

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	Seite V
Inhaltsverzeichnis	VII
Literaturverzeichnis	XXIX
Abkürzungsverzeichnis	XXXI

	Rn.
A. Krisenfrüherkennung	1
I. Erforderlichkeit der Krisenfrüherkennung, Definition und Verlauf der Unternehmenskrise	1
1. Erforderlichkeit der Krisenprophylaxe	1
2. Begriff der Unternehmenskrise	4
a) Betriebswirtschaftlicher Begriff der Unternehmenskrise	5
b) Insolvenzrechtlicher Begriff der Unternehmenskrise	6
c) Strafrechtlicher Begriff der Unternehmenskrise	7
d) Krisenbegriff i.S.d. Eigenkapitalersatzrechts	8
3. Typischer Verlauf der Unternehmenskrise	9
a) Erste Stufe: Strategiekrise	10
b) Zweite Stufe: Ertrags- oder Erfolgskrise	11
c) Dritte Stufe: Liquiditätskrise	12
II. Krisenmanagement, Krisenfrüherkennung im Unternehmen	15
1. Verpflichtung zur Einrichtung eines Krisenfrühwarnsystems? ...	15
2. Mögliche Ausgestaltung des Risikomanagementsystems	21
a) Risikomanagementsystem im weiteren Sinne	22
b) Risikomanagementsystem im engeren Sinne (als Krisen- frühwarneinrichtung)	23
3. Implementierung und/oder Verbesserung eines Risikomanage- mentsystems	25
III. Frühwarnsysteme/Krisenfrüherkennung durch den Berater	27
1. Operative (mathematische) Frühwarnsysteme, Kennzahlen	29
a) Kennzahlensysteme	30
b) Cash-Flow als Krisensignalwert	34
c) Stammkapitalverlust als (gesetzliches) Krisenwarnsignal? ..	35
d) Allgemeine Anmerkung zur Krisenfrüherkennung durch Kennzahlen	36
2. Strategische Frühwarnsysteme	39
a) Signalstufen	41
b) Signalbereiche	42
c) Einige Krisensignale/-ursachen	43

	Rn.
aa) Strategisches Fehlverhalten.	43
bb) Leistungswirtschaftliches Fehlverhalten.	44
cc) Finanzwirtschaftliches Fehlverhalten.	45
3. Krisendiagnose-Checkliste und konkrete Einzelmaßnahmen zur Insolvenzprophylaxe.	48
IV. Krisenfrüherkennung durch Kreditinstitute.	50
1. §§ 18, 25a KWG, MaRisk – Beurteilung der wirtschaftlichen Verhältnisse.	52
2. Erkenntnismöglichkeiten im Zusammenhang mit Kreditgewäh- rung und Kontoführung.	55
3. Rating – Basel II.	57
4. Sonstige Erkenntnismöglichkeiten der Kreditinstitute.	60
5. Financial Covenants.	61
B. Die Insolvenzreife der GmbH sicher erkennen.	64
I. Überschuldung.	65
1. Definition.	69
a) Frühere Rechtslage (KO, GesO) – der Überschuldungsbe- griff bis 31.12.1998.	69
b) Verschärfung der Rechtslage durch die InsO – der Über- schuldungsbegriff für die Zeit v. 01.01.1999 bis 17.10.2008 und wieder ab 01.01.2014.	71
c) Abermalige Gesetzesänderung – der Überschuldungsbegriff für die Zeit v. 18.10.2008 bis 31.12.2013.	73
2. Überschuldungsstatus.	76
3. Fortführungsprognose.	80
a) Anforderungen an die Prognose.	81
b) Prognosezeitraum.	85
4. Zeitpunkt einer notwendigen Überschuldungsprüfung.	86
5. Feststellung der Überschuldung der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG.	87a
II. Zahlungsunfähigkeit.	88
1. Definition.	91
a) Fällige Geldschulden.	93
b) Ernstlich eingeforderte Geldschulden.	96
c) Wesentlicher Teil der bei Fälligkeit nicht bezahlbaren Ver- bindlichkeiten.	99
d) Dauernder Mangel an Zahlungsmitteln.	101
2. Zahlungseinstellung als Vermutung für Zahlungsunfähigkeit. ...	103
3. Prüfung der Zahlungsunfähigkeit, Liquiditätsbilanz (-status), Liquiditätsplan.	107

	Rn.
4. Retrograde Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit.	111
5. Einzelfragen im Zusammenhang mit der Zahlungsunfähigkeitsprüfung	114
III. Drohende Zahlungsunfähigkeit	117
C. Kurzfristig wirksame Maßnahmen zur Beseitigung der Insolvenzreife der GmbH	120
I. Sofortmaßnahmen zur Beseitigung der Überschuldung	120
1. Erhöhung des Eigenkapitals	120
a) Stammkapitalerhöhung	120
b) Umwandlung von Verbindlichkeiten in Stammkapital (Debt-Equity-Swap)	121
aa) Sachverhaltsgestaltungen	121
bb) Risiken für den Gesellschafter	124
cc) Umwandlung einer Forderung in Mezzaninekapital.	128
c) Kapitalschnitt	129
d) Sonstige Erhöhung des Eigenkapitals	132
aa) Finanzierungszusagen und Zuzahlungen in freie Rücklagen.	132
bb) Stille Gesellschaftereinlage	135
cc) Umwandlung von Verbindlichkeit in Mezzaninekapital ..	136
2. Harte Patronatserklärung	137
a) Patronatserklärung ggü. dem Schuldner (interne Patronatserklärung)	139
aa) Wesen	139
bb) Aufhebung, Verletzung	142
b) Patronatserklärung gegenüber einem Gläubiger des Schuldners (externe Patronatserklärung)	145
c) „Weiche“ Patronatserklärung	148
3. Beseitigung der Überschuldung durch EAV, schuldrechtliche Verlustdeckungszusagen des Gesellschafters oder durch gesellschaftsvertragliche Verlustausgleichspflicht?	150
4. Rangrücktrittsvereinbarung	153
a) Allgemeines, Rechtscharakter, Eignung zur Entlastung des Überschuldungsstatus	153
b) Erforderliche Rangrücktrittstiefe	156
c) Zeitliche Dauer des Rangrücktritts	162
aa) Beginn	162
bb) Ende	163
d) Elemente/empfohlene Inhalte einer Rangrücktrittsvereinbarung	165

