

Begrenzung des unternehmerischen Risikos im Insolvenzverfahren

Dissertation zur Erlangung des Grades des Doktors des Rechts

des

**Fachbereiches Wirtschaftswissenschaften der Universität Siegen, Fachrichtung Deutsches
und Europäisches Wirtschaftsrecht**

eingereicht von

Justus Gotthardt, Köln

Dekan: Prof. Dr. Volker Wulf

Betreuer: Prof. Dr. Peter Krebs

Zweitgutachter: Prof. Dr. Torsten Schöne

Tag der Disputation / Promotion: 18. Dezember 2013

**Die Dissertation wurde vom Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Universität Siegen,
Fachrichtung Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht, als Dissertation angenommen.**

Danksagung

Zuallererst gilt mein Dank meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Peter Krebs, der die Erstellung dieser Arbeit von den ersten Diskussionsansätzen der Themenfindung bis zur endgültigen Ausgestaltung intensiv begleitet hat. Des Weiteren danke ich dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Torsten Schöne, für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Zudem danke ich der Kanzlei Schultze & Braun, der WBDat sowie dem Bundesamt für Statistik für die freundliche Zurverfügungstellung von Literatur und Statistiken zum Insolvenzgeschehen in Deutschland.

Nicht vergessen werden dürfen daneben natürlich die zahlreichen Gesprächspartner, die mir im Zuge der Erstellung dieser Arbeit mit Denkanstößen und Kritik zur Verfügung gestanden haben.

EINLEITUNG	1
A. Problemstellung	1
B. Gang der Untersuchung	3
TEIL 1: GRUNDLAGEN ZU GRÜNDUNG UND INSOLVENZ DER GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG (GMBH)	6
A. Keine unternehmerische Risikoübernahme ohne Risikobegrenzung	7
B. Notwendigkeit eines geordneten Insolvenzverfahrens	8
I. Ökonomische Grundlagen	8
II. Historische Entwicklung und Wertungsmaßstab	10
III. Rechtshistorie: Schwächen von Konkursordnung und Vergleichsordnung bei Unternehmensfortführungen	13
C. Die Eröffnungsgründe des Insolvenzverfahrens	16
I. Vorüberlegung: Die schuldnerische Pflicht zur Insolvenzantragstellung	17
II. Zahlungsunfähigkeit	18
III. Drohende Zahlungsunfähigkeit	19
IV. Überschuldung	23
1. Ansatz und Bewertung der Vermögenswerte und Schulden	24
2. Fortführungsprognose	26
3. Überschuldungsstatus	29
4. Wiedereinführung der zweistufigen modifizierten Überschuldungsprüfung	31
V. Unternehmerische Chancen durch das Schutzschirmverfahren nach ESUG	32
VI. Exkurs: Die Gläsernen Taschen - Der Verzicht auf die Antragspflicht	35
D. Gläubigergruppen im Insolvenzverfahren	37
I. Aussonderungsberechtigte Gläubiger	38
II. Absonderungsberechtigte Gläubiger	39
III. Massegläubiger	41
IV. Insolvenzgläubiger	42
V. Nachrangige Gläubiger	43
E. Exkurs: Forum-Shopping	44
I. Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht	47
1. Von der (Real-)Sitztheorie zur europäischen Gründungstheorie (COMI)	48
2. Wegweisende Urteile	49
II. Universalitätsprinzip und Ausnahmen	52
1. Hauptinsolvenzverfahren in Deutschland	52
2. Sekundärinsolvenzverfahren in Deutschland	53
3. Partikularinsolvenzverfahren in Deutschland	54
III. Wettbewerb durch insolvenzrechtliche Standortvorteile	56
TEIL 2: HAFTUNG DES GESELLSCHAFTERS IN GRÜNDUNG UND INSOLVENZ	59
A. Wirksame Stammkapitalaufbringung bei Bargründung	59
I. Wirksamkeitsvoraussetzung der Einlagenleistung	60
II. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium	62
III. Risiken in der Insolvenz	63
IV. Exkurs: Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)	66

