beziehungsweise eine mittelbare oder wirtschaftliche Beteiligung an den Vermögenswerten der Gesellschaft, einschließlich ihrer stillen Reserven.²⁰¹ Dieser Anteil realisiert sich in der Liquidation der Gesellschaft.

Hierin besteht der grundlegende Unterschied zur vermögensmäßigen Stellung des gesetzestypischen stillen Gesellschafters. Dessen Einlage muss in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergehen (§ 230 Abs. 1 HGB). Es wird kein Gesamthandsvermögen gebildet und der stille Gesellschafter ist auch nicht an den stillen Reserven der Gesellschaft oder am Liquidationserlös beteiligt.

Eine Vergleichbarkeit mit einem Gesellschafter ist daher erst erreicht, wenn ein Dritter auf schuldrechtlicher Basis am Vermögen des Geschäfts-

¹⁹⁶ Auch insoweit kommt es im Zweifel zu einer Verlustteilnahme entsprechend der Kapitalanteile, vgl. nur MüKoHGB/*Grunewald*, § 168, Rn. 4 m. w. N.

¹⁹⁷ Zutreffend *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 118; FK-InsO/*Bornemann*, § 39, Rn. 82.
¹⁹⁸ *Karrer*, in: Gummert/Abel (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, § 16, Rn. 25.

¹⁹⁹ Vgl. nur Scholz/*Bitter*, § 13, Rn. 2.

²⁰⁰ In diesem Sinne Scholz/*Seibt*, § 14, Rn. 3.

²⁰¹ So etwa Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Pentz*, § 14, Rn. 3.

inhabers beteiligt wird.²⁰² Dies ist insbesondere in den Fällen der sogenannten Innen-KG der Fall.²⁰³ Im Übrigen genügt es, dass mit dem Dritten eine Auseinandersetzung vereinbart ist, bei der er an den stillen Reserven beteiligt wird.

d) Zusammenfassung

Mezzanine-Gläubiger können als Dritte dem persönlichen Anwendungsbereich des Gesellschafterdarlehensrechts und damit der Subordination nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterfallen, wenn ihnen eine gesellschaftergleiche Stellung eingeräumt ist. Dies ist der Fall, wenn sie wie ein Gesellschafter Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen können und ihre Beteiligung am Gesellschaftsvermögen derjenigen eines Gesellschafters entspricht. Ob dies der Fall ist, ist abhängig von der jeweiligen Rechtsform der in Frage stehenden Gesellschaft anhand einer Vergleichsbetrachtung mit einem gesetzestypischen Formalgesellschafter zu beurteilen.

Die zur Begründung einer Stellung als Quasi-Kommanditist erforderlichen Einflussrechte liegen vor, wenn dem Mezzanine-Gläubiger mindestens die Informationsrechte eines gesetzestypischen Kommanditisten zustehen und ihm ein Widerspruchsrecht gegen außergewöhnliche Maßnahmen der Geschäftsführung eingeräumt ist. Geht es um die Gleichstellung mit einem GmbH Gesellschafter sind darüber hinausgehende, an § 51a GmbHG orientierte Informationsrechte sowie solche Zustimmungsvorbehalte erforderlich, die auch in das operative Tagesgeschäft hineinreichen. Für die Qualifikation als Quasi-Aktionär genügen bereits wenig stark ausgeprägte Informationsrechte sowie Zustimmungsvorbehalte für Grundlagenentscheidungen.

In KG und GmbH können die entsprechenden Einflussmöglichkeiten entweder korporativ durch Errichtung eines Beirates oder rein schuldrechtlich begründet sein. In der AG hingegen ist wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge eine korporative Einbindung Dritter nicht denkbar. Insoweit ist aber eine schuldrechtliche Begründung der entsprechenden Rechte ohne Verstoß gegen die Leitungsautonomie des Vorstandes möglich. Lediglich faktische Einflussnahmen genügen grundsätzlich nicht zur Begründung einer Quasi-Gesellschafterstellung.

Die erforderliche Vermögensbeteiligung ist bei allen Gesellschaftsformen nur gegeben, wenn der Mezzanine-Gläubiger auf schuldrechtlicher Grund-

²⁰² In diesem Sinne auch KK-InsO/Hess, § 39, Rn. 102; zur Ausgestaltung einer stillen Gesellschaft mit fiktiver Vermögensbeteiligung vgl. etwa MÜHdbGesRll/Keul, § 73, Rn. 32; BGH, NZG 2013, 1385.

²⁰³ Dazu oben unter D.I.2. b) dd).

lage am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist, also insbesondere an den stillen Reserven partizipiert. Erst hierdurch ist eine gesellschaftergleiche Stellung erreicht. Die Beteiligung am Gewinn und Verlust genügen demgegenüber weder für sich genommen, noch kombiniert. Die Kriterien sind in insoweit mit denjenigen in § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zur Qualifizierung von Mezzanine-Kapital als steuerliches Eigenkapital vergleichbar.

3. Sachlicher Anwendungsbereich: Abgrenzung zu § 199 Satz 2 InsO

Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs der Subordination nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist in zweierlei Hinsicht abzugrenzen. Zum einen gilt es, gewisse Forderungen des Quasi-Gesellschafters gegen die Gesellschaft von der Subordination auszunehmen. Dies betrifft wie bei einem Formalgesellschaftler all diejenigen Forderungen, die aus Rechtshandlungen stammen, die keinen Finanzierungscharakter haben. Ausgenommen sind daher Forderungen aus Verkehrsgeschäften, die zu marktüblichen Konditionen und insbesondere ohne Stundung oder Vereinbarung eines untypisch langen Zahlungsziels zugunsten der Gesellschaft abgewickelt werden.²⁰⁴

Andererseits besteht ein Bedürfnis der Abgrenzung zu § 199 Satz 2 InsO, welches daraus resultiert, dass im Falle eines Gesellschafters nicht dessen Einlage selbst der Subordination nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterliegt, sondern eine zusätzlich gewährte Finanzierung. Die Einlage selbst ist von § 199 Satz 2 InsO erfasst und damit noch weiter subordiniert, indem sie nur aus einem etwaigen Liquidationsüberschuss zurückgezahlt wird. Für Quasi-Gesellschafter wirft das die Frage auf, ob auch für sie eine solche Unterscheidung geboten ist, ob also ihre Finanzierungsleistung gegebenenfalls auch unter den absoluten Nachrang des § 199 Satz 2 InsO fallen kann.

a) Meinungsstand

Der BGH hatte zunächst die Subordination einer Forderung auf Rückgewähr von Darlehen bejaht, welche der Quasi-Gesellschafter *neben* seiner Einlage als stiller Gesellschafter gewährt hatte.²⁰⁵ Zur Behandlung der Einlage selbst führte er dabei *obiter dictum* aus, diese sei „Teil der Eigenkapitalgrundlage“ der Gesellschaft geworden und stehe daher kraft Gesetzes haftendem Eigenkapital gleich.²⁰⁶ Als der BGH dann jedoch über den Rückzah-

²⁰⁴ Vgl. nur HK-InsO/Ries/Kleindiek, § 39, Rn. 37.

²⁰⁵ BGHZ 106, 7 (vgl. dazu oben unter D.I.2.a)aa)).

²⁰⁶ BGHZ 106, 7, 9.

lungsanspruch eines als Quasi-Gesellschafter erkannten atypischen stillen Gesellschafters bezüglich seiner stillen Einlage zu entscheiden hatte, bezog er diesen ohne weitere Ausführungen zum sachlichen Anwendungsbereich in den Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ein.²⁰⁷

Mylich wendet dagegen ein, der nach dem MoMiG zuständig gewordene neunte Zivilsenat habe persönliche und sachliche wirtschaftliche Vergleichbarkeit im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO vermennt und sich damit in Widerspruch zur Rechtsprechung des zweiten Zivilsenats gesetzt.²⁰⁸ Die Unterscheidung zwischen der stillen Einlage als Eigenkapital und zusätzlich zu ihr gewährter Darlehen als Eigenkapitalersatz sei zu Unrecht aufgegeben worden.²⁰⁹ Richtigerweise sei die atypische stille Einlage selbst als Eigenkapital nach § 199 Satz 2 InsO nur aus einem Überschuss zurückzuzahlen.²¹⁰

Ganz in diesem Sinne gelangt auch die Lehre von der Innen-KG²¹¹ zu dem Ergebnis, dass bei Vorliegen einer solchen die stille Einlage nicht einem nachrangigen Kredit des stillen Gesellschafters an die Handelsgesellschaft entspricht, sondern Beitrag zu dem von der Handelsgesellschaft nur treuhänderisch verwalteten Eigenkapital der „virtuellen KG“ wird.²¹² Die Einordnung unter § 199 Satz 2 InsO ist folgerichtig.

Anderenorts wird der Einordnung der Einlage unter § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zugestimmt.²¹³ Aus Sicht des Gläubigerschutzes sei eine weitergehende Rückstufung nicht geboten, sondern es sei insoweit alleine den Gesellschaftern und Fremdkapitalgebern überlassen, das Rangverhältnis untereinander selbst zu regeln.²¹⁴ Eine gegen den Willen erfolgende Subordination habe vor dem Hintergrund von Art. 3 GG hingegen stets gleich auszufallen.²¹⁵

²⁰⁷ BGHZ 193, 378.

²⁰⁸ Mylich, WM 2013, 1010, 1010.

²⁰⁹ Mylich, WM 2013, 1010, 1012.

²¹⁰ Mylich, WM 2013, 1010, 1014; so auch Gottwald/Haas/Mock, § 94, Rn. 193; MüKoHGB/K. Schmidt, § 236, Rn. 27; R/GvW/H/Mock, § 236, Rn. 24.

²¹¹ Siehe dazu oben unter D.I.2.b)dd).

²¹² K. Schmidt, ZHR 178 (2014), 10, 46, der jedoch für den 2012 vom BGH entschiedenen Fall das Vorliegen einer Innen-KG bezweifelt.

²¹³ H/S/Servatius, § 236, Rn. 18; HmbKommInsO/Lüdtkke, § 39, Rn. 40; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 291.

²¹⁴ Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 291

²¹⁵ Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 291.

b) Würdigung und eigene Konzeption

Richtigerweise ist in jedem Einzelfall eine Abgrenzung zwischen der Subordination in den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und einer Qualifikation als Eigenkapital im Sinne des § 199 Satz 2 InsO erforderlich. Es muss einem Quasi-Gesellschafter genauso wie einem Formalgesellschafter offenstehen, die Gesellschaft mit Eigenkapital oder mit Fremdkapital – wenn auch in Gestalt gesetzlich umqualifizierten Haftkapitals – zu finanzieren.

Für Formalgesellschafter fällt neben der Stammeinlage auch gewillkürtes Eigenkapital in der Insolvenz unter § 199 Satz 2 InsO, was insbesondere Gewinnvorträge oder in eine Kapital- oder Gewinnrücklage eingestellte Beträge betrifft.²¹⁶ Die ist auf von Quasi-Gesellschaftern überlassenes Kapital zu übertragen. Soweit dieses als bilanzielles Eigenkapital zur Verfügung gestellt wird, ist es unter § 199 Satz 2 InsO zu fassen, während bilanziell als Verbindlichkeit verbuchtes Kapital unter § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO fällt.²¹⁷ Anhand des Tatbestandes des Urteils des BGH aus Juni 2012 lässt sich nicht verifizieren, ob die Einlage des stillen Gesellschafters im konkreten Fall als handelsbilanzielles Eigenkapital zu werten war. Dies dürfte aber nicht der Fall gewesen sein, da wohl zumindest kein vertraglicher Rangrücktritt vorgesehen war.²¹⁸ Anderenfalls hätte der BGH wohl auf diese gewillkürte Rückstufung abstellen können und wäre nicht auf eine gesetzliche Umqualifizierung angewiesen gewesen. Daher ist dem BGH zumindest im Ergebnis bezüglich der Einordnung des fraglichen Mezzanine-Kapitals in den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zuzustimmen.

Die Abgrenzung entspricht somit der Situation einer stillen Einlage, die ein Formalgesellschafter gewährt.²¹⁹ Es wäre nicht zu erklären, warum in diesem Fall der Rückzahlungsanspruch im Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO steht, solange es sich um Fremdkapital handelt, für einen Quasi-Gesellschafter aber eine stille Einlage stets im Rang des § 199 Satz 2 InsO stehen sollte. Vielmehr bleibt bilanzielles Fremdkapital – auch bei einer (Quasi-)Gesellschafterstellung – Fremdkapital und wird nicht „Teil der Eigenkapitalgrundlage“.

²¹⁶ GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 58; K. Schmidt InsO/K. Schmidt/*Herchen*, § 39, Rn. 53; *Mylich*, ZIP 2017, 1255, 1257; *Thiessen*, ZGR 2015, 396, 421; vgl. auch BGH, NZG 2018, 100, Rz. 24 hinsichtlich der Einlage des Kommanditisten.

²¹⁷ Zur Abgrenzung zwischen bilanzillem Eigen- und Fremdkapital oben unter B.IV.2.

²¹⁸ Zur Erforderlichkeit eines solchen zum Eigenkapitalausweis oben unter B.IV.2.a) dd).

²¹⁹ BGH, NZG 2018, 109.

Diese Abgrenzung hat auch Auswirkungen auf die Behandlung von Ansprüchen des Quasi-Gesellschafters auf Zinszahlungen in der Insolvenz. Soweit der Rückzahlungsanspruch nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO subordiniert ist, teilen jene nach § 39 Abs. 3 InsO dieses Schicksal.²²⁰ Dies betrifft die Vergütung aller Finanzierungsinstrumente, die handelsbilanzielles Fremdkapital bilden.²²¹ Für handelsbilanziell als Eigenkapital bilanziertes Kapital gilt § 39 Abs. 3 InsO hingegen nicht. Zu beachten ist jedoch, dass eine Bilanzierung als Eigenkapital nur in Betracht kommt, sofern Vergütungszahlungen unter dem Vorbehalt stehen, dass sie nur aus freiem Vermögen der Gesellschaft erfolgen.²²² Daher wird im Falle der Insolvenzeröffnung kein vertraglicher Anspruch auf die Zahlung von Vergütung bestehen. Denkbar bleibt alleine der Fall, dass eine Vergütungsforderung zu einem Zeitpunkt entstanden ist, in dem freies Vermögen vorhanden war, von der Gesellschaft aber bis zur Eröffnung der Insolvenz nicht befriedigt wurde. In diesem Fall ist zu unterscheiden: Hat der Gläubiger die Forderung gestundet, so liegt aus diesem Grund eine darlehensgleiche Rechtshandlung vor und die Forderung unterliegt dem Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.²²³ Ist hingegen keine Stundung erfolgt, so kann der Anspruch im Rang eines einfachen Insolvenzgläubigers nach § 38 InsO zur Insolvenztabelle angemeldet werden.²²⁴

²²⁰ In Bezug auf Gesellschafterdarlehen GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 110; *Altmeppen/Altmeppen*, Anh. § 30, Rn. 142; *Scholz/Bitter*, Anh. § 64, Rn. 129; *Michalski/Dahl/Linnenbrink*, Systematische Darstellung 6, Rn. 138; *Spindler/Stilz/Cahn/von Spannenberg*, § 57, Rn. 121; abweichend *Bork/Schäfer/Thiessen*, Anh. § 30, Rn. 10, der die Vorschrift des § 39 Abs. 3 InsO nur auf solche Zinsen bezieht, die nach Insolvenzeröffnung fällig werden; dagegen zutreffend *Scholz/Bitter*, Anh. § 64, Rn. 164 in Fn. 647: Insolvenzverwalter wird für diesen Zeitraum keine Zinsen zahlen.

²²¹ Dazu soeben unter D.I.3.b).

²²² Zu diesem Erfordernis der gewinnabhängigen Vergütung oben unter B.IV. 2.a)bb).

²²³ *Michalski/Dahl/Linnenbrink*, Systematische Darstellung 6, Rn. 125.

²²⁴ Damit entspricht die Behandlung derjenigen von Gewinnansprüchen der Gesellschafter; vgl. *Scholz/Verse*, § 29, Rn. 96; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz*, § 29, Rn. 28; zum Teil wird demgegenüber eine generelle Analogie zu § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO angenommen, vgl. *H/S/Strohn*, § 29 GmbHG, Rn. 55. Dies kann nicht überzeugen, soweit der Gewinnverwendungsbeschluss ordnungsgemäß gefasst worden ist, sich also aus der Bilanz tatsächlich ein verteilungsfähiger Gewinn ergeben und zum Zeitpunkt der Beschlussfassung die Vermögenslage der Gesellschaft die Zahlung aus ungebundenem Vermögen zugelassen hat. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist der dann entstandene Anspruch des Gesellschafters ein reines Gläubigerrecht; zutreffend *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz*, § 29, Rn. 28.

c) Zusammenfassung

In sachlicher Hinsicht liegt ein einem Gesellschafterdarlehen entsprechendes Geschäft im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO immer dann vor, wenn die Finanzierung bilanziell als Verbindlichkeit ausgewiesen ist. Nicht erfasst von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind Rückzahlungsansprüche auf diejenigen Finanzierungsformen, die handelsbilanziell als Eigenkapital verbucht sind. Solche Ansprüche sind vielmehr nach § 199 Satz 2 InsO nur aus einem Liquidationsüberschuss zu befriedigen. Vergütungsansprüche auf handelsbilanzielles Fremdkapital stehen stets im Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, während sich die Rangfrage für Vergütung auf handelsbilanzielles Eigenkapital aufgrund der für einen Eigenkapitalausweis zwingend vereinbarten gewinnabhängigen Vergütung in aller Regel nicht stellen wird.

4. Kleinbeteiligtenprivileg

Entspricht ein Sachverhalt nach den oben herausgearbeiteten Kriterien in persönlicher wie sachlicher Hinsicht im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO einem Gesellschafterdarlehen, so könnte den Gläubiger noch eine Anwendung des Kleinbeteiligtenprivileges nach § 39 Abs. 5 InsO vor einer Subordination seiner Forderungen bewahren. Das Kleinbeteiligtenprivileg kommt dabei nur als Ausnahme der Subordination nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in Betracht, kann also keinesfalls zur Anwendung kommen, sofern die Rückzahlung von Mezzanine-Kapital im Rang des § 199 Satz 2 InsO in Frage steht.²²⁵

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass sich atypische stille Gesellschafter, die als Quasi-Gesellschafter gelten, grundsätzlich auf das Kleinbeteiligtenprivileg berufen können.²²⁶ Der BGH stützte sich im Dezember 2018 bei der Frage nach der – von ihm im konkreten Sachverhalt abgelehnten – Einbeziehung eines Nachrangdarlehensgebers in das Gesellschafterdarlehensrecht auf das Kleinbeteiligtenprivileg, ohne sich jedoch im Einzelnen dazu zu äußern, wie das Kleinbeteiligtenprivileg handzuhaben sein soll. In dem Urteil heißt es nur: „Angesichts des Darlehensbetrags von 30.000 € und der kurzen Laufzeit des Darlehens ist es nach dem Sachvortrag der Parteien ausgeschlossen, dass die Beklagte – selbst wenn man ihre Rechtsstellung (...) wie eine Gesellschaftsbeteiligung ansehen würde – im Streitfall so zu behan-

²²⁵ Insoweit auch *Bormann/Friesen*, GmbHR 2012, 1181, 1185.

²²⁶ Vgl. BGHZ 193, 378, Rz. 12; im konkreten Fall verneinte der BGH das Vorliegen der Voraussetzungen wegen der Höhe der stillen Einlage (Rz. 24). Die Einlage betrug EUR 750.000,00. Zur Höhe des Stammkapitals oder sonstigen Haftkapitals verhält sich das Urteil nicht.

deln wäre, als ob sie mit mehr als 10 von Hundert am Haftkapital der Schuldnerin beteiligt gewesen wäre.“²²⁷ Als Kriterien scheint der BGH auf den Betrag des überlassenen Kapitals – ohne das erkennbar wäre, wozu dieser ins Verhältnis zu setzen ist – abzustellen sowie auch auf die Laufzeit der Finanzierung.

Auch in der Literatur wird konstatiert, dass sich auch Gesellschaftern gleichgestellte Dritte auf das Kleinbeteiligtenprivileg berufen können.²²⁸ Probleme bereitet dabei die Bestimmung der vom Gesetz als Maßstab vorgegebenen 10%-Grenze. Soweit ausgeführt wird, es sei auf die Kapitalanteile derjenigen Gesellschafter abzustellen, die den Dritten ihr Einflusspotenzial vermitteln,²²⁹ so kann dies von vornherein nur für die Fallgruppe des Dritten als mittelbarer Gesellschaft gelten. Für Quasi-Gesellschafter hingegen fehlt insoweit ein vermittelnder Anteilsbesitz.

Zum Teil wird vorgeschlagen, als Vergleichsmaßstab für das vom Quasi-Gesellschafter eingebrachte Kapital das gesamte Haftkapital heranzuziehen, welches bestehen soll aus dem Stamm- bzw. Kommanditkapital der Gesellschaft zuzüglich des sonstigen Haftkapitals, etwa sonstiger atypischer stille Einlagen.²³⁰ Andere stellen auf das Verhältnis der Finanzierung nur zum nominellen Stammkapital der Gesellschaft ab.²³¹ Wieder andere Stimmen plädieren dafür, die zehn Prozent auf den dem Quasi-Gesellschafter zustehenden Anteil am Vermögen der Gesellschaft, also seiner Gewinnbeteiligung oder Beteiligung am Liquidationserlös, zu beziehen.²³²

All diese Konzepte zur Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs auf Quasi-Gesellschafter können letztlich nicht überzeugen. Das Kleinbeteiligtenprivileg hat für Quasi-Gesellschafter keine eigenständige Bedeutung.²³³ Es erfolgt nämlich keine zweistufige Prüfung wie im Fall eines echten Gesellschafterdarlehens, bei dem auf der ersten Stufe § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO grundsätzlich eröffnet und dann die Ausnahme nach § 39 Abs. 5 InsO geprüft wird. Bei Quasi-Gesellschaftern ist vielmehr schon der persönliche Anwen-

²²⁷ BGH, NJW 2019, 1446, Rz. 46.

²²⁸ Engert, ZGR 2012, 835, 868; GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 100; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, Anh. § 64, Rn. 150; HK-InsO/Ries/Kleindiek, § 39, Rn. 65; KPB/Preuß, § 39, Rn. 50; HmbKommInsO/Lüdtke, § 39, Rn. 64; Michalski/Dahl/Linnenbrink, Systematische Darstellung 6, Rn. 77; Habersack, ZIP 2008, 2385, 2387 bei Fn. 30.

²²⁹ HmbKommInsO/Lüdtke, § 39, Rn. 64; Michalski/Dahl/Linnenbrink, Systematische Darstellung 6, Rn. 77.

²³⁰ Wilhelm, Dritterstreckung, S. 156 f.

²³¹ GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 100; Krolop, GmbHR 2009, 397, 402.

²³² Engert, ZGR 2012, 835, 869.

²³³ So ist letztlich auch Engert, ZGR 2012, 835, 869 zu verstehen.

dungsbereich nur dann eröffnet, wenn eine unternehmerische Beteiligung vorliegt.²³⁴ Ist dies der Fall, so ist für eine Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs, das nicht unternehmerisch Beteiligte vor der Subordination schützen soll,²³⁵ kein Raum mehr. Die Vermögenskomponente und die Einflusskomponente, die § 39 Abs. 5 InsO für Gesellschafter konkretisiert, werden für Quasi-Gesellschafter allein bei der Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs berücksichtigt.²³⁶

5. Ergebnis zur erzwungenen Subordination in der Insolvenz

Mezzanine-Gläubiger unterfallen dem Tatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, wenn sie eine gesellschaftergleiche Stellung innehaben. Ob dies der Fall ist, hängt von der jeweiligen Rechtsform der in Frage stehenden Gesellschaft ab. Erforderlich ist jeweils die Einräumung von Einflussrechten auf die Geschicke der Gesellschaft und eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, die derjenigen eines unternehmerisch beteiligten Formalgesellschafters der jeweiligen Gesellschaftsform entsprechen.

In sachlicher Hinsicht erfolgt eine Subordination in den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bei allen darlehensähnlichen Finanzierungen, was sich nach der handelsbilanziellen Einordnung richtet. Betroffen sind alle als Verbindlichkeit passivierten Rückzahlungsansprüche. Nicht erfasst sind hingegen die Rückzahlungsansprüche auf Finanzierungsformen, die handelsbilanziell als Eigenkapital ausgewiesen sind. Insoweit sind Rückzahlungsansprüche nach § 199 Satz 2 InsO erst aus einem Überschuss nach Befriedigung aller Gläubiger zu berichtigen.

Das Kleinbeteiligtenprivileg kann für Quasi-Gesellschafter keine Bedeutung erlangen, da es im Bereich der Formalgesellschafter lediglich dazu dient, nicht unternehmerisch beteiligte Gesellschafter aus dem persönlichen Anwendungsbereich auszuschneiden. Die Frage der unternehmerischen Beteiligung findet im Falle der Quasi-Gesellschafter aber bereits bei der Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs Berücksichtigung.

²³⁴ Dazu oben unter D.I.2.c)bb).

²³⁵ Vgl. zum dahingehenden Zweck des Kleinbeteiligtenprivilegs etwa H/S/Fleischer, § 39 InsO, Rn. 32; Baumbach/Hueck/Haas, Anh. § 64, Rn. 49.

²³⁶ Ganz in diesem Sinne auch Pentz, GmbHR 1999, 437, 447, bezogen auf das alte Eigenkapitalersatzrecht der GmbH in § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbH.

II. Vorinsolvenzlicher Gläubigerschutz durch gesetzliche Zahlungssperren

Von einer erzwungenen Subordination der Ansprüche der Mezzanine-Gläubiger im Insolvenzverfahren können die übrigen Gläubiger der Gesellschaft nur dann profitieren, wenn das entsprechende Kapital nicht bereits vor Insolvenzeröffnung abgeflossen ist. Hierin wird die bedeutsame Schwäche des Drittgläubigerschutzes im Zusammenhang mit Mezzanine-Finanzierungen ausgemacht, da die zugrundeliegende Finanzierungsvereinbarung jederzeit durch Vereinbarung aufgehoben oder abgeändert werden kann.²³⁷ Demgegenüber steht das klassische Eigenkapital der Kapitalgesellschaft in Gestalt des Stammkapitals unter dem gesellschaftsrechtlichen Schutz der Kapitalerhaltung und das Gesetz stellt weitere vorinsolvenzliche Zahlungsbeschränkungen speziell für Zahlungen an Gesellschafter auf. In diesem Abschnitt wird untersucht, inwieweit diese gesetzlichen Mechanismen auch Mezzanine-Gläubiger treffen und im Interesse der Gesellschaftsgläubiger den vorinsolvenzlichen Abfluss von Mezzanine-Kapital verhindern können.

1. Zahlungssperre aus den Vorschriften der Kapitalerhaltung

Zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger beschränken die Vorschriften der Kapitalerhaltung die Zulässigkeit von Zahlungen an Gesellschafter und gleichgestellte Dritte.²³⁸ Die Kapitalerhaltungsvorschriften werden als „Kernstück des GmbH-Rechts“²³⁹ und grundlegendes Prinzip des aktienrechtlichen Gläubigerschutzes²⁴⁰ bezeichnet. Im Interesse der Gesellschaftsgläubiger sollen sie sicherstellen, dass das aufgebrachte Grundkapital nicht willkürlich an die Anteilseigner zurückfließt, sondern zur Erfüllung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft zur Verfügung steht.²⁴¹

a) Kapitalerhaltung in der GmbH

Nach dem Wortlaut des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG sind alle Auszahlungen der GmbH an ihre Gesellschafter kapitalerhaltungsrechtlich relevant.

²³⁷ Baums, Unternehmensfinanzierung, § 13 Rn. 16; ähnlich Krolow, ZIP 2007, 1738, 1741. Vgl. zur Aufhebbarkeit des vorinsolvenzlichen Rangrücktritts oben unter C.II.1.b) und C.II.1.c).

²³⁸ Scholz/Verse, § 30, Rn. 2.

²³⁹ BGHZ 28, 77, 78.

²⁴⁰ MüKoAktG/Bayer, § 57, Rn. 1: „Wesensmerkmal der Aktiengesellschaft“; Hüffer/Koch/Koch, § 57, Rn. 1: „Zentraler Baustein des Kapitalgesellschaftsrechts“.

²⁴¹ MüKoAktG/Bayer, § 57, Rn. 1.

Obwohl anders als für die Subordination nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO keine ausdrückliche Erstreckung auf wirtschaftlich entsprechende Handlungen vorgesehen ist, ist eine solche in zwei Fallgruppen anerkannt.²⁴² Die erste betrifft die Zurechnung einer formal an einen Dritten erfolgten Leistung zu einem Gesellschafter mit der Folge, dass dieser Gesellschafter nach § 31 GmbHG erstattungspflichtig ist.²⁴³ In der zweiten Fallgruppe werden bestimmte Dritte als Quasi-Gesellschafter qualifiziert mit der Folge, dass sie selbst die Erstattungspflicht trifft.²⁴⁴

Eine Qualifikation als Quasi-Gesellschafter setzt dabei eine Stellung voraus, aus der eine gesellschaftergleich Verantwortung für die Kapitalerhaltung der Gesellschaft abzuleiten ist.²⁴⁵ Hierfür sind dieselben Maßstäbe anzulegen wie für die Subordination nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.²⁴⁶ Der persönliche Anwendungsbereich ist also bei Begründung entsprechender Einfluss- und Vermögensrechte eröffnet.²⁴⁷

In der Sache knüpft die Kapitalerhaltung stets an eine Zahlung an. Auch wenn die dadurch befriedigte Forderung zuvor durch einen privatautonomen Rangrücktritt gesperrt war und dieser vorher oder zugleich aufgehoben wird, kann eine solche Aufhebung für sich genommen keinen tauglichen Anknüpfungspunkt der Kapitalerhaltung bilden.²⁴⁸ Alleine die Begründung eines Leistungsversprechens hat nämlich keine kapitalerhaltungsrechtlich Relevanz, sondern erst die Leistung selbst.²⁴⁹

Das Vermögen der GmbH ist durch § 30 GmbHG insoweit gegen Auszahlungen an (Quasi-)Gesellschafter geschützt, als es zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist. Damit sind solche Zahlungen untersagt, durch die das Reinvermögen der GmbH (Nettoaktivvermögen) unter das Stammkapital absinkt oder die in einem Stadium stattfinden, in dem eine solche Unterbilanz bereits besteht.²⁵⁰ Zur Prüfung des Auszahlungsverbotes ist in einer Unterbilanzrechnung zum einen festzustellen, welches der maßgebliche Be-

²⁴² Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 35; BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30, Rn. 100.

²⁴³ Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 36 ff.

²⁴⁴ Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 49.

²⁴⁵ BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30, Rn. 100.

²⁴⁶ Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 51; MüKoGmbHG/*Ekkenga*, § 30, Rn. 165; GK-GmbHG/*Habersack*, § 30, Rn. 74; Michalski/*Heidinger*, § 30, Rn. 120; BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30, Rn. 105; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, § 30, Rn. 28.

²⁴⁷ Vgl. zu den insoweit anzulegenden Maßstäben oben unter D.I.2.c).

²⁴⁸ GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 184a; *Habersack*, ZGR 2000, 384, 408 f.

²⁴⁹ MüKoGmbHG/*Ekkenga*, § 30, Rn. 131.

²⁵⁰ GK-GmbHG/*Habersack*, § 30, Rn. 25; Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 52.

trag des Stammkapitals ist und zum anderen das zu erhaltende Nettoaktivvermögen zu bestimmen.²⁵¹

aa) Einfluss von Mezzanine-Kapital auf das maßgebliches Stammkapital

Der für die Unterbilanzrechnung maßgebliche Betrag des Stammkapitals hat Einfluss auf die Zulässigkeit einer Auszahlung, denn obwohl das Stammkapital nicht gegenständlich geschützt ist, gibt es in der anzustellenden Unterbilanzrechnung als Rechengröße den Betrag des zu erhaltenden Nettoaktivvermögens vor.²⁵²

Drittgläubigerschutz ließe sich im vorliegenden Zusammenhang dergestalt verwirklichen, dass man Mezzanine-Kapital dem Stammkapital hinzurechnet. Das würde dazu führen, dass ein größerer Teil des Aktivvermögens gegen Ausschüttungen geschützt wäre, nämlich auch derjenige, der zur Deckung eines solchen „Quasi-Stammkapitals“ erforderlich wäre. Allerdings wird dies abgelehnt und stets die satzungsmäßige und im Handelsregister eingetragene Stammkapitalziffer als maßgebliche Größe genannt.²⁵³ Sonstiges gebundenes Vermögen, etwa zwingend zu bildende Rücklagen,²⁵⁴ sollen genauso außer Betracht bleiben wie „verdeckte Einlagen“, etwa Finanzplankredite.²⁵⁵

Dieser formalistischen Betrachtungsweise hinsichtlich der Stammkapitalziffer ist zuzustimmen. Sie erklärt sich aus der Publizität im Handelsregister. Nur insoweit besteht ein schützenswertes Vertrauen der Gläubiger. Durch eine Aufnahme von Mezzanine-Kapital ändert sich an der Maßgeblichkeit dieser eingetragenen Stammkapitalziffer nichts, da es insoweit an einer Registerpublizität fehlt.

bb) Einfluss von Mezzanine-Kapital auf die Unterbilanzrechnung

Das Nettoaktivvermögen, welches nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in Höhe des Stammkapitals bestehen bleiben muss, berechnet sich aus der Differenz zwischen dem Aktivvermögen und den Passiva mit Ausnahme des

²⁵¹ Scholz/Verse, § 30, Rn. 53.

²⁵² Bork/Schäfer/Thiessen, § 30, Rn. 17.

²⁵³ Vgl. nur GK-GmbHG/Habersack, § 30, Rn. 27; MüKoGmbHG/Ekkenga, § 30, Rn. 59; Bork/Schäfer/Thiessen, § 30, Rn. 6; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 30, Rn. 14; BeckOK-GmbHG/Schmolke, § 30, Rn. 52.

²⁵⁴ GK-GmbHG/Habersack, § 30, Rn. 29; BeckOK-GmbHG/Schmolke, § 30, Rn. 55. Etwas anderes soll nur für die in der UG Haftungsbeschränkt zu bildende Zwangsrücklage nach § 5a Abs. 3 Satz 1 GmbHG gelten; vgl. MüKoGmbHG/Ekkenga, § 30, Rn. 63 m. w. N.

²⁵⁵ GK-GmbHG/Habersack, § 30, Rn. 32; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 30, Rn. 14.

Eigenkapitals.²⁵⁶ Aus Sicht der Drittgläubiger ist von Bedeutung, ob man in dieser Subtraktion die Posten des Mezzanine-Kapitals den abzuziehenden Passiva zurechnet oder dem Eigenkapital. Soweit ersteres der Fall ist, verringert sich nämlich das zur Ausschüttung an andere (Quasi-)Gesellschafter zur Verfügung stehende Vermögen.

Maßgeblich zur Bestimmung von Aktiva und Passiva im Rahmen der Unterbilanzrechnung ist grundsätzlich die letzte Bilanz der Gesellschaft, welche zu Fortführungswerten und unter Beibehaltung der bisherigen Bilanzierungs- und Bewertungspraxis auf den Zeitpunkt der Auszahlung fortzuschreiben ist.²⁵⁷ Daran anknüpfend wird zum Teil vertreten, die Berücksichtigung als Verbindlichkeit im Rahmen der Unterbilanzrechnung hänge davon ab, ob der entsprechende Posten in der Handelsbilanz als solcher ausgewiesen sei.²⁵⁸ Bilanzuell als Eigenkapital erfasste Mezzanine-Kapitalposten wären demzufolge nicht als Verbindlichkeiten zu berücksichtigen.

Die überwiegende Auffassung in der Literatur geht hingegen davon aus, dass es sich insbesondere bei der Einlage – auch des atypischen – stillen Gesellschafters in der Unterbilanzrechnung stets um eine Verbindlichkeit handelt.²⁵⁹ Das gleiche soll für Genussrechtskapital gelten.²⁶⁰ Teilweise wird ausdrücklich betont, dass dies unabhängig von der handelsbilanziellen Einordnung gelte.²⁶¹ Die Posten würden anderenfalls wie Stammkapital behandelt, wofür es keine gesetzliche Grundlage gebe.²⁶²

Auch das OLG Brandenburg entschied, dass eine in der Handelsbilanz als Eigenkapital ausgewiesene atypische stille Beteiligung dennoch zum Zweck der Unterbilanzrechnung als Verbindlichkeit zu berücksichtigen sei.²⁶³ In dem entschiedenen Fall war die atypische stille Einlage „zur Stärkung des Eigenkapitals“ gewährt worden und sollte uneingeschränkt an deren Gewinn und Verlust teilnehmen. Nach Ansicht des Gerichts wäre sie damit in der Handelsbilanz nicht als Verbindlichkeit, sondern wie Eigenkapital zu behan-

²⁵⁶ Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 58.

²⁵⁷ Michalski/*Heidinger*, § 30, Rn. 28 f.; Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 58; Rowedder/*Schmidt-Leithoff/Pentz*, § 30, Rn. 10.

²⁵⁸ So *Altmeppen/Altmeppen*, § 30, Rn. 12 hinsichtlich stiller Einlagen; wohl auch Michalski/*Heidinger*, § 30, Rn. 42.

²⁵⁹ GK-GmbHG/*Habersack*, § 30, Rn. 40; Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 69; Baumbach/*Hueck/Fastrich*, § 30, Rn. 16; BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30, Rn. 81; MüKo-GmbHG/*Ekkenga*, § 30, Rn. 123.

²⁶⁰ GK-GmbHG/*Habersack*, § 30, Rn. 40; Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 69.

²⁶¹ Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 69; abw. MüKoGmbHG/*Ekkenga*, § 30, Rn. 123 f. insofern, als er davon auszugehen scheint, dass stille Gesellschaft und Genusskapital auch handelsbilanziell stets als Verbindlichkeit auszuweisen seien.

²⁶² MüKoGmbHG/*Ekkenga*, § 30, Rn. 123.

²⁶³ OLG Brandenburg, NZG 1998, 306.

deln gewesen. Dennoch gelte diese Einordnung nicht im Rahmen der nach § 30 GmbHG zu erstellenden Bilanz. Die Einlage sei dort vielmehr als Verbindlichkeit zu berücksichtigen, da andernfalls die Auszahlungsmöglichkeiten der Gesellschaft entgegen dem Schutzgedanken des § 30 GmbHG sinnwidrig erweitert würden.²⁶⁴

Die überwiegende Auffassung in der Literatur und die Entscheidung des OLG Brandenburg können nicht überzeugen. Sie lösen sich ohne Not von dem anerkannten Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Unterbilanzrechnung. Die Befürchtung, Mezzanine-Kapital werde bei einer Behandlung wie Eigenkapital zu Unrecht wie Stammkapital behandelt, trifft nicht zu. Es geht vielmehr darum, handelsbilanziell als Eigenkapital erfasstes Mezzanine-Kapital zu behandeln wie sonstiges Eigenkapital, etwa in Rücklagen eingestellte Beträge. Für solche ist anerkannt, dass sie im Rahmen der Unterbilanzrechnung als Passiva außer Betracht bleiben.²⁶⁵ Der Gleichlauf mit den Rücklagen ist folgerichtig, denn die kapitalerhaltungsrechtliche Verhaftung beider Bilanzposten bildet das Gegenstück zu der durch die bilanzielle Ausweisung erzeugten Publizität als Haftmasse. Aus der für die Kapitalerhaltung maßgeblichen Sicht der Drittgläubiger gibt es keine Veranlassung, zwischen den verschiedenen Posten innerhalb des Eigenkapitals zu unterscheiden.

cc) Rückzahlung des Mezzanine-Kapitals

Ein Rückzahlungsverbot für Finanzierungsbeiträge von Quasi-Gesellschaften wird in der Literatur pauschal abgelehnt, da andernfalls eine Pflicht zur Erhaltung eines Kapitals auferlegt würde, zu dessen Aufbringung keine Pflicht besteht.²⁶⁶ Zum anderen greife die Freigabeklausel des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG ein, da Finanzierungsleistungen Dritter im kapitalschutzrechtlichen Sinne stets Fremdkapital seien.²⁶⁷

Diese Betrachtungsweise ist konsistent, soweit man das Mezzanine-Kapital im Rahmen der Unterbilanzrechnung stets als Verbindlichkeit berücksichtigen möchte.²⁶⁸ Richtigerweise ist dies aber abzulehnen und auch an dieser Stelle nach der handelsbilanziellen Behandlung des fraglichen Kapitals zu unterscheiden. Für bilanzielles Fremdkapital gilt die Freistellungsklausel des

²⁶⁴ OLG Brandenburg, NZG 1998, 306, 307.

²⁶⁵ Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 68; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, § 30, Rn. 16; GK-GmbHG/*Habersack*, § 30, Rn. 39.

²⁶⁶ FK-InsO/*Bornemann*, § 39, Rn. 77.

²⁶⁷ *Ekkenga*, ZIP 2017, 1493, 1503; MüKoGmbHG/*Ekkenga*, § 30, Rn. 165.

²⁶⁸ Dazu soeben unter D. II. 1. a) bb).

§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG, denn „Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen“ im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG sind genauso zu verstehen wie solche im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.²⁶⁹ Erzwungene Subordination und die Freistellungsklausel hängen untrennbar miteinander zusammen, denn die Subordination in der Insolvenz wurde vom Gesetzgeber des MoMiG als Preis für die Freistellung von der Kapitalerhaltung begriffen. Nur soweit die Subordination eingreift ist eine Rückzahlung immer möglich und die Rechtslage entspricht derjenigen für Gesellschafterdarlehen.

Die Rückzahlung von als Eigenkapital verbuchtem Mezzanine-Kapital erfolgt demgegenüber stets aus dem Nettoaktivvermögen und ist nur zulässig, soweit keine Unterbilanz entsteht oder besteht. Dass das damit bewirkte Auszahlungsverbot für Mezzanine-Kapital eine Pflicht zur Erhaltung eines Kapitals auferlegt würde, zu dessen Aufbringung keine Pflicht bestehe, steht dem schon deshalb nicht entgegen, weil § 30 Abs. 1 GmbHG auch Stammkapital erfasst, welches über die gesetzlich vorgesehene Mindeststammkapitalziffer hinausgeht, zu dessen Aufbringung also keine Pflicht besteht. Die Behandlung entspricht der Auflösung und Ausschüttung von Rücklagen, welche sich ebenso an § 30 Abs. 1 GmbHG messen lassen müssen. Dieser Gleichlauf ist folgerichtig.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass auch als Eigenkapital erfasstes Mezzanine-Kapital jedenfalls ab dem letzten Bilanzstichtag vor der (drohenden) Rückzahlung in Fremdkapital umzuqualifizieren und fortan als Verbindlichkeiten auszuweisen ist.²⁷⁰ Zum Zeitpunkt der (vertragsgemäßen) Rückzahlung kann eine Unterbilanz durch jene also nicht entstehen, da zu diesem Zeitpunkt stets eine Verbindlichkeit in der Handelsbilanz besteht. Eine Unterbilanz kann allenfalls durch die vorangehende Umqualifizierung selbst entstehen. Die Umbuchung selbst bildet zwar mangels Auszahlung keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, besteht die Unterbilanz aber zum Zeitpunkt der späteren Auszahlung fort, so verstößt diese gegen die Kapitalerhaltung.²⁷¹ Die Situation entspricht derjenigen bei Auflösung einer Rücklage. Mit dem Beschluss über die Auflösung der Rücklage und Ausschüttung der dort eingestellten Beträge entsteht ein als Verbindlichkeit zu bilanzierendes Forderungsrecht des Gesellschafters. Soweit zu diesem Zeitpunkt der bilanziellen Umqualifizierung eine Unterbilanz vorliegt, begründet die Kapitalerhaltung ein Erfüllungsverbot für den Zeit-

²⁶⁹ Zu dem dortigen Verständnis oben unter D.I.3.

²⁷⁰ Dazu oben unter B.IV.2. a).

²⁷¹ Im Stadium der Unterbilanz ist jede Auszahlung verboten, vgl. nur Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 52.

raum bis ausreichend freies Vermögen vorhanden ist, um die Ansprüche zu erfüllen.²⁷²

dd) Vergütungszahlungen

Bei der Prüfung, ob die Leistung von Vergütungszahlungen auf Mezzanine-Kapital mit den Vorschriften der Kapitalerhaltung vereinbar ist, ist in zwei Stufen vorzugehen: Es ist zunächst festzustellen, ob eine im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG relevante Auszahlung vorliegt und sodann die – wiederum zweistufige – Unterbilanzrechnung anzustellen.

Eine relevante Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG erfordert neben einer Vermögensminderung auf Seiten der Gesellschaft, dass diese auf dem Gesellschaftsverhältnis beruht.²⁷³ Dies ist bei der Begleichung einer Verbindlichkeit dann nicht der Fall, wenn für die Eingehung der bedienten Verbindlichkeit eine Gegenleistung erhalten wurde, die dem Drittvergleich standhält.²⁷⁴ Auch für Darlehenszinsen ist ein solcher Drittvergleich maßgeblich.²⁷⁵ Bei Tilgung von überhöhten Darlehenszinsen liegt in Höhe der Differenz zum angemessenen Zins eine Auszahlung vor.²⁷⁶

Auf die Vergütung mezzaniner Fremdkapitalinstrumente, die wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechen, kommt es ganz in diesem Sinne auf einen Drittvergleich an.²⁷⁷ Hierbei ist zu prüfen, ob sich Umstände ergeben, dass die Gesellschaft das Geschäft mit vergleichbaren Konditionen statt mit dem (Quasi-)Gesellschafter auch mit einem Dritten hätte abschließen können.²⁷⁸ Zur Konkretisierung kann auf die zur verdeckten Gewinnausschüttung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.²⁷⁹ Dort stellt die Rechtsprechung darauf ab, ob ein gewissenhaft nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsführer das Geschäft unter sonst gleichen Umständen auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen hätte.²⁸⁰

²⁷² Vgl. nur GK-GmbHG/Leuschner, § 29, Rn. 172.

²⁷³ GK-GmbHG/Habersack, § 30, Rn. 58; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 30, Rn. 29.

²⁷⁴ GK-GmbHG/Habersack, § 30, Rn. 53; Scholz/Verse, § 30, Rn. 22; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 30, Rn. 29.

²⁷⁵ GK-GmbHG/Habersack, § 30, Rn. 114; Scholz/Verse, § 30, Rn. 109.

²⁷⁶ Scholz/Verse, § 30, Rn. 22.

²⁷⁷ Ohne auf einen Drittvergleich abzustellen hingegen für die Anwendung der Ausnahme des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG auf eine Festverzinsung in Höhe von 7,5% auf das von einer Gesellschafterin überlassenen Genusskapitals, welches neben einer Gewinnbeteiligung versprochen wurde LG Berlin, GmbHR 2010, 201, 202.

²⁷⁸ MüKoGmbHG/Ekkenga, § 30, Rn. 236.

²⁷⁹ MüKoGmbHG/Ekkenga, § 30, Rn. 248.

²⁸⁰ BGH, NJW 1987, 1194, 1195.

In den hier interessierenden Fällen, in denen Gestaltungsmerkmale vorliegen, die zur Begründung der Quasi-Gesellschafterstellung führen, wird allerdings die vereinbarte Vergütung gerade aufgrund dieser Vertragsgestaltung höher sein als bei von Dritten (nicht Quasi-Gesellschaftern) gewährten Finanzierungen. Die entsprechenden Gestaltungen werden nämlich in der Regel insbesondere eine Beteiligung am Verlust vorsehen oder die Vergütung wird erfolgsabhängig und dieses Risiko bei der Höhe der Vergütung eingepreist sein. Zudem können Instrumente, die aufgrund ihrer Gestaltung eine Quasi-Gesellschafterstellung begründen, nur zwischen Gesellschaft und Quasi-Gesellschafter vorkommen, da die Vertragsgestaltung ja gerade zur Qualifikation als Quasi-Gesellschafter führt. Bei der anzustellenden Bewertung wird man daher letztlich nur einen Vergleich mit von außenstehenden Dritten gewährten Instrumenten vornehmen können und entsprechende Aufschläge für das erhöhte Risiko berücksichtigen müssen.

Nur soweit anhand des Drittvergleichs eine relevante Auszahlung bejaht wird, ist sodann zu prüfen, ob durch die Auszahlung in Höhe der Differenz zum Marktpreis eine Unterbilanz herbeigeführt oder vertieft wird.