	Rn.
e) Steuerrechtliche Behandlung des Rangrücktritts beim Schuldner.	166
5. Forderungsverzicht.	168
a) Zivilrechtlich.	168
b) Steuerrechtlich.	172
6. Umwandlung/natürliche Person als Vollhafter.	175
II. Sofortmaßnahmen zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit.	178
1. Neuaufnahme von Krediten.	179
2. Verwertung von Anlagevermögen.	180
3. Verwertung von Umlaufvermögen.	181
4. Stundung und Stillhalteabreden.	183
a) Stundungen.	184
b) Vollstreckungsschutzvereinbarungen.	189
c) Stillhalteabsprachen.	191
D. „Freie“ Sanierung (außerhalb eines Insolvenzverfahrens).	192
I. Allgemeines.	193
1. Fehlen eines Sanierungsrechts.	193
2. Pflicht zur Sanierung?	196
a) Unternehmer, Gesellschafter.	196
b) Geschäftsführer.	199
c) Gläubiger.	202
3. Beurteilung der Sanierungsfähigkeit und Sanierungswürdigkeit.	203
II. Anforderungen an Sanierungskonzepte und Plausibilität.	208
1. Allgemeine Hinweise.	208
2. Anforderungen nach IDW.	210
a) Anforderungen nach IDW FAR 1/1991.	211
b) Anforderungen nach IDW S6.	212
3. Anforderungen an den Gutachter.	213
4. Hinweise zur Plausibilität von Sanierungskonzepten.	214
III. Die „übertragende Sanierung“ in der Krise und ihre Risiken.	217
1. Strafrechtliche Risiken.	220
a) Beiseiteschaffen i.S.d. § 283 StGB (Bankrott).	220
b) Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 und 5 InsO).	221
2. Insolvenzzrechtliche Anfechtbarkeiten.	222
3. Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO.	227
4. Probleme im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung.	228
5. Arbeitsrechtlicher Betriebsübergang (§ 613a BGB).	229
a) Voraussetzungen und Kriterien für einen Betriebsübergang. ..	231
b) Teilbetriebsübergang.	232
c) Geltendmachung.	236

	Rn.
d) Rechtsfolgen	237
e) Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer	241
aa) Unterrichtung	241
bb) Widerspruchsrecht	243
cc) Verwirkung des Widerspruchsrechts	246
f) Kündigung im Zusammenhang mit Betriebsübergang?	250
6. Forthaftung für Verbindlichkeiten des Krisenunternehmens bei Firmenfortführung nach § 25 HGB	253
a) Haftungsumfang	253
b) Fortführung des Handelsgeschäfts	255
c) Firmenfortführung	257
d) Vereinbarter Haftungsausschluss	258
7. Haftung für Steuerrückstände	260
8. Existenzvernichtender Eingriff, Verfügungs- und Tätigkeits- beschränkungen, Wettbewerbsverbote für Geschäftsführer und Gesellschafter	261
IV. Gestaltungen nach dem Umwandlungsrecht	265
1. Umwandlungswege	266
2. Risiken	268
V. Beteiligung des FA am Sanierungsprozess	269
1. Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen?	270
a) Mögliche Ansätze	270
b) BMF-Schreiben v. 27.03.2003 zur ertragsteuerlichen Be- handlung von Sanierungsgewinnen	272
c) Neue Regelungen zum Mantelkauf in § 8c KStG – Sanie- rungsklausel und Konzernklausel	274
2. Forderungsverzicht gegen Besserungsschein, Schuldübernahmen ..	277
3. Sanierungszuschüsse des Gesellschafters	280
E. Verhalten und Haftung der Kreditinstitute im Sanierungsprozess	281
I. Handlungsalternativen	281
1. Keine Sanierungspflicht	282
2. Stillhalten	283
3. Stundung, Tilgungsaussetzung, Prolongation, interne Umschul- dung	284
4. Verrechnung von Zahlungseingängen	287
a) Allgemein zu Verrechnung und Aufrechnung	288
aa) Verrechnung	288
bb) Aufrechnung	292
b) Anfechtung bei kongruenter Deckung (§ 130 InsO)	293
aa) Kongruenz	294

