

**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 verzeichnetet 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. Kleinbeteiligenprivileg	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) Einschränkende 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 maßgebliche 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 §§ 300f. 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 finanzierten 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 Schnittfeld zwischen Gesellschaftsrecht, AGB-Recht und Bankaufsichtsrecht, vgl. *Müller*, 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 verstößen 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 Beleicherungsanspruch 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 Prämissen, 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 zugeschrittenen 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.