Für die Vergütung bilanzieller Eigenkapitalinstrumente gilt, dass ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG von vornherein nicht in Betracht kommt, soweit Zinszahlungen in Einklang mit den Bestimmungen des Finanzierungsvertrages erfolgen. Eine Bilanzierung als Eigenkapital setzt nämlich eine gewinnabhängige Vergütung voraus, sodass Vergütungszahlungen nur aus freiem Vermögen gezahlt werden dürfen und Zinszahlungen gerade nicht aus durch § 30 GmbHG gebundenem Vermögen erfolgen dürfen.²⁸¹ Demzufolge können im Einklang mit den entsprechenden vertraglichen Regularien erfolgende Zahlungen nicht zu einer Unterbilanz führen oder bei Vorliegen einer solchen erfolgen. Gegenleistungen, die entgegen der vertraglichen Vereinbarung aus gebundenem Vermögen geleistet werden, halten einem Drittvergleich in keinem Fall stand und sind daher stets in voller Höhe am Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbH zu messen.

ee) Zwischenergebnis

Die Kapitalerhaltung ist aus Sicht der Drittgläubiger einer GmbH in zweifacher Hinsicht relevant. Zum einen mindert handelsbilanziell als Fremdkapital ausgewiesenes Mezzanine-Kapital das zur Auszahlung an (Quasi-)Gesellschafter zur Verfügung stehende Vermögen der Gesellschaft. Zum anderen darf als Eigenkapital bilanziertes Mezzanine-Kapital nicht zurückgezahlt werden, wenn der Mezzanine-Gläubiger als Quasi-Gesellschafter zu bewer-

²⁸¹ Siehe oben unter B.IV.2. a)bb).

ten ist und die Rückzahlung eine Unterbilanz hervorrufen oder vertiefen würde.

Hinsichtlich der Zahlung von Vergütung spielt für bilanzielles Eigenkapital das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nur für Zahlungen eine Rolle, die entgegen der Vereinbarung einer gewinnabhängigen Vergütung geleistet werden. Für Vergütungen auf bilanzielles Fremdkapital ist maßgeblich, ob die vereinbarte Vergütung einem Drittvergleich standhält. Soweit dies nicht der Fall ist, ist der überschießende Teil eine Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG.

b) Kapitalerhaltung in der GmbH & Co. KG

In der GmbH & Co. KG ist der Kapitalschutz im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zum einen durch die Kommanditistenhaftung nach §§ 171 ff. HGB und zum anderen durch die Kapitalerhaltung der §§ 30 f. GmbHG bezogen auf das Stammkapital der Komplementärin verwirklicht.

aa) Kommanditistenhaftung nach §§ 171 ff. HGB

Nach § 171 Abs. 1 HGB haftet der Kommanditist den Gläubigern der KG bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar, die Haftung ist jedoch ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist. Nach § 172 Abs. 4 HGB lebt bei einer Rückzahlung der Hafteinlage die Außenhaftung wieder auf.

Diese Regelung kann für den Gläubigerschutz bei der Emission von Mezzanine-Kapital durch die GmbH & Co. KG nicht fruchtbar gemacht werden und zwar auch nicht bei einer kommanditistengleichen Stellung des Mezzanine-Gläubigers.²⁸² Die Haftung knüpft nämlich streng an die im Handelsregister eingetragene Haftkapitalziffer des Kommanditisten an. Der Schutz der Gesellschaftsgläubiger ist damit an die Handelsregisterpublizität gebunden.²⁸³ Daher ist zum Beispiel auch die Höhe einer gesellschaftsvertraglich vereinbarten Pflichteinlage unerheblich und löst im Außenverhältnis keine weitergehende Haftung aus.²⁸⁴ Bei einer Quasi-Kommanditistenstellung kann mangels vergleichbarer Registerpublizität keine Außenhaftung analog § 172 Abs. 4 HGB begründet werden.

Zudem würde eine Anwendung des § 172 Abs. 4 HGB auf die Einlage eines Quasi-Kommanditisten diesen im Ergebnis sogar schlechter stellen als

²⁸² Gegen eine Dritterstreckung auch *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 167 ff. m. w. N.

²⁸³ GK-HGB/Thiessen, § 172, Rn. 13.

²⁸⁴ GK-HGB/Thiessen, § 172, Rn. 17.

einen Kommanditisten. Letzterer haftet nämlich nicht mit seiner Gesamteinlage, wenn diese teils als eingetragenes Haftkapital und teils als weitere Pflichteinlage ausgestaltet ist, während eine solche Gestaltung für Quasi-Kommanditisten mangels Handelsregisterpublizität von vornherein ausscheiden würde.²⁸⁵

bb) Kapitalerhaltung nach §§ 30f. GmbHG

Neben der Haftung nach § 171 ff. HGB trifft die Kommanditisten einer GmbH & Co. KG auch eine Pflicht zur Erhaltung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH.²⁸⁶ Damit wird eine Haftungslücke geschlossen, die aus dem Umstand resultiert, dass der Kommanditist im Außenverhältnis stets nur in Höhe der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme haftet, auch wenn ihm weit höhere Beträge aus dem Gesellschaftsvermögen zugeflossen sind.²⁸⁷ Während dieses Risiko in der personalistischen Kommanditgesellschaft durch den unbeschränkten Zugriff auf das Vermögen des Komplementärs ausgeglichen wird, fehlt dieses „Gegengewicht“ bei Einsatz einer GmbH als Komplementärin.²⁸⁸ Aus diesem Grund sind die §§ 30, 31 GmbHG auch auf Auszahlungen aus dem Vermögen der KG an den Kommanditisten anzuwenden, sofern dadurch auf Ebene der Komplementär-GmbH eine Unterbilanz im Sinne des § 30 GmbH herbeigeführt oder vertieft wird.²⁸⁹ Gläubiger der Rückgewähransprüche aus § 31 GmbHG ist dabei die Kommanditgesellschaft selbst, was der BGH mit Billigkeitsgesichtspunkten²⁹⁰ und der gesellschaftsrechtlichen Verknüpfung zu ihrer Komplementär-GmbH²⁹¹ begründet.

(1) Persönlicher Anwendungsbereich

Eine Pflicht zur Erhaltung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH trifft nicht nur solche Kommanditisten, die zugleich als Gesellschafter an der

²⁸⁵ *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 173 f.

²⁸⁶ Grundlegend BGHZ 60, 324; BGHZ 110, 342; BGH, NJW 1991, 1057; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, § 30, Rn. 68 ff.; BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30, Rn. 213; Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 129 ff.; MüKoGmbHG/*Ekkenga*, § 30, Rn. 189 ff.; *Pöschke/Steenbreker*, NZG 2015, 614; GK-GmbHG/*Habersack*, § 30, Rn. 124 ff.

²⁸⁷ BGHZ 110, 342, 356.

²⁸⁸ BGHZ 110, 342, 356 f.

²⁸⁹ BGHZ 60, 324, 328 f.; BGHZ 110, 342, 357.

²⁹⁰ BGHZ 60, 324, 329 f.

²⁹¹ BGHZ 110, 342, 357 f.

Komplementärin beteiligt sind, sondern jeden Kommanditisten.²⁹² Der BGH begründet dies damit, dass auch der Nur-Kommanditist für die Kapitalausstattung der Komplementär-GmbH verantwortlich sei, solange keine natürliche Person unbeschränkt hafte.²⁹³

Bei dieser Ausdehnung der Kapitalerhaltungsvorschriften auf Nicht-Gesellschafter der GmbH handelt es sich um eine analoge Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG.²⁹⁴ Die planwidrige Regelungslücke besteht darin, dass die Gläubiger der KG vor einer Aushöhlung ihres Vermögens durch Ausschüttung an die Kommanditisten nach der Systematik des Gesetzes dadurch geschützt sind, dass der Komplementär unbeschränkt persönlich haftet und diese „Bremsfunktion“ bei Einsatz einer mit beschränktem Haftungsfonds versehenen Kapitalgesellschaft als Komplementärin fehlt.²⁹⁵ Im Interesse der Gläubiger an einer Erhaltung des KG-Vermögens soll daher zumindest der beschränkte Haftungsfonds der GmbH verfügbar bleiben.²⁹⁶

In der Literatur wird die entsprechende Anwendung der §§ 30, 31 GmbH dabei zu Recht auf solche Fälle beschränkt, in denen dem Kommanditisten mindestens § 51a GmbHG entsprechende Informationsrechte zustehen, die es ihm erlauben, die Vereinbarkeit einer Auszahlung mit § 30 GmbHG zu prüfen.²⁹⁷ Insbesondere Anleger einer typischen Publikums-KG sind damit vom Anwendungsbereich ausgenommen.

Anknüpfend an die Einbeziehung von Nur-Kommanditisten sind auch Quasi-Kommanditisten, die in den Anwendungsbereich der Subordination nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO fallen, als Adressaten der Kapitalerhaltung anzusehen. Zwar werden sich die Einfluss- und Vermögensrechte eines Quasi-Kommanditisten, welche seine gesellschaftergleiche Stellung begründen, zumeist nur auf die Kommanditgesellschaft selbst und nicht die Komplementär-GmbH beziehen. Jedoch ist das Schicksal des Gesellschaftsvermögens der Komplementär-GmbH aufgrund der akzessorischen Mithaftung für die Verbindlichkeiten der KG untrennbar mit demjenigen des KG-Vermögens verbunden. Daher bedeutet eine mögliche Einflussnahme des Quasi-Kommandi-

²⁹² BGHZ 110, 342; BGH, NZG 2015, 225; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, § 30, Rn. 70; MüKoGmbHG/*Ekkenga*, § 30, Rn. 192; Scholz/*Verse*, § 30, Rn. 131; GK-GmbHG/*Habersack*, § 30, Rn. 128.

²⁹³ BGHZ 60, 324, 356; BGH, NZG 2015, 225, 225.

²⁹⁴ Zutreffend GK-GmbHG/*Habersack*, § 30, Rn. 128; MüKoGmbHG/*Ekkenga*, § 30, Rn. 192; ausdrücklich auch OLG Celle, NZG 2004, 183, 183.

²⁹⁵ BGHZ 60, 324, 332; BGHZ 110, 342, 357; OLG Celle, NZG 2004, 183, 183; BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30, Rn. 219.

²⁹⁶ BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30, Rn. 219.

²⁹⁷ MüKoGmbHG/*Ekkenga*, § 30, Rn. 192; GK-GmbHG/*Habersack*, § 30, Rn. 128.

tisten auf Chancen und Risiken des Geschäfts der KG gleichermaßen eine Risikoexposition der GmbH.

Dies ist auch Kern der vom BGH so bezeichneten gesellschaftsrechtlichen Verknüpfung der Interessen,²⁹⁸ welche mit der Verantwortung für die Kommanditgesellschaft jene für die GmbH einhergehen lässt. Erkennt man diese Verknüpfung mit dem BGH für den Nur-Kommanditisten an, so muss dies auch für den als Quasi-Kommanditisten zu beurteilenden Mezzanine-Gläubiger gelten. Richtigerweise ist dabei allerdings auch für den Quasi-Kommanditisten zu fordern, dass seine Informationsrechte über den Umfang des § 166 HGB hinausgehen und an § 51a GmbHG heranreichen. Hierin liegt eine deutliche Verschärfung gegenüber den Voraussetzungen für die Einbeziehung in die Subordination nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.²⁹⁹

(2) Sachlicher Anwendungsbereich

In der Sache greift das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ein, wenn durch die Vermögensminderung bei der KG auf Ebene der Komplementär-GmbH eine Unterbilanz im Sinne des § 30 GmbH herbeigeführt oder vertieft wird.³⁰⁰ Dies ist zum einen denkbar, wenn der bilanzielle Wertansatz einer etwaigen Beteiligung der Komplementär-GmbH an der KG aufgrund der Auszahlung an den Kommanditisten abgeschrieben werden muss.³⁰¹ Zum anderen können die den Verbindlichkeiten aus Mithaftung (§§ 161 Abs. 2, 128 HGB) gegenüberstehenden Freistellungsansprüche der Komplementärin gegen die KG (§§ 162 Abs. 2, 110 HGB) ihre Werthaltigkeit verlieren.³⁰²

Auch bei Zahlungen an Mezzanine-Gläubiger kommt es darauf an, ob eine Unterbilanz bei der Komplementär-GmbH eintritt. Vorstellbar ist, dass aufgrund einer Rückzahlung des Mezzanine-Kapitals durch die KG oder durch Vergütungszahlungen durch die KG eine außerplanmäßige Abschreibung der GmbH auf ihre Beteiligung an der KG erforderlich wird. Vorstellbar sind außerdem Fälle, in denen sich die Vermögenslage der KG durch ihre Zahlung an den Mezzanine-Gläubiger derart verschlechtert, dass die Komplementärin von Gläubigern der KG nach § 128 HGB in Anspruch genommen wird und

²⁹⁸ BGHZ 60, 324, 357.

²⁹⁹ Zu der insoweit erforderlichen Stellung des Quasi-Kommanditisten oben unter D.I.2.c)cc)(1).

³⁰⁰ BGHZ 60, 324, 328 f.; BGHZ 110, 342, 357.

³⁰¹ BGHZ 60, 324, 329; GK-GmbHG/*Habersack*, § 30, Rn. 125; MüKoGmbHG/*Ekkenga*, § 30, Rn. 189.

³⁰² BGHZ 110, 342, 357; GK-GmbHG/*Habersack*, § 30, Rn. 125; MüKoGmbHG/*Ekkenga*, § 30, Rn. 189.

der dadurch zu aktivierende Freistellungsanspruch gegen die KG nicht vollwertig ist. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Komplementär-GmbH tatsächlich von einem Drittgläubiger aus ihrer Mithaftung in Anspruch genommen wird und dieser Verpflichtung nachgekommen ist. Erst dann ist nämlich eine Verbindlichkeit zu passivieren und kommt es daher auf die Werthaltigkeit des Freistellungsanspruchs an.³⁰³ Vor Inanspruchnahme ist das Haftungsverhältnis in der Bilanz allenfalls gemäß § 251 HGB „unter dem Strich“ auszuweisen.³⁰⁴

cc) Zwischenergebnis

Die Kommanditistenhaftung nach §§ 171 ff. HGB kann für Mezzanine-Gläubiger mangels Registerpublizität ihrer Kapitalüberlassung nicht relevant werden. Jedoch können sie wie Kommanditisten für die Erhaltung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH in Verantwortung genommen werden. Dazu ist nicht nur erforderlich, dass ihnen eine Stellung als Quasi-Kommanditist eingeräumt ist, sondern ihnen müssen weitergehende, mit § 51a GmbHG vergleichbare Informationsrechte zustehen. Ist dies der Fall, so sind Zahlungen aus dem Vermögen der KG insbesondere insoweit durch die Kapitalerhaltung gesperrt, als sie die Vermögenslage derart verschlechtern, dass die GmbH von Gläubigern der KG nach § 128 HGB in Anspruch genommen wird und der dadurch zu aktivierende Freistellungsanspruch gegen die KG nicht vollwertig ist.

c) Kapitalerhaltung in der AG

In der AG untersagt das in § 57 AktG statuierte Rückgewährverbot Leistungen an Aktionäre, wobei auch hier zur Vermeidung von Umgehungen Erweiterungen im Hinblick auf den Leistungsempfänger anerkannt sind.³⁰⁵ Wie auch bei der GmbH-rechtlichen Kapitalerhaltung ist zu unterscheiden zwischen Leistungen, die nicht direkt an einen Aktionär fließen, aber diesem mittelbar zurechenbar sind, und dem Fall, dass ein Dritter selbst wie ein Aktionär zu behandeln ist.³⁰⁶ Die Einbeziehung von Quasi-Aktionären im Sinne der zweiten Fallgruppe richtet sich nach den zur Einbeziehung Dritter

³⁰³ Darauf zutreffend hinweisend MüKoGmbHG/Ekkenga, § 30, Rn. 189.

³⁰⁴ GK-HGB/Kleindiek, § 251, Rn. 14f. mit Nachweisen zur Gegenauffassung, die auch dies ablehnt und lediglich eine Angabe im Anhang befürwortet.

³⁰⁵ MüKoAktG/Bayer, § 57, Rn. 110; Hüffer/Koch/Koch, § 57, Rn. 18; KK-AktG/Drygala, § 57, Rn. 118.

³⁰⁶ MüKoAktG/Bayer, § 57, Rn. 110; Spindler/Stilz/Cahn/von Spannenberg, § 57, S. 67.

in das Recht der Aktionärsdarlehen entwickelten Grundsätzen.³⁰⁷ Wer danach als Quasi-Aktionär zu behandeln ist, trägt wie ein Aktionär Verantwortung für die Erhaltung des Stammkapitals.

In sachlicher Hinsicht sind entgegen dem missverständlichen Wortlaut des § 57 Abs. 1 AktG grundsätzlich alle Vermögenszuwendungen an Aktionäre untersagt, die nicht auf einem Gewinnverwendungsbeschluss beruhen oder für die eine andere gesetzliche Grundlage besteht.³⁰⁸ Es gilt das Prinzip einer umfassenden Vermögensbindung, wonach das Vermögen der Aktiengesellschaft in seinem Wert gebunden ist.³⁰⁹

aa) Rückzahlung des Mezzanine-Kapitals

Die Rückgewähr von Aktionärsdarlehen und wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen sind nach § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG vom Anwendungsbereich der Kapitalerhaltung ausgenommen. Hinsichtlich der Rückzahlung des Mezzanine-Kapitals ist daher nach der handelsbilanziellen Qualifikation des in Rede stehenden Kapitals zu unterscheiden. Finanzierungen, die als Fremdkapital ausgewiesen sind, entsprechen wirtschaftlich Aktionärsdarlehen und sind deshalb nach § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG vom kapitalerhaltungsrechtlichen Zahlungsverbot befreit. Im Gegenzug sind sie wegen des Gleichlaufs mit § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO mit dem insolvenzrechtlichen Nachrang versehen.³¹⁰

Eine für die Kapitalerhaltung relevante Vermögenszuwendung liegt hingegen vor, wenn es sich nicht um eine einem Aktionärsdarlehen entsprechende Finanzierungsleistung handelt. Dies betrifft die Rückzahlung derjenigen Finanzierungsbeiträge, die handelsbilanziell als Eigenkapital ausgewiesen sind. Die gilt auch dann, wenn der Kapitalposten in der Handelsbilanz zwischenzeitlich zur Verbindlichkeit umqualifiziert wurde.³¹¹ Die Rückzahlung solchen Kapitals ist aber nicht generell mit der Kapitalerhaltung unvereinbar. Eine solche umfassende Anwendung des Auszahlungsverbotes würde der grundlegenden Unterscheidung zwischen Stammkapital und sonstigem Eigenkapital nicht gerecht und hätte eine durch § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG bewirkte, zeitlich unbeschränkten Bindung dieses Kapitals zur Folge. Damit

³⁰⁷ MüKoAktG/Bayer, § 57, Rn. 118; Schmidt/Lutter/Fleischer, § 57, Rn. 31.

³⁰⁸ MüKoAktG/Bayer, § 57, Rn. 2; Hüffer/Koch/Koch, § 57, Rn. 2; KK-AktG/Drygala, § 57, Rn. 16.

³⁰⁹ MüKoAktG/Bayer, § 57, Rn. 11; Hüffer/Koch/Koch, § 57, Rn. 2; KK-AktG/Drygala, § 57, Rn. 17.

³¹⁰ Dieser Gleichlauf entspricht dem Verständnis des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG; vgl. oben unter D. II. 1. a) cc).

³¹¹ Vgl. zur GmbH entsprechend oben unter D. II. 1. a) cc).

würde mezzanines Eigenkapital strenger als Stammkapital behandelt, denn während zur Rückzahlung der Stammeinlage an die Aktionäre bei Einhaltung der dafür vorgesehenen gläubigerschützende Bestimmungen³¹² immerhin das gesetzliche Verfahren der Kapitalherabsetzung besteht, würden solche Verfahrensvorschriften für Mezzanine-Kapital gänzlich fehlen. Hierin läge ein Wertungswiderspruch, denn im Gegensatz zu sonstigem Eigenkapital ist die Höhe des Stammkapitals aus dem Handelsregister ersichtlich und aufgrund des aus dieser Publizität resultierenden Vertrauenstatbestandes besonders schützenswert.

Zahlungen an Quasi-Aktionäre sind daher nur insoweit dem sachlichen Anwendungsbereich der Kapitalerhaltung unterworfen, wie deren gläubigerschützender Normzweck eine solche Einbeziehung gebietet.³¹³ Neben dem Schutz der Gläubiger durch Erhaltung eines Haftungsfonds bezweckt die aktienrechtliche Kapitalerhaltung nämlich auch den Schutz der Aktionäre durch Sicherung der Gleichbehandlung und der gesetzlichen Kompetenzordnung.³¹⁴ Soweit durch eine Zahlung aber nur die Kompetenzordnung oder das Gleichbehandlungsgebot in Frage gestellt werden, ist aus Sicht der Gläubiger kein Zahlungsverbot geboten. Insoweit wird zutreffend von zwei Stufen der Vermögensbindung gesprochen: Solche Aktiva, die zur Deckung des Grundkapitals und solcher Rücklagen erforderlich sind, die nach Gesetz oder Satzung nicht für Auszahlungen zur Verfügung stehen, sind schlechthin gesperrt.³¹⁵ Andere Rücklagen hingegen unterliegen lediglich einer sogenannten verfahrensrechtlichen Bindung.³¹⁶

Dieses abgestufte System gilt insbesondere für Eigenkapital, welches Aktionäre nicht in Gestalt von Stammkapital, sondern dadurch zur Verfügung stellen, dass sie Beträge in Rücklagen einstellen. Die nach § 150 AktG gebundenen Rücklagen – der sogenannte Reservefonds³¹⁷ – unterliegen den dort vorgesehenen Verwendungsbeschränkungen im Interesse der Gesellschaftsgläubiger.³¹⁸ Hinsichtlich sonstiger Rücklagen, insbesondere Zuzah-

³¹² Spindler/Stilz/*Cahn/von Spannenberg*, § 57, Rn. 134; Hüffer/Koch/*Koch*, § 57, Rn. 4; Schmidt/Lutter/*Fleischer*, § 57, Rn. 65: „§ 222 als Ausnahme zum Verbot der Einlagenrückgewähr“.

³¹³ Vgl. etwa Hüffer/Koch/*Koch*, § 57, Rn. 6: „umfasst Leistungen, die Tatbestand zwar nicht buchstäblich, aber nach Sinn und Zweck erfüllen“.

³¹⁴ Vgl. nur MüKoAktG/*Bayer*, § 57, Rn. 2.

³¹⁵ Spindler/Stilz/*Cahn/von Spannenberg*, § 57, Rn. 10.

³¹⁶ Spindler/Stilz/*Cahn/von Spannenberg*, § 57, Rn. 10.

³¹⁷ MüKoAktG/*Hennrichs/Pöschke*, § 150, Rn. 3.

³¹⁸ In diesem Zusammenhang wird die Qualifikation des Finanzierungsinstruments als Teilgewinnabführungsvertrag im Sinne des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG relevant, da in diesem Fall § 300 Nr. 2 AktG den in die Rücklage nach § 150 Abs. 2 AktG einzustellenden Betrag erhöht. Dazu unten unter D. V. 3. e).

lungen in die Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB, sind die Gläubiger hingegen nicht davor geschützt, dass diese aufgelöst und an die Aktionäre ausgeschüttet werden.³¹⁹ § 57 AktG schützt insoweit lediglich davor, dass eine solche Ausschüttung ohne wirksamen Ausschüttungsbeschluss der Hauptversammlung erfolgt.³²⁰

Diese Wertung ist auf als Eigenkapital bilanziertes Mezzanine-Kapital zu übertragen, dessen Behandlung derjenigen sonstiger Zuzahlungen in die Kapitalrücklage zu entsprechen hat. Wie bei jenen handelt es sich bei Mezzanine-Kapital um sonstiges, nicht besonders gesetzlich geschütztes Eigenkapital. Die Rückzahlung ist daher kapitalerhaltungsrechtlich zulässig, soweit sie nicht aus dem zur Deckung des Grundkapitals und zwingender Rücklagen erforderlichen Vermögen erfolgt. Damit entspricht die Behandlung von bilanziellem Eigenkapital derjenigen von eigenkapitalersetzenden Aktionärsdarlehen vor Inkrafttreten des MoMiG. Lagen insoweit die Voraussetzungen für die Bindung als Eigenkapitalersatz vor, war der Rückzahlungsanspruch nur insoweit durch § 57 AktG gesperrt, als die Mittel zur Deckung der Grundkapitalziffer und der gesetzlichen Rücklage benötigt wurden.³²¹

bb) Vergütungszahlungen

Auch für Vergütungszahlungen auf Mezzanine-Kapital ist danach zu unterscheiden, ob dieses als Fremd- oder Eigenkapital bilanziert ist. Für die Vergütung auf Fremdkapital verhält es sich wie bei der Verzinsung von Aktionärsdarlehen. Eine solche ist nur insoweit zulässig und vom Ausnahmetatbestand des § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG erfasst, als sie einem Drittvergleich standhält.³²² Die AG darf mit Blick auf die Kapitalerhaltung mit ihren Aktionären Rechtsgeschäfte nur zu solchen Konditionen abwickeln, die auch jeder Dritte von der Aktiengesellschaft erhalten würde.³²³ Die Lage entspricht insoweit derjenigen in der GmbH.³²⁴ Es ist also ein Drittvergleich durchzuführen, wobei als Vergleichsinstrumente Drittfinanzierungen heranzuziehen und mit einem Risikoaufschlag zu versehen sind, welcher diejenigen Gestaltungsmerkmale berücksichtigt, welche zur Begründung der Quasi-Aktionärs-Stel-

³¹⁹ Baums, Unternehmensfinanzierung, § 11 Rn. 17; KK-AktG/Drygala, § 57, Rn. 11.

³²⁰ MüKoAktG/Bayer, § 57, Rn. 8.

³²¹ Spindler/Stilz/Cahn/von Spannenberg, § 57, Rn. 115; MüKoAktG/Bayer, § 57, Rn. 284 f.

³²² KK-AktG/Drygala, § 57, Rn. 155.

³²³ MüKoAktG/Bayer, § 57, Rn. 49; Hüffer/Koch/Koch, § 57, Rn. 8; KK-AktG/Drygala, § 57, Rn. 41.

³²⁴ Vgl. hierzu oben unter D.II.1.a)dd).

lung führen. Soweit Vergütungszahlungen auf bilanziell als Fremdkapital erfasstes Mezzanine-Kapital dem Drittvergleich nicht standhalten, stehen sie im Interesse der Gläubiger unter dem Vorbehalt, dass das Eigenkapital und die gesetzlichen Rücklagen gedeckt sind.

Die Vergütung von bilanziellem Eigenkapital unterfällt in keinem Fall der Ausnahme des § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG, da es an einer Vergleichbarkeit zum Darlehen fehlt. Es handelt sich in voller Höhe um eine Vermögenszuwendung an den Quasi-Aktionär. Die gilt auch dann, wenn der Kapitalposten in der Handelsbilanz zwischenzeitlich zur Verbindlichkeit umqualifiziert wurde. Hier liegt der Fall ganz wie bei einer Verzinsung einer von einem Aktionär geleisteten sonstigen Zuzahlung in die Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB). Auch eine solche ist nur zulässig, soweit sie unter dem Vorbehalt steht, dass hierdurch nicht das Nennkapital und diejenigen Rücklagen angegriffen werden, die kraft Gesetzes von einer Auszahlung ausgenommen sind.³²⁵

cc) Zwischenergebnis

Die Kapitalerhaltung in der AG kann im Interesse der Gesellschaftsgläubiger die Rückzahlung und Vergütung von Mezzanine-Kapital beschränken. Voraussetzung ist, dass der Mezzanine-Gläubiger als Quasi-Aktionär zu qualifizieren. Ist dies der Fall, darf das als Eigenkapital bilanzierte Mezzanine-Kapital sowie Vergütungen für solches nicht gezahlt werden, soweit die Mittel zur Deckung der Grundkapitalziffer und der gesetzlichen Rücklage benötigt werden. Das gleiche gilt für denjenigen Teil einer Vergütung auf Fremdkapital, der einem Drittvergleich nicht standhält.

d) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltung

Ein Verstoß gegen die Vorschriften der Kapitalerhaltung führt zu einem Erstattungsanspruch der Gesellschaft gegen den Zahlungsempfänger (§ 31 Abs. 1 GmbHG, § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG). Im Fall der GmbH & Co. KG ist Anspruchsinhaberin dieses Anspruchs die KG, nicht ihre Komplementärin.³²⁶ Für die GmbH sieht das Gesetz – anders als für die AG – eine Haftung der übrigen Gesellschafter im Verhältnis ihrer Beteiligung vor, soweit die Erstattung von dem Empfänger nicht zu erlangen ist und soweit der Betrag zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist (§ 31 Abs. 3 GmbHG).

³²⁵ Baums, Unternehmensfinanzierung, § 11 Rn. 16.

³²⁶ Siehe oben unter D.II.1.b)bb).

Adressaten dieser Ausfallhaftung sind auch gesellschaftergleiche Dritte.³²⁷ Aufgrund seiner Verantwortung für die Erhaltung des Stammkapitals hat auch der Quasi-Gesellschafter das Insolvenzrisiko eines Primärschuldners nach § 31 Abs. 1 GmbHG vorrangig vor den Gesellschaftsgläubigern zu tragen.³²⁸

e) Ergebnis zur kapitalerhaltungsrechtlichen Behandlung von Mezzanine-Kapital

Die Kapitalerhaltungsvorschriften können die Rückzahlung von Mezzanine-Kapital beschränken, sofern der Mezzanine-Gläubiger als Quasi-Gesellschafter zu bewerten ist. In keinem Fall beschränkt ist jedoch die Rückzahlung von handelsbilanziell als Fremdkapital verbuchten Finanzierungen, die wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechen.

Die Rückzahlung von als Eigenkapital bilanziertem Mezzanine-Kapital muss sich hingegen an den Vorschriften der Kapitalerhaltung messen lassen und zwar auch, wenn das Kapital in der Handelsbilanz wegen der bevorstehenden vertraglichen Rückzahlung oder Kündigungsmöglichkeit in eine Verbindlichkeit umqualifiziert wurde. Das gleiche gilt für Vergütungszahlungen auf als Eigenkapital erfasstes Mezzanine-Kapital sowie denjenigen Teil der Vergütung für Fremdkapital, der einem Drittvergleich nicht standhält.

Ist der Anwendungsbereich der Kapitalerhaltung demnach eröffnet, so ist in der GmbH jede Zahlung untersagt, die eine Unterbilanz hervorrufen oder vertiefen würde. In der GmbH & Co. KG sind Zahlungen gesperrt, die zu einer Unterbilanz bei der Komplementär-GmbH führen würden oder eine solche vertiefen würden. In der AG sind Zahlungen untersagt, soweit die Mittel zur Deckung der Grundkapitalziffer und der gesetzlichen Rücklage benötigt werden.

2. Liquiditätsschutz durch Insolvenzverursachungshaftung

Neben der Kapitalerhaltung statuiert auch die sogenannte Insolvenzverursachungshaftung vorinsolvenzliche Zahlungsverbote. Sie ist nunmehr einheitlich in § 15b Abs. 5 InsO geregelt, nachdem sie sich zuvor für die GmbH in § 64 Satz 3 GmbHG, für die AG in § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG und für die GmbH & Co. KG in §§ 177a, 130a Abs. 1 Satz 3 HGB fand. In der Sache statuiert § 15b Abs. 5 Satz 1 InsO ein an die Geschäftsleitung gerichtetes,

³²⁷ MüKoGmbHG/*Ekkenga*, § 31, Rn. 60; Michalski/*Heidinger*, § 31, Rn. 61.

³²⁸ Vgl. zur Rechtfertigung der Ausfallhaftung MüKoGmbHG/*Ekkenga*, § 31, Rn. 52.

haftungsbewährtes Verbot von Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten und dies bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns erkennbar war. Während die Kapitalerhaltung eine auf Bilanzwerte bezogene Vermögenserhaltung bezweckt, knüpft die Insolvenzverursachungshaftung an die Liquiditätslage der Gesellschaft an. Das Nebeneinander der beiden Institute resultiert aus der Entscheidung des Gesetzgebers, im Zuge des MoMiG den Kapitalschutz nicht aufzugeben und durch einen Solvenzschutz zu ersetzen, sondern einen solchen in Form der Insolvenzverursachungshaftung zusätzlich zur Beibehaltung der Kapitalerhaltungsvorschriften vorzusehen.³²⁹

In persönlicher Hinsicht adressiert § 15b Abs. 5 Satz 1 InsO solche Personen als relevante Zahlungsempfänger, die an der juristischen Person beteiligt sind, also deren Gesellschafter. Der persönliche Anwendungsbereich ist jedoch wie derjenige der Kapitalerhaltung auf gesellschaftergleiche Dritte zu erstrecken, wobei die zu § 30 GmbHG, § 57 AktG geltenden und damit letztlich die zu § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO entwickelten Kriterien maßgeblich sind.³³⁰ Dieser Gleichlauf mit den Vorschriften zur Kapitalerhaltung ist folgerichtig, da der Liquiditätsschutz durch die Insolvenzverursachungshaftung vom Gesetzgeber als Ergänzung zur Kapitalerhaltung konzipiert wurde. Mezzanine-Gläubiger, die mit entsprechenden Einfluss- und Vermögensrechten ausgestattet sind daher vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst.

In sachlicher Hinsicht erfasst der Tatbestand jede Zahlung, womit ein das Aktivvermögen der Gesellschaft mindernder Vermögensabfluss gemeint ist.³³¹ Nicht als Anknüpfungspunkt kann daher im vorliegenden Zusammenhang die Aufhebung einer Zahlungssperre dienen, sondern stets erst eine daraufhin oder zugleich erfolgende Zahlung.³³² Für die Frage, ob eine solche Zahlung mit der Insolvenzverursachungshaftung vereinbar ist, kommt es darauf an, ob sie zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen musste.

³²⁹ Das Nebeneinander beider Instrumente wird in der Literatur zum Teil kritisch bewertet; vgl. etwa *Hölzle*, GmbHG 2007, 729, 732; *Böcker/Poertzgen*, WM 2007, 1203, 1205 f.

³³⁰ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 64, Rn. 53; ausdrücklich für die mögliche Einbeziehung atypischer stiller Gesellschafter auch *MüKoGmbHG/Müller*, § 64, Rn. 187; *BeckOK-GmbHG/Mätzig*, § 64, Rn. 76.

³³¹ Vgl. nur *MüKoGmbHG/Müller*, § 64, Rn. 182 m.w.N. Nach einer engeren Auffassung soll hingegen nur der Abfluss liquider oder kurzfristig liquidierbarer Mittel erfasst sein, vgl. etwa *Baumbach/Hueck/Haas*, § 64, Rn. 127 ff. m.w.N. Eine Ausdehnung des Zahlungsbegriffes, der bereits die Begründung einer Zahlungsverpflichtung erfassen sollte, wird heute nicht mehr vertreten; vgl. etwa *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, § 64, Rn. 51; *Porzelt*, GmbHG 2019, 1037, 1042.

³³² Damit gilt das Gleiche wie im Rahmen der kapitalerhaltungsrechtlichen Auszahlungsbegriffs des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbH; vgl. dazu oben unter D.II. 1.

a) Zahlungen auf fällige Forderungen

Zunächst sind solche Zahlungen in den Blick zu nehmen, welche die Gesellschaft auf fällige Forderungen leistet. Zur Beurteilung der Frage, ob sie eine solche Zahlung vornehmen darf, muss die Geschäftsleitung die Zahlungsfähigkeit prüfen und dazu eine Liquiditätsbilanz aufstellen.³³³ In diese Liquiditätsbilanz sind auf der Aktivseite neben den verfügbaren die innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel einzubeziehen und zu den am Stichtag fälligen und eingeforderten sowie den innerhalb von drei Wochen fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten in Beziehung zu setzen.³³⁴

Wird bei Aufstellung dieser Liquiditätsbilanz die Forderung, deren Befriedigung in Rede steht, als fällige Zahlungsverbindlichkeit auf der Passivseite angesetzt, so kann eine Zahlung auf diese Forderung die Zahlungsunfähigkeit nie herbeiführen. Durch den Zahlungsvorgang sinken die verfügbaren Mitteln stets in gleichem Umfang, wie eine Verbindlichkeit ausgebucht wird, es kommt also lediglich zu einer Bilanzverkürzung.³³⁵ Teilweise wird daher vertreten, für die Zwecke der Insolvenzverursachungshaftung fällige Forderungen in der Liquiditätsbilanz außer Betracht zu lassen, um zu vermeiden, dass der Vorschrift aufgrund des Vorstehenden kein sinnvoller Anwendungsbereich verbleibt.³³⁶

Eine solche Ausnahme bei der Aufstellung der Liquiditätsbilanz ist abzulehnen.³³⁷ Insbesondere kann ein aus der Insolvenzverursachungshaftung resultierendes Leistungsverweigerungsrecht nicht als Begründung dafür herangezogen werden, dass die Gesellschafterforderung nicht als fällig im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO bei der Aufstellung der Liquiditätsbilanz zur berücksichtigen wäre. Das Leistungsverweigerungsrecht ist erst die Rechtsfolge der Insolvenzverursachungshaftung und setzt gerade voraus, dass hinsichtlich der betreffenden Forderung der Anwendungsbereich überhaupt eröffnet ist. Die Rechtsfolge kann nicht als Begründung zur Erfüllung des Tatbestands heran-

³³³ BGH, NJW 2018, 1089, Rz. 10.

³³⁴ Vgl. nur BGH, NJW 2018, 1089, Rz. 33; *Porzelt*, GmbHR 2019, 1037, 1041 jeweils m. w. N.

³³⁵ Michalski/*Dahl/Linnenbrink*, Systematische Darstellung 6, Rn. 229; *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 567, 569; *Müller*, Liber amicorum Martin Winter, S. 487, 490; *Altmeppen*, FS Hüffer, S. 1, 5 f.

³³⁶ *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 159 f.; *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 567, 569 f.; *Poertzen*, ZInsO 2010, 785, 787; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Band 3: §§ 53–88, 11. Aufl. 2015, § 64 Rn. 91.

³³⁷ So auch BGH, NZG 2012, 1379, Rz. 12 ff.; *Müller*, Liber amicorum Martin Winter, S. 487, 490; *Altmeppen*, FS Hüffer, S. 1, 6; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, § 64 Rn. 58; *Altmeppen/Altmeppen*, § 64 Rn. 82.

gezogen werden, denn dies wäre ein Zirkelschluss.³³⁸ Zudem war es Anliegen des Gesetzgebers, Gesellschafterdarlehen vor der Insolvenz wie Drittdarlehen behandelt zu wissen und vorinsolvenzliche Auszahlungssperren insoweit zugunsten der Anfechtungsfolge des § 135 InsO abzuschaffen.³³⁹ Dem würde es zuwiderlaufen, wenn die Gesellschafterfinanzierung durch die Insolvenzverursachungshaftung perpetuiert und die Insolvenzantragstellung damit herausgezögert würde.³⁴⁰

Zu beachten bleibt aber die Haftung des Geschäftsführers aus der Insolvenzvertiefungshaftung (§ 15b Abs. 1 Satz 1 InsO). Ist nämlich aufgrund der Berücksichtigung der fälligen Gesellschafterforderung die Zahlungsunfähigkeit bereits vor der Zahlung eingetreten, so ist die Zahlung für die Geschäftsleiter haftungsbewehrt.

b) Zahlungen auf nicht fällige Forderungen

Ein Anwendungsbereich der Insolvenzverursachungshaftung ergibt sich aufgrund der vorstehenden Erwägungen vor allem bei Zahlungen auf nicht im insolvenzrechtlichen Sinn fällige und damit in die Liquiditätsbilanz einzustellende Forderungen und somit im Bereich unrechtmäßiger Vermögensverschiebungen.³⁴¹ Dies betrifft tatsächlich nicht ernsthaft eingeforderte oder einem Rangrücktritt unterliegende Forderung.³⁴²

Soweit es um Forderungen geht, die nicht ernsthaft eingefordert wurden, ist ein praktischer Anwendungsfall indes schwer vorstellbar. Ein ernsthaftes Einfordern mit der Folge der Fälligkeit der Forderung im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO setzt über die Fälligkeit nach § 271 BGB hinaus eine Gläubigerhandlung voraus, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt.³⁴³ Damit sind lediglich solche Forderungen ausgenommen, die rein tatsächlich – also auch ohne rechtlichen Bindungswillen oder erkennbare Erklärung – gestundet sind.³⁴⁴ Aufgrund dieser geringen Anforderungen an ein ernsthaftes Einfordern ist der verbleibende An-

³³⁸ Zutreffend Böcker, DZWIR 2013, 403, 409; Nolting-Hauff/Greulich, GmbHR 2013, 169, 173.

³³⁹ Vgl. Müller, Liber amicorum Martin Winter, S. 487, 492 f.

³⁴⁰ Zutreffend Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 64, Rn. 58.

³⁴¹ BGH, NZG 2012, 1379, Rz. 13; a.A. Altmeppen, FS Hüffer, S. 1 der konstatiert, die Bestimmungen hätten „überhaupt keinen sinnvollen Anwendungsbereich“ (S. 9) und seien „vollständig überflüssig“ (S. 14).

³⁴² BGH, NZG 2012, 1379, Rz. 13.

³⁴³ BGH, NJW 2018, 1089, Rz. 16; a.A. Altmeppen, ZIP 2013, 801, 805 f., wonach jede gemäß § 271 BGB fällige Forderung in den Insolvenzstatus einzustellen sei.

³⁴⁴ BGH, NJW 2018, 1089, Rz. 16.

wendungsbereich für nicht ernsthaft eingeforderte Forderungen gering.³⁴⁵ Dass der Geschäftsführer ohne jedes Verlangen auf eine Forderung zahlt, scheint schon deshalb äußerst unwahrscheinlich, da in diesen Fällen seine Haftung aus den allgemeinen Vorschriften naheliegt.³⁴⁶

Auch bezüglich einer Zahlung auf eine dem Rangrücktritt unterliegende und daher nicht fällige Forderung besteht keine eigenständige Bedeutung der Insolvenzverursachungshaftung. Zahlt der Geschäftsführer nämlich auf eine solche Forderung, liegt darin ein Verstoß gegen die allgemeinen Sorgfaltspflichten, welcher eine Geschäftsleiterhaftung nach den allgemeinen Vorschriften auslöst.³⁴⁷ Auch ein etwaiges Zahlungsverweigerungsrecht aus der Insolvenzverursachungshaftung³⁴⁸ ist insoweit bedeutungslos, denn die befriedigte Forderung wäre aufgrund des Rangrücktrittes ohnehin nicht durchsetzbar gewesen.

c) Vergrößerung der Deckungslücke

Ein weiterer Anwendungsfall liegt in einer relevanten Vergrößerung einer Deckungslücke durch die Zahlung.³⁴⁹ Damit ist der Fall gemeint, dass durch die Zahlung und die damit verbundene Verkürzung der Liquiditätsbilanz der Anteil der innerhalb von drei Wochen fälligen und nicht mehr bedienbaren Verbindlichkeiten die relevante Schwelle, die nach der Rechtsprechung des BGH bei 10 % der gesamt fälligen Verbindlichkeiten liegt,³⁵⁰ übersteigt.

Nicht überzeugen kann der gegen diese Fallgruppe unter Hinweis auf Art. 3 GG vorgebrachte Einwand, der Gesetzgeber dürfe insoweit einen Gesellschafter-Gläubiger hinsichtlich seiner fälligen Forderung nicht ohne jeden sachlichen Grund schlechter behandeln als einen Fremdgläubiger.³⁵¹ Ein sachlicher Grund zur Unterwerfung des Gesellschafters mit seiner Forderung unter die Insolvenzverursachungshaftung ist nämlich darin gegeben, dass ihn aufgrund seiner Gesellschafterstellung eine besondere Verantwortung für die Erhaltung der Liquidität der Gesellschaft trifft. Das gleiche gilt für Quasi-Gesellschafter, sodass eine relevante Vergrößerung der Deckungslücke auch

³⁴⁵ BGH, NJW 2018, 1089, Rz. 59 geht davon aus, dass bei Fälligkeit im Sinne des § 271 BGB von einem ernstlichen Einforn grundsätzlich ausgegangen werden kann.

³⁴⁶ So auch *Altmeppen*, ZIP 2013, 801, 805.

³⁴⁷ Zutreffend *Porzelt*, GmbH 2019, 1037, 1042; *Altmeppen*, ZIP 2013, 801, 805.

³⁴⁸ Dazu sogleich unter D.II.2.e).

³⁴⁹ BGH, NZG 2012, 1379, Rz. 13.

³⁵⁰ BGHZ 163, 134, 145; BGH, NJW 2018, 1089, Rz. 10.

³⁵¹ *Altmeppen*, ZIP 2013, 801, 804.

bei Zahlungen an solche denkbar ist, wenngleich dies praktisch wenig bedeutsam bleiben dürfte.³⁵²

d) Mittelbare Insolvenzverursachung

Daneben wird es für denkbar gehalten, solche Zahlungen zu erfassen, die erst mittelbar zur Zahlungsunfähigkeit führen.³⁵³ Der BGH nennt hierfür beispielhaft die Zahlung auf eine Forderung, deren Befriedigung für sich genommen zwar nicht zur Zahlungsunfähigkeit führt, von deren Nichtbefriedigung aber andere Kreditgeber den Fortbestand, die Verlängerung oder die Gewährung ihrer Kredite abhängig gemacht haben und deren Begleichung sie ihrerseits zum Anlass für eine Kreditrückführung nehmen.³⁵⁴ In der Literatur werden darüber hinaus Zahlungen als insolvenzverursachend betrachtet, nach deren Vornahme zwar noch Mittel verbleiben, um für eine gewisse Zeit fällige Forderungen zu befriedigen, aber eine realistische Liquiditätsplanung absehen lasse, dass in der Planungsendphase die Zahlungsunfähigkeit zu erwarten sei.³⁵⁵

Richtigerweise wird man bei der Beurteilung der erforderlichen Kausalität zwischen der relevanten Zahlung und dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit einen strengen Maßstab anzulegen und insbesondere einen engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zu fordern haben.³⁵⁶ Hierfür spricht schon der Wortlaut „führen *mussten*“ und es wäre nicht hinzunehmen, wenn ein (Quasi-)Gesellschafter nur aufgrund einer vagen Befürchtung dauerhaft an der Durchsetzung seines fälligen Anspruchs gehindert wäre.³⁵⁷ Bei einem zu extensiven Verständnis dieser Fallgruppe liefe man zudem Gefahr, durch die Hintertür eine Zahlungssperre in der „Krise“ der Gesellschaft wieder einzuführen, deren Abschaffung gerade Anliegen des Gesetzgebers des MoMiG war.³⁵⁸

Im Einklang mit der Gesetzesbegründung muss die Zahlung daher ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge zur Zahlungsunfähigkeit der Gesell-

³⁵² Auch BGH, NZG 2012, 1379, Rz. 13 spricht von einem „theoretischen Fall“.

³⁵³ BGH, NZG 2012, 1379, Rz.13.

³⁵⁴ BGH, NZG 2012, 1379, Rz.13.

³⁵⁵ Müller, Liber amicorum Martin Winter, S. 487, 490, wonach die Länge einer dazu anzusetzenden Planungsphase vom Einzelfall abhängt.

³⁵⁶ Zutreffend GK-GmbHG/Casper, § 64, Rn. 149; bildlich treffend Greulich/Rau, NZG 2008, 284, 288: Zahlung als „Weichenstellung ins Aus“.

³⁵⁷ Die Anwendbarkeit auf die mittelbare Insolvenzverursachung mit dieser Begründung gänzlich ablehnend Altmeyen, ZIP 2013, 801, 806.

³⁵⁸ So auch Seibert, ZIP 2006, 1157, 1167.

schaft führen.³⁵⁹ Es genügt nicht, dass die Zahlung in irgendeiner Weise kausal für eine – möglicherweise erst mit erheblichem zeitlichem Abstand eintretende – Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft wird.³⁶⁰ Insbesondere ist nicht jede Leistung sanktioniert, die erst nach Hinzutreten weiterer im Moment der Zahlung noch nicht feststehender Umstände zur Zahlungsunfähigkeit führt.³⁶¹ Andererseits ist aber nicht erforderlich, dass die Zahlungsunfähigkeit im Moment der Leistung unmittelbar eintritt, solange sich in diesem Moment klar abzeichnet, dass die Gesellschaft unter normalem Verlauf der Dinge ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen können wird.³⁶²

e) Rechtsfolge

Soweit eine verbotene Zahlung vorliegt, folgt daraus in erster Linie eine Erstattungspflicht der Geschäftsleitung, die jedoch nicht auf einen weitergehenden Schadensersatz gerichtet ist.³⁶³ Ein Zahlungsverbot der Gesellschaft hat der Gesetzgeber hingegen anders als bei den Kapitalerhaltungsvorschriften (dort § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG und § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG) nicht ausdrücklich vorgesehen. § 15b Abs. 1 Satz 1 InsO spricht zwar davon, dass die Geschäftsleitung die Zahlungen nicht leisten darf. Es ist aber umstritten, ob damit nur ein Verbot im Verhältnis des Geschäftsleiters zur Gesellschaft gemeint ist oder ob im Verhältnis der Gesellschaft zum Gesellschafter ein Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft besteht.