	Rn.
bb) Kenntnis von Zahlungsunfähigkeit	296
c) Anfechtung bei inkongruenter Deckung (§ 131 InsO)	299
d) Verrechnungen als unanfechtbares Bargeschäft (§ 142 InsO)	304
aa) Enger Zusammenhang	305
bb) Offenhalten der Kreditlinie und tatsächliche Verfügungen des Kunden zugunsten seiner Fremdgäubiger	306
cc) Bei Überziehung	308
dd) Maßgeblich gesamter Anfechtungszeitraum	309
5. Verrechnung mit Zahlungseingängen auf an das Kreditinstitut sicherungsbedingte Forderungen	310
a) Problem: Insolvenzfähigkeit der Globalzession	314
aa) Rechtlicher Ansatz	314
bb) Unterschiedliche Auffassungen der Instanzgerichte	315
cc) Entscheidung des BGH	317
dd) Vorausabgetretene Werklohnforderungen und Werthaltigmachen	319
b) Sicherheitenpoolvertrag	323
c) EU-Finanzsicherheitenrichtlinie	325
6. Verwertung beweglichen Sicherungsgutes	326
7. Hereinnahme zusätzlicher Sicherheiten, AGB-Pfandrecht, Sicherheitenpoolverträge	328
a) Anfechtung wegen Inkongruenz (§ 131 InsO)	331
b) Anfechtbarkeit wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung (§ 133 Abs. 1 InsO)	335
c) Sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung	340
d) Sittenwidrige Übersicherung	341
8. Darlehenskündigung	345
a) Recht zur fristlosen Kündigung	346
b) Kündigung von Sanierungsdarlehen	352
c) Kündigung zur Unzeit	353
aa) Tatbestand	353
bb) Rechtsfolge	355
II. Neukreditvergabe in der Krise	358
1. Sanierungskredit	359
2. Überbrückungskredit	362
3. Sicherheiten	363
a) Anfechtbarkeit wegen Inkongruenz (§ 131 InsO)	364
b) Anfechtbarkeit wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung (§ 133 Abs. 1 InsO)	367

	Rn.
c) Vermeidung der Insolvenzanfechtung durch Gestaltung von Bedingungen auf den Insolvenzfall?	368
d) Sittenwidrige Gläubigerschädigung (§ 826 BGB)	369
III. Sonstige Maßnahmen, Möglichkeiten und Haftungsgefahren der Kreditinstitute	374
1. Bündelung von Gläubigerinteressen	374
2. Beteiligung am Krisenunternehmen	375
3. Nebenvereinbarungen im Kreditvertrag zur Absicherung des Sanierungserfolgs	379
a) Financial covenants und Gefahr der Umqualifizierung als Gesellschafterhilfen.	379
b) Gefahr der Knebelung	381
c) Gefahr der faktischen Gesellschafterstellung	384
d) Gefahr der faktischen Geschäftsführung	385
e) Treuhänderische Übertragung von Geschäftsanteilen.	386
4. Verkauf notleidender Kreditforderungen	387
F. Vermeidung von Insolvenzanfechtungen	389
I. Allgemeines	389
1. Voraussetzungen für jede Insolvenzanfechtung	391
a) Eröffnung des Insolvenzverfahrens	391
b) Benachteiligung der Insolvenzgläubiger (§ 129 InsO)	392
aa) Beispiele aus der Rechtsprechung für vorliegende Gläubigerbenachteiligung	394
bb) Beispiele aus der Rechtsprechung für fehlende Gläubigerbenachteiligung	399
2. Gegenstand der Anfechtung	405
3. Rechtsfolge der Anfechtung	408
4. Fristberechnung für die Anfechtungstatbestände	410
5. Geltendmachung der Anfechtung	412
6. Verschärfungen bei nahestehenden Personen	416
7. Bargeschäft	418
II. Anfechtungstatbestände	419
1. Kongruente Deckung (§ 130 InsO)	419
a) Kongruenz	422
b) Zahlungsunfähigkeit	424
c) Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit.	425
2. Inkongruente Deckung (§ 131 InsO)	431
a) Inkongruente Deckungen im Allgemeinen	433
b) Befriedigung oder Sicherung durch Zwangsvollstreckung ...	437

	Rn.
c) Befriedigung oder Sicherung aufgrund vom Gläubiger angedrohter Vollstreckung oder angedrohter Inanspruchnahme von Sicherheiten	441
d) Befriedigung oder Sicherung aufgrund vom Gläubiger angedrohter Insolvenzantragstellung	446
e) Erhalt von Sicherheiten, Pfandrecht	447
3. Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen (§ 132 InsO)	450
4. Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 Abs. 1 InsO)	452
a) Rechtshandlungen des Schuldners	454
b) Benachteiligungsvorsatz des Schuldners	459
c) Analoge Anwendung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO auf den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners	464
d) Beweisanzeichen für (dem Gläubiger bekannten) Benachteiligungsvorsatz des Schuldners aus Inkongruenz	465
aa) Inkongruenz	466
bb) Zwangsvollstreckungsdruck	467
cc) Angedrohter Insolvenzantrag	470
e) Kenntnis des anderen Teils vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners.	472
f) Weitere Einzelfälle	480
5. Unentgeltliche Leistung und Dreipersonenverhältnisse (§ 134 Abs. 1 InsO)	482
a) Leistung auf fremde Schuld, insb. Mutter-/Tochtergesellschaft, Cash-Pool-System	486
aa) Erfüllung einer fremden Geldschuld durch den späteren Insolvenzschuldner	487
bb) Erbringung von Werkleistungen	493
b) Besicherung einer fremden Schuld	495
c) Sonstige Dreipersonenverhältnisse	498
6. Eigenkapitalersetzende Darlehen (§ 135 InsO a.F.), Gesellschafterfinanzierung (§ 135 InsO n.F.)	500
7. Hinweise zu Verrechnung und Aufrechnung	505
8. Exkurs: Anfechtbarkeit des Saniererhonorars	511
a) Kongruenzanfechtung (§ 130 InsO)	512
b) Inkongruenzanfechtung (§ 131 InsO, Honorarvorschüsse) ..	515
c) Bargeschäft (§ 142 InsO)	518
d) Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 1 InsO)	522
e) Honorarzahlung als dem Geschäftsführer verbotene Zahlung?	528
f) Aufrechnung mit Fremdgeldern	529