Der BGH bejaht dies, denn die Haftung des Geschäftsführers solle der Gefahr vorbeugen, dass bei sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit von den Gesellschaftern Mittel entnommen werden und dies könne nur erreicht werden, wenn die Gesellschaft den Mittelabfluss verweigern könne und der Geschäftsführer nicht etwa den Mittelabfluss unter Inkaufnahme einer eigenen Haftung bewirken müsse.³⁶⁴ Bei einer späteren Insolvenzeröffnung sichere das bis dahin bestehende Leistungsverweigerungsrecht den Nachrang der Gesellschafterforderung aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ab und der Insolvenzverwalter sei nicht darauf verwiesen, abgeflossene Mittel über § 135 InsO zurückzuholen.³⁶⁵ Auch in der Literatur wird ein Leistungsverweigerungsrecht

³⁵⁹ BegrRegE MoMiG, BT Drucks. 16/6140, S. 46.

³⁶⁰ BegrRegE MoMiG, BT Drucks. 16/6140, S. 46.

³⁶¹ BegrRegE MoMiG, BT Drucks. 16/6140, S. 47.

³⁶² BegrRegE MoMiG, BT Drucks. 16/6140, S. 46 f.

³⁶³ *Kleindiek*, FS K. Schmidt, S. 893, 901; *Knof*, DStR 2007, 1536, 1537. Das gilt auch für den Anspruch aus § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG; vgl. nur GK-AktG/*Hopt/Roth*, § 92, Rn. 167.

³⁶⁴ BGH, NZG 2012, 1379, Rz. 18; so auch bereits LG Berlin, GmbHR 2010, 201.

³⁶⁵ BGH, NZG 2012, 1379, Rz. 18.

der Gesellschaft zum Teil bejaht.³⁶⁶ Es sei widersprüchlich, die Gesellschaft zu einer Zahlung zu verpflichten, welche ihr organschaftlicher Vertreter erstatten müsste.³⁶⁷

Andere führen gegen das Bestehen eines Leistungsverweigerungsrecht den systematischen Zusammenhang zur Insolvenzvertiefungshaftung an, in deren Anwendungsbereich ein Leistungsverweigerungsrecht nicht in Erwägung gezogen werde.³⁶⁸ Da es nicht denkbar sei, dass eine Schuldnerin gegen einen im übrigen fälligen und durchsetzbaren Anspruch einwende, sie sei insolvent, müsse dies erst recht für eine nur drohende Insolvenz gelten.³⁶⁹ Den Interessen der Gläubiger sei mit dem Erstattungsanspruch gegen die Geschäftsleitung Genüge getan.³⁷⁰ Durch ein Leistungsverweigerungsrecht würde nur der unerwünschte Zustand der lebensnotwendigen Gesellschafterfinanzierung perpetuiert und damit der Todeskampf der Gesellschaft zu Lasten der Gläubiger verlängert.³⁷¹ Auch ein Haftungsdilemma der Geschäftsleitung drohe nicht, denn ihre Pflichten und Haftung beständen stets nur im Innenverhältnis zur Gesellschaft, sodass sie sich durch die Verweigerung der Zahlung nicht gegenüber dem Zahlungsempfänger schadensersatzpflichtig machen könne.³⁷²

Letztlich können diese Bedenken nicht durchgreifen und es ist ein Leistungsverweigerungsrecht anzuerkennen. Insbesondere spricht auch die Gesetzssystematik nicht gegen ein Leistungsverweigerungsrecht. Eine einheitliche Behandlung von insolvenzvertiefenden und insolvenzverursachenden Zahlungen wäre gerade nicht überzeugend. Zum einen kann sich die Geschäftsleitung in Fällen eines bereits vorliegenden Insolvenzgrundes der drohenden Haftung ohne Weiteres durch Stellung eines Insolvenzantrags entziehen,³⁷³ während ein Insolvenzantrag bei lediglich drohender Zahlungsunfähigkeit

³⁶⁶ MüKoGmbHG/Müller, § 64, Rn. 197; *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 567, 569; *Hölzle*, GmbHR 2007, 729, 732; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Band 3: §§ 53–88, 11. Aufl. 2015, § 64 Rn. 106.

³⁶⁷ *Böcker*, DZWIR 2013, 403, 409; MüKoGmbHG/Müller, § 64, Rn. 197.

³⁶⁸ OLG München, ZIP 2010, 1236; OLG München, ZIP 2011, 225; OLG Koblenz, ZInsO 2012, 842; *Altmeppen/Altmeppen*, § 64, Rn. 87; *Baumbach/Hueck/Haas*, § 64, Rn. 143; *Haas*, NZG 2013, 41, 84 ff.; *Hirte/Knof/Mock*, JZ 2013, 1051, 1054 f.; *Haas*, DStR 2010, 1991; *Müller*, Liber amicorum Martin Winter, S. 487, 491 ff.; *Altmeppen*, FS Hüffer, S. 1.

³⁶⁹ *Altmeppen/Altmeppen*, § 64, Rn. 87.

³⁷⁰ *Haas*, DStR 2010, 1991, 1992.

³⁷¹ *Altmeppen*, FS Hüffer, S. 1, 5.

³⁷² *Haas*, NZG 2013, 41, 45; *Haas*, DStR 2010, 1991, 1991; ähnlich *Müller*, Liber amicorum Martin Winter, S. 487, 491 f.; *Bork*, EWIR 2013, 75, 76.

³⁷³ Darauf hinweisend auch BGH, NZG 2012, 1379, Rz. 12.

nur von Geschäftsführern in vertretungsbefugter Zahl und im Innenverhältnis nach vorheriger Zustimmung der Gesellschafter gestellt werden kann.³⁷⁴

Zum anderen sind die Schutzzwecke von Insolvenzverursachungshaftung und Insolvenzvertiefungshaftung verschieden.³⁷⁵ Die Insolvenzvertiefungshaftung dient der Masseerhaltung und soll die gleichmäßige Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger ab dem Eintritt der Insolvenzreife sichern.³⁷⁶ Sie steht damit im unmittelbaren Zusammenhang mit der strafbewehrten Insolvenzantragspflicht der Vertretungsorgane, indem sie für diese einen zusätzlichen Anreiz schafft, das Insolvenzverfahren einzuleiten oder die Insolvenzsituation umgehend zu bereinigen.³⁷⁷ Der Gläubigerschutz ist damit von vornherein nur ein mittelbarer, was gleichermaßen für eine Wiederauffüllung der Masse bei Durchsetzung des Anspruchs gegen den Geschäftsleiter gilt.³⁷⁸

Die Insolvenzverursachungshaftung dient demgegenüber der Sicherung der Vorrangstellung der Gläubiger und ist Ausdruck der Wertung des § 199 Satz 2 InsO.³⁷⁹ Zudem soll sie den Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bereits vorinsolvenzlich absichern.³⁸⁰ Das Verbot der Insolvenzverursachung soll eine Ergänzungsfunktion im Gefüge des Gläubigerschutzes nach Abschaffung der Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts haben und die bestehenden Mechanismen ergänzen, welche die Gesellschaftsgläubiger gegen Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern schützen.³⁸¹ Entscheidend ist dabei, dass nicht nur durch einen zusätzlichen Anspruch nach erfolgtem Abfluss der Mittel die Anfechtungsregeln ergänzt werden sollten.³⁸² Vielmehr sollte auch das aus der Kapitalerhaltung folgende Zahlungsverbot ergänzt werden, indem auch Zahlungen erfasst werden, die zwar das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen nicht antasten, die aber die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen müssen

³⁷⁴ Zutreffend MüKoGmbHG/Müller, § 64, Rn. 197.

³⁷⁵ Insoweit auch Baumbach/Hueck/Haas, § 64, Rn. 122.

³⁷⁶ MüKoAktG/Spindler, § 92, Rn. 3; GK-HGB/Habersack, § 130a, Rn. 2; MüKoGmbHG/Müller, § 64, Rn. 1; Altmeyden, FS Hüffer, S. 1, 1.

³⁷⁷ GK-HGB/Habersack, § 130a, Rn. 1; Baumbach/Hueck/Haas, § 64, Rn. 3: „Druckfunktion“.

³⁷⁸ Zutreffend spricht MüKoAktG/Spindler, § 92, Rn. 24 daher von einem bloß reflexartigen Gläubigerschutz.

³⁷⁹ Knof, DStR 2007, 1536, 1537; Baumbach/Hueck/Haas, § 64, Rn. 7; R/GvW/H/Haas, § 130a, Rn. 26; a.A. Müller, Liber amicorum Martin Winter, S. 487, 488: Zweck der Insolvenzverursachungshaftung liegt ebenso im Schutz der Masse.

³⁸⁰ BGH, NZG 2012, 1379, Rz. 18.

³⁸¹ BegrRegE MoMiG, BT Drucks. 16/6140, S. 46.

³⁸² Darauf maßgeblich abstellend aber Müller, Liber amicorum Martin Winter, S. 487, 489.

und tatsächlich auch herbeiführen.³⁸³ Um diese intendierte, der Kapitalerhaltung vergleichbare Wirkung entfalten zu können, ist ein Leistungsverweigerungsrecht folgerichtig.³⁸⁴ Den Gläubigern lediglich einen möglicherweise zweifelhaften Ersatzanspruch gegen die Geschäftsleitung zuzugestehen und mit dem Durchsetzungsrisiko zu belasten, statt das liquide Vermögen der Gesellschaft zu schützen, würde dem Ziel des Gesetzgebers nicht gerecht.³⁸⁵

f) Ergebnis zur Relevanz der Insolvenzverursachungshaftung

Im Ergebnis haben die Vorschriften der Insolvenzverursachungshaftung im Zusammenhang mit Zahlungen an Mezzanine-Gläubiger auf Tatbestandsseite nur einen geringen Anwendungsbereich. In persönlicher Hinsicht sind zwar all diejenigen Dritten erfasst, die als Quasi-Gesellschafter im Sinne der Kapitalerhaltung zu qualifizieren sind. In sachlicher Hinsicht bezieht sich die Insolvenzverursachungshaftung jedoch nicht auf Zahlungen, die auf fällige Forderungen geleistet werden, da solche die Zahlungsunfähigkeit nicht herbeiführen können. Für nicht fällige, da einem Rangrücktritt unterliegende Forderungen hat die Insolvenzverursachungshaftung keine eigene Bedeutung, da sie zwar ein Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft begründet, ein solches aber qua Rangrücktritt ohnehin besteht. Als Anwendungsfälle bleiben daher nur diejenigen der relevanten Vergrößerung einer Deckungslücke und der mittelbaren Insolvenzverursachung. In diesen Fällen besteht neben einem Erstattungsanspruch gegen die Geschäftsleitung auch ein Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft.

3. Zahlungsverbot aus Treuepflichten

Über die gesetzlich normierten Zahlungssperren der Kapitalerhaltung und der Insolvenzverursachungshaftung hinaus können auch aus ungeschriebenen Treuepflichten Zahlungsverbote resultieren. Dabei sind grundsätzlich zwei Ansatzpunkte für eine Treuebindung von Mezzanine-Gläubigern denkbar. Zum einen ist eine Einbeziehung in die gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten auf Ebene der Schuldnergesellschaft zu erwägen und zum anderen eine Begründung von Treuepflichten bilateral zwischen Mezzanine-Gläubiger und Gesellschaft denkbar.

³⁸³ BegrRegE MoMiG, BT Drucks. 16/6140, 46.

³⁸⁴ Ähnlich Böcker, DZWIR 2013, 403, 409, der von einem beabsichtigten „Vorfeldschutz“ als Kompensation für die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts spricht.

³⁸⁵ Hölzle, GmbHR 2007, 729, 731.

a) Treuepflichten auf Ebene der Gesellschaft

In Gesellschaften jeder Rechtsform wirken gesellschaftsrechtliche Treuepflichten, die ihren Ursprung im Recht der Personengesellschaften haben,³⁸⁶ deren Geltung aber heute auch für Kapitalgesellschaften allgemein anerkannt ist.³⁸⁷ Diese Treuepflichten haben zwei grundlegende Ausprägungen. Zunächst hat jeder Gesellschafter im Sinne einer vertikalen Treuepflicht zur Gesellschaft die Pflicht, seine gesellschaftsbezogene Tätigkeit in deren Interesse wahrzunehmen und alles zu unterlassen, was dieses Interesse beeinträchtigt.³⁸⁸ Darüber hinaus unterliegen die Gesellschafter einer horizontalen Treuepflichtbindung untereinander, wonach sie auf die Belange der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen haben.³⁸⁹ Die normative Fundierung dieser Treuepflichten ist nicht unumstritten, doch besteht weithin Einigkeit darüber, dass sie ihren Ursprung im Gesellschaftsvertrag haben.³⁹⁰

Aus diesem Grund trifft die Treuepflichtbindung jedenfalls im Ausgangspunkt nur die Gesellschafter als Vertragsparteien des Gesellschaftsvertrages beziehungsweise Mitglieder des Verbandes. Darüber hinaus ist auch eine abgeleitete Treuebindung derjenigen Dritten anerkannt, denen die Gesellschafterstellung eines Formalgesellschafters zuzurechnen ist. Dies betrifft zum einen Hintermänner wie mittelbare Gesellschafter und Treugeber eines Gesellschafters.³⁹¹ Zum anderen erstreckt sich die Treuepflicht auf solche Dritte, die von einem Gesellschafter ein- oder zwischengeschaltet werden.³⁹² Beide Konstellationen betreffen die erste der beiden anerkannten Fallgruppen der Dritterstreckung im Rahmen des Gesellschafterdarlehensrechts und der Kapitalerhaltungsvorschriften.³⁹³

Eine Ausdehnung auf Quasi-Gesellschafter im Sinne der zweiten Fallgruppe aufgrund einer wirtschaftlichen Nähe zur Gesellschaft wird demgegenüber nur vereinzelt diskutiert. Wilhelm plädiert insoweit für eine Einbe-

³⁸⁶ Vgl. zur Entwicklung seit Beginn des 20. Jahrhunderts nur MüKoBGB/*Schäfer*, § 705, Rn. 221.

³⁸⁷ Grundlegend zur GmbH BGHZ 65, 15; grundlegend zur AG BGHZ 129, 136.

³⁸⁸ MüKoAktG/*Götze*, vor § 53a, Rn. 28; H/S/*Servatius*, § 705 BGB Rn. 41; die vertikale Treuepflicht wirkt aber auch umgekehrt und kann auch die Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern treffen, vgl. nur Michalski/*Lieder*, § 13, Rn. 140 m. w. N.

³⁸⁹ MüKoAktG/*Götze*, vor § 53a, Rn. 31; H/S/*Servatius*, § 705 BGB, Rn. 41.

³⁹⁰ BGH, NJW 2011, 1667, Rz. 21; MüKoBGB/*Schäfer*, § 705, Rn. 229; Scholz/*Seibt*, § 14, Rn. 71; GK-AktG/*Henze/Notz*, Anh. § 53a, Rn. 20 f.

³⁹¹ Vgl. nur *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 275 ff. m. w. N.

³⁹² H/S/*Servatius*, § 705 BGB, Rn. 41; BGH, NJW 2014, 1107 zur Unterwerfung einer von einem Teil der Gesellschafter gegründeten GbR unter die Treuepflicht.

³⁹³ Dazu oben unter D. I. 2. und D. II. 1. a).

ziehung atypischer stiller Gesellschafter, wenn für diese hinreichende Einwirkungsmöglichkeiten sowie eine Gewinn- und Verlustbeteiligung vorgesehen sind.³⁹⁴

Eine solche Ausdehnung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht auf Quasi-Gesellschafter ist abzulehnen. Sie ist mit der Fundierung der Treuepflicht im Gesellschaftsvertrag nicht in Einklang zu bringen. Den Anknüpfungspunkt für die Treuepflichtbindung bildet nämlich die gesellschaftsvertragliche Zweckförderungspflicht.³⁹⁵ Dritte verfolgen keinen gemeinsamen Zweck mit den Gesellschaftern, sodass schon im Ausgangspunkt keine dahingehende Förderungspflicht besteht. Das gilt nicht nur für die vertikale, sondern auch für die horizontale Treuepflicht. Zwar wird letztere als Gegengewicht zu der Möglichkeit der Einflussnahme auf die Geschäftsleitung verstanden³⁹⁶ und entsprechende Einflussmöglichkeiten können durchaus auch für Dritte bestehen. Allerdings besteht die korrelierende Rücksichtnahmepflicht nur zum Schutz der gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter,³⁹⁷ sodass auch hier alleine die zwischen den Gesellschaftern bestehende gesellschaftsvertragliche Zweckbindung die Grundlage bildet, die Dritten gegenüber nicht in Betracht kommt.

Darüber hinaus bezweckt die Treuepflichtbindung stets nur den Schutz der Mitgesellschafter und der Gesellschaft, nicht jedoch auch der Gesellschaftsgläubiger. Im vorliegenden Zusammenhang ist daher auch unter diesem Gesichtspunkt eine Ausdehnung nicht geboten.

b) Treuepflicht in der stillen Gesellschaft

Von einer Einbeziehung in die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht auf Ebene der Gesellschaft ist die Frage nach der Geltung von Treuepflichten zwischen einem stillen Gesellschafter und der Gesellschaft als Geschäftsinhaberin zu unterscheiden. Die stille Gesellschaft ist als solche nämlich ihrerseits Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne der §§ 705 ff. BGB, in welcher gesellschaftliche Treuepflichten bestehen.³⁹⁸ Grundsätzlich ist daher

³⁹⁴ *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 285 f.; ohne jede Begründung atypische stille Gesellschafter einbeziehend *Hölters/Laubert*, § 53a, Rn. 14, der diese zumindest missverständlich als mittelbare Gesellschafter einzuordnen scheint.

³⁹⁵ *Michalski/Lieder*, § 13, Rn. 135; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz*, § 13, Rn. 36.

³⁹⁶ BGHZ 65, 15, 19; BGHZ, 184, 195; *Michalski/Lieder*, § 13, Rn. 141 ff.

³⁹⁷ BGHZ 65, 15, 19; BGHZ, 184, 195.

³⁹⁸ BGH, NJW 2018, 3312, Rz. 29; GK-HGB/*Harbarth*, § 230, Rn. 185; H/S/*Servatius*, § 230 HGB, Rn. 33; *Oetker/Wedemann*, § 230, Rn. 92; grundlegend BGHZ 3, 75, 81.

jeder stille Gesellschafter Adressat der Treuepflicht, jedoch variiert die Intensität der daraus resultierenden Pflichten je nach Ausgestaltung der stillen Gesellschaft.³⁹⁹ Stehen dem stillen Gesellschafter nur beschränkte Einflussrechte zu, so ist die Treuepflicht weniger stark ausgeprägt als in einer atypischen stillen Gesellschaft, in welcher ihm bedeutsame Mitwirkungsbefugnisse eingeräumt sind.⁴⁰⁰

In der Sache resultiert aus der Treuepflicht die Verpflichtung des stillen Gesellschafters, auf die berechtigten Interessen des Geschäftsinhabers angemessen Rücksicht zu nehmen.⁴⁰¹ Dabei kann die Treuepflicht durch ihre Schrankenfunktion an sich zulässige Verhaltensweisen um des Zusammenwirkens in der Gesellschaft willen einschränken.⁴⁰² Für den Fall der andernfalls drohenden Insolvenz kann sie es gebieten, von der Geltendmachung der Gewinnbeteiligung abzusehen.⁴⁰³ Dies resultiert aus der Anknüpfung der Treuepflicht an den Gesellschaftszweck, der für die stille Gesellschaft in dem Abschluss von Handelsgeschäften auf gemeinschaftliche Rechnung beziehungsweise in der Erzielung von Gewinnen durch das vom Geschäftsinhaber betriebene Handelsgewerbe besteht.⁴⁰⁴ Dieser Zweck schlägt mit der Insolvenz des Geschäftsinhabers fehl, sodass die Zweckförderungspflicht bei drohender Insolvenz den stillen Gesellschafter daran hindern kann, seine Ansprüche auf Gewinnbeteiligung durchzusetzen. Ebenso kann er die stille Gesellschaft nicht wirksam kündigen, wenn der daraus resultierende Auseinandersetzungsanspruch zur Insolvenz der Gesellschaft führen würde.⁴⁰⁵

Voraussetzung ist, dass dem stillen Gesellschafter die zeitweise Suspendierung seiner Ansprüche zumutbar ist.⁴⁰⁶ An die Zumutbarkeit sind dabei umso höhere Anforderungen zu stellen, je weniger operative Einflussrechte dem stillen Gesellschafter auf die Gesellschaft eingeräumt sind. Mit gesteigerten Einflussmöglichkeiten hingegen korrespondiert auch eine erhöhte Pflichten-

³⁹⁹ Oetker/Wedemann, § 230, Rn. 92; GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 185.

⁴⁰⁰ Oetker/Wedemann, § 230, Rn. 82; E/B/J/S/Gehrlein, § 230, Rn. 42; für die gesetzestypische stille Gesellschaft wird zum Teil sogar angenommen, dass eine Treuepflichtbindung ausscheide, da die Stellung des stillen Gesellschafters der eines Darlehensgebers nahekomme; vgl. H/S/Servatius, § 230 HGB, Rn. 34.

⁴⁰¹ H/S/Servatius, § 230 HGB, Rn. 34.

⁴⁰² Michalski/Lieder, § 13, Rn. 161.

⁴⁰³ Oetker/Wedemann, § 230, Rn. 93.

⁴⁰⁴ BFH, DSStR 2002, 123, 124; Blaurock, in: Blaurock, § 4, Rn. 4.7; Stöber, in: Westermann/Wertenbruch, Personengesellschaften, § 9, Rn. 229.

⁴⁰⁵ Dass die Ausübung des Kündigungsrechts als eigennütziges Recht unter dem Vorbehalt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht steht, ist für die GbR anerkannt; vgl. nur MüKoBGB/Schäfer, § 723, Rn. 51; H/S/Kilian, § 723 BGB, Rn. 20.

⁴⁰⁶ Scholz/Seibt, § 14, Rn. 91; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, § 13, Rn. 47.

bindung im Interesse des Schicksals der Gesellschaft.⁴⁰⁷ Sind dem stillen Gesellschafter kommanditistengleiche Rechte eingeräumt, so unterliegt er wie ein solcher der Treuepflichtbindung.⁴⁰⁸ Auch für Kommanditisten können Gewinnauszahlungsansprüche zeitweise gesperrt sein, solange durch die Auszahlung die Insolvenz der Gesellschaft eintreten würde.⁴⁰⁹

Obwohl die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht demnach geeignet ist, eine Herbeiführung der Insolvenz zu verhindern und damit einen Quotenschaden der Gesellschaftsgläubiger zu vermeiden, so ist der dadurch bewirkte Gläubigerschutz nur ein begrenzter, weil reflexartiger. In der Literatur heißt es zu Recht, die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht sei kein Instrument des Gläubigerschutzes.⁴¹⁰ Sie wirkt konzeptionell nur zu Lasten und zu Gunsten der Gesellschafter.⁴¹¹ Zu Gläubigern der Gesellschaft besteht hingegen keine gesellschaftsrechtlich vermittelte Verbundenheit, die eine Treuepflicht auslösen kann.⁴¹² Schließlich bestünde bei einer Einbeziehung der Gläubiger die Gefahr, dass das sorgsam austarierte Gleichgewicht zwischen aner kennenswerten Gläubigerinteressen und dem schützenswerten Interesse der Gesellschaft an einer Haftungsbeschränkung aus den Fugen gerät.⁴¹³ Auch der BGH hat entschieden, im Falle einer zweigliedrigen stillen Gesellschaft treffe den stillen Gesellschafter eine Treuepflicht nur gegenüber dem Inhaber des Handelsgeschäfts, während andere stille Gesellschafter, mit denen der Inhaber ebenfalls zweigliedrige stille Gesellschaften abgeschlossen hat, nicht in den Schutzbereich einbezogen seien.⁴¹⁴ Daraus folgt, dass der BGH eine

⁴⁰⁷ Zutreffend beschreibt H/S/Verse, § 14 GmbHG, Rn. 98 die Pflichtenbindung durch die Treuepflicht insoweit als Korrektiv zur Einwirkungsmacht; ganz in diesem Sinne argumentiert auch der BGH, vgl. etwa BGHZ 129, 136, 143.

⁴⁰⁸ E/B/J/S/Gehrlein, § 230, Rn. 42.

⁴⁰⁹ OLG Bamberg, NZG 2005, 808, 808; vgl. auch BGH, NJW 1985, 972, 973 zur Verpflichtung der Kommanditisten einer Publikums-KG, einer vorübergehende Aussetzung von Zinszahlungen zur Insolvenzvermeidung zuzustimmen. Im Übrigen ist auch für die GmbH und AG anerkannt, dass die Treuepflicht bei der Geltendmachung von Gewinnansprüchen zur Rücksichtnahme auf die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft verpflichtet (vgl. zur GmbH Baumbach/Hueck/Fastrich, § 13, Rn. 27; Michalski/Lieder, § 13, Rn. 175; Scholz/Seibt, § 14, Rn. 91; vgl. zur AG für den Fall, dass zwischen Gewinnverwendungsbeschluss und Auszahlung so hohe Verluste eintreten, dass durch die Zahlung das geschützte Kapital angegriffen würde GK-AktG/Henze, § 58, Rn. 102).

⁴¹⁰ Scholz/Seibt, § 14, Rn. 69; Scholz/Bitter, § 13, Rn. 54; MüKoGmbHG/Merkt, § 13, Rn. 107; Michalski/Lieder, § 13, Rn. 146.

⁴¹¹ Scholz/Seibt, § 14, Rn. 69.

⁴¹² MüKoGmbHG/Merkt, § 13, Rn. 107; Michalski/Lieder, § 13, Rn. 146.

⁴¹³ Scholz/Bitter, § 13, Rn. 54.

⁴¹⁴ BGH, NJW 2018, 3312, Rz. 29.

Einbeziehung von Drittgläubigern – solche sind die weiteren stillen Gesellschafter – ablehnt.

Dass die Treuepflicht nur im Interesse der übrigen Gesellschafter besteht, zeigt sich auch daran, dass eine Geltung der Treuepflicht des Alleingesellschafters gegenüber seiner GmbH abgelehnt wird.⁴¹⁵ Auch der BGH entschied insoweit, dass ein von der Gesamtheit der Gesellschafterinteressen unabhängiges Gesellschaftsinteresse, dem eine Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft Rechnung zu tragen hätte, grundsätzlich nicht anzuerkennen sei.⁴¹⁶ Etwas anderes könne zwar bei Gefährdung von Gläubigerinteressen gelten, welche der BGH aber durch die in der *Trihotel* Entscheidung entwickelte Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB sanktioniert.⁴¹⁷ Eine über die Fälle der Existenzvernichtung sowie die gesetzlichen Vorschriften insbesondere der Kapitalerhaltung hinausgehende Treuepflichtbindung im Interesse der Gesellschaftsgläubiger ist hingegen abzulehnen, da wegen der umfassenden Verfügungsgewalt der Gesellschafter über die Gesellschaft stets ein Interessengleichlauf zwischen Gesellschaftsinteresse und Gesellschafterinteresse besteht.⁴¹⁸

Dieser Befund wird dadurch bestätigt, dass die einzelnen Ausprägungen der Treuepflicht für sich genommen, wenn auch nicht die Treuepflicht als solche, abdingbar sind.⁴¹⁹ Auch aus diesem Grund kann die – reflexartige – Gläubigerschutzwirkung nur eine beschränkte sein, da es den Parteien freisteht, etwaige treuepflichtbegründete Zahlungssperren in der Krise der Gesellschaft ausdrücklich auszuschließen. Darüber hinaus steht es den Parteien frei, im Einzelfall auf die Einhaltung der Treuepflicht zu verzichten oder treuwidrige Maßnahmen zu genehmigen.⁴²⁰ Mit anderen Worten steht die Treuepflicht stets zur Disposition der Parteien und kann daher insbesondere auch in den Fällen des einvernehmlichen Handelns, etwa der einvernehmli-

⁴¹⁵ MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13, Rn. 107; Scholz/*Bitter*, § 13, Rn. 54; Michalski/*Lieder*, § 13, Rn. 146; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, § 13, Rn. 20.

⁴¹⁶ BGHZ 119, 257, 262.

⁴¹⁷ Siehe dazu unter D.IV.2.

⁴¹⁸ Zutreffend MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13, Rn. 106.

⁴¹⁹ Scholz/*Seibt*, § 14, Rn. 72; H/S/*Verse*, § 14 GmbHG, Rn. 115; abweichend MüKoAktG/*Götze*, vor § 53a, Rn. 23: zwingendes Recht, das der Disposition durch die Satzung grundsätzlich entzogen ist.

⁴²⁰ Michalski/*Lieder*, § 13, Rn. 150; MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13, Rn. 109a; H/S/*Verse*, § 13 GmbHG; H/S/*Verse*, § 14 GmbHG, Rn. 115; GK-AktG/*Henze/Notz*, Anh. § 53a, Rn. 127; ein für eine konkrete Situation erklärter Einzelverzicht auf treuegemäße Behandlung wird auch von denjenigen für zulässig gehalten, die die Treuepflicht als gesetzlich zwingend und nicht durch die Satzung beschränkbar erachten, vgl. MüKoAktG/*Götze*, vor § 53a, Rn. 23.

chen Aufhebung einer Rangrücktrittsvereinbarung, keinen Schutz für Drittgläubiger bieten.

c) Treuepflichten in sonstigen Fällen

In allen Fällen, in denen die Finanzierungsvereinbarung keine stille Gesellschaft begründet, kommen besondere gesellschaftsrechtliche Treuepflichten von vornherein nicht zum Tragen. Treuepflichten der Parteien können insoweit allenfalls auf § 241 Abs. 2 BGB fußen. Danach kann ein Schuldverhältnis nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. Treuepflichten sind also keine speziell gesellschaftsrechtliche Phänomene, sondern spielen grundsätzlich in jedem Schuldverhältnis eine Rolle.⁴²¹

Gerade bei Finanzierungsverträgen ist auf Grund der besonderen Vertrauensbeziehung zwischen Kreditgeber und -nehmer die allgemeine Schutz- und Loyalitätspflicht besonders stark ausgeprägt und verpflichtet den Kreditgläubiger dazu, sich bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, dass Person, Eigentum und sonstige Rechtsgüter – auch das Vermögen – des Kreditnehmers nicht verletzt werden.⁴²² Daraus wird insbesondere ein Verbot der treuwidrigen Kündigung abgeleitet, wonach eine Partei, die an sich zur Kündigung berechtigt ist, verpflichtet ist, auf schutzwürdige Belange der Gegenpartei, insbesondere auf drohende Gefährdungen der wirtschaftlichen Existenz, Rücksicht zu nehmen.⁴²³ Eine Kreditkündigung, die den Kreditnehmer in die Insolvenz treibt, soll daher im Einzelfall bei Vorliegen besonderer Umstände unwirksam sein.⁴²⁴ Beispielhaft werden etwa das Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses, eine besondere Abhängigkeit oder die Fallgruppe des Sanierungskredits genannt.⁴²⁵ In solchen Fällen wird befürwortet, über die Kündigung hinaus auch die Ausübung von Covenants generell an § 241 Abs. 2 BGB zu messen.⁴²⁶

Solche Nebenpflichten bestehen jedoch ausschließlich zugunsten und zum Schutz der Vertragsparteien selbst. Soweit in der Literatur darüber hinaus eine Einbeziehung von Drittgläubigern der Schuldnerin in den Schutzbereich dieser Pflichten behandelt wird, wird eine solche zu Recht verneint.⁴²⁷ Es ist zwar anerkannt, dass Schutz- und Rücksichtnahmepflichten im Sinne des

⁴²¹ Vgl. nur MüKoBGB/Bachmann, § 241, Rn. 101.

⁴²² Vgl. die Nachweise bei Hoffmann, WM 2012, 10, 15.

⁴²³ MüKoBGB/Bachmann, § 241, Rn. 103.

⁴²⁴ MüKoBGB/Bachmann, § 241, Rn. 104.

⁴²⁵ MüKoBGB/Bachmann, § 241, Rn. 104.

⁴²⁶ Hoffmann, WM 2012, 10, 15.

⁴²⁷ Staudinger/Klumpp, § 328, Rn. 237.

§ 241 Abs. 2 BGB auch zugunsten Dritter bestehen können.⁴²⁸ Dies ist allerdings nur dann denkbar, wenn es sich bei der Vereinbarung um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter handelt, wobei Voraussetzungen hierfür die Leistungsnähe des Dritten, ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten, deren Zumutbarkeit für den Schuldner sowie die Schutzbedürftigkeit des Dritten sind.⁴²⁹

Bei den hier gegenständlichen Finanzierungsvereinbarungen kann bereits eine Leistungsnähe der Drittgläubiger der Gesellschaft nicht bejaht werden. Voraussetzung dafür ist, dass der Dritte typischerweise mit der geschuldeten Leistung in Berührung kommt.⁴³⁰ Für Darlehensverträge wird eine solche Leistungsnähe zwar zum Teil für Gesellschafter der Darlehensnehmerin mit der Begründung in Betracht gezogen, die Finanzierungsbeiträge der Gesellschafter als Eigenkapitalgeber und der Darlehensgeberin als Fremdkapitalgeberin ergänzten sich und der rechtswidrige Mittelabzug der einen Seite gefährde die Finanzierungsleistung der anderen Seite.⁴³¹ Diese Begründung ließe sich zwar durchaus auch auf das Verhältnis der hier interessierenden Mezzanine-Gläubiger zu Fremdkapitalgebern der Gesellschaft übertragen. Sie kann allerdings schon im Ausgangspunkt nicht überzeugen. Alleine der Umstand, dass mehrere Personen durch parallele Verträge mit einer Partei kontrahieren, kann eine erforderliche Leistungsnähe zwischen diesen Personen nämlich anerkanntermaßen nicht begründen.⁴³²

So hat der BGH selbst die Einbeziehung der Gesellschafter der Kreditnehmerin zu Recht verneint und ausgeführt, diese seien den Gefahren von (Schutz-)Pflichtverletzungen nicht in gleicher Weise ausgesetzt wie die Darlehensnehmerin selbst.⁴³³ Allein eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung könne die Leistungsnähe zu einem Vertrag der Gesellschaft mit einem Vertragspartner nicht begründen.⁴³⁴ Dies gilt für Drittgläubiger, bei denen es selbst an dieser gesellschaftsrechtlichen Verbindung fehlt, erst recht.

⁴²⁸ Vgl. nur Staudinger/Olzen, § 241, Rn. 348.

⁴²⁹ Vgl. nur Staudinger/Klumpp, § 328, Rn. 114 ff.; MüKoBGB/Gottwald, § 328, Rn. 183 ff. m. w. N.

⁴³⁰ MüKoBGB/Gottwald, § 328, Rn. 184; Staudinger/Klumpp, § 328, Rn. 114.

⁴³¹ Weber, DStR 2014, 213, 218.

⁴³² Zutreffend Staudinger/Klumpp, § 328, Rn. 117: bloße zufällige Leistungsberührung.

⁴³³ BGHZ 166, 84, 98.

⁴³⁴ BGHZ 166, 84, 98.

d) Ergebnis zur Relevanz von Treuepflichten

Treuepflichten können nach alledem keinen relevanten Schutz der Drittgläubiger bewirken. Der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht auf Ebene der Schuldnerin unterliegen Mezzanine-Gläubiger als Dritte selbst dann nicht, wenn sie kapitalerhaltungsrechtlich als Quasi-Gesellschafter zu werten sind. Begründet die Finanzierung eine stille Gesellschaft, bestehen in diesem Gesellschaftsverhältnis zwar gesellschaftsrechtliche Treuepflichten, die den stillen Gesellschafter in einer Krise der Gesellschaft ausnahmsweise daran hindern können, seine Ansprüche gegen die Gesellschaft durchzusetzen. Jedoch bleibt der dadurch bewirkte Gläubigerschutz ein mittelbarer, bloß reflexartiger, denn die Beschränkungen durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht stehen stets zur Disposition der Parteien und können nicht davor schützen, dass die Parteien einvernehmlich handeln.

Unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht kann auch eine Treuepflicht als allgemeine Nebenpflicht zur Finanzierungsvereinbarung bestehen. Auch diese kann zwar ausnahmsweise die Ausübung von Rechten – insbesondere Kündigungsrechten – des Mezzanine-Gläubigers beschränken. Auch insoweit besteht allerdings keine drittschützende Wirkung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger, sodass diese keine eigenen Ansprüche aus einer gegen eine Treuepflicht verstoßenden Kündigung herleiten können.

III. Gläubigerschutz durch gesellschaftsrechtliche Insolvenzanfechtungstatbestände

An der Schnittstelle von Insolvenzrecht und vorinsolvenzlichen Zahlungsbeschränkungen steht die Insolvenzanfechtung. Sie wird einerseits erst im eröffneten Insolvenzverfahren relevant, da aus ihr resultierende Ansprüche erst dann vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden können. Andererseits bezieht sie sich auf Vorgänge im Vorfeld der Insolvenz. Aus Sicht der Drittgläubiger ist von Bedeutung, inwieweit Zahlungen, die im Vorfeld der Insolvenz an Mezzanine-Gläubiger geflossen sind, im Wege der Insolvenzanfechtung wieder zur Insolvenzmasse gezogen werden können. In diesem Abschnitt wird untersucht, inwieweit über die allgemeinen Insolvenzanfechtungstatbestände hinaus besondere gesellschaftsrechtlich geprägte Insolvenzugründe eingreifen.⁴³⁵ Dies betrifft § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO in direkter oder analoger Anwendung sowie § 136 InsO.

⁴³⁵ Zu den allgemeinen Anfechtungstatbeständen in diesem Zusammenhang bereits oben unter C. II. 3.

1. Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO

Nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO sind Rechtshandlungen anfechtbar, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO oder für eine gleichgestellte Forderung Befriedigung gewährt haben, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist. Der Vorteil einer auf diesen Tatbestand gestützten Anfechtung gegenüber den allgemeinen Anfechtungstatbeständen besteht aus Sicht der Gläubiger insbesondere darin, dass nach Rückgewähr der Zahlung der Anspruch zwar nach § 144 Abs. 1 InsO wieder auflebt, aber nur nachrangig zur Insolvenztabelle angemeldet werden kann.⁴³⁶ Daneben verlangt § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO keine subjektiven Voraussetzungen und ist daher grundsätzlich sogar auf Zahlungen durch „gesunde“ Gesellschaften anwendbar, die erst nach der Zahlung aber innerhalb der Anfechtungsfrist in Schieflage geraten.

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO stimmt mit demjenigen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO überein.⁴³⁷ Ein Teil der Literatur nimmt abweichend davon an, dass der Anwendungsbereich des Anfechtungstatbestandes von demjenigen des Nachrangs aufgrund eines verschiedenen Normzweckes abweiche, denn § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO statuiere einen Fall der Insideranfechtung.⁴³⁸ In der Konsequenz soll das Vorliegen eines Näheverhältnisses im Sinne des § 138 Abs. 2 InsO jedenfalls eine indizielle Bedeutung hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs haben, da es sich um eine gesetzliche Typisierung des Personenkreises handele, der die Voraussetzungen im Hinblick auf Informationsvorsprung und Einflussnahmemöglichkeit erfülle.⁴³⁹ Der persönliche Anwendungsbereich der Anfechtung könnte demzufolge über denjenigen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO hinausgehen, denn § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO stellt alleine auf die Möglichkeit ab, sich über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners zu unterrichten, ohne dass es zugleich auf Einflussmöglichkeiten oder eine Vermögensbeteiligung ankäme.

⁴³⁶ Mylich, ZGR 2009, 474, 477f.

⁴³⁷ BeckOK-InsO/*Prosteder/Dachner*, § 135, Rn. 17; HK-InsO/*Kleindiek*, § 135, Rn. 12; nicht differenzierend zwischen den persönlichen Anwendungsbereichen der beiden Tatbestände auch H/S/*Fleischer*, § 135 InsO, Rn. 2.

⁴³⁸ *Thole*, ZHR 176 (2012), 513; KPB/*Preuß*, § 135, Rn. 5; *Mylich*, ZIP 2017, 1255, 1258; *Mylich*, ZIP 2013, 1650, 1651.

⁴³⁹ *Thole*, ZHR 176 (2012), 513, 537.

Eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereiches gegenüber § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist abzulehnen. Selbst wenn man nach der Verschiebung des Anfechtungstatbestandes in die Insolvenzordnung unter gesetzessystematischen Gesichtspunkten die fehlende Anknüpfung an § 138 InsO bemängeln mag, so ist sie doch als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen, der stattdessen auf die zu § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a.F. entwickelten Grundsätze zurückgegriffen hat.⁴⁴⁰ Durch den ausdrücklichen Verweis der Norm auf § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO kommt ein Gleichlauf der erfassten Rechtsverhältnisse in persönlicher wie sachlicher Hinsicht zum Ausdruck. Es ist die Befriedigung derjenigen Forderungen anfechtbar, welche nach Verfahrenseröffnung dem Nachrang unterlegen hätten. Der Anfechtungstatbestand soll verhindern, dass der Nachrang unterlaufen wird.⁴⁴¹

Zwar hat der BGH ausgeführt, dass der typischerweise gegebene Informationsvorsprung des Gesellschafters nicht der maßgebliche Grund für den Nachrang des von ihm gewährten Darlehens sei, sondern *allenfalls* die Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 InsO zu rechtfertigen vermöge.⁴⁴² Jedoch wollte der BGH damit nur zu Ausdruck bringen, dass er diejenige Auffassung ablehnt, die den Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO alleine auf einen Informationsvorsprung stützt.⁴⁴³ Da die Frage nach einer möglichen Insolvenzanfechtung seinerzeit nicht Gegenstand der Entscheidung war, ist nicht davon auszugehen, dass der BGH eine Aussage bezüglich des Normzwecks des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO treffen wollte.

Anzumerken ist zudem, dass sich in der Praxis durch eine Anwendung des § 138 InsO keine nennenswerte Erweiterung der Insolvenzanfechtungsmöglichkeiten ergäbe. § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO setzt eine gesellschaftsrechtliche oder dienstvertragliche Verbindung zum Schuldner voraus. Die Verbindung durch einen schuldrechtlichen Finanzierungsvertrag, etwa ein Genussrechtsverhältnis, wäre nicht ausreichend. Allenfalls ließe sich damit noch die Einbeziehung stiller Gesellschafter in Einklang bringen, da insoweit eine gesellschaftsrechtliche Verbindung vorliegt. Auf Rechtsfolgenseite wäre Folge einer Ausweitung auf Forderungen, die nicht zugleich § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterfallen, dass diese nach § 144 Abs. 1 InsO im Rang des § 38 InsO zur Tabelle angemeldet werden könnten. Die Rechtsfolge entspräche insoweit derjenigen des § 136 InsO, der allerdings auf Tatbestandsseite

⁴⁴⁰ HmbKommInsO/Schröder, § 135, Rn. 30.

⁴⁴¹ OLG München, ZInsO 2014, 780, 783; Habersack/Huber, BB 2006, 1, 1; Kuna, GmbHR 2016, 284, 285; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 37; Kummer/Schäfer/Wagner/Schäfer, § 135, H22a; HK-InsO/Kleindiek, § 135, Rn. 15.

⁴⁴² BGHZ 188, 363, Rz. 17.

⁴⁴³ Dazu oben unter D.I.2. b).

für Forderungen stiller Gesellschafter einen geeigneteren Anknüpfungspunkt bietet.⁴⁴⁴

b) Sachlicher Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht sind nach dem Verweis auf § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO Zahlungen auf die nach dieser Vorschrift subordinierten Forderungen anfechtbar. Dies betrifft somit insbesondere die Rückzahlung bilanziellen Fremdkapitals als gesellschafterdarlehensähnliche Finanzierungen.⁴⁴⁵

Ob darüber hinaus auch für die Rückzahlung von bilanziell als Eigenkapital erfasstem Mezzanine-Kapital der sachliche Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 InsO eröffnet ist, erscheint insofern zweifelhaft, als die Ansprüche nicht im Rang des in Bezug genommenen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, sondern in dem des § 199 Satz 2 InsO stehen.⁴⁴⁶ Die Behandlung solchen Kapitals muss daher derjenigen von Eigenkapital entsprechen, welches von Formalgesellschaftern zur Verfügung gestellt wird, was namentlich nicht ausgeschüttete Gewinne und Beträge in Kapital- oder Gewinnrücklagen betrifft.

aa) Meinungsstand zu Rückzahlungen von Eigenkapital

Überwiegend wird angenommen, dass solches Kapital einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich gleichsteht und eine Ausschüttung der Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterliegt.⁴⁴⁷ Der Gesellschafter stelle der Gesellschaft wie bei einer Darlehensgewährung liquide Mittel zum Wirtschaften zur Verfügung.⁴⁴⁸ Insbesondere der Vortrag von Gewinn habe bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung für die Gesellschaft dieselben Folgen wie eine Auszahlung verbunden mit einer anschließenden Zurverfügungstellung des ausgezahlten Betrags.⁴⁴⁹ Entscheidendes Kriterium sei, ob es sich um den Abzug einer Finanzierungsquelle oder die Auszahlung von Finanzierungserträgen handelt.⁴⁵⁰ Die Auszahlung von Gewinnvorträgen und

⁴⁴⁴ Zu § 136 InsO und dessen Reichweite unter D.III.3.

⁴⁴⁵ Dazu oben unter D.I.3.

⁴⁴⁶ Dazu oben unter D.I.3.

⁴⁴⁷ BGH, NJW 2021, 3532, Rz. 8; OLG Koblenz, NZG 2014, 998; LG Hamburg, ZIP 2015, 1795; HK-InsO/Kleindiek, § 135, Rn. 28; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 233; GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 58; Freudenberg, ZInsO 2014, 1544, 1546 f.; Kruth, DStR 2017, 2126, 2129 ff.

⁴⁴⁸ BGH, NJW 2021, 3532, Rz. 15; Mylich, ZIP 2017, 1255, 1256; Freudenberg, ZInsO 2014, 1544, 1546: „wesentliche Form der Innenfinanzierung“.

⁴⁴⁹ BGH, NJW 2021, 3532, Rz. 15; OLG Koblenz, NZG 2014, 998, 999.

⁴⁵⁰ Mylich, ZIP 2017, 1255, 1256; Mylich, ZGR 2009, 474, 489.

Rücklagen sei insoweit wie die Darlehensrückgewähr als Entzug einer Finanzierungsquelle zu werten.⁴⁵¹ Teilweise wird die Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auch mit einem erst-recht-Schluss begründet. Da die Insolvenzanfechtung den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO absichern solle, müsse dies erst Recht für noch weiter nachrangige Posten im Sinne des § 199 Satz 2 InsO gelten.⁴⁵²

Zum Teil wird die Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf Eigenkapitalausschüttungen hingegen abgelehnt.⁴⁵³ Die Norm beziehe sich ausschließlich auf Fremdkapital, da nur insoweit eine Darlehensähnlichkeit gegeben sei.⁴⁵⁴ Bis zur Fassung eines Ausschüttungsbeschlusses bestehe bei Rücklagen demgegenüber nicht einmal ein Forderungsrecht des Gesellschafters.⁴⁵⁵ Zudem solle § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ein widersprüchliches Finanzierungsverhalten dergestalt sanktionieren, dass der Gesellschaft Fremdkapital statt Eigenkapital zur Verfügung gestellt werde, und dieser Vorwurf sei den Gesellschaftern in Bezug auf Rücklagen und Gewinnvorträge gerade nicht zu machen.⁴⁵⁶ Anders als die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen, welche seit Inkrafttreten des MoMiG stets zurückgezahlt werden dürften, stehe eine Eigenkapitalausschüttung zudem stets unter dem Vorbehalt der Kapitalerhaltungsvorschriften.⁴⁵⁷ Solange diese und auch die anderen speziellen Gläubigerschutzvorschriften des Gesellschaftsrechts nicht eingreifen, sei es den Gesellschaftern erlaubt, Ausschüttungen vorzunehmen.⁴⁵⁸ Eigenkapitalausschüttungen seien darüber hinaus alleine unter den Voraussetzungen des § 133 InsO anfechtbar.⁴⁵⁹

⁴⁵¹ *Mylich*, ZGR 2009, 474, 489; Scholz/*Bitter*, Anh. § 64, Rn. 177; *Kruth*, DStR 2017, 2126, 2130. Diese Differenzierung konsequent weiterverfolgend wird die Anwendung des § 135 Abs. 1 Satz 2 InsO auch für Auszahlungen nach einer ordentlichen Kapitalherabsetzung erwogen; vgl. *Mylich*, ZIP 2017, 1255, 1256; *Mylich*, ZGR 2009, 474, 499.

⁴⁵² *Mylich*, ZIP 2017, 1255, 1257; *Bitter*, ZIP 2019, 146, 153 f.; Scholz/*Bitter*, Anh. § 64, Rn. 233.

⁴⁵³ OLG Schleswig, NZI 2017, 452; *Priester*, GmbHR 2017, 1245; *Wünschmann*, NZG 2017, 51; *Menkel*, NZG 2014, 982; *Seibold/Waßmuth*, GmbHR 2016, 962, 963.

⁴⁵⁴ *Menkel*, NZG 2014, 982, 983; *Heckschen/Kreusslein*, RNotZ 2016, 351, 362; *Seibold/Waßmuth*, GmbHR 2016, 962, 963; *Priester*, GmbHR 2017, 1245, 1247.

⁴⁵⁵ Scholz/*Verse*, § 29, Rn. 96a; *Eidenmüller/Engert*, FS K. Schmidt, S. 305, 327.

⁴⁵⁶ *Heckschen/Kreusslein*, RNotZ 2016, 351, 362; *Wünschmann*, NZG 2017, 51, 53 f.

⁴⁵⁷ Scholz/*Verse*, § 29, Rn. 96a; *Eidenmüller/Engert*, FS K. Schmidt, S. 305, 327.

⁴⁵⁸ OLG Schleswig, NZI 2017, 452, 454; *Priester*, GmbHR 2017, 1245, 1247 f.; *Wünschmann*, NZG 2017, 51, 54; *Seibold/Waßmuth*, GmbHR 2016, 962, 963.

⁴⁵⁹ *Eidenmüller/Engert*, FS K. Schmidt, S. 305, 327.

bb) Eigene Würdigung

Zuzustimmen ist der letztgenannten Auffassung darin, dass eine direkte Anwendbarkeit des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf Ausschüttungen aus dem Eigenkapital scheitert, da es sich nicht um „gleichgestellte Forderungen“ handelt. Eine darlehensgleiche Finanzierung liegt nur bei bilanzieller Verbuchung als Verbindlichkeit, also bei Überlassung von Fremdkapital, vor. Soweit der BGH demgegenüber ausführt, die Regelungen in § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO setzten die Überlassung von Fremdkapital weder ihrem Wortlaut noch ihrem Sinn und Zweck nach voraus, sondern es genüge, dass es sich „um Positionen auf der Passivseite der Bilanz“ handle,⁴⁶⁰ greift dies zu kurz. Insbesondere für die Frage des Nachrangs nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist nämlich eine Abgrenzung zu denjenigen Forderungen geboten, die gemäß § 199 Satz 2 InsO erst aus einem etwaigen Liquidationsüberschuss zu begleichen sind.⁴⁶¹ In Bezug auf die hier fragliche Insolvenzanfechtung ist dem BGH im Ergebnis dennoch zuzustimmen, denn es ist eine analoge Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf die Rückzahlung von Posten des Eigenkapitals geboten, um eine planwidrige Regelungslücke zu schließen. Es wäre nicht zu rechtfertigen, wäre eine im kritischen Jahreszeitraum erfolgte Rückzahlung von Fremdkapital stets anfechtbar, die Ausschüttung von Eigenkapitalposten aber nicht. Damit würde man Fremdkapitalinstrumenten eine größere Haftqualität als Eigenkapitalinstrumenten zumessen, obwohl das bilanzielle Eigenkapital bestimmungsgemäß das originäre Haftkapital der Gesellschaft darstellt.⁴⁶²

Diese Systemwidrigkeit resultiert daraus, dass nach Inkrafttreten des MoMiG die Kapitalerhaltungsvorschriften auf die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen und gleichgestelltem Fremdkapital nicht mehr anwendbar sind und als Kompensation solche Rückzahlungen stets dem Insolvenzanfechtungstatbestand unterfallen. Diese Kompensation ist aber insofern „überschießend“, als der Anfechtungstatbestand auch Darlehensrückzahlungen erfasst, die nicht bei Vorliegen einer Unterbilanz erfolgt sind und daher nicht durch die Kapitalerhaltungsvorschriften erfasst wären. Dadurch unterliegt Fremdkapital einer strengeren Behandlung als Eigenkapital, das nur bei Vorliegen oder Herbeiführung einer Unterbilanz durch die Kapitalerhaltung gebunden ist.

⁴⁶⁰ So BGH, NJW 2021, 3532, Rz. 18 f.

⁴⁶¹ Vgl. oben unter D.I.3.

⁴⁶² Zu der Maßgeblichkeit der Haftqualität für den bilanziellen Eigenkapitalausweis oben unter B.IV.2.a). Diesen Umstand verkennen diejenigen, die gegen eine Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ins Feld führen, dass die Voraussetzungen für eine *Umqualifizierung* in funktionelles Eigenkapital nicht vorlägen; vgl. etwa *Heckschen/Kreusslein*, RNotZ 2016, 351, 362.

Aus diesem Ungleichgewicht resultiert eine Notwendigkeit, anfechtungsrechtliche Kongruenz hinsichtlich der Behandlung von Fremd- und Eigenkapital herzustellen. Dies ist auf zwei Wegen denkbar. Es kann entweder der Anfechtungstatbestand auf Eigenkapital angewendet werden oder dessen Anwendungsbereich bei Fremdkapital eingeschränkt werden. Ganz in letzterem Sinne sind die Versuche zu verstehen, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO dahingehend einzuschränken, dass Rückzahlungen, die zu einem Zeitpunkt erfolgten, als die Gesellschaft „gesund“ war, auszunehmen seien. Schon für die Rechtslage vor dem MoMiG war umstritten, ob ein in der Krise gewährtes Darlehen seinen Eigenkapitalersatzcharakter verliert, wenn bei Rückzahlung keine Unterbilanz vorgelegen hat.⁴⁶³ Auch unter Geltung des heutigen § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO wird eine teleologische Reduktion dahingehend vorgeschlagen, dass dem Gesellschafter zugestanden werden müsse, darzulegen und zu beweisen, dass sich die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Darlehensrückzahlung nicht in einer Krise befand.⁴⁶⁴ Dies wird allerdings vom BGH mit der zutreffenden Begründung abgelehnt, dass der Gesetzgeber auf das unsicherheitsbehaftete Merkmal der Krise bewusst habe verzichten wollen und die stattdessen gewählte starre Jahresfrist hinzunehmen sei.⁴⁶⁵ Ein weiterer Versuch der Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO betrifft die Fallkonstellation, dass der darlehensgewährende Gesellschafter in der Zeit zwischen Rückzahlung und Insolvenzantrag aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Hierzu wurde schon zum Regierungsentwurf des MoMiG ein einschränkender Zusatz zu § 135 InsO vorgeschlagen,⁴⁶⁶ der vom Gesetzgeber jedoch nicht aufgegriffen wurde.

Daher lässt sich eine Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO für die Rückzahlung von Fremdkapital nicht rechtfertigen. Dass der Gesetzgeber mit der starren Jahresfrist eine pauschalierende Betrachtung anlegt, ist insoweit hinzunehmen. Die gebotene anfechtungsrechtliche Kongruenz hinsichtlich der Behandlung von Fremd- und Eigenkapital kann folglich nur dadurch bewirkt werden, dass man den Anfechtungstatbestand auf Eigenkapitalposten ausdehnt. Dies muss für das von Gesellschaftern gleichermaßen wie das von Quasi-Gesellschaftern überlassene Eigenkapital gelten.

⁴⁶³ Verneinend BGH, NZG 2006, 263, 264 mit Hinweisen zur Gegenansicht in der Literatur.

⁴⁶⁴ *Pentz*, GmbHR 2013, 393, 400 f.

⁴⁶⁵ BGH, NZG 2015, 924, 925; vgl. auch Michalski/*Dahl/Linnenbrink*, Systematische Darstellung 6, Rn. 152.

⁴⁶⁶ *Mülbert*, WM 2006, 1977, 1978 f. „dies gilt nicht, wenn der Gesellschafter in der Zwischenzeit ausgeschieden ist und seine Forderung im Befriedigungszeitpunkt fällig, liquide und vollwertig war“.

cc) Anfechtbarkeit von Vergütungszahlungen

Neben der Rückzahlung des überlassenen Kapitals sind auch geleistete Vergütungszahlungen auf ihre Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu prüfen. Es kann hierfür auf die Behandlung von Zinszahlungen auf Gesellschafterdarlehen zurückgegriffen werden.

Vor Inkrafttreten des MoMiG entsprach es der gefestigten Rechtsprechung des BGH, dass diese analog § 31 GmbHG oder gemäß § 135 Nr. 2 InsO a.F. zurückgefordert werden konnten, wenn sie in der Krise geleistet wurden.⁴⁶⁷ Auch unter der aktuellen Rechtslage wird die Anfechtbarkeit von Zinszahlungen teilweise befürwortet.⁴⁶⁸ Zinsen seien nach § 39 Abs. 3 InsO nachrangig und es gebe keinen Grund, sie in Bezug auf die Möglichkeit der Insolvenzanfechtung anders zu behandeln als im Rahmen der Anmeldung zur Insolvenztabelle.⁴⁶⁹ Das Gesellschafterdarlehensrecht sei als einheitliche Materie zu verstehen und die durch § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gewährleistete vorinsolvenzliche Absicherung müsse daher auch die nachrangigen Zinsforderungen erfassen.⁴⁷⁰

Richtigerweise ist die Anfechtbarkeit von Zinszahlungen abzulehnen.⁴⁷¹ Der Normzweck gebietet keine Einbeziehung der Zinsen, denn anders als mit dem Darlehensbetrag selbst droht über die Auszahlung von Zinsen keine Spekulation auf Kosten der Gläubiger.⁴⁷² Insofern kommt es nicht auf die Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital an, sondern diejenige zwischen Forderungen mit und ohne Finanzierungscharakter. Es handelt sich bei der Zahlung von Zinsen um die Entnahme eines Finanzierungsertrages und nicht um den Abzug einer Finanzierungsquelle.⁴⁷³ Der Tilgung einer Zinsfor-

⁴⁶⁷ BGHZ 67, 171, 179 f.; BGHZ 75, 334, 339; BGHZ 76, 326, 334; BGH, NZG 2005, 137, 138; kritisch dazu *Mülberr*, WM 2006, 1977, 1980; *Mylich*, ZGR 2009, 474, 483 ff.

⁴⁶⁸ OLG München, ZInsO 2014, 897, 901; *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2150; Kummer/Schäfer/Wagner/Schäfer, § 135, Rn. H73; wohl auch *Gehrlein*, BB 2011, 3, 850; *MüKoInsO/Gehrlein*, § 135, Rn. 18 bei Fn. 95.

⁴⁶⁹ Michalski/Dahl/Linnenbrink, Systematische Darstellung 6, Rn. 139; Kummer/Schäfer/Wagner/Schäfer, § 135, Rn. H73.

⁴⁷⁰ OLG München, ZInsO 2014, 897, 901; Michalski/Dahl/Linnenbrink, Systematische Darstellung 6, Rn. 139.

⁴⁷¹ So auch BGHZ 222, 283, Rz. 43; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 164; Altmeppen/Altmeppen, Anh. § 30, Rn. 142; Uhlenbruck/Hirte, § 135, Rn. 7.

⁴⁷² Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 164.

⁴⁷³ *Mylich*, ZGR 2009, 474, 489 f.; Scholz/Bitter, Anh. § 64, Rn. 164; ganz in diesem Sinne bezeichnet BGHZ 222, 283, Rz. 44 f. aus der umgekehrten Sicht der Gesellschaft Zinsen als Entgelt für die Nutzung des Darlehenskapitals und zieht die Parallele zu Nutzungsentgelten für sonstige Gegenstände, die nicht der Anfechtung unterliegen.

derung lässt sich daher unter keinem Gesichtspunkt ein der Gewährung eines Darlehens wirtschaftlich gleichkommendes Kreditelement unterlegen.⁴⁷⁴ Der postulierte Gleichlauf mit § 39 Abs. 3 InsO kann nicht überzeugen, denn dieser Nachrang umfasst nur bei Insolvenzeröffnung noch offene Zinsforderungen.⁴⁷⁵ Hinsichtlich Zinszahlungen, die vor Insolvenzeröffnung geleistet wurden, kann daraus nichts abgeleitet werden. Eine Finanzierungsfunktion kommt insoweit nur in Betracht, als die Zinszahlungen durch den Gläubiger gestundet wurden.⁴⁷⁶

c) Zwischenergebnis

Eine Rückzahlung von Mezzanine-Kapital kann nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar sein. Dies setzt die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs voraus, wofür die gleichen Maßstäbe wie im Rahmen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO anzulegen sind. Es ist also eine Quasi-Gesellschafterstellung aufgrund entsprechender Einflussmöglichkeiten und Vermögensbeteiligung erforderlich. In sachlicher Hinsicht erfasst der Anfechtungstatbestand nicht nur die Rückzahlung von darlehensähnlichen Fremdkapitalposten, sondern in analoger Anwendung auch die Rückzahlung von handelsbilanziell als Eigenkapital verbuchtem Kapital. Für geleistete Vergütungszahlungen scheidet eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO hingegen aus.

2. Analoge Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO bei gewillkürtem Rangrücktritt

Zum Teil wird erwogen, den Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu erweitern und jede privatautonom mit einem Rangrücktritt versehene Finanzierung der Insolvenzanfechtung zu unterwerfen. Hierfür hat sich insbesondere Bork ausgesprochen.⁴⁷⁷ Auch wenn keine gesellschaftergleiche Stellung vorliegt, die zur Einbeziehung der Finanzierung als wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechende Rechtshandlung führt, unterwerfe sich derjenige, der in den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu-

⁴⁷⁴ Zutreffend *Milbert*, WM 2006, 1977, 1980; dahingehend nunmehr auch GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 124 unter Aufgabe der in der Voraufgabe vertretenen Gegenauffassung.

⁴⁷⁵ Vgl. nur *Uhlenbruck/Hirte*, § 39, Rn. 57.

⁴⁷⁶ GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 124; *Scholz/Bitter*, Anh. § 64, Rn. 164; BGHZ 222, 283, Rz. 47. Der BGH geht in dieser Entscheidung darüber hinaus davon aus, dass in überhöhten Zinsen stets eine (anfechtbare) verschleierte Rückzahlung liegt (Rz. 46); Insoweit zu Recht kritisch *Scholz/Bitter*, Anh. § 64, Rn. 164a; GK-GmbHG/*Habersack*, Anh. § 30, Rn. 124.

⁴⁷⁷ *Bork*, ZIP 2012, 2277.

rücktritt, stets zugleich der korrespondierenden Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, da er mit dem Rangrücktritt das Regelungsregime der Gesellschafterdarlehen insgesamt anerkenne.⁴⁷⁸ Auch das LG Dortmund geht in einer Entscheidung zur Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG davon aus, dass die Parteien einer Nachrangabrede⁴⁷⁹ wirksam vereinbart hatten, dass das gewährte Darlehen die Funktion eines kapitalersetzenden Darlehens haben sollte und damit § 135 Nr. 2 InsO a.F. anzuwenden war.⁴⁸⁰ Karsten Schmidt hält eine Einbeziehung von privatautonom im Rang zurückgetretenen Gläubigern in den Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ebenfalls für naheliegend.⁴⁸¹ Als Anknüpfungspunkt soll allerdings nicht eine privatautonome Normunterwerfung dienen, sondern die Öffnung für wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen, die bereits bei Vereinbarung eines Rangrücktritts eingreifen könne.⁴⁸²

Eine Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf Finanzierungsleistungen Dritter allein aufgrund eines privatautonom vereinbarten Rangrücktritts ist jedoch abzulehnen.⁴⁸³ Anders als für den gesetzlich erzwungenen Nachrang besteht für vertragliche Rangrücktritte kein notwendiger Zusammenhang zwischen Nachrang und Anfechtungstatbestand.⁴⁸⁴ Die Absicherung des Nachrangs nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO durch die Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist nur deshalb erforderlich, weil es sich um einen gesetzlich angeordneten Nachrang gegen den Willen des Gläubigers handelt.⁴⁸⁵ Nur für diesen Fall muss das Gesetz Vorkehrungen dagegen treffen, dass der Nachrang durch vorzeitige Rückzahlung unterlaufen wird.

Bei einer auf Rangrücktritt beruhenden Subordination handelt es sich hingegen um einen freiwilligen Nachrang, dessen Reichweite zur alleinigen Disposition der Parteien steht.⁴⁸⁶ Dies muss auch für die Folgen einer vorinsolvenzlichen Rückzahlung gelten. Erklärt der Gläubiger lediglich, dass seine Forderung in der Insolvenz erst nachrangig befriedigt werden soll,

⁴⁷⁸ Bork, ZIP 2012, 2277, 2278 f.

⁴⁷⁹ Die Klausel lautete auszugsweise: „Das Darlehen ist gegenüber den Forderungen außenstehender, gesellschaftsfremder Gläubiger nachrangig (kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen)“, vgl. LG Dortmund, 22.08.2008 – 3 O 187/08, juris, Rz. 9.

⁴⁸⁰ LG Dortmund, 22.08.2008 – 3 O 187/08, juris, Rz. 58.

⁴⁸¹ K. Schmidt, ZIP 2015, 901, 910; K. Schmidt InsO/K. Schmidt, § 135, Rn. 12.

⁴⁸² K. Schmidt, ZIP 2015, 901, 911: „zur Diskussion gestellt“.

⁴⁸³ So auch GK-GmbHG/Habersack, Anh. § 30, Rn. 180, 184a; Bitter, ZIP 2013, 2; Bitter, ZIP 2015, 345, 347; Bitter, ZIP 2019, 146, 149; insoweit folgerichtig auch Mylich, ZIP 2013, 1650, 1651, der den Normzweck des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO im Informationsvorsprung erblickt.

⁴⁸⁴ Bitter, ZIP 2013, 2, 4.

⁴⁸⁵ OLG Düsseldorf, WM 2014, 2218, 2221.

⁴⁸⁶ Bitter, ZIP 2013, 2, 4.

enthält allein diese Erklärung keine vorinsolvenzliche Tilgungssperre. Eine Rückzahlung vor der Insolvenz soll also nach dem Willen der Parteien gerade sanktionslos bleiben. Selbst wenn die Parteien eine vorinsolvenzliche Tilgungssperre vereinbaren, so ist diese jederzeit aufhebbar.⁴⁸⁷ Eine solche Aufhebung steht zwar unter dem Vorbehalt einer späteren Anfechtung nach den allgemeinen Vorschriften,⁴⁸⁸ muss aber einer Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Grundlage entziehen.⁴⁸⁹

Eine Unterwerfung unter das Recht der Gesellschafterdarlehen ist auch mit Blick auf dessen Normzweck nicht geboten. Erst die zur Begründung einer Quasi-Gesellschafterstellung erforderlichen Einfluss- und Vermögensrechte sind es, die eine kritische Verschiebung des Risikogleichgewichts zulasten der Gläubiger bewirken.⁴⁹⁰ Daher ist nur in diesen Fällen eine Unterwerfung unter den Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und den diesen absichernenden Insolvenzanfechtungstatbestand gerechtfertigt.

3. Anfechtbarkeit nach § 136 InsO

Bezüglich der Rückgewähr der Einlage eines stillen Gesellschafters statuiert § 136 InsO einen speziellen Insolvenzanfechtungsgrund. Danach ist eine Rechtshandlung anfechtbar, durch die einem stillen Gesellschafter die Einlage ganz oder teilweise zurückgewährt oder sein Anteil an dem entstandenen Verlust ganz oder teilweise erlassen wird, wenn die zugrundeliegende Vereinbarung im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Geschäftsinhabers oder danach getroffen worden ist. Das Zusammenwirken dieser Norm mit § 236 HGB, wonach der stille Gesellschafter seine Einlageforderung grundsätzlich als Insolvenzgläubiger geltend machen kann, ist Ausdruck der hybriden Stellung des gesetzestypischen stillen Gesellschafters. Einerseits konkurriert er ausweislich § 236 HGB als Insolvenzgläubiger mit den Fremdkapitalgebern im gleichen Rang. Andererseits ist er bei der Vereinbarung einer vorzeitigen Rückzahlung seiner Einlage nach § 136 InsO einem Insolvenzanfechtungsrisiko ausgesetzt, welches typisch für Gesellschafter ist.⁴⁹¹

Der Anwendungsbereich des § 136 InsO kann sich mit demjenigen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO überschneiden, sofern eine atypische stille Gesell-

⁴⁸⁷ Dazu oben unter C. II.

⁴⁸⁸ Dazu oben unter C. II. 3.

⁴⁸⁹ So zutreffend *Bitter*, ZIP 2013, 2, 5 f., der allerdings zumindest für zur Überschuldungsvermeidung vereinbarte Rangrücktritte von einer Unaufhebbarkeit wegen § 328 BGB ausgeht; vgl. die Nachweise bei C. I. 2. c).

⁴⁹⁰ Dazu oben unter D. I. 2. c).

⁴⁹¹ K. Schmidt InsO/K. Schmidt, § 136, Rn. 3.

schaft vorliegt, bei der die Voraussetzungen einer Subordination nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gegeben sind oder die stille Einlage gar im Rang des § 199 Satz 2 InsO steht.⁴⁹² Der Insolvenzverwalter kann die Anfechtung in diesen Fällen auf beide Anfechtungsgründe stützen, wird jedoch auf § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO rekurrieren. Während nämlich bei einer Anfechtung nach § 136 InsO die Forderung gemäß § 144 Abs. 1 InsO wieder auflebt und gemäß § 236 HGB als Insolvenzforderung zur Tabelle angemeldet werden kann, lebt die Forderung bei einer Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO lediglich als nachrangige Forderung wieder auf.⁴⁹³

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des § 136 InsO bezieht sich auf Vereinbarungen und Rechtshandlungen zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter, womit er für alle Mezzanine-Gläubiger eröffnet ist, die eine stille Gesellschaft mit der Gesellschaft eingegangen sind.⁴⁹⁴ Darüber hinaus werden in der Literatur verschiedene Ansätze für eine Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs diskutiert.⁴⁹⁵

aa) Meinungsstand

Eine weitreichende Erweiterung des Anwendungsbereichs wird von Karsten Schmidt vorgeschlagen, der eine analoge Anwendung des § 136 InsO auf alle Formen langfristiger Fremdfinanzierungen von Unternehmen befürwortet.⁴⁹⁶ Zur Begründung verweist er auf die Rechtfertigung der Anfechtungsmöglichkeit, welche in dem durch die Eingehung der Finanzierung entstehenden Informationsvorsprung liege.⁴⁹⁷ Ein solcher bestehe typischerweise

⁴⁹² Vgl. dazu oben unter D.III. 1.

⁴⁹³ Es trifft daher nicht zu, wenn ausgeführt wird, es ergebe sich wegen der von beiden Normen vorgesehenen Jahresfrist kein Unterschied zwischen den Anfechtungstatbeständen (so etwa *Mock*, DStR 2008, 1645, 1648).

⁴⁹⁴ Damit kommt der Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und partiarischem Darlehen oder Genussrecht zur Konturierung des Anwendungsbereichs entscheidende Bedeutung zu; vgl. hierzu oben unter B.IV. 1.

⁴⁹⁵ Auch gelangen diejenigen zu einem weiteren Anwendungsbereich der Norm, die jede Kapitalüberlassung gegen Gewinnbeteiligung oder zumindest solche mit zusätzlicher Verlustbeteiligung als stille Gesellschaft qualifizieren; vgl. dazu oben unter B.IV. 1. a).

⁴⁹⁶ *K. Schmidt*, ZHR 140 (1976), 475, 490 f.; *K. Schmidt*, ZIP 1981, 689, 697; *K. Schmidt* InsO/*K. Schmidt*, § 136, Rn. 24; *MüKoHGB/K. Schmidt*, Anh. § 236, Rn. 33.

⁴⁹⁷ *K. Schmidt* InsO/*K. Schmidt*, § 136, Rn. 24; *MüKoHGB/K. Schmidt*, Anh. § 236, Rn. 33.

bei jedem Gläubiger eines Kredits zur langfristigen Fremdfinanzierung, der nicht nur vorübergehenden Kapitalbedarf eines Unternehmens decke.⁴⁹⁸ Eine gesellschaftsrechtliche Verbindung sei hingegen nicht maßgeblich, da auch die stille Gesellschaft ein (qualifiziertes) Kreditverhältnis sei.⁴⁹⁹ Daher seien insbesondere auch partiarischen Darlehen einzubeziehen.⁵⁰⁰

Eine weitere Auffassung will speziell Genussrechtsinhaber einbeziehen, denen durch die Genussrechtsbedingungen Rechte eingeräumt werden, die denen eines stillen Gesellschafters weitgehend entsprechen.⁵⁰¹ Insbesondere soll es insoweit auf Einsichts- und Prüfungsrechte im Umfang des § 233 HGB ankommen, da diese für den durch § 136 InsO sanktionierten Informationsvorsprung maßgeblich seien.⁵⁰² Krolop befürwortet eine analoge Anwendung des § 136 InsO auf freiwilliges Haftkapital in Gestalt von Genussrechten oder partiarischen Darlehen, soweit diese Informations- und Kontrollrechte mindestens im Umfang des § 233 HGB in Kombination mit einer Teilnahme an den unternehmerischen Chancen und Risiken des Geschäftsinhabers vermitteln.⁵⁰³

Überwiegend wird das Vorliegen der Analogievoraussetzungen hingegen verneint.⁵⁰⁴ Es fehle bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, da der Gesetzgeber das seit langem bekannte Problem nicht aufgegriffen habe.⁵⁰⁵ Zudem sei keine vergleichbare Interessenlage gegeben, da der stille Gesellschafter aufgrund seiner notwendigen Gewinnbeteiligung am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft interessiert sei, ein Fremdkapitalgeber hingegen lediglich an deren Zahlungsfähigkeit und am Bestand des für seine Forderung

⁴⁹⁸ K. Schmidt InsO/K. Schmidt, § 136, Rn. 24; MüKoHGB/K. Schmidt, Anh. § 236, Rn. 33.

⁴⁹⁹ K. Schmidt, ZHR 140 (1976), 475, 490; zustimmend Uhlenbruck/Hirte, § 136, Rn. 5.

⁵⁰⁰ Speziell für die Einbeziehung partiarischer Darlehen auch HmbKommInsO/Schröder, § 136, Rn. 3; tendenziell auch Jaeger/Henkel, § 136, Rn. 20; KPB/Preuß, § 136, Rn. 9.

⁵⁰¹ Mock, NZI 2014, 102, 105 f.

⁵⁰² Mock, NZI 2014, 102, 105 f.

⁵⁰³ Krolop, ZIP 2007, 1738, 1742.

⁵⁰⁴ BeckOK-InsO/Schoon, § 136, Rn. 9; MüKoInsO/Gehrlein, § 136, Rn. 8; GK-HGB/Staub, Anh. § 236, Rn. 54; Kollhosser, WM 1985, 929, 932; eine analoge Anwendung des § 136 InsO auf Darlehensgeber mit der Begründung ablehnend, dass die Vorschrift Ausdruck der Finanzierungsfolgenverantwortung sei und kein Grund bestehe, diese auf nicht am Unternehmen beteiligte Außenstehende auszudehnen, OLG Hamm, NZI 2000, 544, 545; OLG Dresden, NZG 2000, 302, 303; ohne Begründung auch OLG Schleswig, NZG 2000, 1176, 1177.

⁵⁰⁵ Jaeger/Henkel, § 136, Rn. 20; GK-HGB/Staub, Anh. § 236, Rn. 54; KPB/Preuß, § 136, Rn. 9.

haftenden Vermögens.⁵⁰⁶ Zum Teil wird die Rechtfertigung des § 136 InsO auch speziell in der gesellschaftsrechtlichen Nähe des stillen Gesellschafters zum Geschäftsinhaber erblickt und aus diesem Grund die analoge Anwendung auf Fälle rein schuldrechtlicher Verbundenheit abgelehnt.⁵⁰⁷

bb) Eigene Würdigung

Richtigerweise ist eine Einbeziehung bestimmter Dritter in den Anwendungsbereich des § 136 InsO geboten. Die Reichweite dieser Dritterstreckung ist dabei am Normzweck auszurichten. Dieser besteht darin, dass der stille Gesellschafter nicht aufgrund seines durch die Kontrollrechte des § 233 HGB vermittelten Wissensvorsprungs einen Vorteil durch vorzeitigen Abzug seiner Einlage erzielen soll.⁵⁰⁸

Diese Konstellation kann ebenso bei schuldrechtlichen Verbindungen auftreten. Zwar nimmt die Regierungsbegründung auf „die besonderen gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter“ Bezug.⁵⁰⁹ Hieraus sollte jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass alleine die gesellschaftsrechtliche Verbundenheit den besonderen Tatbestand der Insolvenzanfechtung rechtfertigt. Dies zeigt der Blick auf die Vorschriften der Kapitalerhaltung, welche ebenfalls an die gesellschaftsrechtliche Verbundenheit zwischen Gesellschafter und Gesellschaft anknüpfen. Nichtsdestotrotz ist die Einbeziehung schuldrechtlich als solcher positionierter Quasi-Gesellschafter anerkannt.⁵¹⁰ § 136 InsO ist als Vorschrift der Kapitalerhaltung der stillen Gesellschaft zu verstehen.⁵¹¹ Wo für den (Quasi-)Gesellschafter die Kapitalerhaltung einen vorinsolvenzlichen Kapitalabzug sanktioniert, tut dies § 136 InsO für den stillen Gesellschafter. Die Möglichkeit der Begründung einer Stellung als Quasi-Stiller-Gesellschafter auf schuldrechtlicher Grundlage ist daher ebenso anzuerkennen wie diejenige eines Quasi-Gesellschafters.

Um eine solche Gleichstellung zu rechtfertigen, kommt es nicht alleine auf Kontrollrechte im Umfang des § 233 HGB an, denn die Stellung des gesetzestypischen stillen Gesellschafters zeichnet sich gerade durch eine hinzutretende Vermögenskomponente aus. Diese besteht in einer zwingend gewinn-

⁵⁰⁶ Jaeger/Henkel, § 136, Rn. 20.

⁵⁰⁷ Kollhossner, WM 1985, 929, 932; MüKoInsO/Gehrlein, § 136, Rn. 8.

⁵⁰⁸ Mock, DStR 2008, 1645, 1648; GK-HGB/Staub, Anh. § 236, Rn. 3.

⁵⁰⁹ BegrRegE InsO, BT Drucks 12/2443, 161.

⁵¹⁰ Dazu oben unter D.II.1.

⁵¹¹ Auf den Zusammenhang der Norm mit den Kapitalerhaltungsvorschriften hinweisend auch OLG Dresden, NZG 2000, 302, 303.

abhängigen Vergütung und einer grundsätzlich vorgesehenen Verlustteilnahme. Letztere ist aber abdingbar, ohne dass der Gesetzgeber daraus den Schluss gezogen hätte, dass § 136 InsO nicht anwendbar wäre. Eine vergleichbare Interessenlage ist damit zu bejahen, soweit § 233 HGB entsprechende Kontrollrechte sowie eine gewinnabhängige Vergütung vereinbart sind. Anderenfalls hätten es die Parteien in der Hand, einen wirtschaftlich identischen Sachverhalt durch Widmung als Darlehen oder Genussrecht dem gläubigerschützenden Tatbestand des § 136 InsO zu entziehen. Ein solches Ergebnis wäre schon mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG bedenklich und ist daher durch eine Erweiterung des Anwendungsreichs im eben beschriebenen Sinne zu korrigieren.

Eine Anwendung auf jede langfristige Finanzierung wäre demgegenüber zu weitreichend, da insoweit eine vergleichbare Interessenlage nicht ohne weiteres unterstellt werden kann. Es ist nämlich nicht zwingend davon auszugehen, dass ein langfristiger Kreditgeber mit hinreichenden Kontroll- und Informationsrechten ausgestattet ist.⁵¹² Daneben kann eine langfristige Finanzierung ebenso gut eine Festverzinsung vorsehen, was eine Vergleichbarkeit ausschließt.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht erfasst § 136 InsO die Rückgewähr der Einlage sowie den Erlass eines Verlustanteils, soweit diese Handlungen auf einer Vereinbarung beruhen, die innerhalb eines Jahres vor Beantragung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Geschäftsinhabers getroffen wurde. Der relevante Zeitraum von einem Jahr vor Insolvenzantragstellung bezieht sich damit nicht auf die anfechtbare Rechtshandlung, sondern auf die zugrundeliegende Vereinbarung. § 136 Abs. 2 InsO nimmt zudem alle Sachverhalte von der Anfechtung aus, bei denen ein Eröffnungsgrund erst nach jener Vereinbarung eingetreten ist.

Erfasst sind damit im vorliegenden Zusammenhang alle Fälle, in denen die Gesellschaft mit dem Mezzanine-Gläubiger nach Eintritt eines Insolvenzgrundes⁵¹³ eine Vereinbarung über die Rückzahlung des überlassenen Kapitals oder den Erlass einer bereits angefallenen⁵¹⁴ Verlustbeteiligung trifft.

⁵¹² So auch GK-HGB/*Staub*, Anh. § 236, Rn. 55; mit abweichender Begründung die Analogie ablehnend *Ekkenga*, in: *Ekkenga/Schröer*, Kapitel 15, Rn. 315, der davon ausgeht, dass wegen § 18 KWG zumindest alle professionellen Kreditgeber mit einem Informationsvorsprung ausgestattet seien und die Analogie insoweit zu weitgehend sei; insoweit ähnlich *Florstedt*, *ZInsO* 2007, 914, 917 f.

⁵¹³ Es genügt insoweit auch das Vorliegen drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO), vgl. nur *Jaeger/Henkel*, § 136, Rn. 17.

aa) Verhältnis zu Kündigungsrechten des Gläubigers

Indem das Gesetz auf eine Vereinbarung abstellt, bringt es zum Ausdruck, dass nur solche Vorgänge dem § 136 InsO unterfallen, in deren Folge der Geschäftsinhaber freiwillig an den stillen Gesellschafter zahlt.⁵¹⁵ Es handelt sich daher bei § 136 InsO um einen Spezialfall der inkongruenten Deckung.⁵¹⁶ Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu § 135 InsO, der auch kongruente Deckungshandlungen erfasst und ein „zentrales Problem“⁵¹⁷ des § 136 InsO. Eine Rückzahlung, die aufgrund der Wahrnehmung gesetzlicher oder vertraglicher Kündigungsrechte erfolgt, ist nämlich grundsätzlich nicht nach § 136 InsO anfechtbar.⁵¹⁸ Dem stillen Gesellschafter kann aber nach § 234 Abs. 1 Satz 2 HGB i. V. m. § 723 Abs. 1 BGB ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gerade dann zustehen, wenn der Geschäftsinhaber in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät.⁵¹⁹ Als Kündigungsgründe werden etwa die Unrentabilität des Geschäftsbetriebs, die Gefährdung der Vermögensinteressen des stillen Gesellschafters durch Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Geschäftsinhaber sowie dessen Vermögensverfall genannt.⁵²⁰

Für eine Insolvenzanfechtung nach § 136 InsO bliebe mangels gesonderter Vereinbarung kaum ein Anwendungsbereich, wenn der Gläubiger sich bei einer Rückzahlung in der kritischen Phase stets auf ein solches außerordentliches Kündigungsrecht berufen könnte. Zu Recht wird daher vertreten, eine Kündigung aus wichtigem Grund wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse nicht als Rückgewährgrund anzuerkennen, der eine Anfechtung nach § 136 InsO ausschließt.⁵²¹ Dieses Verständnis ist im Hinblick auf den Normzweck des § 136 InsO zwingend, denn der Gesetzgeber hat zum Ausdruck gebracht, dass stille Gesellschafter ihr Kapital in der kritischen Zeit nach Eintritt eines Insolvenzgrundes nicht mehr abziehen können sollen. Bei einer Anerkennung der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse als Kün-

⁵¹⁴ Der Erlass zukünftiger Verluste ist nicht nach § 136 InsO anfechtbar, vgl. nur Jaeger/Henkel, § 136, Rn. 11.

⁵¹⁵ HmbKommInsO/Schröder, § 136, Rn. 6.

⁵¹⁶ Nerlich/Römermann/Nerlich, § 136, Rn. 1.

⁵¹⁷ Jaeger/Henkel, § 136, Rn. 14

⁵¹⁸ BGH, NJW 1971, 375; BGH, NJW 2001, 1270; HmbKommInsO/Schröder, § 136, Rn. 7.

⁵¹⁹ KK-InsO/Mohr, § 136, Rn. 15. Im Falle der analogen Anwendung des § 136 InsO auf partiarische Darlehen stellt sich die gleiche Problematik im Hinblick auf § 490 BGB.

⁵²⁰ MüKoHGB/K. Schmidt, § 234, Rn. 49; KK-InsO/Mohr, § 136, Rn. 15; HmbKommInsO/Schröder, § 136, Rn. 7; GK-HGB/Harbarth, § 234, Rn. 32.

⁵²¹ MüKoInsO/Gehrlein, § 136, Rn. 12; KPB/Preuß, § 136, Rn. 13; ähnlich Jaeger/Henkel, § 136, Rn. 14, der solche wichtigen Gründe zur Kündigung ausnehmen will, die erst in der nach § 136 InsO kritischen Zeit eingetreten sind.

digungsgrund ergebe sich zudem die nicht hinnehmbare Konsequenz, dass der stille Gesellschafter sowohl durch den Beweis, dass ein Insolvenzgrund noch nicht vorlag (§ 136 Abs. 2 InsO), als auch durch den Beweis des Gegenteils, dass nämlich bereits ein Vermögensverfall gegeben war, der Anfechtung entgehen könnte.⁵²²

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass das Kündigungsrecht wegen Vermögensverschlechterung auch gänzlich ausgeschlossen sein kann, wenn sich ein solcher Ausschluss aus der Parteiabrede ergibt, worauf gegebenenfalls auch implizit aus der beabsichtigten Haftqualität des überlassenen Kapitals geschlossen werden kann.⁵²³ Wenn dies der Fall ist und eine Kündigung dennoch darauf gestützt wird, ist eine anschließende Zahlung jedenfalls nach § 136 InsO anfechtbar. Entweder haben die Parteien den Ausschluss des Kündigungsrechts aufgehoben,⁵²⁴ was eine relevante Rechtshandlung im Sinne des § 136 InsO darstellt, oder aber der Geschäftsinhaber hat die Kündigung trotz ihrer Unwirksamkeit als wirksam akzeptiert, worin ebenfalls eine Vereinbarung im Sinne der Norm liegt.⁵²⁵

bb) Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs

Teilweise wird erwogen, § 136 InsO analog anzuwenden auf den Entzug von Eigenkapital in der Krise, soweit die Kapitalerhaltungsvorschriften oder § 172 Abs. 4 HGB nicht eingreifen.⁵²⁶

Die Frage erübrigt sich für alle diejenigen Kapitalposten, die von Quasi-Gesellschaftern zur Verfügung gestellt werden, da insoweit § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf alle Rückzahlungen von Eigenkapital anzuwenden ist, die innerhalb von einem Jahr vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder danach erfolgen.⁵²⁷

Liegt ein Fall vor, in dem ein Gläubiger nicht als Quasi-Gesellschafter einzuordnen ist, seine Finanzierungsleistung aber als bilanzielles Eigenkapital verbucht ist, so kommt § 136 InsO immer dann zur Anwendung, wenn aufgrund entsprechender Einfluss-, Informations- und Vermögensrechte eine

⁵²² Zutreffend MüKoInsO/Gehrlein, § 136, Rn. 12.

⁵²³ Siehe zu der schuldrechtlichen Vereinbarung dieser finanzplankredittypischen Regelung oben unter C. III. 3.

⁵²⁴ Dazu oben unter C. III. 1. c).

⁵²⁵ KPB/Preuß, § 136, Rn. 11.

⁵²⁶ Vorschlag bei MüKoHGB/K. Schmidt, Anh. § 236, Rn. 34 („bisher nicht diskutiert“); vgl. auch Uhlenbruck/Hirte, § 136, Rn. 5, der insoweit einen Erst-recht-Schluss für möglich hält („spricht manches dafür“).

⁵²⁷ Dazu oben unter D. III. 1. b).

Stellung als „Quasi-Stiller-Gesellschafter“ zu bejahen ist.⁵²⁸ Eine weitere Differenzierung danach, ob Eigen- und Fremdkapital zur Verfügung gestellt wurde, ist nicht geboten, da das überlassene Kapital im Rahmen der analogen Anwendung in jedem Fall der stillen Einlage entspricht.

Relevanz hätte die Erweiterung des Anwendungsbereichs für solche Dritte, die nicht als Quasi-Gesellschafter und nicht als Quasi-Stille-Gesellschafter zu werten sind und Eigenkapital zur Verfügung stellen. Dies können solche Dritte sein, die keine § 233 HGB entsprechenden Einsichts- und Informationsrechte haben.⁵²⁹ Eine Einbeziehung solcher Dritter ist allerdings im Hinblick auf den Normzweck des § 136 InsO gerade nicht geboten, denn in ihrer Person fehlt es an einer problematischen Insiderstellung, welche die Anfechtung rechtfertigt.

c) Zwischenergebnis

Der persönliche Anwendungsbereich des § 136 InsO erfasst alle stillen Gesellschafter sowie in analoger Anwendung auch jeden Gläubiger, dem Rechte im Umfang des § 233 HGB sowie eine gewinnabhängige Vergütung eingeräumt sind. In sachlicher Hinsicht erlangt die Anfechtung immer dann Bedeutung, wenn es aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Parteien nach Eintritt eines Insolvenzgrundes aber nicht länger als ein Jahr vor Insolvenzantragstellung zu einer Rückzahlung des Kapitals oder einem Erlass einer bereits angefallenen Verlustbeteiligung kommt. Damit sind insbesondere solche Fälle erfasst, in denen ein vorinsolvenzlicher Rangrücktritt in Form eines Zahlungsverbotes vereinbart war und die Parteien dieses aufheben. Daneben ist die Situation erfasst, dass das Kündigungsrecht nach § 490 BGB zunächst ausgeschlossen war und die Parteien diese Abrede in der kritischen Zeit aufheben.

4. Ergebnis zur Relevanz gesellschaftsrechtlicher Insolvenzanfechtungstatbestände

Eine Rückzahlung von Mezzanine-Kapital innerhalb eines Jahres vor Stellung des Insolvenzantrages der Gesellschaft ist nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar, sofern eine Quasi-Gesellschafterstellung des Gläubigers begründet ist. Dies gilt nicht nur für fremdkapitalähnliches Mezzanine-Kapital, sondern auch für handelsbilanzielle Eigenkapitalposten. Für Vergütungszah-

⁵²⁸ Dazu soeben unter D.III.3.a).

⁵²⁹ An der gewinnabhängigen Vergütung kann es hingegen nicht fehlen, da diese zur Qualifikation als Eigenkapital unabdingbar ist; dazu oben unter B.IV.2.a).

lungen kommt eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO hingegen nicht in Betracht.

Eine darüberhinausgehende Anfechtbarkeit analog § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO alleine aufgrund der Vereinbarung eines Rangrücktritts ist abzulehnen, da es an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt.

Ein Insolvenzanfechtungsgrund aus § 136 InsO besteht gegenüber Gläubigern, bei denen es sich um stille Gesellschafter handelt oder denen Rechte im Umfang des § 233 HGB sowie eine gewinnabhängige Vergütung eingeräumt sind. Anfechtbar ist dann eine Rückzahlung des Kapitals oder der Erlass einer bereits angefallenen Verlustbeteiligung, der auf einer zwischen den Parteien nach Eintritt eines Insolvenzgrundes aber nicht länger als ein Jahr vor Antragstellung getroffenen Vereinbarung beruht.

Die Anfechtung nach § 136 InsO bildet damit eine bedeutsame Ergänzung zu den allgemeinen Tatbeständen der §§ 130 ff. InsO in denjenigen Fällen, in denen eine Anwendung des § 135 InsO mangels Quasi-Gesellschafterstellung ausscheidet. Insoweit ist Florstedt zu widersprechen, der in einer Fundamentalkritik dem § 136 InsO jede Existenzberechtigung abgesprochen hat.⁵³⁰ Zu Unrecht führt er aus, dass die in § 233 HGB niedergelegten Rechte zu schwach seien, um die Anfechtbarkeit rechtfertigen zu können und die Einräumung von Zustimmungsrechten und einer Teilhabe am Liquidationserlös vielfach bereits zu einer Gleichstellung mit einem Gesellschafter führe.⁵³¹ Dies lässt außer Acht, dass § 136 InsO auf inkongruente Deckungshandlungen beschränkt ist, während § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gerade auch die kongruente Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens im kritischen Jahreszeitraum erfasst. Dass sich daraus ergebende gestufte System ist in sich konsistent. Die Einräumung der schwachen Rechte eines stillen Gesellschafters rechtfertigt nur dann die Anfechtbarkeit einer Rückzahlung, wenn eine dahingehende Vereinbarung getroffen wurde, die zur Inkongruenz führt. Werden darüberhinausgehend gesellschaftergleiche Rechte eingeräumt, greift die weitaus schwerwiegendere Rechtsfolge der Anfechtbarkeit auch kongruenter Deckungshandlungen.

IV. Gläubigerschutz durch gesellschaftsrechtliche Haftungstatbestände

Als weiterer Baustein des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes werden in diesem Abschnitt Tatbestände der potenziellen Haftung eines Mezza-

⁵³⁰ Florstedt, ZInsO 2007, 914.

⁵³¹ Florstedt, ZInsO 2007, 914, 915 f., insoweit noch bezugnehmend auf das alte Eigenkapitalersatzrecht.

nine-Gläubigers gegenüber der Gesellschaft untersucht. Die Darstellung beschränkt sich dabei auf Haftungstatbestände, die als Rechtsfolge eine Verpflichtung des Mezzanine-Gläubigers zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen vorsehen. Zwar führt eine solche Haftung nicht im engeren Sinne zu einer Umqualifizierung des überlassenen Kapitals in gesetzliches Haftkapital. Allerdings ist mit ihr eine Auffüllung der Haftungsmasse bewirkt, welche den Drittgläubigern zugutekommt. Daneben ist der potenziellen Haftungsfolge eine abschreckende Wirkung immanent, welche zum Vorteil der Drittgläubiger präventiv einem Mittelabzug entgegenwirkt. Eine weiterreichende Aufarbeitung der Haftung für verbandsexterne Einflussnahmen ist nicht Anliegen dieser Arbeit.⁵³²

Nicht näher eingegangen wird auf eine etwaige Haftung des Mezzanine-Gläubigers gegenüber Drittgläubigern selbst, die in der Krise der Gesellschaft ausnahmsweise bestehen kann.⁵³³ Insbesondere eine Direkthaftung wegen Mitwirkung an einer Insolvenzverschleppung knüpft nämlich an eine Mitwirkung des Gläubigers an der (gescheiterten) Sanierung der Gesellschaft an, was ganz im Gegensatz zu dem hier untersuchten Verhalten des Mezzanine-Gläubigers steht, das von ihm überlassene Kapital in der Krise der Gesellschaft auf Kosten der übrigen Gläubiger in Sicherheit zu bringen. Auch eine etwaige Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung bleibt außer Betracht. Zwar wird eine solche Haftung derjenigen Dritten für möglich gehalten, die im Sinne der Kapitalerhaltung als Quasi-Gesellschafter gelten.⁵³⁴ Allerdings setzt dies eine Situation voraus, in der das Gesellschaftsvermögen von demjenigen des Quasi-Gesellschafters in keiner Weise mehr klar unterschieden werden kann.⁵³⁵ Dies wird kaum einmal vorkommen, denn einem Mezzanine-Gläubiger werden die zu einer derartigen Vermögensvermischung erforderlichen Einflussmöglichkeiten auf die Buchführung in aller Regel fehlen.

Nicht näher behandelt werden sollen angesichts der gesellschaftsrechtlichen Schwerpunktsetzung dieses Abschnitts auch allgemeine deliktische Haftungstatbestände. Hinsichtlich einer etwaigen Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wird es im Zusammenhang mit der verbandsexternen Einflussnahme in aller Regel ohnehin an einem haftungsrelevanten betriebsbezogenen Eingriff feh-

⁵³² Dazu monographisch etwa *Herwig*, Leitungsautonomie, passim; auch *Prütting*, ZGR 2015, 849; *Ekkenga*, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 15.

⁵³³ Vgl. *Hoffmann*, WM 2012, 10, 17, wonach in der Krise das „Gravitationsfeld des Insolvenzrechts“ die Bewertung externer Einflussnahme insoweit beeinflusst.

⁵³⁴ *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 339 ff.

⁵³⁵ *Scholz/Bitter*, § 13, Rn. 132.

len⁵³⁶ und auch eine Haftung nach § 826 BGB wegen Knebelung⁵³⁷ oder nach §§ 830, 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB als Anstifter oder Gehilfe einer Untreue der Geschäftsleitung⁵³⁸ können allenfalls in Ausnahmefällen relevant werden.

1. Haftung nach § 117 AktG

Nach § 117 Abs. 1 AktG ist schadensersatzpflichtig, wer vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats, einen Prokuristen oder einen Handlungsbevollmächtigten dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln. Die Vorschrift schützt – zumindest mittelbar – auch die Gesellschaftsgläubiger, was sich an § 117 Abs. 5 AktG zeigt, der diesen das Recht einräumt, den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend zu machen, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können.