	Rn.
G. „Typische“ Straftaten in der Krise der GmbH	530
I. Allgemeine Straftatbestände mit Relevanz in Insolvenznähe	534
1. Betrug (§ 263 StGB)	534
2. Kreditbetrug (§ 265b StGB)	535
3. Untreue (§ 266 StGB)	537
a) Geschäftsführer	538
b) Gesellschafter	543
c) Vorstände von Kreditinstituten	545
d) Berater	546
4. Vorenthalten von Arbeitnehmer-Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a Abs. 1 StGB)	547
5. Nichtanzeige bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals (§§ 49 Abs. 3, 84 Abs. 1 GmbHG)	552
6. Falsche Angaben gegenüber dem Handelsregister	553
7. Sonstige in der Krise relevante Straftaten	555
II. Spezielle Insolvenzdelikte	556
1. Bankrott (§ 283 StGB)	556
2. Verletzung der Buchführungspflichten (§ 283b StGB)	557
3. Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB)	562
4. Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 und 5 InsO)	564
a) Geschäftsführer	566
b) Gesellschafter	570
H. Haftungsgefahren für Gesellschafter in der Krise der GmbH	
I. Haftkapitalsystem und Gläubigerschutz	575
II. Haftung für die Kapitalaufbringung	582
1. Haftung bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit im Namen der Gesellschaft vor Eintragung	582
a) Haftung für Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft	582
b) Haftung für Verbindlichkeiten der Vor-GmbH	583
aa) Innenhaftung	584
(1) Verlustdeckungshaftung	585
(2) Vorbelastungs- oder Unterbilanzhaftung	587
bb) Außenhaftung	593
c) Handelndenhaftung	594
d) GmbH & Co. KG	596
2. Haftung für die Kapitalaufbringung bei Bareinlage	597
a) Richtiger Zeitpunkt der Einlageleistung, Voreinzahlung	598
aa) Gründung	598
bb) Kapitalerhöhung	600

	Rn.
b) Vorhandensein der Bareinlage bei Anmeldung zur Eintragung.....	608
c) Richtiges Konto.....	610
d) Freie Verfügbarkeit bei Einpersonen-GmbH.....	612
e) Keine Zahlung unmittelbar an Gläubiger, debitorisches Konto.....	613
f) Vereinbarter (zeitnaher) Einlagenrückfluss an den Inferenten .	617
aa) Hin- und Herzahlen.....	617
bb) Her- und Hinzahlen.....	620
cc) Zahlungskarussell.....	621
dd) Cash-Pool.....	622
g) Geänderte Rechtslage bei Hin- und Herzahlen, Cash-Pool nach MoMiG.....	625
aa) Neuregelung.....	625
bb) Begründung und Kritik der Neuregelung.....	626
cc) Zweifelsfragen hinsichtlich des Rückgewähranspruchs .	629
(1) Jederzeitige Fälligkeit.....	630
(2) Vollwertigkeit.....	631
(3) Verzinsung, Besicherung?.....	632
(4) Zeitpunkt.....	634
(5) Darlegungs- und Beweislast.....	635
(6) Geltung auch für Her- und Hinzahlen?.....	636
(7) Aufrechnung, Erlass?.....	637
(8) Haftung der Mitgesellschafter?.....	638
dd) Auswirkungen bei Cash-Pool.....	640
ee) Übergangsregelung für Altfälle.....	643
h) Andere Fälle.....	646
i) Keine Befreiung, keine Aufrechnung.....	649
3. Haftung für die Kapitalaufbringung bei offener Sacheinlage....	654
a) Formale Voraussetzungen der Sacheinlage.....	654
b) Gegenstand der Sacheinlage.....	657
c) Differenzhaftung bei Wertunterschreitung.....	661
d) Typische Probleme bei Sacheinlage.....	662
4. Haftung für die Kapitalaufbringung bei verdeckter Sacheinlage .	663
a) Tatbestand, Fallkonstellationen und Beispiele der verdeckten Sacheinlage.....	663
b) Rechtsfolgen nach alter Rechtslage (vor MoMiG).....	676
aa) Zivilrechtlich.....	676
bb) Steuerrechtlich.....	678
c) Heilung und Rückabwicklung verdeckter Sacheinlagen....	679

	Rn.
aa) Heilung	680
bb) Rückabwicklung	683
d) Geänderte Rechtsfolge nach neuer Rechtslage (MoMiG) . . .	684
aa) Neuregelung	684
bb) Auswirkungen bei Cash-Pool	689
cc) Steuerliche Aspekte	691
dd) Übergangsregelung	692
5. Haftung für die Kapitalaufbringung bei Verwendung von Mantel- und Vorratsgesellschaften, wirtschaftliche Neugründung . . .	694
a) Wirtschaftliche Neugründung	695
b) Offenlegung und registergerichtliche Kontrolle	702
c) (Erneute) Kapitalaufbringung, Haftung der Gesellschafter . .	704
d) Altfälle	708
6. Geltendmachung, Darlegungs- und Beweislast, Verjährung der Kapitalaufbringung	709
a) Geltendmachung	709
b) Darlegungs- und Beweislast	712
c) Verjährung	717
7. Haftung der Mitgesellschafter	719
8. Haftung des Anteilserwerbers	723
9. Haftung bei Falschangaben	724
10. Exkurs: Wirksame Einlageleistung bei GmbH & Co. KG	726
a) Leistung der Stammeinlage der Komplementär-GmbH	726
b) Leistung der Kommanditeinlage der KG	730
III. Haftung des Gesellschafters für die Kapitalerhaltung, verbotene Rückzahlung des Stammkapitals, §§ 30, 31 GmbHG	732
1. Tatbestand der verbotenen Stammkapitalrückzahlung	734
a) Unterbilanz	734
b) Einfluss des BilMoG	735
c) Vermögenstransfer	737
d) ... an den Gesellschafter	739
e) ... causa societatis	742
2. Beispiele verbotener Einlagenrückgewähr aus der jüngeren Rechtsprechung	743
3. Darlehensgewährung an Gesellschafter aus gebundenem Vermögen der GmbH, Cash-Pool	745
4. Rechtsfolgen der verbotenen Stammkapitalrückzahlung	749
5. Gesetzesänderung durch das MoMiG und Rechtsprechungsänderung für Darlehen aus Stammkapital, Cash-Pool	756
a) Neuregelung § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG	756

	Rn.
b) Problem der Vollwertigkeit, Auswirkungen auf den Cash-Pool	762
6. Verjährung und Sonstiges	767
7. Rückzahlungen bei GmbH & Co. KG und GmbH & Still	769
IV. Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der GmbH (Durchgriffshaftung) – Unterkapitalisierung, § 826 BGB, existenzvernichtender Eingriff	774
1. Unterkapitalisierung	775
2. Durchgriffshaftung	777
a) Missbrauch der juristischen Person	778
b) Vermögensvermischung	780
3. Deliktische Verschuldenshaftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern nach § 826 BGB	781
4. Existenzvernichtender Eingriff	786
a) Tatbestand, Definition	786
b) Tatbestandsabgrenzungen, Beispiele	789
c) Kausalität für Gläubigerausfall und Verhältnis zu §§ 30, 31 GmbHG	794
d) Betroffener Personenkreis	796
e) Rechtsfolge nach Änderungen der Rechtsprechung	798
aa) Rechtsfolge seit „Bremer Vulkan“ – Außenhaftung	798
bb) Aktuelle Rechtsfolge seit „Trihotel“ – Innenhaftung	801
f) Darlegungs- und Beweislast	804
g) Steuerrechtliche Behandlung	805
h) Keine Änderung durch das MoMiG	806
V. Eigenkapitalersatzhaftung nach alter und für Altfälle fortgeltender Rechtslage	807
1. Nebeneinander von gesetzlicher Regelung und Rechtsprechungsregeln	808
2. Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzes	811
a) Durchsetzungssperre	812
b) Nachrang im Insolvenzverfahren	814
c) Rückzahlungsverpflichtung	815
3. Wirksamkeit der Gesellschafterleistung	818
4. Krise der Gesellschaft	819
5. Darlegungs- und Beweislast	827
6. Gesellschafterstellung des Darlehensgebers und gleichgestellte Dritte	830
7. Darlehen	831
a) Gewährung in der Krise	831

	Rn.
b) Stehenlassen in der Krise, Umqualifizierung	832
c) Finanzplankredit	835
8. Sicherheiten	836
a) Gewährung in der Krise	836
aa) Bürgschaft	837
bb) Harte Patronatserklärung	841
cc) Schuldbeitritt	842
dd) Mithaftungsübernahme	843
ee) Verpfändung	844
b) Stehenlassen in der Krise, Umqualifizierung	845
c) Wirkung für den Gläubiger	848
9. Nutzungen	849
a) Kostenloses Nutzungsrecht des Insolvenzverwalters	851
b) Begrenzung der Nutzungsdauer?	855
c) Beendigung der Nutzungsüberlassung durch Insolvenz des Gesellschafters	856
d) Schadensersatz bei Entzug/Vereitelung der Nutzung	857
aa) Veräußerung von dem Eigenkapitalersatzrecht unterlie- genden Gegenständen	858
bb) Konkurrenz zwischen Insolvenzverwalter und Zwangs- verwalter	859
e) Verpflichtung zur Rückzahlung der Mieten, Verlust des Vermieterpfandrechts	860
10. Keine eigenkapitalersetzenden Dienstleistungen	863
11. Kleingesellschafterprivileg	865
12. Sanierungsprivileg	867
VI. Neuregelung des Rechts der Gesellschafterfinanzierung nach MoMiG	872
1. Vollständige Änderung des Rechts der Gesellschafterfinanze- rung und Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts	872
2. Die Neuregelungen im Einzelnen	877
3. Integration der Gesellschafterfinanzierung in das Insolvenz- recht	878
4. Beibehaltung der Erstreckung auf gleichgestellte Dritte	879
5. Aufhebung der Rechtsprechungsregeln, Rückleistungsverpflich- tungen nach Insolvenzanfechtung	880
6. Auswirkungen bei Gesellschafterdarlehen	882
7. Auswirkungen bei Gesellschaftersicherheiten (Bonitätsleihe) ...	887
a) Nachrang	887
b) Befriedigungsvorrang, Ausfallprinzip, Erstattungspflicht. ...	888

	Rn.
c) Anfechtung und Anfechtungsprivileg	891
8. Auswirkungen bei Nutzungsüberlassungen durch den Gesellschafter	892
a) Grundsätzliche Geltung der Neuregelungen für die Nutzungsüberlassung?	893
b) Weiternutzung durch den Insolvenzverwalter	897
aa) Wann liegt Fortführungserheblichkeit vor?	899
bb) Verhältnis zu §§ 108, 109 InsO	901
cc) Anfechtbarkeit vorzeitiger Rückgabe des Nutzungsgegenstandes?	903
dd) Höhe der Ausgleichszahlung nach § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO	904
ee) Verhältnis zum Grundpfandrechtsgläubiger	907
ff) Doppelinsolvenz	908
c) Anfechtbarkeit der Mietzahlungen im letzten Jahr vor Insolvenzantrag?	909
9. Kleingesellschafterprivileg und Sanierungsprivileg	910
a) Kleingesellschafterprivileg	911
b) Sanierungsprivileg	912
10. Inkrafttreten/Übergangsregelung	913
11. Steuerrechtliche Auswirkungen	916
VII. Haftung des Gesellschafters bei Ergebnisabführungsverträgen, statuarischen oder vertraglichen Verlustausgleichsregelungen	919
1. Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge	919
a) Rechtscharakter	919
b) Wirksamkeitsvoraussetzungen	926
c) Verlustausgleichsverpflichtung	931
aa) Suspendierung der Kapitalerhaltungsregeln	931a
bb) Aufrechnung?	932
cc) Früheres Eigenkapitalersatzrecht?	933
d) Beendigung	934
e) Schicksal des Unternehmensvertrages in der Insolvenz	941
f) Europarechtliche Bedenken	945
2. Statuarische Verlustausgleichsregelungen	946
3. Vertragliche Verlustausgleichsverpflichtungen	947
VIII. Firmenbestattung	948
1. Sachverhalte, gerichtliche Entscheidungen	948
2. Missbrauchsbekämpfung	955
a) Erweiterung der Ausschlussgründe für Geschäftsführeramt	956
aa) Zusätzliche Katalogtaten	956