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Die Haftungsandrohung nach § 117 AktG richtet sich nicht an einen bestimmten Personenkreis, sondern erfasst jede natürliche oder juristische Person, die Einfluss auf die Gesellschaft auszuüben vermag.⁵³⁹ Es geht nicht um die Sanktionierung einer Stellung als Quasi-Organ⁵⁴⁰ oder einer Verletzung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten.⁵⁴¹ Vielmehr handelt es sich um einen

⁵³⁶ Prütting, ZGR 2015, 849, 854 ff.; GK-AktG/Kort, § 117, Rn. 265; MüKoAktG/Spindler, § 117, Rn. 87; wohl großzügiger nur Hoffmann, WM 2012, 10, 16, der in dem Erfordernis des betriebsbezogenen Eingriffs ein Äquivalent zum Merkmal der Sittenwidrigkeit erblickt, sodass dieses in den Fällen der Existenzvernichtungshaftung zugleich verwirklicht sein könne (vgl. Fn. 73 a. a. O.).

⁵³⁷ Vgl. auch Merkel/Richrath, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 98, Rn. 177: jedenfalls keine Berührung mit dieser Fallgruppe bei Vereinbarung von üblichen Financial Covenants.

⁵³⁸ Vgl. hierzu nur Prütting, ZGR 2015, 849, 859 mit Ausführungen zu den strengen Anforderungen an die teilnahmefähige Haupttat.

⁵³⁹ Vgl. nur Prütting, ZGR 2015, 849, 870: „Jedermannsparagraph im klassisch deliktischen Sinne“.

⁵⁴⁰ Wilhelm, Dritterstreckung, S. 342; GK-AktG/Kort, § 117, Rn. 52 ff. (mit umfassenden Nachweisen zur dahingehenden Gegenansicht); § 117 AktG soll aber insbesondere in Fällen, in denen die erforderliche Außenwirkung des Handelns fehlt, als Ergänzung zum Haftungskonzept des faktischen Geschäftsführers taugen, vgl. Hoffmann, WM 2012, 10, 13 sowie unter D. IV. 3.

⁵⁴¹ Vielmehr sind umgekehrt die Wertungen des § 117 AktG bei der Frage, ob eine Haftung aus Treuepflichtverletzung in Betracht kommt, zu berücksichtigen, vgl. GK-AktG/Kort, § 117, Rn. 94.

rein deliktsrechtlichen Haftungstatbestand.⁵⁴² Die Möglichkeit zur Einflussnahme braucht deshalb nicht gesellschaftsrechtlich vermittelt sein, sondern kann insbesondere auch auf einer tatsächlichen oder vertraglichen Machtstellung beruhen.⁵⁴³ Auch Einflussnahmen in kreditvertraglichen Beziehungen werden daher als potentielle Anwendungsfälle identifiziert.⁵⁴⁴

Damit fällt im Grundsatz jeder Mezzanine-Gläubiger in den persönlichen Anwendungsbereich, da er zumindest potenziell Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben kann, sei es durch Wahrnehmung vertraglicher Rechte oder auf faktischer Ebene, etwa durch Androhung einer Kündigung der Finanzierung.⁵⁴⁵ Alleine mit dieser Stellung ist allerdings noch keine Haftungssanktion verbunden, sondern es bedarf einer vorsätzlichen Ausnutzung derselben zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Gesellschafter, was eine Frage des sachlichen Anwendungsbereichs ist.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Eine im Sinne der Norm relevante Ausnutzung des Einflusses kann in jeder Handlung liegen, mit der der Normadressat seinen Einfluss zum Schaden der Gesellschaft ausübt.⁵⁴⁶ Ein relevanter Schaden der Gesellschaft liegt in jeder Vermögenseinbuße, welche nach allgemeinen Grundsätzen durch Vergleich des Werts des tatsächlichen Gesellschaftsvermögens nach der Einflussnahme mit dem hypothetischen Wert des Vermögens ohne jene festzustellen ist.⁵⁴⁷

Ein Schaden der beeinflussten Gesellschaft ist ausgeschlossen, wenn in Folge der Einflussnahme auf eine fällige und durchsetzbare Forderung des Mezzanine-Gläubigers gezahlt wird.⁵⁴⁸ In der Befreiung der Gesellschaft von der entsprechenden Verbindlichkeit liegt in diesen Fällen eine schadensausschließende Kompensation. Auch bei hypothetischer Betrachtung des Gesell-

⁵⁴² *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 342; GK-AktG/*Kort*, § 117, Rn. 89 ff.; Hüffer/*Koch/Koch*, § 117, Rn. 2; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 117, Rn. 10; *Servatius*, *Covenants*, S. 132 f.

⁵⁴³ *Prütting*, ZGR 2015, 849, 871; GK-AktG/*Kort*, § 117, Rn. 118 ff.; H/S/*Henssler*, § 117 AktG, Rn. 2.

⁵⁴⁴ *Hoffmann*, WM 2012, 10, 13; Hüffer/*Koch/Koch*, § 117, Rn. 3; GK-AktG/*Kort*, § 117, Rn. 106 und 131.

⁵⁴⁵ Ähnlich *Bork*, WM 2014, 1841, 1848 für die Drohung mit der Einstellung der weiteren Kreditgewährung in einer Sanierungssituation.

⁵⁴⁶ GK-AktG/*Kort*, § 117, Rn. 134; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 117, Rn. 16.

⁵⁴⁷ GK-AktG/*Kort*, § 117, Rn. 142; *Spindler/Stilz/Schall*, § 117, Rn. 18.

⁵⁴⁸ So auch *Hoffmann*, WM 2012, 10, 13.

schaftsvermögens ohne die Beeinflussung hätte die Gesellschaft die Verbindlichkeit erfüllen müssen.

Anders liegt der Fall bei der Zahlung auf eine durch vorinsolvenzlichen Rangrücktritt gesperrte Forderung. Zwar wird die Gesellschaft auch in diesem Fall von einer Verbindlichkeit frei. Diese Befreiung von einer Verbindlichkeit stellt sich aus Sicht der Gesellschaft aber als wertlos dar, da diese durch den Rangrücktritt gesperrt war und nicht zu befriedigen gewesen wäre. Bei der gebotenen hypothetischen Betrachtung des Gesellschaftsvermögens ohne die Beeinflussung wäre das Vermögen daher nicht abgeflossen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Rangrücktritt als Zahlungsverbot unter Ausschluss der Erfüllbarkeit oder lediglich als Durchsetzungssperre in Form eines *pactum de non petendo* ausgestaltet ist. Auch in letzterem Fall ist bei der hypothetischen Betrachtung zu unterstellen, dass sich die Gesellschaft auf die sich aus dem Rangrücktritt ergebende Einrede berufen hätte.

In subjektiver Hinsicht fordert § 117 AktG vorsätzliches Handeln, wobei sich der Vorsatz in Gestalt von mindestens *dolus eventualis* auf alle Merkmale des objektiven Tatbestands beziehen muss.⁵⁴⁹ Hinsichtlich des Schadens genügt es dabei, dass der Täter die schädigende Wirkung seiner Einflussnahme überhaupt vorhersieht und sie gleichwohl vornimmt.⁵⁵⁰ An einem Vorsatz in diesem Sinne fehlt es insbesondere in Fällen, in denen ein Kreditgeber Einfluss nimmt und die schädigende Wirkung nicht vorhersieht, weil er annimmt im Interesse einer Sanierung der Gesellschaft zu handeln.⁵⁵¹

In denjenigen Fällen hingegen, in denen ein Mezzanine-Gläubiger auf die Gesellschaft einwirkt, um eine gegen den Rangrücktritt verstoßende Zahlung zu erreichen, ist ohne weiteres davon auszugehen, dass er die schädigende Wirkung dieses Verhaltens kennt. Er handelt von vornherein nicht in einem vermeintlichen Interesse der Gesellschaft, sondern es geht ihm alleine darum, in eigennütziger Weise das eingesetzte Kapital oder eine Vergütung zu erhalten, ohne auf die Krise der Gesellschaft Rücksicht zu nehmen.

Aus der deliktsrechtlichen Natur des § 117 AktG folgt, dass neben der Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestandes auch die Rechtswidrigkeit der fraglichen Einflussnahme Haftungsvoraussetzung ist.⁵⁵² In der Literatur ist umstritten, ob die Rechtswidrigkeit der Einflussnahme durch die

⁵⁴⁹ Prütting, ZGR 2015, 849, 874; H/S/Henssler, § 117 AktG, Rn. 4.

⁵⁵⁰ GK-AktG/Kort, § 117, Rn. 165; H/S/Henssler, § 117 AktG, Rn. 4; KK-AktG/Mertens/Cahn, § 117, Rn. 23.

⁵⁵¹ Bork, WM 2014, 1841, 1848.

⁵⁵² Insoweit unstrittig; vgl. nur GK-AktG/Kort, § 117, Rn. 155; MüKoAktG/Spindler, § 117, Rn. 31.

Erfüllung des Tatbestandes indiziert wird oder ob es sich um einen offenen Tatbestand handelt mit der Folge, dass sie anhand einer umfassenden Interessen- und Güterabwägung positiv festgestellt werden muss.⁵⁵³ Bedeutsam wird diese Frage bei Maßnahmen, die zwar zu einem Vermögensschaden führen, aber dennoch im Interesse der Gesellschaft liegen⁵⁵⁴ oder bei deren Vornahme sich der beeinflusste Geschäftsleiter im Rahmen seines Leitungsermessens einschließlich der *business judgement rule* bewegt.⁵⁵⁵ In Fällen einer entgegen einem Rangrücktritt verstoßenden Zahlung wird die Rechtswidrigkeit hingegen unschwer positiv festzustellen sein. Eine Zahlung ohne Bestehen einer Zahlungspflicht liegt nicht im Interesse der Gesellschaft und ist auch nicht vom Leitungsermessens der Geschäftsleitung gedeckt.

c) Rechtsfolgen

§ 117 Abs. 1 Satz 1 AktG begründet einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft. Nach den allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB ist dabei der Zustand herzustellen, der bestünde, wäre der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten.⁵⁵⁶

Bei Zahlung entgegen einem Rangrücktritt führt dies dazu, dass der Mezzanine-Gläubiger die empfangenen Zahlungen zurück zu gewähren hat. Gerät die Gesellschaft durch den Mittelabfluss in Insolvenz, sind daneben auch insolvenzbedingte Folgeschäden ersatzfähig, etwa entgangener Gewinn, insolvenzbedingte Zerschlagungsverluste oder die Insolvenzverfahrenskosten.⁵⁵⁷

Daneben können Aktionäre der Gesellschaft nach § 117 Abs. 1 Satz 2 AktG einen eigenen Anspruch auf Ersatz solcher Schäden geltend machen, die über den sogenannten Reflexschaden, der in dem mittelbaren Schaden durch Schädigung der Gesellschaft liegt, hinausgehen.⁵⁵⁸ Der Anspruch der Gesellschaft kann zudem auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können (§ 117 Abs. 5 Satz 1 AktG). Voraussetzung ist, dass die Gesellschaft zur Begleichung des Anspruchs objektiv nicht in der Lage ist.⁵⁵⁹ Nach überwiegen-

⁵⁵³ Vgl. die Darstellung des Meinungsstandes bei GK-AktG/Kort, § 117, Rn. 155 ff.

⁵⁵⁴ Spindler/Stilz/Schall, § 117, Rn. 24.

⁵⁵⁵ Heptner, Leitungsmacht, S. 179; Spindler/Stilz/Schall, § 117, Rn. 24.

⁵⁵⁶ GK-AktG/Kort, § 117, Rn. 142; Spindler/Stilz/Schall, § 117, Rn. 18; MüKo-AktG/Spindler, § 117, Rn. 27.

⁵⁵⁷ Vgl. zur gleichlaufenden, dahingehenden Schadensberechnung im Falle der Existenzvernichtungshaftung noch unten unter D.IV.2. d).

⁵⁵⁸ GK-AktG/Kort, § 117, Rn. 180; Spindler/Stilz/Schall, § 117, Rn. 20.

⁵⁵⁹ GK-AktG/Kort, § 117, Rn. 237.

der Meinung handelt es sich um einen eigenen Anspruch der Gläubiger und nicht bloß um das Recht zur Geltendmachung des Anspruchs der Gesellschaft im Wege der Prozessstandschaft.⁵⁶⁰ Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann dieser Anspruch nur noch vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden (§ 117 Abs. 5 Satz 3 AktG).

d) Analoge Anwendung außerhalb des Aktienrechts

In der Literatur wird erwogen, § 117 AktG auch außerhalb des Aktienrechts heranzuziehen. Insbesondere finden sich Stimmen, die eine analoge Anwendung auf die GmbH befürworten.⁵⁶¹ So führt Prütting aus, § 117 AktG beruhe auf der Erkenntnis des Gesetzgebers, dass eine rein deliktsrechtliche Haftung nach § 826 BGB nicht ausreichend sei und diese Erkenntnis sei nicht auf das Aktienrecht beschränkt.⁵⁶² Für den Schutz der Integrität der Entscheidungsträger, die rechtlich bindend agieren können und das Potential besitzen, der Gesellschaft schweren Schaden zuzufügen, bestehe in der GmbH gleichermaßen ein Bedürfnis.⁵⁶³ Auch der deliktsrechtliche Charakter der Vorschrift spreche gegen eine Beschränkung auf die AG.⁵⁶⁴

Eine analoge Anwendung ist dennoch abzulehnen, da es sich um eine Spezialvorschrift des Aktienrechts handelt, die einer Analogie nicht zugänglich ist.⁵⁶⁵ Grund für die Haftungsandrohung sind gerade die Besonderheiten der Verfassung der AG. Diese bestehen zum einen in der Leitungsautonomie des Vorstands und zum anderen in der Weisungsfreiheit des Aufsichtsrates gegenüber der Hauptversammlung, deren Integrität jeweils durch § 117 AktG abgesichert wird.⁵⁶⁶ Im Hinblick auf die weisungsabhängige Geschäftsführung einer GmbH besteht insoweit keine vergleichbare Interessenlage.⁵⁶⁷ Insoweit sind die Regelungen des Deliktsrechts, der Organhaftung sowie die

⁵⁶⁰ Vgl. nur GK-AktG/Kort, § 117, Rn. 238 m. w. N. auch zur Gegenansicht.

⁵⁶¹ Prütting, ZGR 2015, 849, 880 ff.; Hoffmann, WM 2012, 10, 13; Burgard, ZIP 2002, 827, 837 ff.; tendenziell auch Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 13, Rn. 44.

⁵⁶² Prütting, ZGR 2015, 849, 881 f.

⁵⁶³ Prütting, ZGR 2015, 849, 883.

⁵⁶⁴ Prütting, ZGR 2015, 849, 885.

⁵⁶⁵ Servatius, Covenants, S. 138 f.; Wilhelm, Dritterstreckung, S. 346 bei Fn. 354; GK-AktG/Kort, § 117, Rn. 290; gegen eine Analogie auch Staudinger/Oechsler, § 826, Rn. 282.

⁵⁶⁶ GK-AktG/Kort, § 117, Rn. 6; Hüffer/Koch/Koch, § 117, Rn. 1: Schutz der Integrität des Verwaltungshandelns; ähnlich H/S/Henssler, § 117 AktG, S. 1: Autonomie der Willensbildung.

⁵⁶⁷ Servatius, Covenants, S. 138 f.; Spindler/Stilz/Schall, § 117, Rn. 34.

Instrumente der Treuepflicht und der Existenzvernichtungshaftung als abschließender Regelungskomplex zu begreifen.⁵⁶⁸

Dieses Verständnis spiegelt sich auch in der Gesetzesbegründung zum AktG wieder, mit welchem der Schutz des § 117 AktG auf Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte mit der Begründung erweitert wurde, die Aktiengesellschaft bedürfe auch insoweit eines besonderen Schutzes gegen eine Beeinflussung, da auch jene von den Aktionären nur beschränkt überwacht werden könnten.⁵⁶⁹ In der GmbH besteht diese Situation nicht, denn nach § 46 Nr. 7 GmbHG steht bezüglich der Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten die interne Entscheidungsbefugnis der Gesellschafterversammlung zu. Ebenso kann die Gesellschafterversammlung als oberstes Gesellschaftsorgan jederzeit die Entscheidungen über die Beendigung der handelsrechtlichen Vollmachten an sich ziehen.⁵⁷⁰ Die Möglichkeit der Überwachung ergibt sich für GmbH-Gesellschafter aus § 51a GmbH, der erheblich weiter reicht als das hauptversammlungsgebundene Auskunftsrecht der Aktionäre aus § 131 AktG.

e) Zusammenfassung

Die Haftung nach § 117 AktG ist geeignet, Schutzlücken im Bereich der verbandsexternen Einflussnahme durch Mezzanine-Gläubiger zu schließen. Eine Haftung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Gesellschaft veranlasst wird, eine gegen einen vorinsolvenzlichen Rangrücktritt verstößende Zahlung vorzunehmen. In diesen Fällen führt die Haftung zu einem Anspruch der Gesellschaft auf Rückgewähr der geleisteten Zahlungen sowie auf Ersatz aller insolvenzbedingten Folgeschäden. Die Schutzwirkung des § 117 AktG ist aber auf die AG beschränkt.

2. Existenzvernichtungshaftung

Die nicht kodifizierte und durch die Rechtsprechung geprägte und entwickelte Figur der Existenzvernichtungshaftung hat ihren Ausgangspunkt in der Vorstellung, dass das gesetzliche Gläubigerschutzkonzept Lücken enthält.⁵⁷¹ Insbesondere wird die rein bilanzielle Anknüpfung der Kapitalerhaltungsvor-

⁵⁶⁸ GK-AktG/Kort, § 117, Rn. 290; ähnlich Staudinger/Oechsler, § 826, Rn. 282: § 826 BGB als praktisch geeignetere Norm.

⁵⁶⁹ BegrRegE AktG, BT Drucks. 4/171, 146.

⁵⁷⁰ Vgl. nur MüKoGmbHG/Liebscher, § 46, Rn. 216.

⁵⁷¹ BGHZ 173, 246, Rz. 16; Scholz/Bitter, § 13, Rn. 153; MüKoGmbHG/Liebscher, Anh. § 13, Rn. 95.

schriften als unzureichend erkannt, da sie nicht geeignet ist, nicht in einem Vermögensabfluss bestehende oder nicht bilanziell erfassbare nachteilige Eingriffe zu erfassen.⁵⁷²

Der als lückenhaft erkannte Gläubigerschutz wurde vom BGH zunächst in der *Autokrahn*-Entscheidung durch das Konzept des sogenannten qualifiziert faktischen Konzerns adressiert.⁵⁷³ Dabei sollte in Analogie zu den Vorschriften des aktienrechtlichen Vertragskonzerns ein herrschendes Unternehmen gegenüber der abhängigen GmbH zum Verlustausgleich verpflichtet sein, wenn es kompensationslos in das Gesellschaftsvermögen eingriff.⁵⁷⁴ Führt der Eingriff zur Insolvenz, so sollte das herrschende Unternehmen analog § 303 AktG den Gläubigern unmittelbar haften.⁵⁷⁵

Mit seiner Entscheidung in der Sache *Bremer Vulkan* gab der BGH den qualifiziert faktischen Konzern auf und entwickelte die Figur des existenzvernichtenden Eingriffs. Hiernach hatte der Gesellschafter einer GmbH im Sinne einer Durchgriffshaftung für die Gesellschaftsschulden persönlich einzustehen, wenn er auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens keine Rücksicht genommen und der Gesellschaft ohne angemessenen Ausgleich Vermögenswerte entzogen hatte, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigte.⁵⁷⁶ In einem solchen Verhalten erblickte der BGH einen Missbrauch der Rechtsform der GmbH, sodass die Berechtigung verloren gehen sollte, sich auf die Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG zu berufen.⁵⁷⁷

Mit dem Urteil in Sachen *Trihotel* gab der BGH das Konzept einer Durchgriffshaftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf.⁵⁷⁸ Stattdessen knüpft er nunmehr die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens an und ordnet sie – in Gestalt einer schadensersatzrechtlichen Innenhaftung gegenüber der Gesell-

⁵⁷² BGHZ 173, 246, Rz. 24; Scholz/Bitter, § 13, Rn. 153. Insoweit besteht eine Überschneidung mit der durch das MoMiG kodifizierten Insolvenzverursachungshaftung, welche ebenfalls das Problem des lückenhaften Schutzes der bilanziell orientierten Kapitalerhaltung adressiert und für gewisse Teilbereiche neben die Existenzvernichtungshaftung tritt, vgl. BegrRegE MoMiG, BT Drucks. 16/6140, 46.

⁵⁷³ BGHZ 95, 330.

⁵⁷⁴ BGHZ 95, 330, 345; BGHZ 107, 7, 16; BGHZ 115, 187, 192f. Bei unabhängigen Gesellschaften dagegen waren Eingriffe des Gesellschafters bis zur Grenze des § 30 GmbH uneingeschränkt zulässig; vgl. Scholz/Bitter, § 13, Rn. 154.

⁵⁷⁵ BGHZ 95, 330, 346f.; BGHZ 115, 187, 192f.; BGHZ 122, 123, 126f.

⁵⁷⁶ BGHZ 151, 181.

⁵⁷⁷ BGHZ 151, 181, 187.

⁵⁷⁸ BGHZ 173, 246.

schaft – als Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nach § 826 BGB ein.⁵⁷⁹

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Haftungsadressaten der Existenzvernichtungshaftung im Sinne der *Trihotel*-Rechtsprechung sind zunächst alle Gesellschafter unabhängig vom Umfang ihrer Beteiligung. Nach Aufgabe der konzernrechtlichen Anknüpfung kommt es weder auf einen beherrschenden Einfluss noch auf eine das Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 5 InsO überschreitende Beteiligung an.⁵⁸⁰

aa) Meinungsstand

Über die Formalgesellschafter hinaus werden auch mittelbare Gesellschafter als taugliche Haftungsadressaten erachtet.⁵⁸¹ Es sei in diesen Fällen nicht auf die formaljuristische Konstruktion, sondern auf die tatsächliche Einflussmöglichkeit abzustellen.⁵⁸² Der BGH spricht insoweit auch von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise.⁵⁸³ Daneben wird auch die Einbeziehung von faktischen Gesellschaftern befürwortet, welche über Treuhand- oder Strohmannkonstruktionen Einfluss nehmen und daher einem Gesellschafter gleichstehen.⁵⁸⁴ Zum Teil wird der persönliche Anwendungsbereich darüber hinaus mit Blick auf atypische stille Gesellschafter in Übereinstimmung mit denjenigen Voraussetzungen definiert, unter denen diese als Quasi-Gesellschafter dem Recht der Gesellschafterdarlehen unterfallen.⁵⁸⁵

Demgegenüber sollen Banken genauso wie Geschäftsführer der Gesellschaft und ihre Berater nach herrschender Meinung nicht selbst Haftungsadressaten des § 826 BGB sein, sondern nur als Gehilfen oder Anstifter nach

⁵⁷⁹ BGHZ 173, 246, Rz. 17.

⁵⁸⁰ GK-GmbHG/Casper, Anh. § 77, Rn. 123.

⁵⁸¹ BGHZ 173, 246, Rz. 44; GK-GmbHG/Casper, Anh. § 77, Rn. 125.

⁵⁸² BGHZ 173, 246, Rz. 44; H/S/Verse, § 13 GmbHG, Rn. 62.

⁵⁸³ BGH, NZG 2012, 1069, Rz. 31.

⁵⁸⁴ BGHZ 173, 246, Rz. 45; H/S/Verse, § 13 GmbHG, Rn. 62; ablehnend Witt, DNotZ 2008, 213, 225, der insoweit nur eine Haftung als Teilnehmer nach § 830 BGB für möglich hält.

⁵⁸⁵ H/S/Servatius, § 230 HGB, Rn. 38; MüKoHGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 14; ähnlich Wilhelm, Dritterstreckung, S. 329 f., der die Existenzvernichtungshaftung allerdings in der Treuepflichtbindung fundiert und diese auf Dritte erstrecken möchte. Vgl. zur begrenzten Reichweite der Treuepflicht in Bezug auf Mezzanine-Gläubiger aber oben unter D. II. 3. a).

§ 830 BGB haften können.⁵⁸⁶ Nur vereinzelt wird demgegenüber auch eine Haftung von Kreditgebern befürwortet, sofern diese durch einen atypischen Einflussnahmevorsprung das Kräftegleichgewicht zwischen den *Stakeholdern* stören.⁵⁸⁷ Darüber hinaus finden sich vereinzelt Überlegungen, das Rechtsinstitut der Existenzvernichtungshaftung losgelöst vom Gesellschaftsrecht und damit von der (Quasi-)Gesellschafterstellung fruchtbar zu machen und jeden planmäßigen Entzug des Vermögens einer insolvenzreifen Gesellschaft zum Nachteil der Gläubiger der Regelung des § 826 BGB zu unterwerfen.⁵⁸⁸

bb) Eigene Würdigung

Es ist zunächst folgerichtig, die gleichen Grundsätze zur Einbeziehung von Quasi-Gesellschaftern anzuwenden, die bei der Erstreckung des Rechts der Gesellschafterdarlehen und der Kapitalerhaltungsvorschriften gelten. Der Existenzvernichtungshaftung kommt insoweit eine Ergänzungsfunktion zur Kapitalerhaltung zu, indem sie als eine das gesetzliche Kapitalerhaltungssystem ergänzende, aber deutlich darüber hinausgehende Entnahmesperre wirkt.⁵⁸⁹ Bei entsprechender Vermögensbeteiligung und Einflussmöglichkeiten können daher Mezzanine-Gläubiger als Quasi-Gesellschafter in den persönlichen Anwendungsbereich der Existenzvernichtungshaftung fallen.

Es gibt aber keinen Grund, den Anwendungsbereich der Existenzvernichtungshaftung auf den dergestalt bestimmten Kreis der Gesellschafter und Quasi-Gesellschafter zu beschränken. Vielmehr ist Gehrlein zuzustimmen, dass im Grundsatz jeder planmäßige Entzug von Vermögenswerten zu Lasten der Gläubiger an § 826 BGB zu messen ist.⁵⁹⁰ Bereits die dogmatische Verortung der Haftung im allgemeinen Deliktsrecht spricht gegen eine Beschränkung des Kreises der Haftungsadressaten. Nachdem die dogmatische Grundlage sich von ihrer anfangs konzernrechtlichen Prägung („qualifiziert faktischer Konzern“) gelöst hat, ist es konsequent, auch die Anknüpfung an eine Gesellschafterstellung aufzugeben und stattdessen alleine an tatsächlich ausgeübte Einflussmacht anzuknüpfen.⁵⁹¹

⁵⁸⁶ H/S/Verse, § 13 GmbHG, Rn. 63; MüKoGmbHG/Liebscher, Anh. § 13, Rn. 599 ff.; GK-GmbHG/Casper, Anh. § 77, Rn. 126 f.; noch restriktiver, auch eine Haftung von Beratern und Banken als Mittäter als unverhältnismäßig ablehnend *Vetter*, BB 2007, 1965, 1969.

⁵⁸⁷ Hoffmann, WM 2012, 10, 13 f.

⁵⁸⁸ Gehrlein, DB 2016, 1177, 1183.

⁵⁸⁹ BGHZ 173, 246, Rz. 28.

⁵⁹⁰ Zutreffend Gehrlein, DB 2016, 1177, 1183.

⁵⁹¹ Tendenziell auch BeckOK-GmbHG/Servatius, Konzernrecht, Rn. 485.1; jedwede Haftung Dritter hingegen ausdrücklich ablehnend GK-GmbHG/Casper, Anh. § 77, Rn. 126.

Soweit vorgebracht wird, es handele sich trotz Fundierung im allgemeinen Deliktsrecht um ein Sonderdelikt für Gesellschafter, da nur jene die besondere Verantwortung gegenüber dem Gesellschaftsvermögen treffe,⁵⁹² ist dem zu widersprechen. Eine solch schematische Betrachtung im Sinne einer Finanzierungs(folgen)verantwortung ist jedenfalls im Zusammenhang mit der Existenzvernichtungshaftung anders als beim Recht der Gesellschafterdarlehen nicht geboten. Während letzteres nämlich an eine abstrakte Gefahr anknüpft und daher definiert werden muss, von wem diese abstrakte Gefahr ausgeht, steht bei der Existenzvernichtung stets eine konkrete Handlung im Raum, die an den Tatbestandsmerkmalen des § 826 BGB gemessen werden kann. Anders als das Recht der Gesellschafterdarlehen knüpft die Existenzvernichtungshaftung keine Rechtsfolge alleine an das Bestehen eines bestimmten Zustandes.⁵⁹³ Es sollte vielmehr an die zu § 826 BGB anerkannte Fallgruppe des kollusiven Zusammenwirkens Dritter mit dem Schuldner in Gläubigerbenachteiligungsabsicht angeknüpft werden.⁵⁹⁴

Der BGH führt in seiner Entscheidung in der Sache *KBV* aus, dass der planmäßige Vermögensentzug zu Lasten der Gläubiger die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit und eines rechtswidrig vorsätzlichen Handelns erfülle.⁵⁹⁵ Diese Erkenntnis ist nicht auf Gesellschafter und Quasi-Gesellschafter als „Täter“ beschränkt. Dahingehend kann auch der in der *Trihotel* Entscheidung postulierte Grundsatz verstanden werden, es sei nicht auf die formaljuristische Konstruktion, sondern auf die tatsächliche Einflussmöglichkeit abzustellen.⁵⁹⁶ Mit der darin zum Ausdruck kommenden, vom BGH so bezeichneten wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist es ohne größeren Begründungsaufwand vereinbar, im nächsten Entwicklungsschritt der Existenzvernichtungshaftung alleine maßgeblich darauf abzustellen, ob der potenzielle Haftungsadressat hinreichende Einflussmöglichkeiten hatte, um den Tatbestand der sittenwidrigen Schädigung zu verwirklichen.⁵⁹⁷ Die Art und Weise, wie der Einfluss des Gläubigers begründet ist, ob er also auf einer gesellschaftsrechtlichen Verbindung beruht, schuldrechtlicher oder rein faktischer Natur ist, sollte demgegenüber für die Frage der grundsätzlichen Tauglichkeit als Adressat des § 826 BGB keine Rolle spielen.

⁵⁹² MüKoGmbHG/Liebscher, Anh. § 13, Rn. 586; H/S/Verse, § 13 GmbHG, Rn. 62.

⁵⁹³ Zutreffend darauf hinweisend, dass § 826 BGB keine Haftung alleine für das Bestehen einer Machtposition begründet, sondern es stets auf deren Ausübung ankomme, auch Hoffmann, WM 2012, 10, 15 f.

⁵⁹⁴ Zu dieser Fallgruppe vgl. Staudinger/Oechsler, § 826, Rn. 339.

⁵⁹⁵ BGHZ 151, 181, 185.

⁵⁹⁶ BGHZ 173, 246, Rz. 44.

⁵⁹⁷ Vgl. MüKoHGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 14 zur Einbeziehung des stillen Gesellschafters, der „seinen Einfluss für Eingriffe in die finanziellen Existenzgrundlagen der Handelsgesellschaft missbraucht“.

Eine deliktisch relevante Verantwortung für die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens als Haftungsmasse kann daher letztlich jeden treffen, der, sei es schuldrechtlich oder aufgrund wirtschaftlichen Drucks, Einflussmöglichkeiten erlangt, die ihm einen Zugriff auf diese Haftungsmasse ermöglichen.⁵⁹⁸ Dies ist gegenüber den danach potenziellen Haftungsadressaten schon deshalb nicht unbillig, da alleine mit der Erlangung der entsprechenden Einflussmöglichkeiten noch keine Haftungssanktion verbunden ist, sondern es stets deren Ausnutzung zur sittenwidrigen Schädigung der Gesellschaft bedarf, was sich als Frage des sachlichen Anwendungsbereichs darstellt.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Der Tatbestand der Existenzvernichtungshaftung im Sinne der *Trihotel*-Rechtsprechung setzt einen „kompensationslosen“ Eingriff in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen voraus.⁵⁹⁹ Es muss ein betriebsfremder Entzug von Gesellschaftsvermögen vorliegen, der zur Insolvenz der Gesellschaft führt oder diese vertieft.⁶⁰⁰ Die erforderliche Sittenwidrigkeit wird durch den planmäßigen Entzug des Gesellschaftsvermögens im Sinne einer Verringerung der Zugriffsmasse zu Lasten der Gläubiger und zum eigenen Vorteil begründet.⁶⁰¹

Zur Präzisierung der erforderlichen Intensität des Eingriffs haben sich verschiedene Maßstäbe herausgebildet. Zum Teil wird vorgeschlagen, auf einen Drittvergleich abzustellen, wonach solche Maßnahmen als relevante Eingriffe zu werten sind, die ein Geschäftsführer einer unabhängigen Gesellschaft nicht in eigener Verantwortung vornehmen würde.⁶⁰² Vergleichbar ist die Auffassung, welche darauf abstellt, ob die fragliche Maßnahme über das operative Tagesgeschäft hinausgeht.⁶⁰³ Andernorts wird ein Verstoß gegen die „Mindeststandards ordnungsgemäßen unternehmerischen Verhaltens“ gefordert.⁶⁰⁴ Wieder andere verlangen, dass im Eingriffszeitpunkt *ex ante* er-

⁵⁹⁸ In diesem Sinne auch *Hoffmann*, WM 2012, 10, 13 f.

⁵⁹⁹ Vgl. nur BGHZ 173, 246, Rz. 16, anknüpfend an die von der vorangegangenen Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen.

⁶⁰⁰ BGHZ 173, 246, Rz. 31; H/S/Verse, § 13 GmbHG, Rn. 52; Michalski/*Servatius*, Systematische Darstellung 4, Rn. 403.

⁶⁰¹ BGHZ 173, 246, Rz. 30; MüKoGmbHG/*Liebscher*, Anh. § 13, Rn. 567.

⁶⁰² *Drygala*, GmbHR 2003, 729, 733; ähnlich Michalski/*Servatius*, Systematische Darstellung 4, Rn. 403.

⁶⁰³ *K. Schmidt*, NJW 2001, 3577, 3580; MüKoGmbHG/*Liebscher*, Anh. § 13, Rn. 541.

⁶⁰⁴ *Altmeppen*, ZIP 2001, 1837, 1845.

kennbar sein muss, dass der Eingriff so rücksichtslos und ruinös war, dass ein Insolvenzrisiko bei objektiver Betrachtung als möglich erscheint.⁶⁰⁵

aa) Zahlungen auf fällige Forderungen

Die Entgegennahme einer von der Gesellschaft bei Fälligkeit getätigten Rückzahlung des überlassenen Kapitals oder einer vertragsgemäßen Vergütungszahlung stellen keine tauglichen Anknüpfungspunkte für eine Existenzvernichtungshaftung des Mezzanine-Gläubigers dar. In der Literatur wird zwar zum Teil angenommen, die Rückzahlung eines fälligen Gesellschafterdarlehens könne eine Haftung des Zahlungsempfängers wegen Existenzvernichtung begründen.⁶⁰⁶ Dies kann indes nicht überzeugen, da kein kompensationsloser Eingriff in das Gesellschaftsvermögen vorliegt, sondern die Gesellschaft von einer wirklich bestehenden Verbindlichkeit befreit wird.⁶⁰⁷ Alleine die Entgegennahme einer Zahlung kann nicht einmal als Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung gewertet werden. Es fehlt an einer haftungsbegründenden Handlung des Gläubigers. Es würde letztlich das bloße Unterlassen einer Stundung sanktioniert, welches jedoch einem aktiven Tun im Sinne des § 826 BGB nicht gleichgestellt werden kann.⁶⁰⁸ Zudem sollen nach § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen nicht mehr dem Kapitalschutzsystem unterliegen, was auch für den ergänzenden Tatbestand der Existenzvernichtung gelten muss.⁶⁰⁹

Resultiert die Fälligkeit der beglichenen Forderung aus einer vorangegangenen Kündigung durch den Gläubiger, so gilt nichts anderes. Auch in der Ausübung eines Kündigungsrechts kann kein tauglicher Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung erblickt werden. Zwar liegt eine Handlung des Gläubigers in der Kündigungserklärung vor, jedoch taugt diese nicht als Anknüpfungspunkt. Allein in der Fälligstellung und Rückforderung kann keine Existenzvernichtung liegen, da weder durch die Geltendmachung noch durch eine dadurch verursachte Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Gesellschaft Vermögenswerte entzogen werden, sondern das Vermögen im folgenden Insolvenzverfahren geordnet und gemäß eines vereinbarten Nachrangs verteilt wird.⁶¹⁰

Der Eingriff wäre zudem unter keinem Gesichtspunkt betriebsfremd, hätte also nicht die erforderliche Eingriffsintensität. Die Entgegennahme einer

⁶⁰⁵ MüKoGmbHG/Liebscher, Anh. § 13, Rn. 541.

⁶⁰⁶ Seidel/Wolf, NZG 2016, 921, 925; BeckOK-GmbHG/Wilhelmi, § 13, Rn. 91.

⁶⁰⁷ Huber, ZIP Beilage 39/2010, 7, 9.

⁶⁰⁸ So auch BGHZ 176, 204, Rz. 12.

⁶⁰⁹ Huber, ZIP Beilage 39/2010, 7, 9 f.

⁶¹⁰ Seidel/Wolf, NZG 2016, 921, 924.

fälligen Zahlung oder die Ausnutzung einer vertraglich oder gesetzlich eingeräumten Kündigungsmöglichkeit liegen nämlich nicht außerhalb des Tagesgeschäfts. Ebenso wenig verstößt ein solcher Vorgang gegen die Mindeststandards ordnungsgemäßen unternehmerischen Verhaltens. Vielmehr handelt es sich bei der Ausübung des Kündigungsrechts um eine unternehmerische Entscheidung, die im Sinne des Drittvergleichs marktüblich ist.

Der Gläubiger, der nicht aufgrund einer Nachrangvereinbarung oder eines Ausschlusses von Kündigungsrechten beschränkt ist, hat daher aus etwaiger Existenzvernichtungshaftung keine Pflicht zur Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der übrigen Gesellschaftsgläubiger. Er gehört vielmehr zu denjenigen Gläubigern, zu dessen Befriedigung das Gesellschaftsvermögen vorrangig dient. Er kann daher durch Fälligestellung seiner Forderung die Insolvenz auslösen, ohne eine Inanspruchnahme aus Existenzvernichtungshaftung zu befürchten.

bb) Zahlungen trotz Rangrücktritt

Für die Frage, inwieweit in einer entgegen einem Rangrücktritt erfolgten Zahlung ein relevanter Eingriff vorliegt, kommt es auf die Rechtsnatur des vereinbarten Rangrücktritts an, ob also eine Durchsetzungssperre in Gestalt eines *pactum de non petendo* oder darüber hinaus ein Zahlungsverbot unter Ausschluss der Erfüllbarkeit vereinbart ist.

Ist eine bloße Durchsetzungssperre vereinbart, so ist nur eine Einrede begründet, auf die sich die Gesellschaft berufen kann, aber nicht muss. Tut sie dies nicht, sondern zahlt trotz Rangrücktritt, fehlt es an einer tauglichen Eingriffshandlung des Gläubigers. Die bloße Entgegennahme der Zahlung kann nicht als betriebsfremder Eingriff gewertet werden. Es fehlt an einer haftungsbegründenden Handlung.⁶¹¹

Ist ein Zahlungsverbot vereinbart, so kann mit Tilgungswirkung nur gezahlt werden, wenn dieses zuvor oder gleichzeitig aufgehoben wird. Daher wird vielfach auch in einer gegen das Zahlungsverbot verstoßenden Zahlung eine konkludente Aufhebung des Rangrücktritts zu erblicken sein.⁶¹² Die Willenserklärung des Mezzanine-Gläubigers gerichtet auf Abschluss einer entsprechenden Aufhebungsvereinbarung bildet den Anknüpfungspunkt für einen betriebsfremden Eingriff.

⁶¹¹ Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 13, Rn. 36 für das bloße „Zulassen“ von Zahlungen auf Forderungen, die nach dem früheren Eigenkapitalersatzrecht „gesperrt“ waren.

⁶¹² Vgl. dazu unter C. II. 1.

Dies kann nicht deshalb verneint werden, weil durch die Aufhebungsvereinbarung selbst der Gesellschaft kein Vermögen im Sinne einer Verminderung der Aktiva entzogen wird. Ein relevanter Vermögensentzug im Sinne der Existenzvernichtungshaftung kann nämlich auch durch Erhöhung der Verbindlichkeiten bewirkt werden.⁶¹³ Die Mehrung von Schulden stellt sich aus der Sicht der betroffenen Gläubiger nicht anders dar als ein Entzug von Aktivvermögen.⁶¹⁴ Der betriebsfremde Eingriff bei der Aufhebung eines Zahlungsverbotes liegt darin, dass durch die Aufhebung die Schulden der Gesellschaft vermehrt werden, indem die betreffende Forderung nunmehr in die Überschuldungs- oder Liquiditätsbilanz einzubuchen ist und damit die Insolvenzreife herbeigeführt wird.

Die erforderliche Eingriffsintensität liegt darin, dass eine Aufhebung der Zahlungssperre gegen die Mindeststandards ordnungsgemäßen unternehmerischen Verhaltens verstößt und damit in jedem Fall außerhalb des Tagesgeschäfts liegt. Auch einem Drittvergleich hält ein solcher Vorgang nicht stand. Ein unabhängiger Geschäftsführer hätte bei drohender Insolvenz nicht den „rettenden“ vorinsolvenzlichen Rangrücktritt aufgehoben. Durch seine Mitwirkung an der Aufhebung der Zahlungsbeschränkung verstößt der Mezzanine-Gläubiger gegen seine Pflicht zur Respektierung der Bindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der übrigen Gläubiger. Diese Pflicht resultiert anders im Fall eines Gesellschafters nicht aus der Instrumentalisierung der GmbH als haftungsbegrenzende Institution,⁶¹⁵ sondern aus der vertraglichen Übernahme dieser Verpflichtung durch Vereinbarung eines Nachrangs.

c) Subjektiver Tatbestand

Im Hinblick auf den subjektiven Tatbestand genügt es dem Vorsatzerfordernis, wenn dem Handelnden bewusst ist, dass durch den Eingriff das Gesellschaftsvermögen sittenwidrig geschädigt wird, wofür es ausreicht, dass ihm die Tatsachen bewusst sind, die den Eingriff sittenwidrig machen, während ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit selbst nicht erforderlich ist.⁶¹⁶ Ausreichend ist, dass die faktische dauerhafte Beeinträchtigung der Erfüllung der Verbindlichkeiten die voraussehbare Folge des Eingriffs ist und der Gesellschafter diese Rechtsfolge in Erkenntnis ihres möglichen Eintritts im Sinne des Eventualvorsatzes billigend in Kauf nimmt.⁶¹⁷

⁶¹³ BGH, NJW 2019, 589, Rz. 27.

⁶¹⁴ Zutreffend BGH, NJW 2019, 589, Rz. 31.

⁶¹⁵ So die Begründung bei BGHZ 173, 246, Rz. 24.

⁶¹⁶ BGHZ 173, 246, Rz. 30.

⁶¹⁷ BGHZ 173, 246, Rz. 30.

Nachdem alleine die Aufhebung eines Zahlungsverbotes als tauglicher Anknüpfungspunkt für den sittenwidrigen Eingriff in Betracht kommt, wird der subjektive Tatbestand unproblematisch erfüllt sein. Nur wenn der Gläubiger erkennt, dass die Zahlungssperre einer Befriedigung seiner Forderung im Wege steht, wird er an einer Aufhebung derselben mitwirken.⁶¹⁸ In einer als solche erkannten kritischen Situation, in der die Zahlungssperre eingreift, nimmt der Mezzanine-Gläubiger mit der Aufhebung zugleich in Kauf, dass die Gesellschaft zu einer Tilgung ihrer übrigen Verbindlichkeiten nicht in der Lage sein wird.

d) Rechtsfolgen

Rechtsfolge des § 826 BGB ist ein Schadensersatzanspruch der geschädigten Gesellschaft. Dieser geht inhaltlich über einen Anspruch auf Erstattung des durch den Eingriff Erlangten hinaus und umfasst auch Folgeschäden.⁶¹⁹ Solche durch den existenzvernichtenden Eingriff kausal verursachte Schäden der Gesellschaft können etwa in entgangenem Gewinn, in insolvenzbedingten Zerschlagungsverlusten oder in den Insolvenzverfahrenskosten liegen.⁶²⁰

Über den Schadenersatzanspruch hinaus besteht gegen die begehrte Zahlung auch ein Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft.⁶²¹ Dieses wird in der hier relevanten Konstellation der Aufhebung einer Zahlungssperre jedoch nicht relevant, da nicht die Zahlung selbst Anknüpfungspunkt ist, sondern die Aufhebung des Rangrücktritts und die Parteien hierdurch gerade ein Zahlungshindernis einvernehmlich beseitigen.

e) Anwendbarkeit auf AG und GmbH & Co. KG

Die Existenzvernichtungshaftung ist nicht auf die GmbH beschränkt, sondern auch auf die GmbH & Co. KG anwendbar. Auch hier hat die Kapitalerhaltung des GmbH-Rechts Relevanz in Bezug auf die Komplementär-GmbH und schlägt insoweit auch auf die (Quasi-)Kommanditisten durch.⁶²² Da die Vorschriften der Kapitalerhaltung durch die Existenzvernichtungshaftung ergänzt werden, gilt dies für die GmbH & Co. KG gleichermaßen wie für die GmbH.

⁶¹⁸ Eine konkludente Aufhebung durch Entgegennahme der Zahlung setzt dieses Bewusstsein voraus, vgl. dazu unter C.II.1.a).

⁶¹⁹ BGHZ 173, 246, Rz. 32.

⁶²⁰ BGH, NZG 2012, 1069, Rz. 29; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 13, Rn. 41; MÜKoGmbHG/Liebscher, Anh. § 13, Rn. 606.

⁶²¹ BGH, NZG 2012, 1379, Rz. 18 (obiter dictum); Ihrig, DStR 2007, 1170, 1172 f.

⁶²² Dazu oben unter D.II.1.b)bb).

Auch eine Anwendbarkeit auf die AG ist mit der wohl überwiegenen Ansicht in der Literatur zu befürworten.⁶²³ Schon die Fundierung der Haftung im allgemeinen Deliktsrecht spricht gegen eine Beschränkung auf die GmbH, denn es ist nicht ersichtlich, warum eine AG von vornherein als Objekt der sittenwidrigen Schädigung ausgeklammert sein sollte. Soweit die Gegenansicht anführt, es bestehe keine relevante Schutzlücke, so ist dies jedenfalls mit Blick auf die obigen Ausführungen zum Anwendungsbereich bei der Einflussnahme Dritter unzutreffend. Das Recht des faktischen Konzerns findet in diesen Fällen keine Anwendung⁶²⁴ und auch das Recht der Kapitalerhaltung ist auf Dritte nur beschränkt anwendbar⁶²⁵ und bedarf der Ergänzung durch die Existenzvernichtungshaftung. Dies gilt für die AG gleichermaßen wie für die GmbH.

f) Zwischenergebnis zur Relevanz der Existenzvernichtungshaftung

Der Existenzvernichtungshaftung kommt im Bereich mezzaniner Finanzierungen eine ergänzende Gläubigerschutzfunktion zu. Der persönliche Anwendungsbereich ist auch für Eingriffe durch solche Mezzanine-Gläubiger eröffnet, die nicht als Quasi-Gesellschafter zu qualifizieren sind. In der Sache kommt eine Haftung in Betracht, wenn der Mezzanine-Gläubiger an der Aufhebung eines vorinsolvenzlichen Rangrücktritts in Gestalt eines Zahlungsverbotes mitwirkt. Die bloße Entgegennahme einer Zahlung genügt hingegen nicht, auch nicht wenn diese gegen eine Durchsetzungssperre verstößt.

Die Existenzvernichtungshaftung kann dabei neben die Haftung aus § 117 AktG treten und wird neben der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO insbesondere dann Bedeutung haben, wenn es um insolvenzbedingte, über die Rückgewähr der Zahlung hinausgehende Folgeschäden geht oder die Anfechtungsfrist des § 133 Abs. 2 InsO bereits vor Ende der Verjährungsfrist des Anspruchs aus § 826 BGB abgelaufen ist. Während die vierjährige Anfechtungsfrist des § 133 Abs. 2 InsO nämlich in jedem Fall mit Vornahme der Rechtshandlung zu laufen beginnt, beginnt die dreijährige Verjährungsfrist der Existenzvernichtungshaftung gemäß § 199 Abs. 1 BGB erst, wenn der Gesellschaft sowohl die Umstände, die einen Ersatzanspruch wegen

⁶²³ Überwiegend wird dabei angenommen, das Haftungskonzept des qualifiziert faktischen Konzerns habe sich damit überholt, vgl. etwa *MüKoAktG/Heider*, § 1, Rn. 87; *Hüffer/Koch/Koch*, § 1, Rn. 29 m.w.N.; zum Teil wird eine parallele Anwendbarkeit von qualifiziert faktischem Konzern und Existenzvernichtungshaftung befürwortet, so etwa *Grigoleit/Servatius*, § 302, Rn. 1; a.A., eine Anwendung auf die AG ablehnend, *GK-AktG/Kort*, § 117, Rn. 281; *Spindler/Stilz/Schall*, § 117, Rn. 12; in der Sache auch *MüKoAktG/Altmeppen*, Anh. § 317, Rn. 13.