	Rn.
bb) Schadensersatzpflicht der Gesellschafter	961
b) Zustellungserleichterungen	962
c) Führungslosigkeit der Gesellschaft	965
aa) Definition	965
bb) Neuregelungen	967
d) Erweiterung des Tatbestandes der verbotenen Zahlungen . . .	970
I. Haftungsgefahren für Geschäftsführer in der Krise der GmbH	974
I. Allgemeines	975
1. Sorgfaltsmaßstab	975
2. Gehaltsreduzierung	982
3. Faktischer Geschäftsführer	985
4. Übersicht über die Haftungstatbestände	987
a) Tatbestände der Innenhaftung	988
aa) Allgemeiner Haftungstatbestand	988
bb) Haftungstatbestände in der Krise	991
b) Tatbestände der Außenhaftung	992
5. Darlegungs- und Beweislast	993
6. Geltendmachung und Verjährung	996
7. Haftungsbegrenzung	999
a) Gesellschafterweisungen	999
b) Vertragliche oder statuarische Vereinbarungen	1000
II. Relevante Tatbestände der Innenhaftung im Einzelnen	1007
1. Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals	1007
2. Verbotene Zahlungen an Gläubiger der Gesellschaft	1012
a) Allgemeines	1012
aa) Rechtscharakter, Geltung für (Schein-) Auslandsgesell- schaften?	1014
bb) Einbezogener Personenkreis	1016
b) Maßgeblicher Zeitpunkt: Insolvenzzreife und Erkennbarkeit . .	1018
c) Verschulden und Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes .	1020
d) Verteilung der Darlegungs- und Beweislast	1025
aa) Insolvenzzreife	1025
bb) Zahlungen	1027
cc) Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes	1028
e) Masseverkürzung	1030
f) Umfang der Ersatzpflicht	1032
g) Beispiele aus der jüngeren Rechtsprechung	1033
h) Verhältnis zur Insolvenzanfechtung	1035
i) Vorbehaltsurteil	1036

	Rn.
j) Haftung weiterer Organe	1037
k) Ergänzung des § 64 GmbHG durch das MoMiG	1040
3. Nichteinberufung der Gesellschafterversammlung	1043
4. Haftung für existenzvernichtende Eingriffe	1045
III. Relevante Haftungstatbestände der Außenhaftung im Einzelnen	1047
1. Insolvenzverschleppung	1047
a) Allgemeines, Neuregelung in der InsO	1047
b) Sorgfaltsmaßstab, Beginn der Drei-Wochen-Frist	1055
c) Beweislastverteilung	1060
d) Rechtsfolge, Umfang der Schadensersatzansprüche	1062
aa) „Alt“-Gläubiger	1064
bb) „Neu“-Gläubiger	1065
cc) Keine Kürzungen des Schadensersatzanspruchs	1067
e) Fallgruppen	1069
aa) Keine Verschleppungshaftung für Sozialversicherungsbeiträge	1069
bb) Verschleppungshaftung für Arbeitnehmerlohn	1070
cc) Verschleppungshaftung für gezahltes Insolvenzgeld	1073
dd) Ausweitung einer Kreditinanspruchnahme	1074
f) Weiterer Haftungstatbestand, Änderungen nach MoMiG, Bestrebungen zur Haftungsverschärfung	1075
2. Sozialversicherungsbeiträge	1079
a) Tatbestand	1079
b) Vorsatz	1084
c) Schaden und insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit hypothetischer Zahlungen	1086
d) Darlegungs- und Beweislast	1089
e) Verantwortlicher Arbeitgeber/Geschäftsführer	1090
f) Verhältnis zu verbotenen Zahlungen nach § 64 GmbHG	1094
g) Verjährung	1100
3. Unterlassene Insolvenzsicherung von Altersteilzeit-Wertguthaben	1101
4. Rückständige Steuern	1102
a) Allgemeines	1102
b) Lohnsteuer	1109
aa) Haftung/Schaden auch bei insolvenzrechtlicher Anfechtbarkeit hypothetischer Zahlungen	1110
bb) Haftung auch nach Lastschriftwiderruf durch den vorläufigen Insolvenzverwalter?	1114
cc) Verhältnis zu verbotenen Zahlungen nach § 64 GmbHG	1115