⁶²⁴ Dazu unter D. V. 2.

⁶²⁵ Dazu unter D. II. 1. c).

Existenzvernichtungshaftung begründen, als auch die Umstände, aus denen sich ergibt, dass der entsprechende Anspruchsgegner als Schuldner in Betracht kommt, bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sind.⁶²⁶

3. Haftung als faktische Geschäftsleitung

In Fällen verbandsexterner Einflussnahme wird neben den vorgenannten Haftungsinstituten auch eine Haftung nach den Vorschriften der Geschäftsleiterhaftung mittels der Grundsätze der faktischen Geschäftsleitung in Betracht gezogen.⁶²⁷ Dies betrifft Fälle, in denen es an einem förmlichen Bestellungsakt fehlt, die betreffende Person aber tatsächlich Geschäftsführungsaufgaben wahrgenommen hat.⁶²⁸ Ihren hauptsächlichen Anwendungsbereich hat die Haftung in Sanierungssituationen im Hinblick auf eine etwaige Insolvenzverschleppungshaftung der Sanierungskreditgeber.⁶²⁹ Darüber hinaus wird aber auch ganz generell bei der Verwendung von Covenants in Finanzierungsverträgen die haftungsbewehrte Qualifizierung des Gläubigers als „shadow director“ nahegelegt, wenn intensive Mitsprache- und Kontrollrechte eingeräumt werden, die in der Sache eine Verdrängung der eigentlichen Geschäftsführung darstellen.⁶³⁰

Für die Beurteilung der Frage, ob jemand faktisch wie ein Organmitglied gehandelt und sich daher wie ein solches zu verantworten hat, kommt es auf das Gesamterscheinungsbild seines Auftretens an.⁶³¹ Die bloß interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung soll dabei nicht ausreichend sein, sondern es entscheidend darauf ankommen, dass der Betreffende die Geschicke der Gesellschaft durch eigenes Handeln im Außenverhältnis

⁶²⁶ BGH, NZG 2012, 1069, Rz. 13; Michalski/*Servatius*, Systematische Darstellung 4, Rn. 412.

⁶²⁷ *Servatius*, Covenants, S. 356 ff.; *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 348 ff.; *Ekkenga*, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 15, Rn. 325; *Hoffmann*, WM 2012, 10, 12 f.

⁶²⁸ *Schluck-Amend*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Rn. 5.278; vgl. auch MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43, Rn. 220, sowie die Rn. 219 und 244 zur Abgrenzung zu den Fallgruppen des fehlerhaft bestellten Geschäftsführers sowie des Geschäftsführers kraft Rechtsscheins, die beide im vorliegenden Fall nicht fruchtbar gemacht werden können.

⁶²⁹ Vgl. etwa *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 402 f.; *Häuser*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 85, Rn. 124b.

⁶³⁰ *Merkel/Richrath*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 98, Rn. 177; in diesem Zusammenhang auch *Habersack*, ZGR 2000, 384, 394, der daran anknüpfend allerdings keine Haftung nach den für Geschäftsleiter geltenden Vorschriften, sondern eine Einbeziehung in das Recht der Gesellschafterdarlehen diskutiert.

⁶³¹ BGH, NZG 2005, 816, 816; BGHZ 150, 61, 69; BGHZ 104, 44, 46 ff.; OLG München, GmbHR 2019, 600, 601.

maßgeblich in die Hand genommen hat.⁶³² Dies soll zum Beispiel dann der Fall sein, wenn der Betreffende Personal einstellt oder Kreditverhandlungen führt und dabei den Verhandlungspartnern den Eindruck vermittelt, die wahren Geschäftsführer „hätten nichts mehr zu sagen“.⁶³³

Ein vergleichbares Auftreten nach außen hin durch einen Mezzanine-Gläubiger wird in den hier untersuchten Fällen kaum einmal gegeben sein. Jedenfalls bei der Wahrnehmung vertraglicher Rechte scheidet es aus. Das gilt sogar bei einer Befugnis zur Erteilung von Weisungen an die Geschäftsleitung der Gesellschaft, da auch dies nur das Innenverhältnis betrifft. Allenfalls in besonderen Ausnahmefällen, in denen der Mezzanine-Gläubiger faktisch die Finanzbuchhaltung übernommen hat und vertragswidrig Zahlungen an sich selbst vorgenommen oder veranlasst hat, ist eine Haftung denkbar. Aus Sicht der Drittgläubiger ist diese Haftung jedoch auch dann von geringer Bedeutung, da sie stets nur eine natürliche Person treffen kann, also im Fall einer juristischen Person als Mezzanine-Gläubigerin allenfalls deren Geschäftsleiter.⁶³⁴ Eine Zurechnung des in Rede stehenden Verhaltens an die Mezzanine-Gläubigerin nach § 31 BGB (analog) wird hingegen in der Regel ausscheiden, da dies eine Tätigkeit „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ für die Gläubigerin voraussetzt. Dies wird bei einem Funktionswechsel in eine faktische Geschäftsführungsposition der Schuldner-Gesellschaft nur noch selten bejaht werden können.⁶³⁵

4. Ergebnis zu gesellschaftsrechtlichen Haftungstatbeständen

Sowohl § 117 AktG als auch die Haftung für existenzvernichtende Eingriffe können bei vorinsolvenzlichen Zahlungen an Mezzanine-Gläubiger flankierenden Drittgläubigerschutz bieten, indem sie zu Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft führen, die auf Rückgewähr der Zahlungen gerichtet sind.

⁶³² BGH, NZG 2005, 816, 816; BGHZ 150, 61, 69; BGHZ 104, 44, 1790; OLG München, GmbHR 2019, 600, 601. *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 368, 370; *Häuser*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 85, Rn. 124c; *Himmelsbach/Achsnick*, NZI 2003, 355, 359; GK-GmbHG/*Paefgen*, § 43, Rn. 20; *Hoffmann*, WM 2012, 10, 12; a.A., das Erfordernis eines nach außen gerichteten Handelns ablehnend, *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 342.

⁶³³ BGHZ 104, 44, 48 f.

⁶³⁴ BGHZ 150, 61, 68; *Wilhelm*, Dritterstreckung, S. 368 f.; *Ekkenga*, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 15, Rn. 325; *Häuser*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 85, Rn. 124a; *Himmelsbach/Achsnick*, NZI 2003, 355, 355; a.A., auch die Haftung einer (Mutter-)Gesellschaft für denkbar haltend *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 401.

⁶³⁵ In diesem Sinne auch *Ekkenga*, in: Ekkenga/Schröer, Kapitel 15, Rn. 325.

Eine Haftung nach § 117 AktG kommt dabei immer dann in Betracht, wenn der Mezzanine-Gläubiger die Gesellschaft dazu veranlasst, eine gegen einen vorinsolvenzlichen Rangrücktritt erfolgende Zahlung vorzunehmen. Der Anwendungsbereich des § 117 AktG ist aber ein beschränkter. Zum einen hilft die Vorschrift dort nicht weiter, wo es an einer kausalen Beeinflussung im Vorfeld der Zahlung fehlt oder diese von der Anspruch stellenden Gesellschaft oder ihrem Insolvenzverwalter nicht dargelegt und bewiesen werden kann. Zum anderen ist § 117 AktG ausschließlich auf die Beeinflussung von Entscheidungsträgern der AG anwendbar, während eine analoge Anwendung auf die GmbH und die GmbH & Co. KG ausscheidet.

Eine Existenzvernichtungshaftung, die auch Mezzanine-Gläubiger treffen kann, die nicht als Quasi-Gesellschafter zu qualifizieren sind, kommt in Betracht, wenn der Mezzanine-Gläubiger an der Aufhebung eines vorinsolvenzlichen Rangrücktritts in Gestalt eines Zahlungsverbotes mitwirkt. Die bloße Entgegennahme einer Zahlung genügt hingegen nicht, auch nicht wenn diese gegen eine Durchsetzungssperre verstößt.

V. Konzernrechtlicher Gläubigerschutz und Mezzanine-Kapital

Das Konzernrecht wird als Organisations- und Schutzrecht begriffen, wobei mit der schutzrechtlichen Komponente neben dem Schutz der außenstehenden Gesellschafter auch der Schutz der Gesellschaftsgläubiger auf Ebene der Untergesellschaft gemeint ist.⁶³⁶ In diesem Abschnitt wird untersucht, inwieweit dieser konzernrechtliche Gläubigerschutz im vorliegenden Zusammenhang Bedeutung entfalten kann.

1. Finanzierungsvereinbarung als (verdeckter) Beherrschungsvertrag

Die größte Ausprägung erfährt der konzernrechtliche Gläubigerschutz im Vertragskonzern. Das Gesetz statuiert bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages eine Verlustübernahmeverpflichtung der Obergesellschaft (§ 302 AktG). Daneben besteht nach § 303 AktG bei Beendigung des Vertrages eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger, wodurch der Wegfall dieser Verlustausgleichspflicht kompensiert wird.⁶³⁷

⁶³⁶ Vgl. nur MüKoHGB/Mülberr, Konzernrecht, Rn. 22.

⁶³⁷ Emmerich/Habersack/Emmerich, § 303, Rn. 1.

Mezzanine-Gläubiger unterliegen diesen Pflichten, sofern die der Kapitalüberlassung zugrundeliegende Finanzierungsvereinbarung als Beherrschungsvertrag zu qualifizieren ist.⁶³⁸ Geht man davon aus, dass der Finanzierungsvertrag nicht ausdrücklich als Beherrschungsvertrag geschlossen wird und es auch an einer Eintragung als solchem ins Handelsregister fehlt, so kann an sich kein wirksamer Beherrschungsvertrag vorliegen (§ 294 Abs. 2 AktG). Nichtsdestotrotz wird unter dem Stichwort „verdeckter Beherrschungsvertrag“ diskutiert, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Vereinbarung beherrschungsvertragliche Rechtsfolgen zeitigen kann. Diese Problematik stellt sich für die beherrschte AG und GmbH⁶³⁹ in gleicher Weise wie für die GmbH & Co. KG.⁶⁴⁰

Eine umfassende Darstellung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines verdeckten Beherrschungsvertrages soll nicht Anliegen dieser Arbeit sein.⁶⁴¹ Es wird im Folgenden nur mehr auf diejenigen Aspekte eingegangen, welche im Zusammenhang mit den vorliegend in Rede stehenden mezzaninen Finanzierungsinstrumenten maßgeblich für die Beantwortung der Frage sind, ob eine Anwendung der Gläubigerschutzvorschriften §§ 302 f. AktG in Betracht kommt. Die Grundsätze des verdeckten Beherrschungsvertrages werden zuvor nur kurz skizziert.

a) Grundsätze des verdeckten Beherrschungsvertrages

Als verdeckte Beherrschungsverträge werden Abreden bezeichnet, welche auf die Herbeiführung der Wirkung eines Beherrschungsvertrages gerichtet sind, ohne als solche bezeichnet zu sein oder die besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen der §§ 292 ff. AktG einzuhalten.⁶⁴² Es geht dabei nicht um die Bildung eines eigenen Vertragstypus, sondern um eine Subsumtion der von den Parteien getroffenen Vereinbarung unter § 291 Abs. 1 AktG und das Merkmal der „Unterstellung unter fremde Leitung“. ⁶⁴³ Wenn eine solche vereinbart

⁶³⁸ Ein Gewinnabführungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AktG wird in der Finanzierungsvereinbarung hingegen schon deshalb nicht liegen, da dazu eine Verpflichtung zur Abführung des *ganzen* Gewinns erforderlich ist. Zur Einordnung als Teilgewinnabführungsvertrag noch unter D. V. 3.

⁶³⁹ Zur GmbH etwa Michalski/*Servatius*, Systematische Darstellung 4, Rn. 264 ff.

⁶⁴⁰ Die KG kann nämlich über schuldrechtliche Abreden hinaus auch Beherrschungsverträge im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG schließen, vgl. dazu nur MüKoHGB/*Mülbert*, Konzernrecht, Rn. 168.

⁶⁴¹ Monographisch etwa Kienzle, Verdeckte Beherrschungsverträge, passim; Dette, Verdeckte und atypische Beherrschungsverträge, passim; Ederle, Verdeckte Beherrschungsverträge, passim.

⁶⁴² Vgl. nur die Definition bei Grigoleit/*Servatius*, § 291, Rn. 49.

⁶⁴³ Herwig, Leitungsautonomie, S. 132 f.; Schürnbrand, ZHR 169 (2005), 35, 40 f.

ist, liegt in der Sache eine Beherrschungsvertrag vor, unabhängig davon ob die Parteien dies wollten oder auch nur in Betracht gezogen haben.⁶⁴⁴

Die Rechtsprechung war mit der Frage nach dem Vorliegen eines verdeckten Beherrschungsvertrages bislang in Bezug auf *Business Combination Agreements* im Vorfeld des Unternehmenszusammenschlusses,⁶⁴⁵ bezüglich eines *Cooperation Framework Agreements*⁶⁴⁶ und hinsichtlich einer Investorenvereinbarung⁶⁴⁷ konfrontiert. In der Literatur wird eine relevante Unterstellung unter fremde Leitung darüber hinaus auch bei Eingehung einer atypischen stillen Gesellschaft⁶⁴⁸ oder durch Kreditverträge mit weitreichenden Covenants⁶⁴⁹ diskutiert.

Hinsichtlich einer maßgeblichen Unterstellung unter fremde Leitung werden dabei unterschiedlich strenge Anforderungen gestellt.⁶⁵⁰ Dabei wird insbesondere die Frage unterschiedlich beantwortet, ob ein Weisungsrecht im Sinne des § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG ausdrücklich vereinbart sein muss.⁶⁵¹ Soweit dies verneint wird, wird dies damit begründet, dass § 308 AktG das Weisungsrecht nur als Typusbegriff der relevanten Kompetenzverschiebung vorsehe, diese aber auch auf andere Weise umgesetzt werden könne.⁶⁵² Welche Voraussetzungen an eine solche anderweitige Leitungsunterstellung zu stellen sind, ist wiederum im Einzelnen umstritten. Zum Teil wird eine Initiativkompetenz für unternehmerisches Tätigwerden gefordert,⁶⁵³ während andere bereits besonders weitreichende Vetorechte und Zustimmungsvorbehalte für ausreichend halten, wenn diese „praktisch jede Leitungstätigkeit“ verhindern können.⁶⁵⁴

⁶⁴⁴ Herwig, *Leitungsautonomie*, S. 132 f.; GK-AktG/Mülbert, § 291, Rn. 120.

⁶⁴⁵ LG Nürnberg-Fürth, AG 2010, 179; LG München I, ZIP 2008, 242; LG München I, ZIP 2008, 555; OLG München, ZIP 2008, 1330.

⁶⁴⁶ OLG Schleswig, ZIP 2009, 124.

⁶⁴⁷ OLG München, AG 2012, 802, 803.

⁶⁴⁸ Grigoleit/Servatius, § 291, Rn. 49; Goslar, DB 2008, 800, 805; Marx, *Rückabwicklung*, S. 64 f.

⁶⁴⁹ Spindler/Stilz/Veil, § 291, Rn. 69; Grigoleit/Servatius, § 291, Rn. 49; GK-AktG/Mülbert, § 291, Rn. 118; Goslar, DB 2008, 800, 805; Marx, *Rückabwicklung*, S. 62 f.

⁶⁵⁰ Vgl. den Überblick und die Nachweise bei GK-AktG/Mülbert, § 291, Rn. 120 ff.

⁶⁵¹ Ein Weisungsrecht fordernd OLG München, AG 2012, 802, 803; Schmidt/Lutter/Langenbacher, § 291, Rn. 33; a.A., kein Weisungsrecht fordernd etwa Spindler/Stilz/Veil, § 291, Rn. 70 GK-AktG/Mülbert, § 291, Rn. 122 KK-AktG/Koppensteiner, § 291, Rn. 26

⁶⁵² GK-AktG/Mülbert, § 291, Rn. 122; KK-AktG/Koppensteiner, § 291, Rn. 26.

⁶⁵³ In diesem Sinne etwa GK-AktG/Mülbert, § 291, Rn. 71; grundsätzlich auch Dierdorf, *Herrschaft*, S. 93 ff.; Marx, *Rückabwicklung*, S. 51.

⁶⁵⁴ Dierdorf, *Herrschaft*, S. 93 ff.; Marx, *Rückabwicklung*, S. 51; ähnlich, auf die zur zulässigen Reichweite des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG entwickelten Grundsätze abstellend Goslar, DB 2008, 800, 801.

Die Rechtsfolgen einer Unterstellung unter fremde Leitung bestehen darin, dass sich eine solche beherrschungsvertragliche Abrede an den §§ 293 ff. AktG messen lassen muss.⁶⁵⁵ Sie wird daher jedenfalls mangels Ausgleichsregelung nach § 304 Abs. 3 Satz 1 AktG endgültig nichtig sein.⁶⁵⁶ Auch die Grundsätze des fehlerhaften Unternehmensvertrages führen jedenfalls infolge der fehlenden Handelsregistereintragung nicht zu einer Behandlung des Vertrages als wirksam.⁶⁵⁷

Ob die hier interessierenden Gläubigerschutzvorschriften der §§ 302 f. AktG auf verdeckte Beherrschungsverträge dennoch anzuwenden sind, ist umstritten. Zum Teil wird eine sogenannte beschränkte Verlustausgleichspflicht analog § 302 Abs. 1 AktG befürwortet.⁶⁵⁸ Begründet wird dies damit, dass derjenige, der aufgrund zweifelhafter vertraglicher Grundlage Weisungen erteile, im Ergebnis nicht besser stehen dürfe als derjenige, der aufgrund wirksamer Verträge ein Weisungsrecht in Anspruch nehme.⁶⁵⁹ Zum Teil wird eine Anwendung der §§ 302 f. AktG hingegen abgelehnt und stattdessen auf die Vorschriften zum faktischen Konzern verwiesen.⁶⁶⁰

b) Würdigung im Hinblick auf die vorliegende Fragestellung

Letztlich ist für die hier in Frage stehenden Finanzierungsvereinbarungen eine Anwendung der §§ 302 f. AktG in jedem Fall ausgeschlossen. Diese können keinen (verdeckten) Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 AktG darstellen und auch eine analoge Anwendung der §§ 302 f. AktG kann nicht gerechtfertigt werden.

Die Annahme eines (verdeckten) Beherrschungsvertrages scheitert daran, dass die Finanzierungsverträge keine konzernrechtlich relevante Leitungsunterstellung der Gesellschaft vorsehen werden. Entscheidend ist insoweit nicht unbedingt die fehlende Reichweite der vereinbarten Einflussmöglichkeiten, sondern dass es am notwendigen organisationsrechtlichen Charakter der Vereinbarung fehlt.⁶⁶¹

⁶⁵⁵ Vgl. nur GK-AktG/Mülbert, § 291, Rn. 129; Spindler/Stilz/Veil, § 291, Rn. 70b; Herwig, Leitungsautonomie, S. 131.

⁶⁵⁶ Schürnbrand, ZHR 169 (2005), 35, 48; GK-AktG/Mülbert, § 291, Rn. 129.

⁶⁵⁷ GK-AktG/Mülbert, § 291, Rn. 129; Emmerich/Habersack/Emmerich, § 291, Rn. 24c; Grigoleit/Servatius, § 291, Rn. 51; Marx, Rückabwicklung, S. 105 ff.

⁶⁵⁸ Wilhelm, Dritterstreckung, S. 151; Marx, Rückabwicklung, S. 183 ff.; GK-AktG/Mülbert, § 291, Rn. 129; Emmerich/Habersack/Emmerich, § 291, Rn. 24c, 24f.

⁶⁵⁹ Emmerich, FS Hüffer, S. 179, 185.

⁶⁶⁰ MüHdbGesRIV/Krieger, § 71, Rn. 12; Michalski/Servatius, Systematische Darstellung 4, Rn. 266; Grigoleit/Servatius, § 291, Rn. 51; ähnlich MüKoGmbHG/Liebscher, Anh. § 13, Rn. 679.

⁶⁶¹ Ederle, AG 2010, 273, 278; Herwig, Leitungsautonomie, S. 133 f.

Der Beherrschungsvertrag wird von der herrschenden Meinung als körperschaftlicher Organisationsvertrag verstanden, der satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft ändert.⁶⁶² Andere erblicken in ihm zwar einen strukturänderungsgestaltenden Schuldvertrag ohne körperschaftlichen Charakter,⁶⁶³ jedoch wird der Vertrag auch insoweit stets im Zusammenhang mit dem materiell satzungsändernden Beschluss der Hauptversammlung betrachtet, welcher das durch Gesetz und Satzung konturierte Regelungsstatut der Gesellschaft modifiziert.⁶⁶⁴ Prägend für den entstehenden Vertragskonzern ist damit in jedem Fall der organisationsrechtliche Charakter der Vereinbarung. Beim Vertragskonzernrecht handelt es sich daher auch nicht um ein bloßes Schutzrecht zugunsten der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger, sondern zugleich um ein Organisationsrecht.⁶⁶⁵ Der Beherrschungsvertrag stellt dabei eine Organisationsform zur effizienten Koordination des Ressourceneinsatzes mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmensträger im Konzern zur Verfügung.⁶⁶⁶

Der konzernrechtlich vermittelte Vermögensschutz ist daher als Folge eines Aktes der Organisationsgestaltung zu begreifen, welcher die Vermögensinteressen der außenstehenden Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger gefährden kann.⁶⁶⁷ Maßgeblich ist eine Umgestaltung der Verfassung der abhängigen Gesellschaft durch Einbeziehung des anderen Vertragsteils in die gesellschaftsinternen Willensbildungsvorgänge.⁶⁶⁸ Aus dieser Erkenntnis folgt, dass der Beherrschungsvertrag gerade als Mittel zur Entwicklung und Durchsetzung einer an einem Konzerninteresse ausgerichteten Zielkonzeption geschlossen werden muss.⁶⁶⁹ Daher ist im Wege der objektiven Auslegung⁶⁷⁰ zu ermitteln, ob der Vertrag eine organisationsrechtliche Konzernierung der Gesellschaft durch Vereinbarung einer Leitungsunterstellung beinhaltet, da nur dann von einem (verdeckten) Beherrschungsvertrag die Rede sein kann.

⁶⁶² BGHZ 103, 1, 4 f.; BGHZ 105, 324, 331; MüKoAktG/*Altmeppen*, § 291, Rn. 27; Hüffer/*Koch/Koch*, § 291, Rn. 17; ähnlich Emmerich/*Habersack/Emmerich*, § 291, S. 26: zeitlich begrenzte Satzungsänderung.

⁶⁶³ GK-AktG/*Mülbert*, vor § 291, Rn. 6.

⁶⁶⁴ GK-AktG/*Mülbert*, vor § 291, Rn. 6.

⁶⁶⁵ *Mülbert*, ZHR 163 (1999), 1, 20 f.; zu den beiden Ausprägungen auch Schmidt/*Lutter/Langenbucher*, § 291, Rn. 5 ff.

⁶⁶⁶ GK-AktG/*Mülbert*, § 291, Rn. 50.

⁶⁶⁷ *Mülbert*, ZHR 163 (1999), 1, 25 f.

⁶⁶⁸ *Schürnbrand*, ZHR 169 (2005), 35, 42.

⁶⁶⁹ Zutreffend Grigoleit/*Servatius*, § 291, Rn. 50; Michalski/*Servatius*, Systematische Darstellung 4, Rn. 265.

⁶⁷⁰ Die Auslegungsgrundsätze der §§ 133, 157 BGB greifen im Unternehmensvertragsrecht nicht ein, vgl. GK-AktG/*Mülbert*, § 291, Rn. 74 m. w. N.

Dies ist beim Abschluss einer (mezzaninen) Finanzierungsvereinbarung kaum vorstellbar. Selbst weitreichende Zustimmungsvorbehalte oder Einflussrechte werden hierbei von den Parteien vor dem Hintergrund der Kredit-sicherung vereinbart und nicht im Hinblick auf eine Unterordnung der Gesellschaft.⁶⁷¹ Festmachen lässt sich dies am gesetzestypischen Weisungsrecht nach § 308 AktG. Selbst wenn man dieses nur als typologisch betrachtet und eine Leitungsunterstellung durch andere Gestaltungen für möglich hält, so kommt in § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG doch die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck, dass durch einen Beherrschungsvertrag gerade solche Einflussnahmen ermöglicht werden sollen, die nachteilig sind, also nicht im Interesse der Gesellschaft stehen. Das Interesse der Gesellschaft muss also im Zweifel hinter einem übergeordneten Konzerninteresse zurückzutreten haben. Dass ein Finanzierungsvertrag einen solchen Schluss zulässt, wird im Hinblick auf seinen Zweck praktisch auszuschließen sein.⁶⁷²

Ist nach alledem festzustellen, dass ein (verdeckter) Beherrschungsvertrag nicht vorliegen wird, bleibt allenfalls noch zu erwägen, ob eine analoge Anwendung der §§ 302 f. AktG auf schuldrechtliche Verträge ohne organisationsrechtlichen Charakter angezeigt ist. Dies ist mit Blick auf den Normzweck der §§ 302 f. AktG zu verneinen. Dieser wird im Schutz der beherrschten Gesellschaft und ihrer Gläubiger gesehen, wobei unter verschiedener Akzentsetzung zwei Schutzrichtungen herausgestellt werden. So soll einerseits die Lockerung der Vermögensbindung (§§ 57 Abs. 1 Satz 2, 291 Abs. 3 AktG, § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) und andererseits die Möglichkeit zur Einflussnahme durch Erteilung auch nachteiliger Weisungen gemäß § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG kompensiert werden.⁶⁷³ Beide Überlegungen sind mit einer Anwendung der Vorschriften auf schuldrechtliche Verträge ohne organisationsrechtlichen Charakter nicht in Einklang zu bringen.

Einer Kompensation für den Wegfall der Kapitalerhaltungsvorschriften bedarf es nicht, denn durch einen verdeckten und daher unwirksamen Beherrschungsvertrag findet keine Suspendierung der Kapitalerhaltungsvorschriften statt. Das Konzernprivileg des § 291 Abs. 3 AktG greift nicht ein und etwaige Mittelabflüsse sind an den Vorschriften der Kapitalerhaltung zu messen. Auch ein Gegengewicht zum Weisungsrecht des § 308 AktG ist bei Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrages ohne organisationsrechtlichen Charakter nicht erforderlich, denn ein solches Weisungsrecht besteht bei ei-

⁶⁷¹ Dahingehend auch GK-AktG/Mülbert, § 291, Rn. 126; KK-AktG/Koppensteiner, § 291, Rn. 43.

⁶⁷² Zutreffend GK-AktG/Mülbert, § 291, Rn. 126; KK-AktG/Koppensteiner, § 291, Rn. 43.

⁶⁷³ Grigoleit/Servatius, § 302, Rn. 1; Emmerich/Habersack/Emmerich, § 302, Rn. 3 f.; Spindler/Stilz/Veil, § 302, Rn. 5.

nem unwirksamen Beherrschungsvertrag ebenfalls nicht. Ein solcher Vertrag muss sich vielmehr an § 76 AktG messen lassen und ist, soweit er gegen die Leitungsautonomie des Vorstandes verstößt, unwirksam nach § 134 BGB.⁶⁷⁴ Der Vorstand darf der Einflussnahme aufgrund dieses Vertrages also nicht nachkommen. Im Übrigen stellt die Begründung vertraglicher Einwirkungsrechte eine unternehmerische Entscheidung dar und ihre Zulässigkeit ist allein am Maßstab des Gesellschaftsinteresses (§ 93 Abs. 1 AktG) zu messen.⁶⁷⁵ Eine durchsetzbare Leitungsmacht, die durch §§ 302 f. AktG zu kompensieren wäre, wird damit nicht konstituiert.

Ein weiteres Argument gegen die Anwendung der Gläubigerschutzvorschriften folgt daraus, dass insbesondere § 303 AktG an einen Vertrauenstatbestand zugunsten der Gläubiger anknüpft, der aus der handelsregisterlichen Publizität des Beherrschungsvertrages resultiert. Das zeigt sich daran, dass ein Gläubiger auch dann noch Sicherheitsleistung verlangen kann, wenn sein Anspruch erst nach Beendigung des Beherrschungsvertrages und deren Eintragung aber vor Bekanntmachung derselben begründet worden ist.⁶⁷⁶ Die Norm wird daher als Ausdruck eines besonders stark typisierten Vertrauensschutzes bezeichnet.⁶⁷⁷ Bei Finanzierungsvereinbarungen mit Dritten, die nicht als Beherrschungsvertrag im Handelsregister eingetragen wurden, fehlt es an einem den Vertrauensschutz rechtfertigenden Tatbestand der Registereintragung.⁶⁷⁸

c) Zusammenfassung

Die gläubigerschützenden Vorschriften der §§ 302 ff. AktG können im Zusammenhang mit mezzaninen Finanzierungsverträgen keine Bedeutung erlangen. Die entsprechenden Verträge können mangels organisationsrechtlichen Charakters weder den Tatbestand eines (verdeckten) Beherrschungsvertrages erfüllen, noch ist eine analoge Anwendung insoweit zu rechtfertigen.

⁶⁷⁴ Dazu oben unter D.I.2. c) dd) (2).

⁶⁷⁵ Zutreffend *Herwig*, Leitungsautonomie, S. 134; *Heptner*, Leitungsmacht, S. 174.

⁶⁷⁶ Hüffer/Koch/Koch, § 303, Rn. 4.

⁶⁷⁷ BGHZ 116, 37, 44; KK-AktG/Koppensteiner, § 303, Rn. 2.

⁶⁷⁸ Zwar führt nach ganz herrschender Meinung alleine die Tatsache, dass eine eintragungspflichtige Tatsache nicht eingetragen wurde, nicht dazu, dass sich Dritte nicht auf den Fortbestand dieser Tatsache berufen können. In den vorliegenden Fällen geht es jedoch nicht nur um das Fehlen der Vor-Eintragung des Beherrschungsvertrages, sondern es fehlt an einem eintragungsfähigen Gegenstand als solchen.

2. Faktische Konzernierung durch die Finanzierungsvereinbarung

Kommt nach dem Vorstehenden eine Anwendung der gläubigerschützenden Vorschriften des Vertragskonzernrechts nicht in Betracht, so stellt sich die Frage, ob durch das Vertragsverhältnis immerhin eine konzernrechtlich relevante Beherrschung der Gesellschaft durch den Mezzanine-Gläubiger eintreten kann mit der Folge der Entstehung eines faktischen Konzerns. Kennzeichnend für faktische Konzernverhältnisse ist, dass zwar keine rechtliche Konzernleitungsmacht begründet ist, dass aber eine Abhängigkeit der Untergesellschaft zu einer faktischen Unterordnung führt.⁶⁷⁹ Für diese Situation halten die §§ 311 ff. AktG ein Regime zum Schutz der abhängigen Gesellschaft sowie ihrer Gläubiger und außenstehenden Aktionäre bereit.⁶⁸⁰

Konkret lässt § 311 Abs. 1 AktG die Veranlassung nachteiliger Maßnahmen durch das herrschende Unternehmen zu, soweit bis zum Ende des Geschäftsjahres ein Ausgleich bestimmt und rechtlich abgesichert wird (§ 311 Abs. 2 AktG). Bedeutsam aus Sicht der Drittgläubiger ist, dass eine Verletzung dieser Verlustausgleichspflicht nach § 317 Abs. 1 AktG zu einem Schadensersatzanspruch der abhängigen Gesellschaft führt.⁶⁸¹ Relevant werden kann dies jedoch nur für die Gläubiger einer AG. Auf die GmbH finden die §§ 311 ff. AktG ebenso wenig (analoge) Anwendung⁶⁸² wie auf die GmbH & Co. KG.⁶⁸³

a) Meinungsstand zum Anwendungsbereich

In persönlicher Hinsicht setzt der Anspruch aus § 317 Abs. 1 AktG aufseiten des Haftungsadressaten die Eigenschaft als herrschendes Unternehmen voraus. Dies setzt voraus, dass gesicherte rechtliche Möglichkeiten bestehen, dem abhängigen Unternehmen beziehungsweise dessen Verwaltung Konsequenzen für den Fall anzudrohen, dass es dem Willen des herrschenden Unternehmens in Fragen der Personal-, Geschäfts- und Unternehmenspolitik nicht Folge leistet, sodass sich das abhängige Unternehmen letztlich dem

⁶⁷⁹ MüKoAktG/Bayer, § 18, Rn. 9.

⁶⁸⁰ Vgl. zum Schutzzweck nur Emmerich/Habersack/Habersack, § 311, Rn. 1.

⁶⁸¹ Vgl. nur Emmerich/Habersack/Habersack, § 317, Rn. 2.

⁶⁸² Allgemeine Meinung, vgl. nur BGHZ 65, 15, 18; BGHZ 95, 330, 340; im Übrigen nur MüKoGmbHG/Liebscher, Anh. § 13, Rn. 369 m.w.N.

⁶⁸³ Allgemeine Meinung, vgl. nur MüKoHGB/Mülbert, Konzernrecht, Rn. 199; GK-HGB/Schäfer, § 105, Rn. 15, jeweils m.w.N.

Einfluss des herrschenden Unternehmens nicht zu entziehen vermag.⁶⁸⁴ Entscheidendes Gewicht kommt dabei der Herrschaft über die Personalpolitik der Gesellschaft zu, weil diese eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür begründet, dass sich die entsprechenden Entscheidungsträger einflusskonform verhalten.⁶⁸⁵ Bloße Blockademöglichkeiten sollen hingegen nicht ausreichen können, da die Möglichkeit einer aktiven Einflussnahme erforderlich sei.⁶⁸⁶

Neben der Zielrichtung der Einflussmöglichkeiten kommt es darauf an, wie die Möglichkeit der Beherrschung vermittelt ist. Die herrschende Meinung lässt insoweit nur gesellschaftsrechtlich bedingte oder vermittelte Einwirkungsmöglichkeiten genügen.⁶⁸⁷ Die Einbeziehung rein wirtschaftlicher Abhängigkeiten im Rahmen externer Austauschbeziehungen schieße über das Ziel der §§ 311 ff. AktG hinaus, denn diese sollten nicht vor Gefahren schützen, die jedem auf dem Markt auftretenden Unternehmen von der Ausübung fremder wirtschaftlicher Macht drohen.⁶⁸⁸

Zum Teil wird hingegen eine Anwendung des Konzernrechts auch auf anderweitige Abhängigkeiten erwogen. So soll etwa eine erhebliche Überschuldung zur Abhängigkeit führen, wenn sich der maßgebliche Kreditgeber wesentliche Direktions- und Kontrollrechte habe einräumen lassen und ein Wechsel zu einem anderen Kreditgeber nicht realisierbar sei.⁶⁸⁹ Daneben wird die Einbeziehung „degenerierter“ Austauschverträge erwogen, auf deren Grundlage der Gesellschaft ihre Selbstbestimmung entzogen und sie „versklavt“ werde.⁶⁹⁰ Dies soll für *Franchise-* und *Just-in-Time-Lieferverträge* relevant werden können, die tief in die Binnenorganisation des Zulieferers oder Franchisenehmers eingreifen.⁶⁹¹

⁶⁸⁴ Vgl. nur BGHZ 121, 137, 146; OLG Düsseldorf, AG 2008, 859, 860; OLG Düsseldorf, ZIP 1993, 1791, 1793; Emmerich/Habersack/Emmerich, § 17, Rn. 8; Schmidt/Lutter/Vetter, § 17, Rn. 6.

⁶⁸⁵ OLG Düsseldorf, ZIP 1993, 1791, 1793; OLG Düsseldorf, AG 2008, 859, 860; KK-AktG/Koppensteiner, § 17, Rn. 21; Schmidt/Lutter/Vetter, § 17, Rn. 6.

⁶⁸⁶ OLG Düsseldorf, AG 2003, 688, 689 f.; KK-AktG/Koppensteiner, § 17, Rn. 24, 43; Schmidt/Lutter/Vetter, § 17, Rn. 9; Hüffer/Koch/Koch, § 17, Rn. 10; MüHdbGesRIV/Krieger, § 69, Rn. 39; Spindler/Stilz/Schall, § 17, Rn. 27; a.A. Veto-rechte des Minderheitsgesellschafters bezüglich strategischer Unternehmensentscheidungen für ausreichend haltend zum Teil die kartellrechtliche Rechtsprechung, vgl. etwa OLG Düsseldorf, AG 2008, 859, 860.

⁶⁸⁷ BGHZ 90, 381, 395 ff.; BGHZ 121, 137, 145; BGHZ 135, 107, 114; OLG Düsseldorf, ZIP 1993, 1791, 1793; MüHdbGesRIV/Krieger, § 69, Rn. 41; MüKo-AktG/Bayer, § 17, Rn. 29; KK-AktG/Koppensteiner, § 17, Rn. 59.

⁶⁸⁸ BGHZ 90, 381, 396.

⁶⁸⁹ MüKoAktG/Bayer, § 17, Rn. 29.

⁶⁹⁰ Spindler/Stilz/Schall, § 17, Rn. 22.

⁶⁹¹ So etwa MüKoAktG/Bayer, § 17, Rn. 30, der eine Anwendung des Konzernrechts dennoch ablehnt, da dieses nicht als Mittel dienen solle, etwaige Rechtsschutz-

b) Eigene Würdigung

Hält man mit der herrschenden Meinung für eine Beherrschung Rechte erforderlich, die auf eine aktive Einflussnahme im Sinne einer Veranlassung zu positivem Tun gerichtet sind, so wird schon aus diesem Grund eine Einbeziehung von Mezzanine-Gläubigern selten in Betracht kommen. Die Finanzierungsvereinbarungen werden nämlich in aller Regel nicht über Zustimmungsvorbehalte hinausgehen. Das unterscheidet die hier untersuchten Fälle auch von Franchise-Konstellationen, bei denen ein Weisungsrecht typischerweise in Form von Betriebshandbüchern oder Richtlinienensammlungen besteht, deren Inhalt grundsätzlich jederzeit einseitig durch den Franchisegeber geändert werden kann.⁶⁹²

Selbst wenn man darüber hinaus bereits in extensiven Zustimmungsvorbehalten ein weisungsäquivalentes Beherrschungsmittel erblicken möchte,⁶⁹³ so scheitert eine Einbeziehung an der fehlenden organisationsrechtlichen Vermittlung solcher Rechte. Anders als die Bildung eines Vertragskonzerns setzt die Entstehung eines faktischen Konzerns zwar keine organisationsrechtliche Entscheidung der Beteiligten wie den Abschluss eines Beherrschungsvertrages voraus.⁶⁹⁴ Jedoch ist eine wesentliche Funktion der §§ 311 ff. AktG eine organisationsrechtliche, nämlich das allgemeine Verbot nachteiliger Einflussnahme außer Kraft zu setzen.⁶⁹⁵ Der Vorstand darf sich im faktischen Konzern der Einflussnahme des herrschenden Unternehmens öffnen und dessen Belange – gegebenenfalls auch unter Verstoß gegen die bei der unverbundenen Gesellschaft geltenden Vermögensschutzregeln – im durch § 311 AktG gezogenen Rahmen berücksichtigen.⁶⁹⁶ Der faktische Konzern beschreibt eine Situation, in der eine Abhängigkeit durch eine spezifisch konzernrechtliche Leitungsmacht besteht, welche herrschendes und beherrschtes Unternehmen zu einer wirtschaftlichen Einheit und damit einem Konzern zusammenfügt.⁶⁹⁷ Die §§ 311 ff. AktG sind als Kompensation für

defizite des allgemeinen Zivil- und Wettbewerbsrechts auszugleichen; speziell für Franchise-Konstellationen die Möglichkeit einer Abhängigkeit auch ohne gesellschaftsrechtlicher Beteiligung annehmend auch *Pasderski/Dornbusch*, in: Giesler/Nauschütt (Hrsg.), Franchiserecht, Kapitel 8, Rn. 48 ff.

⁶⁹² *Pasderski/Dornbusch*, in: Giesler/Nauschütt (Hrsg.), Franchiserecht, Kapitel 8, Rn. 30.

⁶⁹³ Zur Parallelfrage beim (verdeckten) Beherrschungsvertrag bereits oben unter D. V. 1. a).

⁶⁹⁴ *Mülbert*, ZHR 163 (1999), 1, 21.

⁶⁹⁵ *Emmerich/Habersack/Habersack*, § 311, Rn. 5.

⁶⁹⁶ *Mülbert*, ZHR 163 (1999), 1, 26.

⁶⁹⁷ *MüKoHGB/Mülbert*, Konzernrecht, Rn. 44; *Mülbert*, Bankrechtstag 2000, S. 3, 37.

diesen organisationsrechtlich bedingten Einbruch in das Vermögensschutzsystem der unverbundenen Gesellschaft zu begreifen.⁶⁹⁸

Eine vergleichbare Entbindung des Vorstands von seiner Pflicht zur eigenverantwortlichen Leitung folgt nicht aus dem Abschluss einer Finanzierungsvereinbarung. Es geht bei jedweder dort vorgesehenen operativen Einflussnahme nämlich nicht um eine solche auf die verbandsinterne Willensbildung, sondern um verbandsexterne Einflussnahme. Der Rechtsprechung und herrschenden Literatur ist zuzustimmen, dass es nicht Anliegen des Konzernrechts ist, auf solche Szenarien zu reagieren.⁶⁹⁹ Die Erfassung und Bewältigung der mit einer wirtschaftlichen Betätigung verbundenen Risiken ist vielmehr klassische Aufgabe des Zivil- und Wettbewerbsrechts sowie des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁷⁰⁰ Das Konzernrecht ist hingegen als gesellschaftsrechtliches Institut zu begreifen: Entweder die gesellschaftsrechtliche Verfassung sieht eine Beherrschung vor oder lässt diese zu (faktischer Konzern) oder die Gesellschafter lassen dies durch organisationsrechtlichen Gestaltungsakt zu, indem sie einen Vertragskonzern bilden. Rein schuldrechtliche Bindungen der Gesellschaft selbst haben insoweit keine Relevanz.

Nichts anderes gilt, soweit die Gesellschaft eine atypische stille Gesellschaft bildet und dem stillen Gesellschafter Zustimmungsvorbehalte einräumt.⁷⁰¹ Zwar liegt in diesen Fällen eine gesellschaftsrechtliche Vermittlung der Einflussmöglichkeiten insoweit vor, als die stille Gesellschaft ihrerseits eine Gesellschaft bildet.⁷⁰² Allerdings fehlt es auch hier an einem organisationsrechtlichen Eingriff in die Binnenstruktur der AG. Nur ein solcher kann konzernrechtliche Relevanz haben.

⁶⁹⁸ Mülbert, ZHR 163 (1999), 1, 27.

⁶⁹⁹ Zutreffend fordert Hüffer/Koch/Koch, § 17, Rn. 8 „in die Innenstruktur der AG eingreifende Einflussmöglichkeiten“ und lässt externe Abhängigkeiten nicht genügen; ähnlich KK-AktG/Koppensteiner, § 17, Rn. 59; Herwig, Leitungsautonomie, S. 142.

⁷⁰⁰ Herwig, Leitungsautonomie, S. 143.

⁷⁰¹ Eine relevante Beherrschung bejaht Hüffer/Koch/Koch, § 17, Rn. 9 für den Fall, dass eine Gesamtwürdigung ergibt, dass das Einflusspotenzial des stillen Gesellschafters einer Mehrheitsbeteiligung entspricht. Das dürfte allerdings kaum jemals der Fall sein.

⁷⁰² Daher im Falle einer stillen Gesellschaft von einer gesellschaftsrechtlichen vermittelnden Beherrschung ausgehend Emmerich/Habersack/Emmerich, § 291, Rn. 24c.

c) Zusammenfassung

Einen Mezzanine-Gläubiger kann keine Haftung aus § 317 AktG treffen. Hierzu fehlt es unabhängig von der Reichweite seiner Einwirkungsmacht an der organisationsrechtlichen Vermittlung solcher Rechte.

3. Finanzierungsvereinbarung als Teilgewinnabführungsvertrag

Neben den in § 291 AktG genannten Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen kennt das Konzernrecht die „anderen“ Unternehmensverträge des § 292 AktG, zu denen unter anderem der Teilgewinnabführungsvertrag zählt (Abs. 1 Nr. 2). Zwar sind die besonderen Gläubigerschutzvorschriften der §§ 302 f. AktG auf diese Verträge unanwendbar, doch ist aus Sicht der Drittgläubiger eine Qualifikation der Finanzierungsvereinbarung als Teilgewinnabführungsvertrag dennoch bedeutsam. Zum einen ergeben sich daraus konzernrechtspezifische Wirksamkeitsvoraussetzungen. Zum anderen stellt § 296 AktG Beschränkungen für die Aufhebung einer solchen Vereinbarung auf.

a) Finanzierungsvereinbarung als Teilgewinnabführungsvertrag

Hinsichtlich der zur Gewinnabführung verpflichteten Partei ist anerkannt, dass es sich nicht um eine AG handeln muss, sondern auch die GmbH und die GmbH & Co. KG Teilgewinnabführungsverträge abschließen können.⁷⁰³ Vertragspartner und Begünstigter kann jedermann sein, ohne dass eine Unternehmensqualität im Sinne des § 15 AktG erforderlich ist.⁷⁰⁴

In der Sache ist erforderlich, dass sich die Gesellschaft verpflichtet, einen Teil ihres Gewinns oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder zum Teil abzuführen. Einerseits darf es sich nicht um den gesamten Gewinn der Gesellschaft handeln, anderenfalls ein Gewinnabführungsvertrag im Sinne

⁷⁰³ Vgl. für die GmbH & Co. KG nur MüKoHGB/Mülbert, Konzernrecht, Rn. 332 m.w.N. Für die GmbH ist umstritten, ob die §§ 293 ff. AktG analoge Anwendung finden oder es sich um eine gesellschaftsvertragliche Grundlagenänderungen nach dem GmbHG handelt; vgl. nur Michalski/Servatius, Systematische Darstellung 4, Rn. 338. Nach der Rechtsprechung des BGH sind die Vorschriften der §§ 291 ff. AktG entsprechend anwendbar, soweit der Schutzzweck gleichermaßen zutrifft und sie nicht auf Unterschieden der Binnenverfassung zwischen der AG und der GmbH beruhen; vgl. zuletzt etwa BGH, NJW 2019, 3302, Rz. 22.

⁷⁰⁴ KK-AktG/Koppensteiner, § 292, Rn. 7; Emmerich/Habersack/Emmerich, § 292, Rn. 23; vgl. auch GK-AktG/Mülbert, § 292, Rn. 31 dazu, dass eine teleologische Reduktion insoweit nicht angezeigt ist.

des § 291 Abs. 1 AktG vorliegt.⁷⁰⁵ Andererseits gibt es keinen Bagatellvorbehalt, der die Verpflichtung zur Abführung eines marginalen Teils des Gewinnes vom Anwendungsbereich ausnehmen würde.⁷⁰⁶ Es bleibt insoweit bei dem Ausnahmetatbestand des § 292 Abs. 2 AktG, der ausschließlich personen- und gegenstandsbezogen, nicht aber quantitativ differenziert und dem sich kein allgemeines Prinzip entnehmen lässt, wonach wirtschaftlich unbedeutende Vertragsgestaltungen stets vom Anwendungsbereich ausgenommen bleiben sollen.⁷⁰⁷

Weitere Voraussetzung des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG ist, dass es sich bei den abgeführten Beträgen um den Anteil an einem periodisch ermittelten Gewinn handelt.⁷⁰⁸ Eine Beteiligung am Gewinn einzelner Geschäfte der Gesellschaft wird damit vom Anwendungsbereich ausgenommen.⁷⁰⁹ Es sollen nur solche Gewinnpositionen geschützt werden, die die Gesellschaft bereits erworben hat, wohingegen die Spekulation über den Gewinn eines bestimmten Geschäfts nicht erfasst sein soll.⁷¹⁰ Die Bezugsgröße für den vertraglich zugrunde zu legenden Anteil am Periodengewinn bleibt im Übrigen der Parteiautonomie überlassen.⁷¹¹ Daher sind nicht nur Vereinbarungen erfasst, die an den Bilanzgewinn anknüpfen, sondern auch solche, die sich auf Posten beziehen, die Elemente des Bilanzgewinns sind.⁷¹² In Betracht kommt etwa die Anknüpfung an den Jahresüberschuss oder an Posten der Gewinn- und Verlustrechnung, etwa Umsatzerlöse oder der Rohertrag.⁷¹³

Die Vereinbarung einer angemessenen Gegenleistung für die Gewinnabführung ist nicht Tatbestandsvoraussetzung des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG.⁷¹⁴ Viel-

⁷⁰⁵ Lörsch, Kompetenzfragen, S. 78 f.; Emmerich/Habersack/Emmerich, § 292, Rn. 24 f.

⁷⁰⁶ KG, NZG 1999, 1102, 1105; Emmerich/Habersack/Emmerich, § 292, Rn. 24.