	Rn.
c) Körperschaft-, Gewerbe-, pauschalierte Lohn- und Umsatzsteuer	1118
d) Verschulden	1123
5. Sonstige Außenhaftungstatbestände	1124
J. Besonderheiten bei Unternehmergeellschaft/UG (haftungsbeschränkt) und englischer „Limited“	1126
I. Rechtsformwahlfreiheit in der EU – „Limited“	1126
II. Die Unternehmergeellschaft/UG (haftungsbeschränkt)	1129
1. Die Neuregelungen im Einzelnen	1133
2. Abweichungen von der „normalen“ GmbH	1134
3. Gefahren und Zweifelsfragen	1140
a) Erhöhte Insolvenzgefahr	1141
b) Probleme und Zweifelsfragen der Kapitalaufbringung	1143
c) Pflicht zur Rücklagenbildung	1147
aa) Umgehung der Rücklagenbildungspflicht	1147
bb) Eingeschränkte Verwendbarkeit der UG wegen der Rücklagenbildungspflicht?	1149
(1) Gemeinnützige UG	1149
(2) UG als Komplementärin einer KG	1149a
(3) UG als beherrschte Gesellschaft im Rahmen eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages ...	1149b
d) Beibehaltung der Firma	1150
e) Einberufungspflicht	1151
III. Die englische „Limited“	1152
1. Niederlassungsfreiheit	1152
2. Pflichten des Unternehmers	1154
a) In Deutschland	1154
b) In England	1156
3. Persönliche Haftungsgefahren für die Gesellschafter und Geschäftsführer?	1157
a) Persönliche Haftungen des Gesellschafters	1157
b) Persönliche Haftungen des directors	1160
aa) Eingehungsbetrug	1161
bb) Insolvenzverschleppung	1162
cc) Verbotene Zahlungen	1163
dd) Englische Rechtsnormen	1164
ee) Gefahren nach Löschung der Limited	1165
4. Ltd. & Co. KG	1168
a) Zulässigkeit	1168
b) Vorteile	1169

	Rn.
c) Schwierigkeiten	1170
d) Nachteile	1171
5. Lohnt sich die Limited?	1172
K. Auswirkungen des MoMiG auf die Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer und den Gläubigerschutz	1173
I. Haftungserleichterungen für Gesellschafter und Haftungsverschärfungen für Geschäftsführer bei Kapitalaufbringung und -erhaltung ..	1173
1. Haftkapitalsystem und Gläubigerschutz	1174
2. Kapitalaufbringung bei verdeckter Sacheinlage	1180
3. Kapitalaufbringung bei sofortiger Rückzahlung, Hin- und Herzahlen, Cash-Pool	1185
4. Kapitalerhaltung trotz Darlehen aus Stammkapital, Cash-Pool ..	1187
II. Haftungsveränderungen durch Abschaffung des Eigenkapitalersatzes ..	1190
1. Gesellschafter	1193
2. Geschäftsführer	1197
III. Beurteilung.	1200
L. Haftungsgefahren für Berater im Sanierungsprozess der GmbH	1201
I. Zivilrechtliche Haftungsgefahren	1201
1. Haftung gegenüber dem Mandanten	1201
a) Sicherster Weg.	1202
b) Berücksichtigung der Rechtsentwicklung.	1203
c) Haftungsfalle verdeckte Sacheinlage	1205
d) Sekundärhaftung	1206
e) Pflichten bei Insolvenzreife.	1207
f) Begrenzung nach Mandatsgegenstand	1209
2. Haftung gegenüber Dritten	1211
a) Einbeziehung Dritter in den Schutzzweck des Mandatsvertrages:	1212
aa) Rechtsanwalt.	1212
bb) Wirtschaftsprüfer	1214
cc) Steuerberater	1217
dd) Gutachter.	1220
b) Deliktische Schadensersatzpflicht.	1222
3. Kausalität der Pflichtverletzung für den Schaden	1223
II. Gefahren für Berater als Beteiligte an Straftaten.	1226
1. Täterschaft und Teilnahme	1227
2. Mitwirkung bei übertragender Sanierung	1230
3. Insolvenzverschleppung	1233

	Rn.
4. Buchführungs-, Bilanzierungsdelikte, Verletzung der Berichtspflicht.	1235
5. Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB)	1237
6. Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) und Steuerhinterziehung (§ 370 AO)	1238
7. Betrug (§ 263 StGB) und Kreditbetrug (§ 265b StGB)	1239
8. Sanierungsschwindel	1240
M. Sanierung im Insolvenzverfahren	1241
I. Vorbemerkung	1241
II. Insolvenzeröffnungsverfahren	1245
1. Insolvenzeröffnungsantrag	1247
a) Schuldnerantrag.	1247
b) Gläubigerantrag.	1250
aa) Glaubhaftmachung der Forderung	1251
bb) Glaubhaftmachung des Insolvenzgrundes	1255
cc) Rechtliches Interesse, Verbot des Rechtsmissbrauchs ...	1256
dd) Anhörung des Schuldners	1259
ee) Kostentragung	1260
2. Mitwirkungspflicht des Schuldners, Sicherungsmaßnahmen ...	1263
3. Vorläufige Insolvenzverwaltung (§ 22 InsO)	1266
a) Rechtsstellung, Pflichten und Befugnisse des vorläufigen Verwalters	1267
b) Pflicht zur Fortführung des Unternehmens	1269
c) Recht zur Stilllegung?	1270
d) Recht zur Veräußerung des Betriebes/-teils?	1273
e) Einzelne Verwertungshandlungen	1275
4. Fortführung des Unternehmens im Insolvenzeröffnungsverfahren, Sanierungsvorbereitung	1276
a) Insolvenzgeldvorfinanzierung (§§ 183 ff. SGB III)	1277
b) Echtes und unechtes Massendarlehen	1281
c) Widerspruch gegen Lastschriften im Einzugsermächtigungsverfahren	1282
aa) Uneinheitliche BGH-Rechtsprechung mit unterschiedlicher Rechtsfolge	1283
bb) Genehmigungsfiktion nach Nr. 7 Abs. 3 AGB-Banken bzw. Nr. 7 Abs. 4 Satz 2 AGB-Sparkassen	1287
cc) Konkludente Genehmigung noch durch den Schuldner? ..	1291
d) Sicherung von neuen Gläubigeransprüchen im Insolvenzeröffnungsverfahren	1295

	Rn.
e) Rechte der Sicherungsgläubiger im Insolvenzeröffnungsverfahren	1300
f) Vorläufiger Gläubigerausschuss	1303
5. Entlassung und Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters . . .	1304
III. Einfluss der Gläubiger auf das Insolvenzverfahren	1307
1. Gläubigerversammlung	1307
2. Abwahl des Verwalters	1309
3. Stimmrechtsentscheidungen	1311
4. Gläubigerausschuss	1312
a) Einsetzung	1312
b) Aufgaben, Befugnisse und Haftung	1315
c) Beschlussfassung	1320
5. Akteneinsichtsrecht der Gläubiger bei Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens	1321
a) Abweisung mangels Masse	1321
b) Anderweitige Nichteröffnung	1323
IV. Einfluss der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf die GmbH . . .	1325a
1. Auflösung der Gesellschaft	1325c
2. Stellung der Geschäftsführer	1325e
a) Organstellung	1325e
b) Dienst-/Anstellungsverhältnis	1325j
c) Insolvenzspezifische Pflichten	1325k
d) Pflicht zur Rechnungslegung	1325m
3. Stellung der Gesellschafter	1325o
4. Gesellschaftsrechtliche Befugnisse des Insolvenzverwalters	1325q
V. Übertragende Sanierung und Unternehmenskauf aus der Insolvenz . .	1326
1. Verfahrenswege	1326
a) Sanierungsgesellschaft	1327
b) Auffanggesellschaft	1328
c) Betriebsübernahmegesellschaft, „unechte Auffanggesellschaft“	1329
2. Zeitfaktor	1330
3. Exklusivität und andere Absicherungen des Verkaufsprozesses . .	1332
4. Asset Deal aus der Insolvenz der GmbH	1333
a) Festlegung des Kaufgegenstandes – einzelne Wirtschaftsgüter bzw. Sachgesamtheit	1334
aa) Bestimmtheit der einzelnen Wirtschaftsgüter	1335
bb) Belastete Gegenstände, Sicherungsgut	1337
cc) Immaterielle Wirtschaftsgüter	1339
dd) Vertragsbeziehungen	1340

	Rn.
ee) Formerfordernisse	1342
ff) Handelsfirma.	1344
b) Haftungsgefahren für den Erwerber	1346
c) Gewährleistungsregelungen	1347
d) „Wirtschaftliche“ Erwerberhaftung.	1349
VI. Arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten	1350
1. Betriebsübergang nach § 613a BGB als Sanierungshindernis? ..	1351
a) Teleologische Reduktion bei Betriebs(teil-)erwerb vom Insolvenzverwalter	1353
b) Betriebsbedingte Kündigung nach Erwerberkonzept?	1359
c) § 128 InsO.	1360
d) Gestaltung mit einer Transfergesellschaft (früher: Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft) ...	1361
aa) Durchführung	1361
bb) Umgehung des § 613a BGB?	1362
2. Weitere arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten.	1366
a) Kündigung und Kündigungsschutz	1367
b) Betriebsänderungen.	1370
c) Insolvenzgeld (§§ 183 ff. SGB III)	1375
d) Urlaubs(abgeltungs)ansprüche	1377
e) Betriebliche Altersvorsorge	1378
aa) Direktversicherung	1378
bb) Unternehmerpensionszusagen, Rückdeckungsversiche- rung	1381
f) Behandlung von Arbeitszeitguthaben und Block-Altersteil- zeit	1382
VII. Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO)	1384
VIII. Insolvenzplan (§§ 217 ff. InsO)	1390
1. Insolvenzplanverfahren	1392
2. Obstruktionsverbot (§ 245 InsO)	1394
3. Versagung der Planbestätigung und Rechtsmittel	1396
IX. Abwägung der Vor- und Nachteile einer „freien“ Sanierung und einer Sanierung im Insolvenzverfahren	1399
1. „Freie“ Sanierung	1401
a) Vorteile	1402
b) Nachteile, Gefahren.	1403
2. Sanierung im gerichtlichen (Insolvenz-) Verfahren.	1404
a) Vorteile	1405
b) Nachteile	1406
X. Insolvenz der GmbH & Co. KG, Insolvenz im Konzern	1407

	Rn.
N. Sanierung des Gesellschafters	1410
I. Eigenes Sanierungskonzept	1410
II. Persönliches Insolvenzverfahren und Restschuldbefreiung	1412
1. Verbraucherinsolvenzverfahren (§§ 304 ff. InsO)	1413
a) Zugelassener Personenkreis	1414
b) Antragserfordernis	1419
c) Schuldenbereinigungsverfahren	1420
aa) Scheitern der Einigung	1420
bb) Zulässigkeit eines Null-Plans	1422
cc) Ersetzung der Zustimmung der Gläubiger (§ 309 InsO) ..	1423
d) Vereinfachtes Insolvenzverfahren	1426
2. Restschuldbefreiung (§§ 286 ff. InsO)	1428
a) Voraussetzungen	1429
b) Entscheidung über die RSB, Ankündigung	1431
aa) Versagungsgründe	1432
bb) Versagungsantrag	1433
cc) Sperrfrist	1435
c) „Wohlverhaltensperiode“	1437
d) Endgültige Entscheidung über die RSB	1440
aa) Keine Befreiung von Verbindlichkeiten aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung	1441
bb) Versagung der RSB	1443
cc) Widerruf der RSB	1446
	Seite
Anhang 1: Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (RegE MoMiG) vom 23.05.2007	487
Anhang 2: Synopse zum Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)	528
Stichwortverzeichnis	631