⁷⁰⁷ GK-AktG/Mülb, § 292, Rn. 106; dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der mit der Regel diejenigen Abgrenzungsfragen vermeiden wollte, welche unter der zuvor geltenden Vorschrift, die eine Grenze von Dreivierteln des Gewinns aufgestellt hatte, aufgetreten waren, vgl. BegrRegE AktG, BT Drucks. 4/171, 216 f.

⁷⁰⁸ Schulze-Osterloh, ZGR 1974, 427, 436; Emmerich/Habersack/Emmerich, § 292, Rn. 26.

⁷⁰⁹ Schulze-Osterloh, ZGR 1974, 427, 436.

⁷¹⁰ Lörsch, Kompetenzfragen, S. 81 f.

⁷¹¹ BegrRegE AktG, BT Drucks. 4/171, 221.

⁷¹² Schulze-Osterloh, ZGR 1974, 427, 437.

⁷¹³ Schulze-Osterloh, ZGR 1974, 427, 437 ff.

⁷¹⁴ Es ist umstritten, ob auch unentgeltliche Gewinnabführungsverträge in den Anwendungsbereich fallen (dafür etwa Mülb, Aktiengesellschaft, S. 168; vgl. im Übrigen nur Spindler/Stilz/Veil, § 292, S. 18 m.w.N. auch zur Gegenansicht). In den vorliegenden Finanzierungskonstellationen liegt die Gegenleistung jedoch stets in der Kapitalüberlassung, sodass keine Unentgeltlichkeit vorliegt; vgl. nur Lörsch, Kompe-

mehr muss sich die Gegenleistung alleine an den allgemeinen Vorschriften der Geschäftsleiterhaftung sowie bei einer (Quasi-)Gesellschafterstellung des Vertragspartners an den Vorschriften der Kapitalerhalten messen lassen.⁷¹⁵

aa) Stille Gesellschaft

Gemessen an den vorgenannten Voraussetzungen ist jeder Vertrag über die Begründung einer stillen Gesellschaft als Teilgewinnabführungsvertrag anzusehen.⁷¹⁶ Dies gilt auch für atypische stille Beteiligungen, bei denen dem stillen Gesellschafter weitreichende Einflussmöglichkeiten eingeräumt sind.⁷¹⁷ Insoweit wurde die Auffassung vertreten, dass die stille Gesellschaft selbst Trägerin des Unternehmens sei, das den Gewinn erwirtschaftet und daher keine Gewinnabführung gegeben sei.⁷¹⁸ Dies wird aber mit Blick auf die fehlende Rechtsfähigkeit der stillen Gesellschaft zutreffend abgelehnt.⁷¹⁹ Auch der Gesetzgeber geht davon aus, dass stille Gesellschaften als Teilgewinnabführungsverträge zu qualifizieren sind, heißt es doch in der Regierungsbegründung des ERJuKoG: „Wenn eine Gesellschaft massenhaft stille Gesellschaftsverträge (auch in atypischer Form) abschließt, müssen diese als Teilgewinnabführungsverträge einzuordnenden Unternehmensverträge nach § 294 Abs. 1 Satz 1 AktG eingetragen werden.“⁷²⁰

bb) Genussrechte

Das Verhältnis zwischen Genussrecht und dem Recht der Teilgewinnabführungsverträge ist umstritten und Gegenstand ausführlicher Auseinandersetzung im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum.⁷²¹ Zum Teil wird vertreten, gewinnorientierte Genussrechte seien zugleich als Teilgewinnabführungsverträge zu qualifizieren.⁷²² Zurecht wird hingegen überwiegend § 221 Abs. 3

tenzfragen, S. 95 zur Einlage des stillen Gesellschafters als entgeltliche Gegenleistung.

⁷¹⁵ Emmerich/Habersack/Emmerich, § 292, Rn. 27 ff.

⁷¹⁶ Lörsh, Kompetenzfragen, S. 95 ff.; GK-AktG/Mülb, § 292, Rn. 95; Morshäuser/Dietz-Vellmer, NZG 2011, 1135, 1135.

⁷¹⁷ GK-AktG/Mülb, § 292, Rn. 95.

⁷¹⁸ So namentlich Schulze-Osterloh, ZGR 1974, 427, 447 f., der aber das Vorliegen eines Betriebsüberlassungsvertrages für denkbar hält.

⁷¹⁹ GK-AktG/Mülb, § 292, Rn. 95; KK-AktG/Koppensteiner, § 292, Rn. 62.

⁷²⁰ BegrRegE ERJuKoG, BT Drucks 14/6855, 21.

⁷²¹ Monographisch Eyber, Abgrenzung, S. 163 ff.; insbesondere mit Blick auf den Schutz der Aktionäre auch Lörsh, Kompetenzfragen, S. 92 ff.

⁷²² Emmerich/Habersack/Emmerich, § 292, Rn. 31, der darüber hinaus bei solchen Genussrechten stets eine stille Gesellschaft begründet sieht.

AktG als *lex specialis* ein verdrängender Vorrang gegenüber dem Regime für Teilgewinnabführungsverträge zuerkannt.⁷²³ Die Vorschrift wäre überflüssig, wenn sich das dort vorgeschriebene Beschlusserfordernis stets schon aus § 293 Abs. 1 AktG ergeben würde.⁷²⁴ Zudem können die Parteien auch eine zunächst als Festverzinsung ausgestaltete Vergütung eines Genussrechts nachträglich in eine gewinnabhängige Vergütung abändern und es wäre unangemessen, wollte man eine solche Vertragsänderung als erstmaligen Abschluss eines Teilgewinnabführungsvertrages qualifizieren.⁷²⁵

Das Gesetz geht außerdem von der Möglichkeit der Verbriefung von Genussrechten aus, indem es verschiedentlich von Genussscheinen spricht.⁷²⁶ Die damit vorausgesetzte Fungibilität wäre konterkariert, würde man die Einhaltung der §§ 293 ff. AktG verlangen. Zwar hat der Gesetzgeber im Jahr 2001 das Problem der Eintragung einer Vielzahl von Teilgewinnabführungsverträgen entschärft, indem nunmehr anstelle der Namen aller Vertragspartner auch eine Bezeichnung eingetragen werden kann, die den jeweiligen Teilgewinnabführungsvertrag konkret bestimmt.⁷²⁷ Jedoch bleibt es dabei, dass jede Übertragung eines Teilgewinnabführungsvertrages nach §§ 295 Abs. 1, 293 Abs. 1 AktG der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedarf,⁷²⁸ was mit der Eigenschaft von Genussscheinen als fungible Wertpapiere nicht zu vereinbaren wäre.⁷²⁹ Dass auch der Gesetzgeber nicht von einer Anwendbarkeit der §§ 293 ff. AktG auf Genussrechte ausgeht, zeigt sich daran, dass die Gesetzesbegründung zum ERJuKoG ausdrücklich vom Erfordernis der Eintragung einer Vielzahl abgeschlossener stiller Beteiligungen spricht,⁷³⁰ jedoch kein Wort zu Genussrechten verliert, obgleich eine massenweise Begebung derselben ungleich praxisrelevanter ist.

⁷²³ BGHZ 156, 38, 43; Eyber, Abgrenzung, S. 166; Busch, AG 1994, 93, 97; GK-AktG/Mülbert, § 292, Rn. 102; H/S/Paschos, § 292 AktG, Rn. 9.

⁷²⁴ Busch, AG 1994, 93, 97.

⁷²⁵ GK-AktG/Mülbert, § 292, Rn. 102.

⁷²⁶ Vgl. etwa § 1 Abs. 11 Nr. 3 KWG, § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) WpHG und § 44a Abs. 10 Nr. 3 EStG.

⁷²⁷ Die Eintragung aller Genussrechtsinhaber bei einer an das breite Publikum gerichteten Genussrechtsemission wurde als „kaum lösbare Aufgabe“ angesehen und als Argument gegen die Anwendung der §§ 293 ff. AktG angeführt, vgl. nur Busch, AG 1994, 93, 97.

⁷²⁸ Eine Vertragsübernahme bildet stets eine Vertragsänderung im Sinne des § 295 AktG; vgl. nur GK-AktG/Mülbert, § 295, Rn. 20.

⁷²⁹ Busch, AG 1994, 93, 97.

⁷³⁰ BegrRegE ERJuKoG, BT Drucks 14/6855, 21.

cc) Partiarische Darlehen

Partiarische Darlehen sind Teilgewinnabführungsverträge, sofern die Höhe des variablen Zinses sich anhand eines periodisch ermittelten Gewinns der Darlehensnehmerin ermittelt.⁷³¹ Dagegen wird zum Teil angeführt, Zinsen seien nie Gewinn, sodass auch die Vereinbarung variabler Darlehenszinsen nicht zur Anwendung des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG führen könne.⁷³² Das gelte selbst dann, wenn der Zinssatz sich unmittelbar in Abhängigkeit vom Gewinn der Gesellschaft ergebe.⁷³³ Dem ist in dieser Allgemeinheit jedoch nicht zuzustimmen. Eine Subsumtion unter § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG scheidet nur dann aus, wenn es sich bei der verabredeten Verzinsung um die Beteiligung am Gewinn aus einem einzelnen Geschäft handelt. Die vorliegend in Rede stehenden partiarischen Darlehen als Mittel der allgemeinen Gesellschaftsfinanzierung sind demgegenüber unter § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG zu fassen.

dd) Ausnahme nach § 292 Abs. 2 AktG

Die Vorschrift des § 292 Abs. 2 AktG nimmt bestimmte Verträge vom Regime der Teilgewinnabführungsverträge aus. Im Zusammenhang mit dem Abschluss mezzaniner Finanzierungsvereinbarungen kommt dabei die Ausnahme für Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs in Betracht. Hinsichtlich der Reichweite dieser Privilegierung ist auf § 116 HGB zurückzugreifen.⁷³⁴ Demnach ist ausschließlich der Typus des Geschäfts maßgeblich und nicht etwa dessen wirtschaftliche Bedeutung.⁷³⁵ Für Kreditaufnahmen mittels partiarischer Darlehen liegt das Eingreifen dieser Ausnahme daher nahe,⁷³⁶ sofern der Zweck in der kontinuierlichen Geschäftsentwicklung und -ausweitung liegt.⁷³⁷ Die Eingehung stiller Beteiligungen ist demgegenüber als in aller Regel geschäftsunüblich einzuordnen.⁷³⁸

⁷³¹ Dierdorf, Herrschaft, S. 116; Eyber, Abgrenzung, S. 16 f.; Marzinkowski, Mezzanine-Finanzierung, S. 71; Lörsch, Kompetenzfragen, S. 131 f.; Emmerich/Habersack/Emmerich, § 292, Rn. 26.

⁷³² GK-AktG/Mülbert, § 292, Rn. 86; Schmidt/Lutter/Langenbucher, § 292, Rn. 27.

⁷³³ Schmidt/Lutter/Langenbucher, § 292, Rn. 27.

⁷³⁴ KG, NZG 2014, 668, 1106; GK-AktG/Mülbert, § 292, Rn. 110; MüKoAktG/Altmeppen, § 292, Rn. 80; Michalski/Servatius, Systematische Darstellung 4, Rn. 372.

⁷³⁵ KG, NZG 1999, 1102, 1106; K. Schmidt, ZGR 1984, 295, 302.

⁷³⁶ GK-AktG/Mülbert, § 292, Rn. 110; a. A. Lörsch, Kompetenzfragen, S. 131 f.

⁷³⁷ GK-HGB/Schäfer, § 116, Rn. 9.

⁷³⁸ OLG Stuttgart, AG 2005, 171, 172; K. Schmidt, ZGR 1984, 295, 302; MüKo-AktG/Altmeppen, § 292, Rn. 80; zurückhaltender GK-AktG/Mülbert, § 292, Rn. 110, der darauf hinweist, dass die Refinanzierung von Kreditinstituten durch dem Kern-

b) Wirksamkeitsvoraussetzungen

Ist die Finanzierungsvereinbarung als Teilgewinnabführungsvertrag zu qualifizieren, gelten die §§ 293 ff. AktG, sodass ein solcher Vertrag, der von einer AG ohne vorherige Zustimmung der Hauptversammlung geschlossen wird, schwebend unwirksam ist. Das Beschlusserfordernis des § 293 Abs. 1 AktG wirkt nicht nur im Innenverhältnis, sondern beschränkt die Vertretungsmacht im Außenverhältnis.⁷³⁹ Ebenso bleibt der Vertrag unwirksam, solange es an der konstitutiven Handelsregistereintragung nach § 294 AktG fehlt.⁷⁴⁰ Für die GmbH sollen Gesellschafterbeschluss und Handelsregistereintragung nach der Rechtsprechung des BGH hingegen keine Wirksamkeitsvoraussetzungen sein, solange der Vertrag keine satzungsüberlagernde Wirkung habe.⁷⁴¹

c) Erhalt der Verlustbeteiligung unwirksamer Teilgewinnabführungsverträge

Sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen der §§ 293 ff. AktG nicht erfüllt, so kommt eine Behandlung des Vertrages als wirksam nach den Grundsätzen des fehlerhaften Unternehmensvertrages nicht in Betracht. Diese Grundsätze finden auf die Verträge des § 292 AktG keine Anwendung, da es ein Interesse an einem korporativen Bestandsschutz wegen des schuldrechtlichen Charakters der Verträge nicht gibt.⁷⁴²

Soweit es sich bei dem Finanzierungsverhältnis jedoch um eine stille Gesellschaft handeln, ist an eine Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft in Bezug auf diese stille Gesellschaft zu denken. Die Frage, ob eine unwirksame stille Gesellschaft für die Vergangenheit als wirksam behandelt wird, ist aus Sicht der Drittgläubiger vor allem mit Blick auf eine etwaig vereinbarte Verlustbeteiligung von Interesse. Die Folge einer Anwendung jener Grundsätze ist nämlich, dass die stille Gesellschaft für die Vergangenheit als wirksam behandelt wird, aber jederzeit gekündigt werden kann. Folge einer Kündigung ist, dass die Auseinandersetzung wie vertrag-

kapital zuzurechnende stille Einlagen durchaus als laufende Geschäftsmaßnahme zu werten sein könne.

⁷³⁹ KG, NZG 1999, 1102, 1107; GK-AktG/Mülbert, § 293, Rn. 28; Emmerich/Habersack/Emmerich, § 293, Rn. 15; KK-AktG/Koppensteiner, § 293, Rn. 11.

⁷⁴⁰ GK-AktG/Mülbert, § 294, Rn. 61; KK-AktG/Koppensteiner, § 294, Rn. 29; Emmerich/Habersack/Emmerich, § 294, Rn. 25.

⁷⁴¹ BGH, NJW 2019, 3302, Ls. 1; in diesem Sinne auch Morshäuser/Dietz-Vellmer, NZG 2011, 1135, 1136; Altmeppen/Altmeppen, Anh. § 13, Rn. 124; a. A. Michalski/Servatius, Systematische Darstellung 4, Rn. 364; GK-GmbHG/Casper, Anh. § 77, Rn. 219; Scholz/Emmerich, Anh. § 13, Rn. 214.

⁷⁴² GK-AktG/Mülbert, § 293, Rn. 149; KK-AktG/Koppensteiner, § 297, Rn. 58.

lich geregelt, im Übrigen gemäß § 235 HGB stattfindet.⁷⁴³ Eine vereinbarte Verlustbeteiligung muss sich der stille Gesellschafter dabei vertragsgemäß entgegen halten lassen. Verneint man hingegen die Anwendbarkeit der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft, so wäre der Vertrag nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen rückabzuwickeln, die Gesellschaft schuldet also nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB die Rückzahlung der Einlage. Eine Anrechnung der Verlustbeteiligung auf diesen Bereicherungsanspruch ließe sich nicht ohne weiteres begründen.⁷⁴⁴ In der Insolvenz käme zudem § 236 HGB nicht zur Anwendung, sodass keine Anrechnung des angefallenen Verlustanteils stattfinden würde. Vielmehr könnte der Gläubiger seinen Anspruch aus Bereicherungsrecht ungemindert zur Insolvenztabelle anmelden.

Die ständige Rechtsprechung des BGH und Teile der Literatur halten die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die stille Gesellschaft für anwendbar.⁷⁴⁵ Dies soll unabhängig von der Ausgestaltung als typische oder atypische stille Gesellschaft gelten.⁷⁴⁶ Zur Invollzugsetzung sei dabei kein Zustimmungsbeschluss und keine Handelsregistereintragung erforderlich, sondern es genüge die Leistung von Einlagezahlungen.⁷⁴⁷ Die Behandlung der stillen Gesellschaft als wirksam sei geboten, da es grob unbillig sei, das Risiko der Betriebsführung allein dem Geschäftsinhaber aufzubürden und auch die auf dem Kapitalbeitrag des stillen Gesellschafters beruhenden Erfolge des Unternehmens allein dem Geschäftsinhaber zugutekommen zu lassen und den stillen Gesellschafter mit einem geringwertigen Bereicherungsanspruch abzufinden.⁷⁴⁸

Andere lehnen die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft ab, da es bei der Innengesellschaft ohne Gesamthandsvermögen nicht zu schwerwiegenden Auseinandersetzungsproblemen komme und die Ausgleichsordnung der §§ 812, 818 BGB eine geeignete Grundlage für die Auseinandersetzung zwischen den Beteiligten bilde.⁷⁴⁹ Zum Teil wird danach differenziert, ob es sich um eine typische oder atypische stille Gesellschaft

⁷⁴³ Jung, in: Blaurock, § 11, Rn. 11.29.

⁷⁴⁴ Allenfalls wäre an den Einwand der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB zu denken.

⁷⁴⁵ BGH, ZIP 2019, 22, Rz. 28; BGHZ 199, 104, Rz. 11; BGH, NZG 2005, 261, 262; BGHZ 55, 5, 8 f.; BGHZ 8, 157, 167 f.; Baumbach/Hopt/Roth, § 230, Rn. 11; E/B/J/S/Gehrlein, § 230, Rn. 31.

⁷⁴⁶ BGHZ 55, 5, 8 f.; BGH, NZG 2005, 261, 262; BGHZ 199, 104, Rz. 11; BGH, ZIP 2019, 22, Rz. 28.

⁷⁴⁷ BGH, NZG 2005, 261, 262.

⁷⁴⁸ BGHZ 55, 5, 9.

⁷⁴⁹ GK-HGB/Harbarth, § 230, Rn. 182; MüKoBGB/Schäfer, § 705, Rn. 359.

handelt.⁷⁵⁰ Dabei soll insbesondere maßgeblich sein, ob die stille Gesellschaft über ein reines Schuldverhältnis hinausgeht und ein verbandsrechtliches Element aufweist.⁷⁵¹ Andere unterscheiden danach, ob es sich um eine sogenannte Innen-KG mit entsprechender Vermögensbeteiligung handelt.⁷⁵²

Richtigerweise ist die Geltung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft jedenfalls für all diejenigen stillen Gesellschaften anzuerkennen, bei denen die Verlustbeteiligung nicht ausgeschlossen ist. Nur so ist im Interesse der Drittgläubiger die Haftqualität des überlassenen Kapitals sichergestellt. Insoweit sind nicht Auseinandersetzungsschwierigkeiten der maßgebliche Grund für die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft, sondern der Gläubigerschutz. Für die relevante Invollzugsetzung der stillen Gesellschaft kommt es dabei nicht auf den Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung oder eine Eintragung im Handelsregister an. Die Behandlung der stillen Gesellschaft als wirksam knüpft nämlich nicht an ihre Eigenschaft als Unternehmensvertrag im Sinne des § 292 AktG an, sondern an jene als Gesellschaft, wofür §§ 293 f. AktG keine Bedeutung haben.⁷⁵³

So ergibt sich eine konsistente Behandlung mezzaniner Finanzierungen mit Verlustbeteiligung: Bei stillen Gesellschaften mit Verlustbeteiligung bleibt diese nach den Grundsätzen der fehlerhaften stillen Gesellschaft stets erhalten. Bei Genussrechten mit Verlustbeteiligung stellt sich die Frage der Unwirksamkeit nicht, da §§ 293 f. AktG von § 221 AktG verdrängt werden. Das Beschlusserfordernis des § 221 AktG wirkt anders als § 293 Abs. 1 AktG nur im Innenverhältnis und eine Missachtung hat daher keine Unwirksamkeit der Genussrechtsvereinbarung zur Folge. Auch bei partiarischen Darlehen kann sich die Frage nach dem Erhalt einer Verlustbeteiligung nicht stellen, da diese nicht mit einer Verlustbeteiligung ausgestattet sein dürfen, anderenfalls sie ihre Rechtsnatur als Darlehen verlieren.⁷⁵⁴

d) Aufhebungsbeschränkungen nach § 296 AktG

Nach § 296 Abs. 1 AktG kann ein Teilgewinnabführungsvertrag nur zum Ende des Geschäftsjahrs oder des sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums und nur durch schriftliche Vereinbarung aufgehoben werden. Eine

⁷⁵⁰ MüKoHGB/K. *Schmidt*, § 230, Rn. 133.

⁷⁵¹ Hierfür wird zum Teil auf das Bestehen von Mitverwaltungsrechten des stillen Gesellschafters abgestellt, vgl. GK-AktG/*Mülbert*, § 292, Rn. 173.

⁷⁵² MüKoHGB/K. *Schmidt*, § 230, Rn. 133; MüKoBGB/*Schäfer*, § 705, Rn. 359. Zur Innen-KG vgl. oben unter D.I.2. b) dd).

⁷⁵³ Zutreffend *Ederle*, Verdeckte Beherrschungsverträge, S. 141 f.

⁷⁵⁴ Vgl. dazu oben unter B.IV.1.a) aa).

konkludente Aufhebung, etwa durch vorzeitige Rückzahlung des Kapitals und dessen Entgegennahme, ist daher ausgeschlossen.

Das Rückwirkungsverbot des § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG schützt die Drittgläubiger zudem vor einer rückwirkenden Vereinbarung, mit der einer für die Vergangenheit vereinbarten und angefallenen Verlustbeteiligung der Boden entzogen würde. Die Norm hat auch Bedeutung für Genussrechte. Ein Anwendungsvorrang des § 221 AktG kommt insoweit nicht in Betracht, da die Frage der Aufhebung von Genussrechten dort nicht adressiert ist.⁷⁵⁵

Es wurde zwar erwogen, den Anwendungsbereich des Rückwirkungsverbots auf die Verträge des § 291 AktG zu beschränken, da es nur um den Schutz der Ansprüche auf Verlustausgleich (§ 302 AktG) und Abfindung und Ausgleich (§§ 304 und 305 AktG) gehe, die nur bei diesen Verträgen in Betracht kommen. Mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut der Norm wird eine solche Beschränkung aber zu Recht einhellig abgelehnt.⁷⁵⁶ Die Verträge im Sinne des § 292 AktG sind nämlich ebenso ins Handelsregister einzutragen und mit Blick auf die Rechtssicherheit und -klarheit wäre es nicht zu vereinbaren, hätten es die Parteien in der Hand, eine solche Registereintragung rückwirkend falsch werden zu lassen.⁷⁵⁷

Das Rückwirkungsverbot ist auf von einer GmbH geschlossene Unternehmensverträge entsprechend anwendbar.⁷⁵⁸ Die dahingehenden Entscheidungen des BGH betrafen zwar jeweils Unternehmensverträge im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG.⁷⁵⁹ Im Hinblick auf die durch die handelsregisterliche Publizität vermittelte Rechtssicherheit und -klarheit besteht jedoch auch für Teilgewinnabführungsverträge einer GmbH eine vergleichbare Interessenlage. Auch solche sind nämlich richtigerweise nach § 294 Abs. 1 AktG ins Handelsregister einzutragen.⁷⁶⁰

⁷⁵⁵ Zutreffend *Busch*, AG 1994, 93, 97: Anwendungsvorrang bezieht sich nur auf die §§ 293 bis 295 AktG.

⁷⁵⁶ *Emmerich/Habersack/Emmerich*, § 296, Rn. 15; *Spindler/Stilz/Veil*, § 296, Rn. 6; *KK-AktG/Koppensteiner*, § 296, Rn. 15; *GK-AktG/Mülbert*, § 296, Rn. 17.

⁷⁵⁷ *KK-AktG/Koppensteiner*, § 296, Rn. 15; *GK-AktG/Mülbert*, § 296, Rn. 17.

⁷⁵⁸ BGH, ZIP 2002, 35, 36; BGHZ 206, 74, Rz. 14; zutreffend *Scholz/Emmerich*, Anh. § 13, Rn. 197; *H/S/Verse*, Anh. § 13, Rn. 125; *Michalski/Servatius*, Systematische Darstellung 4, Rn. 390.

⁷⁵⁹ Für andere Unternehmensverträge im Sinne des § 292 AktG eine Geltung des § 296 AktG verneinend etwa OLG Zweibrücken, NZG 2015, 319, 320.

⁷⁶⁰ So auch *Michalski/Servatius*, Systematische Darstellung 4, Rn. 369; *Emmerich/Habersack/Emmerich*, § 292, Rn. 37; *Scholz/Emmerich*, Anh. § 13, Rn. 214; *Beck*, GmbHR 2014, 1075, 1082.

Soweit ein solches Eintragungserfordernis von der wohl überwiegenden Ansicht verneint wird,⁷⁶¹ kann dies nicht überzeugen. Insbesondere kann die fehlende organisationsrechtlichen Wirkung eines Teilgewinnabführungsvertrages nicht gegen eine Eintragungspflicht herangezogen werden.⁷⁶² Es besteht insoweit keine Abweichung zur Interessenlage bei der AG.⁷⁶³ Hier hat der Gesetzgeber die Tatsache, dass die Verträge des § 292 AktG weniger tief in die Organisationsstruktur der Gesellschaft eingreifen, nicht zum Anlass genommen, sie vom Anwendungsbereich des § 294 AktG auszunehmen.⁷⁶⁴

Auch der Umstand, dass die Vorschrift in der Praxis womöglich nicht eingehalten wird, kann nicht dazu führen, dass man ihre Anwendbarkeit verneint.⁷⁶⁵ Die durch die Eintragung bewirkte Publizität dient auch dem Gläubigerschutz und für die Gläubiger ist es von Bedeutung, ob Teile des Gewinns der Gesellschaft, gegen die sie einen Anspruch haben, an andere abgeführt wird.⁷⁶⁶

In der Sache wird durch § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG die Vereinbarung eines Aufhebungszeitpunkts ausgeschlossen, der vor dem Abschluss des Aufhebungsvertrages liegt.⁷⁶⁷ Eine in diesem Sinne rückwirkende Auflösung einer stillen Gesellschaft ist damit generell ausgeschlossen.⁷⁶⁸ Der Tag der Auflösung der Gesellschaft ist zugleich der Stichtag für die Auseinandersetzung nach § 235 HGB. Daher folgt aus dem Verbot einer rückwirkenden Auflösung, dass alle bis zum Zeitpunkt des Auflösungsvertrages angefallenen Verluste vertragsgemäß auf den Rückzahlungsanspruch anzurechnen sind und kein früherer Stichtag für die Auseinandersetzungsrechnung gewählt

⁷⁶¹ KG, NZG 2014, 668; OLG München, ZIP 2011, 811; OLG München, ZIP 2003, 845; zustimmend *Morshäuser/Dietz-Vellmer*, NZG 2011, 1135, 1137; *Schmidt-Ott*, GmbHR 2001, 182, 183 ff.; Baumbach/Hueck/*Beurskens*, Anh. KonzernR, Rn. 97; H/S/*Verse*, Anh. § 13, Rn. 122. Auch der BGH geht nur dann von einer Eintragungspflicht aus, wenn der Unternehmensvertrag „satzungsüberlagernde Wirkung“ hat, vgl. BGH, NJW 2019, 3302, Ls. 1.

⁷⁶² So aber OLG München, ZIP 2011, 811, 811; *Morshäuser/Dietz-Vellmer*, NZG 2011, 1135, 1137; *Schmidt-Ott*, GmbHR 2001, 182, 184.

⁷⁶³ A.A. ohne Begründung BGH, NJW 2019, 3302, Rz. 25, wonach nicht in gleicher Weise wie bei einer Aktiengesellschaft das Bedürfnis bestehe, Vereinbarungen über die Verwendung des Geschäftsergebnisses der Registerpublizität zu unterstellen; insoweit wie hier *Wachter*, GmbHR 2019, 1153, 1160, der ein Eintragungserfordernis letztlich aber mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift dennoch ablehnt.

⁷⁶⁴ Zutreffend *Weigl*, GmbHR 2002, 778, 779 f.; insoweit auch *Wachter*, GmbHR 2019, 1153, 1160, der ein Eintragungserfordernis letztlich aber mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift ablehnt.

⁷⁶⁵ Zutreffend Michalski/*Servatius*, Systematische Darstellung 4, Rn. 369.

⁷⁶⁶ *Beck*, GmbHR 2014, 1075, 1082.

⁷⁶⁷ Spindler/Stilz/*Veil*, § 296, Rn. 6.

⁷⁶⁸ *Baums*, Unternehmensfinanzierung, § 14 Rn. 15.

werden kann. Das gleiche gilt für eine rückwirkende Aufhebung von Genussrechten.

Aus Sicht der Drittgläubiger ist darüber hinaus von Interesse, ob eine Abrede, mit der die Parteien nicht den Vertrag insgesamt, sondern nur eine vertraglich vorgesehene Verlustteilnahme aufheben, sich an § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG messen lassen muss. Dies ist indes nicht der Fall. Die Aufhebung einzelner Vertragsfolgen mit Wirkung für die Vergangenheit ist zulässig, soweit keine von dem Rückwirkungsverbot geschützten Interessen beeinträchtigt werden.⁷⁶⁹ Dies ist bei Aufhebung einer vertraglich vorgesehenen Verlustteilnahme nicht der Fall. Im Fall der Teilgewinnabführungsverträge wird die Anwendung des Rückwirkungsverbotes mit der Rechtssicherheit und -klarheit begründet. Dieser Schutzzweck ist bei Aufhebung einzelner Vertragsbestandteile nicht berührt, da das Handelsregister nicht rückwirkend unrichtig wird. Dies ist erst der Fall, wenn durch eine Modifikation der Vereinbarung die Qualifikation als Teilgewinnabführungsvertrag wegfällt.

Es kann daher keine rückwirkende Änderung der Vergütungsmodalitäten dahingehend vereinbart werden, dass für zurückliegende oder angebrochene Perioden eine Festvergütung geschuldet wäre. Eine bloße Aufhebung der Verlustbeteiligung bei Fortbestehen der Finanzierungsvereinbarung im Übrigen ist hingegen auch mit Wirkung für die Vergangenheit möglich, ohne dass § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG dem entgegensteht.

e) Auszahlungsbeschränkung nach §§ 300 f. AktG

Aus den §§ 300 f. AktG ergeben sich Beschränkungen hinsichtlich des Betrages zu dessen Abführung sich die Gesellschaft durch (Teil-)Gewinnabführungsvertrag verpflichten darf. Zunächst legt § 300 Nr. 2 AktG fest, dass für die Berechnung der gesetzlichen Rücklage nach § 150 Abs. 2 AktG der fiktive Jahresüberschuss, wie er sich ohne die Gewinnabführung ergeben hätte, zugrunde zu legen ist.⁷⁷⁰ Die Vorschrift bezweckt den Schutz der Gesellschaft vor Aushöhlung ihrer bilanzmäßigen Substanz und schützt damit auch die Gesellschaftsgläubiger.⁷⁷¹

Anknüpfend an den fiktiven Jahresüberschuss beschränkt sodann § 301 AktG den maximalen Betrag der Gewinnabführung auf jenen abzüglich eines

⁷⁶⁹ GK-AktG/Mülbert, § 296, Rn. 17; KK-AktG/Koppensteiner, § 296, Rn. 15; MüKoAktG/Altmeyen, § 296, Rn. 23; aus diesem Grund ist etwa der Verzicht auf den erst mit Ablauf des Geschäftsjahres entstehenden konkreten Gewinnabführungsanspruch für das derzeit laufenden Geschäftsjahr zulässig, vgl. GK-AktG/Mülbert, § 296, Rn. 17.

⁷⁷⁰ Emmerich/Habersack/Emmerich, § 300, Rn. 16.

⁷⁷¹ BegrRegE AktG, BT Drucks. 4/171, 221.

etwaigen Verlustvortrages, des nach § 300 AktG einzustellenden Betrages sowie des nach § 268 Abs. 8 HGB ausschüttungsgesperrten Betrages. Der Gesetzgeber hatte dabei insbesondere den Fall vor Augen, dass die von den Parteien vereinbarte Berechnungsform der Gewinnabführung dazu führt, dass ein höherer Gewinn als der nach aktienrechtlichen Grundsätzen ermittelte Jahresüberschuss abzuführen ist.⁷⁷²

Es ist umstritten, ob § 301 AktG auf Teilgewinnabführungsverträge anwendbar ist, jedoch wird dies überwiegend und zutreffend bejaht, da der Verweis des § 301 AktG auf § 300 AktG, der Teilgewinnabführungsverträge explizit umfasst, für eine Anwendung spricht.⁷⁷³ Auch die Gesetzesbegründung zu § 301 AktG spricht explizit von Teilgewinnabführungsverträgen.⁷⁷⁴ Daher ist die Auszahlungsbeschränkung auch auf Teilgewinnabführungsverträge anzuwenden.

Aus Sicht der Drittgläubiger ist insbesondere relevant, dass sich der in die Rücklage nach § 150 Abs. 2 AktG einzustellende Betrag erhöht, da sich dadurch das Vermögen erhöht, welches durch die Kapitalerhaltung gegen Ausschüttung an (Quasi-)Aktionäre schlechthin gesperrt ist.⁷⁷⁵ Auch die Zahlungsbeschränkung des § 301 AktG kann praktische Bedeutung erlangen. Dies ist insbesondere dann denkbar, wenn ein hoher Verlustvortrag besteht oder erhebliche Beträge nach § 268 Abs. 8 HGB gesperrt sind und dies nach der von der Finanzierungsvereinbarung vorgegebenen Berechnungsweise der gewinnabhängigen Vergütung nicht zu berücksichtigen wäre. Die Gesellschaft kann dann die Zahlung verweigern und überzahlte Beträge können zurückgefordert werden.⁷⁷⁶

f) Zusammenfassung

Mezzanine Finanzierungsinstrumente können als Teilgewinnabführungsvertrag im Sinne des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG zu qualifizieren sein. Dies betrifft alle stillen Gesellschaften sowie partiarische Darlehen. Für letztere ist jedoch die Bereichsausnahme des § 292 Abs. 2 AktG zu beachten. In der Folge müssen solche Vereinbarungen in das Handelsregister eingetragen werden und bedürfen eines Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafter. Wegen eines Anwendungsvorrangs des § 221 AktG gilt dies nicht für Genussrechte.

⁷⁷² BegrRegE AktG, BT Drucks. 4/171, 221 f.

⁷⁷³ Lörsch, Kompetenzfragen, S. 90.

⁷⁷⁴ BegrRegE AktG, BT Drucks. 4/171, 221.

⁷⁷⁵ Dazu oben unter D.II.1.c)aa).

⁷⁷⁶ Vgl. zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 301 AktG nur Emmerich/Habersack/Emmerich, § 301, Rn. 24 f. mit weiteren Nachweisen.

Fehlt es an einer der Voraussetzungen, sind die Vereinbarungen schwebend unwirksam. Für stille Gesellschaften kommt dann eine Behandlung als wirksam nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft in Betracht. Dies führt dazu, dass eine vertraglich vereinbarte Verlustbeteiligung in jedem Fall erhalten bleibt.

Die Vorschrift des § 296 AktG beschränkt die Aufhebbarkeit der als Teilgewinnabführungsverträge geltenden Finanzierungen, wobei dies auch für Genussrechte gilt. Der rückwirkenden Aufhebung einer Verlustbeteiligung steht diese Vorschrift allerdings nicht entgegen.

4. Ergebnis zum konzernrechtlichen Gläubigerschutz

Der konzernrechtliche Gläubigerschutz kann nach alledem im vorliegenden Zusammenhang nur am Rande relevant werden. Insoweit ist Servatius zuzustimmen, der im Zusammenhang mit der Disziplinierung von Dritten das Konzernrecht für irrelevant hält, da es an der konzerntypischen Interessendivergenz fehle.⁷⁷⁷ Konkret fehlt es an einer organisationsrechtlich begründeten Verbindung. Lediglich die Qualifikation als Teilgewinnabführungsvertrag kann begrenzte Gläubigerschutzwirkung entfalten, indem die entsprechende Finanzierungsvereinbarung nicht rückwirkend aufgehoben werden kann und daher auch eine vereinbarte Verlustbeteiligung zugunsten der Drittgläubiger erhalten bleibt.

⁷⁷⁷ *Servatius*, Covenants, S. 353 ff.

E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen

Die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Arbeit lassen sich wie folgt in Thesen zusammenfassen:

(1) Wird im Rahmen einer Mezzanine-Finanzierung ein Rangrücktritt vereinbart, so muss sich dieser nicht darauf beschränken, eine Verteilungsregelung im eröffneten Insolvenzverfahren zu bestimmen, sondern kann sich auch auf den Zeitraum vor Insolvenzeröffnung beziehen. Eine solche vorinsolvenzliche Zahlungsbeschränkung kann dabei auch mit Nichtgesellschaftern geschlossen werden und in der Sache als Durchsetzungssperre in Gestalt eines *pactum de non petendo* oder darüber hinaus als Zahlungsverbot, welches die Erfüllbarkeit der Forderung ausschließt, ausgestaltet sein. Unabhängig davon, welche dieser Gestaltungen man zur Annahme einer insolvenzvermeiden Wirkung des Rangrücktritts verlangt, ergibt sich die Reichweite im konkreten Fall stets im Wege der Auslegung.

(2) Ergibt die Auslegung einer vorinsolvenzlichen Rangrücktrittsvereinbarung, dass eine Durchsetzungssperre in Gestalt eines *pactum de non petendo* vereinbart ist und zahlt die Gesellschaft, ohne sich auf diese zu berufen, so bestehen hinsichtlich der geleisteten Zahlung keine Kondiktionsansprüche. Jedoch kommt eine Insolvenzanfechtung wegen inkongruenter Deckung oder im Wege der Vorsatzanfechtung in Betracht.

(3) Ergibt die Auslegung einer vorinsolvenzlichen Rangrücktrittsvereinbarung, dass die Parteien ein Zahlungsverbot unter Ausschluss der Erfüllbarkeit der Forderungen vereinbart haben, so ist dessen Aufhebung jederzeit möglich. Insbesondere steht § 328 BGB einer dahingehenden Vereinbarung nicht im Wege. Eine konkludente Aufhebung kann bei Kenntnis des Mezzanine-Gläubigers von der Krise der Gesellschaft auch in einer Rückzahlung der Finanzierung und deren Entgegennahme erblickt werden. Eine solche Aufhebung ist zwar wirksam, wird aber vielfach im Wege der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO anfechtbar sein. Hat der Mezzanine-Gläubiger bei Empfang der Zahlung keine Kenntnis von der Krise der Gesellschaft, so liegt in Leistung und Entgegennahme der Zahlung keine konkludente Aufhebung des Zahlungsverbotes. Die Zahlung hat dann keine Tilgungswirkung und ist nach § 134 InsO anfechtbar.

(4) Eine korporative Bindung von Finanzierungsbeiträgen von Mezzanine-Gläubigern, die nicht Gesellschafter sind, nach den Grundsätzen des Finanzplankredits kommt nicht in Betracht. Ein für die Fallgruppe des Finanzplankredits prägender Ausschluss von Kündigungsrechten kann allerdings auf schuldrechtlicher Grundlage vereinbart werden. Eine Aufhebung einer solchen Vereinbarung ist jederzeit möglich, steht aber unter dem Vorbehalt einer Insolvenzanfechtung, wobei insbesondere eine Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO in Betracht kommt.

(5) Mezzanine-Gläubiger unterfallen dem persönlichen Tatbestand der Subordination nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, wenn ihnen eine gesellschaftergleiche Stellung eingeräumt ist. Dies ist der Fall, wenn sie wie ein Gesellschafter Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen können und ihre Beteiligung am Gesellschaftsvermögen derjenigen eines Gesellschafters entspricht. Ob dies der Fall ist, ist abhängig von der jeweiligen Rechtsform der in Frage stehenden Gesellschaft zu beurteilen.

(6) Die zur Begründung einer Stellung als Quasi-Kommanditist erforderlichen Einflussrechte liegen vor, wenn dem Mezzanine-Gläubiger die gesetzestypischen Informationsrechte eines Kommanditisten zustehen und ihm ein Widerspruchsrecht gegen außergewöhnliche Maßnahmen der Geschäftsführung eingeräumt ist. Geht es um die Gleichstellung mit einem GmbH-Gesellschafter sind darüber hinaus weitergehende, an § 51a GmbHG orientierte Informationsrechte sowie solche Zustimmungsvorbehalte erforderlich, die in das operative Tagesgeschäft hineinreichen. Für die Qualifikation als Quasi-Aktionär hingegen genügen bereits wenig stark ausgeprägte Informationsrechte sowie Zustimmungsvorbehalte für Grundlageneinscheidungen.

(7) Die zur Begründung einer Stellung als Quasi-Gesellschafter erforderlichen Einflussmöglichkeiten können bei jeder Gesellschaftsform entweder korporativ oder schuldrechtlich begründet sein, während rein faktische Einwirkungsmöglichkeiten grundsätzlich nicht genügen.

(8) Die zur Begründung einer Stellung als Quasi-Gesellschafter erforderliche Vermögensbeteiligung ist bei allen Gesellschaftsformen nur dann gegeben, wenn der Mezzanine-Gläubiger auch an den stillen Reserven der Gesellschaft beteiligt ist. Eine gewinnabhängige Vergütung und eine Verlustbeteiligung genügen hingegen weder für sich genommen noch kumulativ.

(9) In sachlicher Hinsicht greift die Subordination in den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bei allen darlehensähnlichen Finanzierungen ein, was sich nach der handelsbilanziellen Einordnung richtet. Betroffen sind alle als Verbindlichkeit passivierten Rückzahlungsansprüche. Rückzahlungsansprüche auf Finanzierungsformen, die handelsbilanziell als Eigenkapital ausgewiesen sind, fallen hingegen unter den absoluten Nachrang nach § 199 Satz 2 InsO.

(10) Das Kleinbeteiligtenprivileg kann im Zusammenhang mit Finanzierungen durch Quasi-Gesellschafter keine Bedeutung erlangen, da es lediglich dazu dient, nicht unternehmerisch beteiligte Gesellschafter aus dem persönlichen Anwendungsbereich auszuschneiden. Die Frage der unternehmerischen Beteiligung findet im Falle der Quasi-Gesellschafter aber bereits bei der Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs Berücksichtigung, sodass für weitergehende Ausnahmen nach dem Kleinbeteiligtenprivileg kein Raum bleibt.

(11) Die Vorschriften der Kapitalerhaltung können die Rückzahlung von Mezzanine-Kapital beschränken. Nicht erfasst ist jedoch die Rückzahlung von solchen Finanzierungen, die wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechen, da seit Inkrafttreten des MoMiG solche Finanzierungen jederzeit zurückgeführt werden dürfen. Die Freistellung bezieht sich auf sämtliche als Fremdkapital verbuchten Finanzierungen. Für als Eigenkapital bilanziertes Mezzanine-Kapital gilt die Freistellung hingegen nicht.

(12) Für die Kapitalerhaltung in der GmbH bleibt die für die Unterbilanzrechnung maßgebliche Rechengröße des Stammkapitals in jedem Fall das eingetragene satzungsmäßige Stammkapital. Im Übrigen bleibt es bei der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz. Als Fremdkapital ausgewiesenes Mezzanine-Kapital mindert das zur Auszahlung an andere (Quasi-)Gesellschafter zur Verfügung stehende Vermögen der Gesellschaft, darf aber selbst jederzeit zurückgezahlt werden. Als Eigenkapital bilanziertes Kapital hingegen darf nicht an Quasi-Gesellschafter zurückgezahlt werden, soweit die Rückzahlung eine Unterbilanz hervorrufen oder vertiefen würde.

(13) In der GmbH & Co. KG können Mezzanine-Gläubiger mangels Registerpublizität ihrer Finanzierung nicht der Kommanditistenhaftung nach §§ 171 ff. HGB unterliegen. Jedoch kann die Kapitalerhaltung nach §§ 30 f. GmbHG hinsichtlich der Komplementär-GmbH Bedeutung erlangen. Der persönliche Anwendungsbereich ist insoweit immer dann eröffnet, wenn der Mezzanine-Gläubiger als Quasi-Kommanditist zu beurteilen ist und darüber hinaus mit § 51a GmbHG vergleichbare Informationsrechte innehat. In sachlicher Hinsicht sind solche Zahlungen erfasst, durch welche auf Ebene der Komplementär-GmbH eine Unterbilanz im Sinne des § 30 GmbH herbeigeführt oder vertieft wird.

(14) In der AG unterliegen Mezzanine-Gläubiger der Kapitalerhaltung, die als Quasi-Aktionäre zu qualifizieren sind. Es sind dabei Rückzahlungen von als Eigenkapital verbuchtem Kapital sowie Vergütungszahlungen hierauf an dem Auszahlungsverbot nach § 57 AktG zu messen. Hierbei besteht keine umfassende Zahlungssperre, sondern nur insoweit, als die Mittel zur Deckung der Grundkapitalziffer und der gesetzlichen Rücklage benötigt werden.

(15) Die Insolvenzverursachungshaftung hat im Zusammenhang mit Zahlungen Mezzanine-Gläubiger nur ausnahmsweise Bedeutung. Sie bezieht sich von vornherein nicht auf Zahlungen auf fällige Forderungen, da solche die Zahlungsunfähigkeit nicht herbeiführen können. Für nicht fällige, da einem Rangrücktritt unterliegende Forderungen hat die Insolvenzverursachungshaftung keine eigene Bedeutung, da sie zwar ein Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft begründet, ein solches aber qua Rangrücktritt ohnehin besteht. Als praktische Anwendungsfälle bleiben nur diejenigen einer mittelbaren Insolvenzverursachung, wobei hierbei strenge Maßstäbe an die Kausalität anzulegen sind.

(16) Treuepflichten können keinen relevanten Schutz der Drittgläubiger bewirken, denn der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht auf Ebene der Schuldnerin unterliegen Mezzanine-Gläubiger selbst dann nicht, wenn sie kapitalerhaltungsrechtlich als Quasi-Gesellschafter zu werten sind. Begründet die Finanzierung eine stille Gesellschaft, bestehen in diesem Gesellschaftsverhältnis zwar gesellschaftsrechtliche Treuepflichten, die den stillen Gesellschafter in einer Krise der Gesellschaft ausnahmsweise daran hindern können, seine Ansprüche gegen die Gesellschaft durchzusetzen. Jedoch bleibt der dadurch bewirkte Gläubigerschutz ein mittelbarer, bloß reflexartiger, denn die Beschränkungen durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht stehen stets zur Disposition der Parteien und können nicht davor schützen, dass die Parteien einvernehmlich handeln. Das gleiche gilt für Treuepflichten, die als allgemeine Nebenpflichten aus sonstige Finanzierungsvereinbarung resultieren.

(17) Eine Rückzahlung vom Mezzanine-Kapital innerhalb eines Jahres vor Stellung des Insolvenzantrages der Gesellschaft ist nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar, sofern das mezzanine Finanzierungsverhältnis eine Quasi-Gesellschafterstellung begründet. Die Begründung einer solchen Stellung richtet sich dabei nach den gleichen Kriterien wie im Rahmen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, setzt also entsprechende Vermögens- und Einflussrechte voraus. Sind diese gegeben, kommt die Anfechtung nicht nur für fremdkapitalähnliches Mezzanine-Kapital in Betracht, sondern in analoger Anwendung der Norm auch für handelsbilanzielle Eigenkapitalposten. Die Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO kommt allerdings nur bezüglich der Rückzahlung des Kapitals selbst zur Anwendung, nicht bezüglich Vergütungszahlungen.

(18) Eine analoge Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf solche Dritte, die keine Quasi-Gesellschafterstellung innehaben, kommt nicht alleine aufgrund der Vereinbarung eines Rangrücktritts in Betracht. Erst die zur Begründung einer Quasi-Gesellschafterstellung erforderlichen Einfluss- und Vermögensrechte sind es, die eine Unterwerfung unter den Nachrang nach

§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und den diesen absichernden Insolvenzanfechtungstatbestand rechtfertigen.

(19) Ein Insolvenzanfechtungsgrund ergibt sich aus § 136 InsO, wenn es sich bei dem Mezzanine-Gläubiger um einen stillen Gesellschafter handelt oder ihm Rechte im Umfang des § 233 HGB sowie eine gewinnabhängige Vergütung eingeräumt sind. Bei einer solchen Quasi-Stiller-Gesellschafter-Stellung ist eine analoge Anwendung des § 136 InsO geboten. Anfechtbar ist dann eine Rückzahlung des Kapitals oder ein Erlass einer bereits angefallenen Verlustbeteiligung, der auf einer zwischen den Parteien nach Eintritt eines Insolvenzgrundes aber nicht länger als ein Jahr vor Antragstellung getroffenen Vereinbarung beruht.

(20) Die Haftung nach § 117 AktG ist geeignet, Schutzlücken im Bereich der verbandsexternen Einflussnahme durch Mezzanine-Gläubiger zu schließen. Eine Haftung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Gesellschaft veranlasst wird, eine gegen einen vorinsolvenzlichen Rangrücktritt verstoßende Zahlung vorzunehmen. In diesen Fällen führt die Haftung zu einem Anspruch der Gesellschaft auf Rückgewähr der geleisteten Zahlungen sowie auf Ersatz aller insolvenzbedingten Folgeschäden. Die Schutzwirkung des § 117 AktG ist aber auf die AG beschränkt.

(21) Der Existenzvernichtungshaftung kommt im Bereich mezzaniner Finanzierungen eine ergänzende Gläubigerschutzfunktion zu. Der persönliche Anwendungsbereich ist auch für Eingriffe durch solche Mezzanine-Gläubiger eröffnet, die nicht als Quasi-Gesellschafter zu qualifizieren sind. In der Sache kommt eine Haftung in Betracht, wenn der Mezzanine-Gläubiger an der Aufhebung eines vorinsolvenzlichen Rangrücktritts in Gestalt eines Zahlungsverbotes mitwirkt. Die bloße Entgegennahme einer Zahlung genügt hingegen nicht, auch nicht wenn diese gegen eine Durchsetzungssperre verstößt.

(22) Eine Haftung als faktische Geschäftsleitung kann im Zusammenhang mit Zahlungen an Mezzanine-Gläubiger kaum je relevant werden, da es in aller Regel an einem nach außen gerichteten Handeln des Mezzanine-Gläubigers fehlen wird.

(23) Die gläubigerschützenden Vorschriften des Vertragskonzernrechts (§§ 302 ff. AktG) können im Zusammenhang mit mezzaninen Finanzierungsverträgen keine Bedeutung erlangen. Die entsprechenden Verträge können mangels organisationsrechtlichen Charakters weder den Tatbestand eines (verdeckten) Beherrschungsvertrages erfüllen, noch ist eine analoge Anwendung insoweit zu rechtfertigen.

(24) Einen Mezzanine-Gläubiger kann keine Haftung aus § 317 AktG treffen, denn hierzu fehlt es unabhängig von der Reichweite seiner Einwirkungsmacht an der organisationsrechtlichen Vermittlung solcher Rechte.

(25) Mezzanine Finanzierungsinstrumente können als Teilgewinnabführungsvertrag im Sinne des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG zu qualifizieren sein. Dies betrifft alle stillen Gesellschaften sowie partiarische Darlehen, wobei für letztere die Bereichsausnahme des § 292 Abs. 2 AktG zu beachten ist. In der Folge müssen solche Vereinbarungen in das Handelsregister eingetragen werden und bedürfen eines Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafter. Wegen eines Anwendungsvorrangs des § 221 AktG gilt dies nicht für Genussrechte.

(26) Fehlt es bei einer als Teilgewinnabführungsvertrag zu qualifizierenden Finanzierungsvereinbarung an einer der konzernrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen, ist sie schwebend unwirksam. Für stille Gesellschaften kommt dann eine Behandlung als wirksam nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft in Betracht. Dies führt dazu, dass eine vertraglich vereinbarte Verlustbeteiligung in jedem Fall erhalten bleibt.

(27) § 296 AktG beschränkt die Aufhebbarkeit der als Teilgewinnabführungsverträge geltenden Finanzierungen, wobei diese Vorschrift auch für Genussrechte gilt. Adressiert durch diese Norm ist jedoch jeweils nur eine vollständige Aufhebung der Finanzierungsvereinbarung, nicht eine Beseitigung der Verlustbeteiligung.

Literaturverzeichnis

- Altmeppen*, Holger, Grundlegend Neues zum „qualifiziert faktischen“ Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH; zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 17.9.2001 – II ZR 178/99 „Bremer Vulkan“, ZIP 2001, 1837
- Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, NJW 2008, 3601
 - Die rätselhafte Haftung von Geschäftsleitern für insolvenzbegründende „Zahlungen“ an Gesellschafter, in: Kindler, Peter/Koch, Jens/Ulmer, Peter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 1
 - Haftungsrisiken für Organwalter im Vorfeld der Konzerninsolvenz, ZIP 2013, 801
 - Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, 10. Aufl. 2021 (zitiert: *Altmeppen/Bearbeiter*)
- Altwater*, Christian/*Hübner*, Sandra, Bilanzsteuerliche Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital – das Maßgeblichkeitsprinzip bei Genussrechten und stillen Beteiligungen, RdF 2017, 65
- Anzinger*, Heribert, Bilanzierung und Betriebsausgabenabzug bei Genussrechten und stillen Beteiligungen, RdF 2018, 64
- Baetge*, Joerg/*Brüggemann*, Benedikt, Ausweis von Genussrechten auf der Passivseite der Bilanz des Emittenten, DB 2005, 2145
- Baetge*, Joerg/*Kirsch*, Hans-Jürgen/*Thiele*, Stefan (Hrsg.), Bilanzrecht, 101. Lieferung, Stand 01.10.2021 (zitiert: *Baetge/Kirsch/Thiele/Bearbeiter*)
- Baumbach*, Theodor/*Hueck*, Alfred, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, 22. Aufl. 2019 (zitiert: *Baumbach/Hueck/Bearbeiter*)
- Baums*, Theodor, Recht der Unternehmensfinanzierung, 2017
- Beck*, Heinz/*Samm*, Carl-Theodor/*Kokemoor*, Axel (Hrsg.), Kreditwesengesetz mit CRR, 223. Lieferung, Stand 01.12.2021 (zitiert: *Beck/Samm/Kokemoor/Bearbeiter*)
- Beck*, Lukas, Regelungsgehalt und Behandlung von Abschluss sowie (unterjähriger) Beendigung von Unternehmensverträgen im GmbH-Konzern, GmbHR 2014, 1075
- Berger*, Christian, Rangrücktrittsvereinbarungen zwischen Zivil- und Insolvenzrecht; zugleich Bemerkungen zu BGH, Urt. v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, ZInsO 2015, 1938
- Berger*, Christian, Zahlungsverbote kraft Rangrücktritts; zugleich Bemerkungen zu BGH, Urt. v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, ZIP 2016, 1
- Bitter*, Georg, Insolvenzanfechtung nach § 135 InsO bei freiwilligem Rangrücktritt?, ZIP 2013, 2

- Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren; AGB-rechtliche Grenzen der Hybridisierung von Fremdkapitalinstrumenten, ZIP 2015, 345
 - Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung, ZHR 181 (2017), 428
 - Die typische und atypische stille Gesellschaft im Recht der Gesellschafterdarlehen, ZIP 2019, 146
 - Banken als Adressaten des Gesellschafterdarlehensrechts bei einer Doppeltreuehand zur Sanierung; kritische Anmerkungen zum Urteil des BGH v. 25.6.2020, WM 2020, 1764
- Bitter, Georg/Heim, Sebastian*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 5.3.2015 – IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638
- Bitter, Georg/Rauhut, Tilman*, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1005
- Blaurock, Uwe* (Hrsg.), Handbuch Stille Gesellschaft, 9. Aufl. 2020
- Böcker, Philipp*, Wildwuchsbekämpfung und erster Formschnitt bei § 64 Satz 3 GmbHG; Besprechung des BGH-Urteils vom 9.10.2012 – II ZR 298/11, DZWIR 2013, 403
- Böcker, Philipp/Poertzen, Christoph*, Kausalität und Verschulden beim zukünftigen § 64 Satz 3 GmbHG, WM 2007, 1203
- Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfried/Schulte-Mattler, Hermann* (Hrsg.), KWG, CRR-VO; Kommentar zu Kreditwesengesetz, VO (EU) Nr. 575/2013 (CRR) und Ausführungsvorschriften, 5. Aufl. 2016 (zitiert: Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Bearbeiter)
- Bork, Reinhard*, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insolvenzrechts?, ZGR 2007, 250
- Anfechtung bei Rücktritt in den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 4½ InsO, ZIP 2012, 2277
 - Urteilsanmerkung zu BGH, Urteil vom 9.10.2012 – II ZR 298/11, EWiR 2013, 75
 - Bankenhaftung wegen Durchsetzung eines konkreten Sanierungsberaters?, WM 2014, 1841
 - Anmerkung zu BGH, Urteil vom 5.3.2015 – IX ZR 133/14, EWiR 2015, 219
- Bork, Reinhard/Schäfer, Carsten* (Hrsg.), GmbHG, 4. Aufl. 2019 (zitiert: Bork/Schäfer/Bearbeiter)
- Bormann, Michael/Friesen, Birga*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.06.2012 – IX ZR 191/11, GmbHR 2012, 1181
- Bösl, Konrad/Schimpfky, Peter/Beauvais, Ernst-Albrecht* (Hrsg.), Fremdfinanzierung für den Mittelstand; Alternativen zum Bankkredit; Betriebswirtschaft – Zivilrecht – Steuerrecht – Bilanzrecht, 2014
- Brokamp, Jürgen/Ernst, Dietmar/Hollasch, Karsten u. a.*, Mezzanine-Finanzierungen, 2012

- Burgard*, Ulrich, Die Förder- und Treupflicht des Alleingesellschafters einer GmbH; Überlegungen zu einer gläubigerschützenden Corporate Governance bei der GmbH, ZIP 2002, 827
- Busch*, Torsten, Aktienrechtliche Probleme der Begebung von Genussrechten zwecks Eigenkapitalverbreiterung, AG 1994, 93
- Buschmann*, Marco, Finanzplankredit und MoMiG, NZG 2009, 91
- Canaris*, Claus-Wilhelm/*Habersack*, Mathias/*Schäfer*, Carsten (Hrsg.), HGB (zitiert: GK-HGB/*Bearbeiter*)
- Band 3: §§ 105–160, 5. Aufl. 2009
 - Band 4: §§ 161–236, 5. Aufl. 2015
 - Band 5: §§ 238–289a, 5. Aufl. 2014
- Dahl*, Michael/*Schmitz*, Jan, Eigenkapitalersatz nach dem MoMiG aus insolvenzrechtlicher Sicht, NZG 2009, 567
- Detle*, Felix Christoph, Verdeckte und atypische Beherrschungsverträge im Aktienrecht, 2012
- Dierdorf*, Josef, Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage, 1978
- Dittmer*, Jana, Finanzplankredite zugunsten der GmbH post MoMiG – Bestehen noch immer Grenzen der Aufhebbarkeit?, DZWIR 2014, 151
- Drygala*, Tim, Abschied vom qualifizierten faktischen Konzern – oder Konzernrecht für alle?, GmbHR 2003, 729
- Ebenroth*, Carsten Thomas/*Boujong*, Karlheinz/*Joost*, Detlev u.a., Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2020 (zitiert: E/B/J/S/*Bearbeiter*)
- Ederle*, Anton, Der verdeckte Beherrschungsvertrag als konzernrechtliches Haftungsinstrument, AG 2010, 273
- Ederle*, Anton, Verdeckte Beherrschungsverträge, 2010
- Eidenmüller*, Horst/*Engert*, Andreas, Insolvenzzrechtliche Ausschüttungssperren, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus/Priester, Hans-Joachim u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 305
- Eilers*, Stephan/*Rödding*, Adalbert/*Schmalenbach*, Dirk (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl. 2014
- Ekkenga*, Jens, Insolvenzvorbereitung durch Rangrücktritt; die Vernachlässigung des Bilanz- und Kapitalschutzrechts und die Folgen nach BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 – eine Fundamentalkritik, ZIP 2017, 1493
- Ekkenga*, Jens (Hrsg.), Handbuch der AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019
- Emmerich*, Volker, Über atypische und verdeckte Beherrschungsverträge, in: Kindler, Peter/Koch, Jens/Ulmer, Peter u.a. (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 179
- Emmerich*, Volker/*Habersack*, Mathias (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht; Kommentar, 9. Aufl. 2019 (zitiert: Emmerich/*Habersack/Bearbeiter*)

- Engert*, Andreas, Drohende Subordination als Schranke einer Unternehmenskontrolle durch Kreditgeber; zugleich zum Regelungszweck der Subordination von Gesellschafterdarlehen, ZGR 2012, 835
- Eyber*, Klaus U., Die Abgrenzung zwischen Genußrecht und Teilgewinnabführungsvertrag im Recht der Aktiengesellschaft; mit einem Beitrag zur Problematik der Cash-flow-Beteiligung, 1997
- Farian*, Matthias, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 5.3.2015 – IX ZR 133/14, GmbHR 2015, 472
- Feyerabend*, Hans-Jürgen A., Typisch stille Beteiligungen bei Kreditinstituten und das Abzugsverbot des § 8 Abs. 3 S. 2, 2. Alt. KStG, RdF 2019, 49
- Fleischer*, Holger, Finanzplankredite und Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht 1995
- Covenants und Kapitalersatz, ZIP 1998, 313
 - Der Finanzplankredit im Gesamtgefüge der einlagegleichen Gesellschafterleistungen, DStR 1999, 1774
 - Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers, GmbHR 2011, 337
- Fleischer*, Holger/*Goette*, Wulf (Hrsg.), Münchener Kommentar zum GmbHG (zitiert: MüKoGmbHG/Bearbeiter)
- Band 1: §§ 1–34, 3. Aufl. 2018
 - Band 2: §§ 35–52, 3. Aufl. 2019
 - Band 3: §§ 53–88, 3. Aufl. 2018
- Florstedt*, Tim, Zum Ordnungswert des § 136 InsO, ZInsO 2007, 914
- Schuldrechtliches Beteiligungskapital, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus/Priester, Hans-Joachim u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 399
 - Das „materielle“ Eigenkapital der verbandsverfassten GmbH & Still; Bemerkungen zur Entscheidung des BGH v. 16.5.2017 – II ZR 284/15, ZIP 2017, 2433
- Freudenberg*, Rainer, Anfechtung der Ausschüttung von Gewinnvorträgen und freien Rücklagen, ZInsO 2014, 1544
- Fridgen*, Alexander/*Geiwitz*, Arndt/*Göpfert*, Burkard (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur Insolvenzordnung, 25. Edition, Stand 15.10.2021 (zitiert: BeckOK-InsO/Bearbeiter)
- Frodermann*, Jürgen/*Jannott*, Dirk (Hrsg.), Handbuch des Aktienrechts, 9. Aufl. 2017
- Gehrlein*, Markus, Das Eigenkapitalersatzrecht im Wandel seiner gesetzlichen Kodifikationen, BB 2011, 3
- Flankenschutz des Insolvenzanfechtungsrechts durch das allgemeine Zivilrecht, DB 2016, 1177
- Gerdas*, Kai, Auswirkungen von Mezzanine-Kapital auf das Rating – Anforderungen und Kriterien zur Klassifizierung von Mezzanine-Kapital als wirtschaftliches Eigenkapital, BC 2006, 57

- Giesler*, Jan Patrick/*Nauschütt*, Jürgen (Hrsg.), Franchiserecht 3. Aufl. 2015
- Goette*, Wulf/*Habersack*, Mathias (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (zitiert: *MüKoAktG/Bearbeiter*)
- Band 1: §§ 1–75, 5. Aufl. 2019
 - Band 2: §§ 76–117, 5. Aufl. 2019
 - Band 3: §§ 118–178, 4. Aufl. 2018
 - Band 5: §§ 278–328, 5. Aufl. 2020
- Gosch*, Dietmar (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz, 4. Aufl. 2020 (zitiert: *Gosch/Bearbeiter*)
- Goslar*, Sebastian, Verdeckte Beherrschungsverträge; zugleich Besprechung von LG München I, Urteil vom 31.1.2008 – 5HK O 19782/06, DB 2008, 800
- Gottwald*, Peter/*Haas*, Ulrich (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2020 (zitiert: *Gottwald/Bearbeiter*)
- Greulich*, Sven/*Rau*, Thomas, Zur partiellen Insolvenzverursachungshaftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 S. 3 GmbHG-RegE, NZG 2008, 284
- Grigoleit*, Hans Christoph (Hrsg.), Aktiengesetz, 2. Aufl. 2020 (zitiert: *Grigoleit/Bearbeiter*)
- Grottel*, Bernd/*Schmidt*, Stefan/*Schubert*, Wolfgang/*Störk*, Ulrich (Hrsg.), Beck'scher Bilanz-Kommentar; Handels- und Steuerbilanz, §§ 238 bis 339, 342 bis 342e HGB, 12. Aufl. 2020 (zitiert: *BeBiKo/Bearbeiter*)
- Gummert*, Hans/*Abel*, Malte (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2019
- Gummert*, Hans/*Weipert*, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts; Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, 5. Aufl. 2019 (zitiert: *MüHdbGesRII/Bearbeiter*)
- Gunßer*, Christian, Finanzierungsbindungen in der GmbH nach Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts, GmbHR 2010, 1250
- Haas*, Ulrich, Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG, ZInsO 2007, 617
- Gewährt die Haftungsnorm in § 64 Satz 3 GmbHG ein Leistungsverweigerungsrecht?, DStR 2010, 1991
 - § 64 S. 3 GmbHG – Erste Eckpunkte des BGH, NZG 2013, 41
- Haas*, Ulrich/*Vogel*, Oliver, Der atypische stille Gesellschafter als nachrangiger Insolvenzgläubiger; Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.6.2012 – IX ZR 191/11, NZI 2012, 875
- Habersack*, Mathias, Der Finanzplankredit und das Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterhilfen, ZHR 161 (1997), 457
- Habersack*, Mathias, Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten, ZGR 2000, 384
- Gesellschafterdarlehen nach MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen der Neuregelung, ZIP 2007, 2145

- Die Erstreckung des Rechts der Gesellschafterdarlehen auf Dritte, insbesondere im Unternehmensverbund, ZIP 2008, 2385
- Habersack, Mathias/Casper, Matthias/Löbke, Marc* (Hrsg.), Großkommentar GmbHG; Band 2: §§ 29–52, 3. Aufl. 2020 (zitiert: GK-GmbHG/Bearbeiter)
- Habersack, Mathias/Huber, Ulrich*, GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen, BB 2006, 1
- Habersack, Mathias/Mülbert, Peter O./Schlitt, Michael* (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 4. Aufl. 2019
- Hadding, Walther/Klaus, J. Hopt/Schimansky, Herbert* (Hrsg.), Funktionsauslagerung (Outsourcing) bei Kreditinstituten; Bankrechtstag 2000, 2001
- Hahn, Christopher/Wilkens, Robert*, ICO vs. IPO – Prospektrechtliche Anforderungen bei Equity Token Offerings, ZBB 2019, 10
- Hanten, Mathias/Sacarcelik, Osman*, Zivilrechtliche Einordnung von Kryptowährungen und ICO-Token und ihre Folgen, RdF 2019, 124
- Häuselmann, Holger*, Bilanzielle und steuerliche Erfassung von Hybridanleihen, BB 2007, 931
- Heckschen, Heribert/Kreusslein, Matthias*, Gesellschafterdarlehen und -sicherheiten in der Krise; – Risiken und Gestaltungsempfehlungen vor dem Hintergrund aktueller Rechtsprechung –, RNotZ 2016, 351
- Heeren, Kai-Alexander*, Kapitalgeberschutz und hybride Finanzierungsinstrumente; Risikoabhängiges Schutzinstrumentarium durch kapitalmarkt-, gesellschafts- und schuldrechtliche Regelungsmechanismen, 2010
- Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica* (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 3. Aufl. 2017 (zitiert: Michalski/Bearbeiter)
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019 (zitiert: H/S/Bearbeiter)
- Heptner, Marcel*, Einschränkungen der Leitungsmacht des Vorstands der Aktiengesellschaft durch Vertrag; Grenzen und Rechtsfolgen ihres Überschreitens, 2013
- Herrmann, Harald*, Quasi-Eigenkapital im Kapitalmarkt- und Unternehmensrecht; Ein deutsch-amerikanischer Vergleich und Beitrag zum internationalen Wirtschaftsrecht, 1996
- Herwig, Michael*, Leitungsautonomie und Fremdeinfluss; Zulässigkeit und Grenzen vertraglicher Einflussnahmemöglichkeiten auf Leitungsentscheidungen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, 2014
- Hess, Harald* (Hrsg.), Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung (zitiert: KK-InsO/Bearbeiter)
 - Band 1: Vor § 1, §§ 1–55 InsO, 1. Aufl. 2016
 - Band 3: §§ 129–216 InsO, 1. Aufl. 2017
- Heuermann, Bernd/Brandis, Peter* (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuer-gesetz, 159. Lieferung, Stand 10/2021 (zitiert: Blümich/Bearbeiter)

HFA 1/1994: Zur Behandlung von Genußrechten im Jahresabschluß von Kapitalgesellschaften, IDW Verlautbarungen 1994, 269

Himmelsbach, Rainer/*Achsnick*, Jan, Faktische Geschäftsführung durch Banken: Gefahr oder Scheinproblem?, NZI 2003, 355

Hirte, Heribert/*Knof*, Bela/*Mock*, Sebastian, Urteilsanmerkung zu BGH, Urteil vom 9.10.2012 – II ZR 298/11, JZ 2013, 1051

Hirte, Heribert/*Mülbert*, Peter O./*Roth*, Markus (Hrsg.), Großkommentar Aktiengesetz, 5. Aufl. (zitiert: GK-AktG/*Bearbeiter*)

– Band 4/2: §§ 92–94, 5. Aufl. 2015

– Band 7/1: §§ 118–130, 5. Aufl. 2017

– Band 6: § 117; Unternehmensmitbestimmung; § 76 Abs. 4, 5. Aufl. 2018

Hoffmann, Guido, Grenzen der Einflussnahme auf Unternehmensleitungsentscheidungen durch Kreditgläubiger, WM 2012, 10

Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts; Band 4: Aktiengesellschaft, 5. Aufl. 2020 (zitiert: MÜHdbGesRIV/*Bearbeiter*)

Hölters, Wolfgang (Hrsg.), Aktiengesetz: AktG, 3. Aufl. 2017 (zitiert: *Hölters/Bearbeiter*)

Hölzle, Gerrit, Gesellschafterfremdfinanzierung und Kapitalerhaltung im Regierungsentwurf des MoMiG, GmbHR 2007, 729

Hölzle, Gerrit/*Klopp*, Annika, Insolvenzvermeidende Patronatserklärungen, KTS 2016, 335

Hopt, Klaus J./*Baumbach*, Theodor, Handelsgesetzbuch; Mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 40. Aufl. 2021 (zitiert: *Baumbach/Hopt/Bearbeiter*)

Hopt, Klaus J./*Wiedemann*, Herbert (Hrsg.), Großkommentar Aktiengesetz, 4. Aufl. (zitiert: GK-AktG/*Bearbeiter*)

– Band 2: §§ 53a–75, 4. Aufl. 2008

– Lieferung 36: §§ 291–293, 294–299, 4. Aufl. 2012

Huber, Markus/*Baier*, Maximilian, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.06.2020 – IX ZR 243/18, NZI 2020, 790

Huber, Ulrich, Finanzierungsfolgenverantwortung de lege lata und de lege ferenda, in: Hommelhoff, Peter/*Rawert*, Peter/*Schmidt*, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Priester, 2007, S. 259

– Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform, ZIP Beilage 39/2010, 7

Hüffer, Uwe/*Koch*, Jens (Hrsg.), Aktiengesetz, 15. Aufl. 2021 (zitiert: *Hüffer/Koch/Bearbeiter*)

Ihrig, Hans-Christoph, Einzelfragen zur Existenzvernichtungshaftung als Binnenhaftung, DStR 2007, 1170

- Jaeger*, Ernst, Großkommentar Insolvenzordnung; Band 4: §§ 129–147, 2008 (zitiert: *Jaeger/Bearbeiter*)
- Kayser*, Godehard/*Thole*, Christopher (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 9. Aufl. 2018 (zitiert: *HK-InsO/Bearbeiter*)
- Kienzle*, Philipp, Verdeckte Beherrschungsverträge im Aktienrecht, 2010
- Kleindiek*, Detlef, Geschäftsführerhaftung nach der GmbH-Reform, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus/Priester, Hans-Joachim u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 893
- Das reformierte Recht der Gesellschafterdarlehen – eine Zwischenbilanz, ZGR 2017, 731
- Knobbe-Keuk*, Brigitte, Stille Beteiligung und Verbindlichkeiten mit Rangrücktrittsvereinbarung im Überschuldungsstatus und in der Handelsbilanz des Geschäftsinhabers, ZIP 1983, 127
- Knof*, Bela, Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG (Teil I), DStR 2007, 1536
- Koller*, Ingo/*Kindler*, Peter/*Roth*, Wulf-Henning u. a., Handelsgesetzbuch; Kommentar, 9. Aufl. 2019 (zitiert: *KKRM/Bearbeiter*)
- Kollhosser*, Helmut, Kredite als Eigenkapitalersatz bei stillen Kapitalbeteiligungen, WM 1985, 929
- Kraft*, Ernst-Thomas, Die Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital nach IFRS, ZGR 2008, 324
- Krolop*, Kaspar, Mit dem MoMiG vom Eigenkapitalersatz zu einem insolvenzrechtlichen Haftkapitalerhaltungsrecht?; Der Abzug von Gesellschafterdarlehen und Risikokapital gesellschaftsfremder Dritter in der Krise als abergreifende insolvenzrechtliche Regelungsaufgabe, ZIP 2007, 1738
- Zur Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschaftsfremde Dritte; Von der Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters zur Risikouübernahmeverantwortung des Risikokapitalgebers?, GmbHR 2009, 397
- Krüger*, Fabian/*Lampert*, Michael, Augen auf bei der Token-Wahl – privatrechtliche und steuerliche Herausforderungen im Rahmen eines Initial Coin Offering, BB 2018, 1154
- Kruth*, Claus-Peter, Eigenkapitalausschüttungen im Lichte des Insolvenzanfechtungsrechts; Zugleich Besprechung von OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 8.2.2017 – 9 U 84/16, DStR 2017, 2126
- Kübler*, Bruno M./*Prütting*, Hanns/*Bork*, Reinhard (Hrsg.), InsO; Kommentar zur Insolvenzordnung, 86. Lieferung, Stand 12/2020 (zitiert: *KPB/Bearbeiter*)
- Kummer*, Joachim/*Maier*, Werner/*Schäfer*, Berthold u. a., Insolvenzanfechtung; Fallgruppenkommentar, 3. Aufl. 2017 (zitiert: *Kummer/Schäfer/Wagner/Bearbeiter*)
- Kümpel*, Siegfried/*Mülbert*, Peter O./*Früh*, Andreas/*Seyfried*, Thorsten (Hrsg.), Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2019

- Kuna*, Heiner, Der gesellschaftergleiche Dritte im Recht der Gesellschafterfinanzierung – Entsprechungsklausel des § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO; – Zugleich Anmerkungen zu den Entscheidungen des OLG Thüringen vom 18.11.2015 – 1 U 503/15 und des OLG Koblenz vom 26.1.2016 – 3 U 891/15 –, GmbHR 2016, 284
- Kütting*, Karlheinz/*Kessler*, Harald, Eigenkapitalähnliche Mittel in der Handelsbilanz und im Überschuldungsstatus; Bestandsaufnahme und Entwicklungstendenzen unter Berücksichtigung der Stellungnahme des HFA 1/1994 ‚Zur Behandlung von Genußrechten im Jahresabschluß von Kapitalgesellschaften‘, BB 1994, 2103
- Laudenklos*, Frank/*Sester*, Peter, Mezzanine-Kapital als wirtschaftliches Eigenkapital im Ratingverfahren – Eine rechtliche Gestaltungsaufgabe, WM 2004, 2417
- Lindenmayr*, Barbara/*Schäfer*, Gabriela, Kritische Bilanzposten aus Sicht des Finanzanalysten eines Kreditinstituts – Bedeutung der Eigenkapitalquote für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit durch Kreditinstitute, BC 2015, 74
- Lörsch*, Florian, Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung; Eine Untersuchung zu den § 221 und 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG de lege lata et de lege ferenda, 2013
- Lühn*, Michael, Genussrechte; Grundlagen, Einsatzmöglichkeiten, Bilanzierung und Besteuerung, 2013
- Lutter*, Marcus (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006
- Lutter*, Marcus/*Hommelhoff*, Peter/*Kleindiek*, Detlef, GmbH-Gesetz, 20. Aufl. 2020 (zitiert: *Lutter/Hommelhoff/Bearbeiter*)
- Marotzke*, Wolfgang, Darlehen und sonstige Nutzungsüberlassungen im Spiegel des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO – eine alte Rechtsfrage in neuem Kontext, JZ 2010, 592
- Marx*, Eric, Die Rückabwicklung verdeckter Beherrschungsverträge im Aktienrecht, 2017
- Marzinkowski*, Dominik, Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge; Konzernrechtliche Kapitalerhaltung in Relation zur handelsbilanziellen Eigenkapitalqualifikation und zum gesellschaftsrechtliche Haftkapital, 2012
- Mayer*, Christian, Der vertragliche Nachrang von Forderungen, 2007
- Menkel*, Andreas, Der Gewinnvortrag als „gleichgestellte Forderung“ gemäß §§ 39 I Nr. 5, 135 I InsO, NZG 2014, 982
- Mock*, Sebastian, Stille im MoMiG zur stillen Gesellschaft?, DStR 2008, 1645
- Genussrechtsinhaber in der Insolvenz des Emittenten, NZI 2014, 102
- Morshäuser*, Ralf/*Dietz-Vellmer*, Fabian, Formelle und inhaltliche Anforderungen bei stiller Beteiligung an einer GmbH, NZG 2011, 1135
- Mössner*, Jörg Manfred (Hrsg.), Steuerrecht international tätiger Unternehmen, 5. Aufl. 2018
- Mülbert*, Peter O., Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt; die Aktionärsrechte bei Bildung und Umbildung einer Unternehmensgruppe zwischen Verbands und Anlegerschutzrecht, 2. Aufl. 1996
- Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht; Bemerkungen zum BGH-Beschluß vom 17.3.1997 – II ZB 3/96 (VW/Niedersachsen), ZHR 163 (1999), 1

- Neuordnung des Kapitalrechts, WM 2006, 1977
- Verlustbeteiligung des Genussrechtskapitals von Kreditinstituten, in: Kindler, Peter/Koch, Jens/Ulmer, Peter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 679
- Müller, Welf*, Der Geschäftsführer der GmbH und das Gesellschafterdarlehen in der Krise, in: Hoffmann-Becking, Michael/Hüffer, Uwe/Reichert, Jochem u. a. (Hrsg.), Liber amicorum für Martin Winter, 2011, S. 487
- Mylich, Falk*, Probleme und Wertungswidersprüche beim Verständnis von § 135 Abs. 1 Alt. 2 Nr. 2 InsO n. F., ZGR 2009, 474
- Die Einlage des atypischen stillen Gesellschafters und die zur Rückzahlung bestellten Sicherheiten im Insolvenzverfahren der Handelsgesellschaft; zugleich kritische Besprechung von BGH, Urteil vom 28.6.2012, WM 2013, 1010
- Harmonisierung der Anfechtungsfristen und -voraussetzungen nach Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen, ZIP 2013, 1650
- Die einheitliche Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf Gewinnausschüttung und Darlehensrückzahlung, ZIP 2017, 1255
- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker* (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO), 43. Lieferung, Stand 05/2021 (zitiert: Nerlich/Römermann/Bearbeiter)
- Noack, Ulrich*, Der Regierungsentwurf des MoMiG – Die Reform des GmbH-Rechts geht in die Endrunde, DB 2007, 1395
- Nolting-Hauff, Wilhelm/Greulich, Sven*, Was von der Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers nach § 64 S. 3 GmbHG bleibt; Zugleich Besprechung von BGH v. 9.10.2012 – II ZR 298/11, GmbHR 2013, 169
- Obermüller, Manfred*, Die Anwendung der Regeln über Gesellschafterdarlehen auf Bankkredite, ZInsO 2017, 134
- Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch: HGB; Kommentar, 7. Aufl. 2021 (zitiert: Oetker/Bearbeiter)
- Pentz, Andreas*, Die Änderungen und Ergänzungen der Kapitalersatzregeln im GmbH-Gesetz, GmbHR 1999, 437
- Pentz, Andreas*, Abgetretene Forderungen aus Gesellschafterdarlehen und Zurechnung in der Insolvenz; Zugleich Anmerkung zum BGH-Urteil vom 21.2.2013 – IX ZR 32/12, GmbHR 2013, 393
- Poelzig, Dörte*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BB 2015, 973
- Poertzen, Christoph*, Organschaftliche Krisenpflichten – in der (Wirtschafts-)Krise?, ZInsO 2010, 785
- Porzelt, Karl*, Die Haftung gem. § 64 Satz 1 und 3 GmbHG, insbesondere die eingetretene beziehungsweise herbeigeführte Zahlungsunfähigkeit als Voraussetzung der Haftung, GmbHR 2019, 1037
- Pöschke, Moritz*, Bilanzierung und Besteuerung von Forderungserlass und Rangrücktritt zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, NZG 2017, 1408

- Pöschke, Moritz/Steenbreker, Thomas*, Kapitalerhaltung in der GmbH & Co. KG, NZG 2015, 614
- Priester, Hans-Joachim*, Insolvenzzrechtliche Anfechtbarkeit von Eigenkapitalausschüttungen?, GmbHR 2017, 1245
- Prütting, Jens*, Der Vermögensschutz von Gesellschaften gegenüber externer Einflussnahme – geprüft am Beispiel der GmbH, ZGR 2015, 849
- Rödter, Thomas/Herlinghaus, Andreas/Neumann, Ralf* (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz – KStG, 1. Aufl. 2015 (zitiert: Rödter/Herlinghaus/Neumann/Bearbeiter)
- Röhrich, Volker/Westphalen, Friedrich von/Haas, Ulrich* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch; Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften, besonderen Handelsverträgen und internationalem Vertragsrecht (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), 5. Aufl. 2019 (zitiert: R/GvW/H/Bearbeiter)
- Rowedder, Heinz/Schmidt-Leithoff, Christian*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, 6. Aufl. 2017 (zitiert: Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bearbeiter)
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperf, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zitiert: MüKoBGB/Bearbeiter)
- Band 1: Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2021
 - Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, 8. Aufl. 2019
 - Band 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 8. Aufl. 2019
 - Band 4: Schuldrecht – Besonderer Teil I, 8. Aufl. 2019
 - Band 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, 8. Aufl. 2020
- Schaber, Mathias/Isert, Dietmar*, Bilanzierung von Hybridanleihen und Genussrechten nach IFRS, BB 2006, 2401
- Schall, Alexander*, Die Zurechnung von Dritten im neuen Recht der Gesellschafterdarlehen, ZIP 2010, 205
- Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans Jürgen* (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Auflage 2017
- Schmidt, Andreas* (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 9. Aufl. 2021 (zitiert: HmbKommInsO/Bearbeiter)
- Schmidt, Karsten*, Die Kreditfunktion der stillen Einlage, ZHR 140 (1976), 475
- Gesellschafterdarlehen als Insolvenzzrechtsproblem, ZIP 1981, 689
 - Konzernrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen für typische stille Beteiligungen an Kapitalgesellschaften?; Zugleich zur systematischen Einordnung des Teilgewinnabführungsvertrages, ZGR 1984, 295
 - Quasi-Eigenkapital als haftungsrechtliches und als bilanzrechtliches Problem, in: Havermann, Hans (Hrsg.), Bilanz- und Konzernrecht, Festschrift zum 65. Geburtstag von Reinhard Goerdeler, 1987, S. 487

- Finanzplanfinanzierung, Rangrücktritt und Eigenkapitalersatz; Zum System des Kapitalschutzes bei „funktionellem Eigenkapital“ Karsten Schmidt, ZIP 1999, 1241
 - Sozialansprüche und actio pro socio bei der „GmbH & Still“, in: Westermann, Harn Peter/Mock, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag am 13. März 2000, 2000, S. 401
 - Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH; Bemerkungen zum „Bremer Vulkan“-Urteil des BGH vom 17.9.2001, NJW 2001, 3577
 - Überlegungen zum Referentenentwurf eines GmbH-Reformgesetzes (MoMiG) von 2006, ZIP 2006, 1925
 - Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung; Grundfragen zur Neufassung der §§ 39, 135 InsO durch das MoMiG, GmbHR 2009, 1009
 - Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform, ZIP Beilage 39/2010, 15
 - Die Innenkommanditgesellschaft – wirklicher Verband und virtueller Rechtsträger, ZHR 178 (2014), 10
 - Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts; Das Urteil des BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638 – ein großer Wurf des IX. Zivilsenats! ... auch ein Treffer?, ZIP 2015, 901
- Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Insolvenzordnung; InsO mit EuInsVO, 19. Aufl. 2016 (zitiert: *K. Schmidt InsO/Bearbeiter*)
- Schmidt, Karsten/Ebke, Werner F.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB; Band 3: §§ 161–237, 4. Aufl. 2019 (zitiert: *MüKoHGB/Bearbeiter*)
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus* (Hrsg.), Aktiengesetz, 4. Aufl. 2020 (zitiert: *Schmidt/Lutter/Bearbeiter*)
- Schmidt, Karsten/Uhlenbruck, Wilhelm* (Hrsg.), Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016
- Schmidt-Ott, Justus*, Publizitätserfordernisse bei atypisch stillen Beteiligungen an dem Unternehmen einer GmbH?, GmbHR 2001, 182
- Scholz, Franz*, GmbHG (zitiert: *Scholz/Bearbeiter*)
- Band 1: §§ 1–34, 12. Aufl. 2018
 - Band 3: §§ 53–88, 12. Aufl. 2020
- Schön, Wolfgang*, Gibt es das partiarische Darlehen?, ZGR 1993, 210
- Schrecker, Tilman*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht; Eine Untersuchung zur Abgrenzung zwischen Eigenkapital und Fremdkapital, 2012
- Schulze-Osterloh, Joachim*, Das Recht der Unternehmensverträge und die stille Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, ZGR 1974, 427
- Rangrücktritt, Besserungsschein, eigenkapitalersetzende Darlehen – Voraussetzungen, Rechtsfolgen, Bilanzierung, WPg 1996, 97

- Schürnbrand*, Jan, „Verdeckte“ und „atypische“ Beherrschungsverträge im Aktien- und GmbH-Recht, ZHR 169 (2005), 35
- Schwintowski*, Hans-Peter (Hrsg.), Bankrecht, 5. Auflage 2018
- Seibert*, Ulrich, GmbH-Reform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, ZIP 2006, 1157
- Seibold*, Marc/*Waßmuth*, Anne, Offene Rechtsfragen im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen, GmbHR 2016, 962
- Seibt*, Christopher, Pflichten der Geschäftsleitung bei Eingehung von Finanzierungsgeschäften – in Normal- und Krisenzeiten des Unternehmens, ZIP 2013, 1597
- Seidel*, Thorsten/*Wolf*, Maximilian, Gesellschafterdarlehen – Keine Rückforderungssperre aus Treuepflichten im Vorfeld der Insolvenz der Gesellschaft, NZG 2016, 921
- Servatius*, Wolfgang, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16. Mai 2017, WM 2017, 1366, WuB 2018, 361
- Gläubigereinfluss durch Covenants; Hybride Finanzierungsinstrumente im Spannungsfeld von Fremd- und Eigenfinanzierung, 2012
- Sieger*, Jürgen/*Aleth*, Franz, Finanzplankredite: Stand der Rechtsprechung und offene Fragen, GmbHR 2000, 462
- Siller*, Sebastian, Nachrangdarlehen, 2017
- Spindler*, Gerald/*Stilz*, Eberhard (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019 (zitiert: Spindler/Stilz/*Bearbeiter*)
- Spiedt*, Jürgen, MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch, ZIP 2009, 149
- Staudinger*, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)
- Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 90–124; §§ 130–133, Neubearbeitung 2017
 - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 139–163 (Allgemeiner Teil 4b), Neubearbeitung 2020
 - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241–243 (Treu und Glauben), Neubearbeitung 2019
 - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 328–345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe), Neubearbeitung 2020
 - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 488–490; 607–609 (Darlehensrecht), Neubearbeitung 2015
 - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 812–822 (Ungerechtfertigte Bereicherung), Neubearbeitung 2007
 - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 826–829; ProdHaftG (Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung), Neubearbeitung 2018
- Stürner*, Rolf/*Eidenmüller*, Horst/*Schoppmeyer*, Heinrich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung (zitiert: MüKoInsO/*Bearbeiter*)

- Band 1: §§ 1–79 InsO, 4. Aufl., 2019
- Band 2: §§ 80–216 InsO, 4. Aufl., 2019
- Thiessen*, Jan, Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem MoMiG; Bestandsaufnahme und Perspektiven, ZGR 2015, 396
- Thole*, Christopher, Nachrang und Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen – zwei Seiten derselben Medaille?, ZHR 176 (2012), 513
- Uhlenbruck*, Wilhelm/*Hirte*, Heribert/*Vallender*, Heinz (Hrsg.), Insolvenzordnung, 15. Aufl. 2019 (zitiert: *Uhlenbruck/Bearbeiter*)
- Ulmer*, Peter/*Habersack*, Mathias/*Löbbe*, Marc (Hrsg.), Großkommentar GmbHG; Band 3: §§ 53–88, 2. Aufl. 2016 (zitiert: *GK-GmbHG/Bearbeiter*)
- Vetter*, Jochen, Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung, BB 2007, 1965
- Vollmer*, Lothar, Der Genußschein – ein Instrument für mittelständische Unternehmen zur Eigenkapitalbeschaffung an der Börse, ZGR 1983, 445
- Wachter*, Thomas, Neues zu Teil-Gewinnabführungsverträgen mit GmbH's; Besprechung zu BGH, Urt. v. 16.7.2019 – II ZR 175/18, GmbHR 2019, 1176, GmbHR 2019, 1153
- Weber*, Andreas, Schadensersatz wegen unberechtigter Kündigung von Darlehensverträgen – Eigene Ansprüche des Darlehensnehmers und vertraglicher Drittschutz, DStR 2014, 213
- Weigl*, Gerald, Zur Eintragungspflicht einer GmbH & Still im Handelsregister; zugleich: Anmerkungen zu Schmidt-Ott, GmbHR 2001, 182, GmbHR 2002, 778
- Weitnauer*, Wolfgang, Der „GAU“ der Unternehmensfinanzierung durch Dritte – Die Umqualifizierung in Eigenkapital, BKR 2005, 43
- Weitnauer*, Wolfgang (Hrsg.), Handbuch Venture Capital; Von der Innovation zum Börsengang, 5. Aufl. 2016
- Wengel*, Torsten, Die handelsrechtliche Eigen- und Fremdkapitalqualität von Genussrechtskapital, DStR 2001, 1316
- Westermann*, Harm Peter/*Wertenbruch*, Johannes (Hrsg.), Handbuch Personengesellschaften; Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht; Verträge und Formulare, 69. Lieferung, Stand: 09.2017
- Westpfahl*, Lars/*Kresser*, Matthias, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 5.3.2015 – IX ZR 133/14, DB 2016, 33
- Wilhelm*, Alexander, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2017
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.06.2020 – IX ZR 243/18, WuB 2020, 498
- Wimmer*, Klaus, FK-InsO – Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung; mit EUInsVO, InsVV und weiteren Nebengesetzen, 9. Auflage 2018 (zitiert: *FK-InsO/Bearbeiter*)
- Wimmer-Leonhardt*, Susanne, Konzernhaftungsrecht, 2013
- Winnefeld*, Robert, Bilanz-Handbuch; Handels- und Steuerrecht, Rechtsformspezifisches Bilanzrecht, Bilanzielle Sonderfragen, Sonderbilanzen, IFRS/IAS, 5. Aufl. 2015 (zitiert: *Winnefeld/Bearbeiter*)

Witt, Carl-Heinz, Dogmatische Grundlage der Existenzvernichtungshaftung; Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.07.2007 – II ZR 3/4, DNotZ 2008, 213

Wünschmann, Benny, Eigenkapitalausschüttungen im Lichte des Insolvenzanfechtungsrechts; zugleich Besprechung von OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 8.2.2017 – 9 U 84/16, DStR 2017, 1489, NZG 2017, 51

Ziemons, Hildegard/*Jaeger*, Carsten/*Pöschke*, Moritz (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar GmbHG, 49. Edition, Stand 01.08.2021 (zitiert: BeckOK-GmbHG/*Bearbeiter*)

Zöllner, Wolfgang/*Noack*, Ulrich (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (zitiert: KK-AktG/*Bearbeiter*)

- Band 1/Teil 2: §§ 1–53 AktG, 3. Aufl. 2009
- Band 1/Teil 3: §§ 53a–66 AktG, 3. Aufl. 2010
- Band 2/Teil 1: §§ 76–94 AktG, 3. Aufl. 2009
- Band 2/Teil 2: §§ 95–117 AktG, 3. Aufl. 2012
- Band 6: §§ 15–22, 291–328, 3. Aufl. 2004

Stichwortverzeichnis

- Ausfallhaftung 133
- Autokrahn-Entscheidung 176
- Beherrschungsvertrag, verdeckter** 188
- Beirat 102
 - schuldrechtlicher 103
- Bremer Vulkan-Entscheidung 176
- Covenants** 30
 - financial 30
 - general 30
 - information 30
- Currency Tokens 32
- Darlehen**
 - partiarisches 29
- Debt Mezzanine 22
- Deckungslücke, Vergrößerung 137
- Drittvergleich 122, 131
- Durchgriffshaftung 169
- Eigenkapital**
 - aufsichtsrechtliches 24
 - bilanzielles 22
 - wirtschaftliches 23
- Eigenkapitalausweis
 - nach HGB 40
 - nach IFRS 43
- Eigenkapitalcharakter, Einlage mit 70
- Eigenkapitalersetzendes Darlehen 78
- Eigenkapitalquote 22
- Einfordern, ernsthaftes 136
- Einlagensplitting 64
- Equity Mezzanine 22
- Existenzvernichtungshaftung 175
- Faktische Geschäftsleitung** 186
- Faktischer Konzern 195
- Finanzierungsfolgenverantwortung 89
- Finanzierungsfreiheit 77
- Finanzplankredit 64
- Folgeschäden, insolvenzbedingte 173
- Fremdkapital
 - steuerliches 25
- Genussrecht** 31
- Gewinnvorträge 111
- Gläubigerbenachteiligung 59
- Gläubigerbenachteiligung, Verbot der 58
- Grundsätzen des fehlerhaften Unternehmensvertrages 204
- Haftkapital** 18
 - gesetzliches 75
 - gewillkürtes 45
- Hybridanleihe 32
- Informationsvorsprung** 161
- Initial Coin Offerings 32
- Inkongruente Deckung 60
- Innen-KG 87
- Insideranfechtung 151
- Insolvenzverursachung, mittelbare 138
- Insolvenzverursachungshaftung 133
- Intercreditor Agreement 45
- Investment Tokens 32
- Kapitalerhaltung**
 - in der AG 128
 - in der GmbH 116
 - in der GmbH & Co. KG 124
- Kapitalrücklage 111
- Kernkapital 24

- Kleinbeteiligtenprivileg 113
- Kommanditistenhaftung 124
- Kreditrating 22
- Leistungs**nähe 149
- Leistungsverweigerungsrecht, bei
Insolvenzverursachung 139
- Leitungsautonomie 104, 194
- Liquiditätsbilanz 135
- Maßgeblichkeits**prinzip 25
- Meta-Vertrag 82
- Mezzanine-Kapital 21
- Missbrauch der Haftungsbeschränkung
92
- Missbrauch der Vertretungsmacht 57
- Nachrang**
 - absolut 45
 - absoluter 76
 - relativ 45
- Nachrangdarlehen 29
- Novellenregeln 78
- Organisations**vertrag, körperschaftlicher
192
- Pactum de non petendo** 50
- Qualifiziert faktischer Konzern** 176
- Quasi-Aktionär 83
- Quasi-Eigenkapital 19
- Quasi-Gesellschafter 80
- Quasi-Kommanditist 82
- Quasi-Stiller-Gesellschafter 163
- Rangrücktritt**
 - Aufhebung 52
 - Reichweite 47
 - Unaufhebbarkeit 49
- Rangrücktrittsvereinbarung 45
- Rechtsprechungsregeln 78
- Risikogleichgewicht; Störung des 93
- Sitten**widrigkeit 57
- Stille Gesellschaft 30
 - atypische 31
- Teilgewinn**abführungsvertrag 199
- Tokens 32
- Treuepflicht
 - in der stillen Gesellschaft 144
 - vertragliche 148
- Treuepflichten 142
 - gesellschaftsrechtliche 143
- Trihotel-Entscheidung 176
- Unentgeltlicher Leistung, Annfechtung**
als 62
- Unterbilanzrechnung 117
- Utility Tokens 32
- verbandsexterne Einfluss**nahmen 169
- Vergütung, erfolgsabhängige 42
- Verlustteilnahme 42
- Vermögen, freies 42
- Vermögensbindung 129
- Vermögensverfall, Kündigungsrecht bei
165
- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten
Dritter 149
- Vertragskonzern 188
- Vertrag zugunsten Dritter 54
- Vorsatzanfechtung 61
- Vorzugsaktie 33
- Wandelan**leihen 33
- Zins**zahlungen 112
- Zurückweisungsrecht 56
- Zweckförderungsplicht 144