B. Direkte und indirekte Gesellschafterfremdfinanzierung	69
I. Altregelung: Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Krise.....	69
1. §§ 32a, 32b GmbHG aF.....	70
2. §§ 30, 31 GmbHG „Rechtsprechungsregeln“.....	72
II. Neuregelung: Allgemeine Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen.....	74
1. Der Regelungskern Funktionales Eigenkapital.....	75
2. Privilegierte Finanzierungen.....	77
a) Sanierungsprivileg.....	78
b) Kleinbeteiligungsprivileg.....	80
3. Regelungslücke: Freiwerden des bürgenden Gesellschafters ohne schuldnerische Rechtshandlung.....	80
a) Vorüberlegung: Keine Vorrangigkeit der Sicherheit des Gesellschafters gemäß §§ 44a InsO analog.....	81
b) Rechtsprechungsüberblick.....	82
aa) OLG Hamm, Urteil vom 29. Dezember 2010 (I-8 U 85/10).....	82
ab) OLG Hamm, Urteil vom 7. April 2011 (I-27 U 94/10).....	84
ac) BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 (IX ZR 11/11).....	84
c) Stellungnahme.....	85
aa) Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung.....	86
ab) Analogie im Rahmen von § 426 BGB.....	87
ac) Fazit.....	88
4. Kündigung von Finanzplankrediten.....	88
III. Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassungen.....	92
1. Vorüberlegung: Entwicklung von den Novellenregeln bis MoMiG.....	92
2. Überblick zu Literatur und Rechtsprechung.....	93
a) Literatur.....	93
b) OLG Schleswig, Urteil vom 13. Januar 2012 (4 U 57/11).....	95
3. Stellungnahme.....	96
a) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit.....	96
b) Sicherung durch Vermieterpfandrecht.....	97
IV. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium.....	98
V. Risiken in der Insolvenz.....	100
C. Kreditsicherheiten – Konkurrenzen und Gestaltung	103
I. Arten von Sicherungsabreden.....	104
1. Sicherungsübereignung einzelner Anlagegüter und Raumsicherungsübereignung.....	104
2. Vermieterpfandrecht.....	105
3. Globalzession.....	106
a) Bewertungsmethode.....	106
b) Erfasste Forderungen.....	107
4. Abtretung von Gesellschaftsanteilen / Debt-Equity-Swap.....	108
a) ESUG Novelle.....	109
b) Durchführungsanforderungen des Debt-Equity-Swap vor der Insolvenz.....	110
II. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium.....	113
1. Kollision Sicherungsübereignung und Vermieterpfandrecht.....	114
2. Gestaltung der Sicherungsvereinbarung Debt-Equity-Swap.....	115
III. Risiken in der Insolvenz.....	118
1. Verwertungshandlungen.....	118
2. Sittenwidrige Übersicherung.....	119
D. Gesellschafterhaftung für Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen	123
I. Abgrenzung der Haftungskonzepte.....	124
1. Durchgriffshaftung.....	124
2. Innenhaftung.....	127
II. Bedeutende Fallgruppen.....	127
1. Existenzvernichtungshaftung.....	127
a) Haftungsbegründung.....	130
aa) Sittenwidrigkeit.....	131
ab) Verhältnis zu §§ 30, 31 GmbHG.....	133

b) Schaden durch Solvenzbeeinträchtigung der Gesellschaft	133
c) Haftung Dritter	135
d) Exkurs: Revised Model Business Corporation Act (RMBCA)	136
2. Materielle Unterkapitalisierung	138
3. Vermögensvermischung	140
III. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium	142
IV. Risiken in der Insolvenz	144
E. Geschäftsleiterhaftung	146
I. Insolvenzverschleppungshaftung	148
II. Verbot von masseschmälernden Zahlungen	149
III. Wrongful trading: Verbot existenzvernichtender Zahlungen an Gesellschafter	152
1. Schließung von Regelungslücken bei Scheinauslandsgesellschaften	153
2. Ausweitung der Grundsätze der Insolvenzverursachungshaftung	154
IV. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium	157
V. Risiken in der Insolvenz	158
TEIL 3: INTERESSENWAHRUNG DES GESELLSCHAFTERS IM INSOLVENZVERFAHREN	161
A. Exkurs: Die Abweisung mangels Masse	161
B. Übertragende Sanierung	163
I. Betriebsübernahme (Asset Deal)	164
1. Durchführung vor Insolvenzantragsstellung	167
2. Durchführung zwischen Insolvenzantragsstellung und Verfahrenseröffnung	168
3. Durchführung zwischen Verfahrenseröffnung und Berichtstermin	169
4. Durchführung nach dem Berichtstermin	171
II. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium	172
III. Risiken in der Insolvenz	173
C. Unternehmensfortführung durch Insolvenzplan	175
I. Vorüberlegungen (Share Deal)	176
II. Planentwicklung	179
1. Vorlageberechtigung	180
2. Darstellender Teil	182
3. Gestaltender Teil	183
III. Obstruktionsverbot	184
1. Transaktionskostenminimierung	187
2. Angemessene wirtschaftliche Beteiligung	188
3. Zuwendungen an den Schuldner	189
a) Erfolgloses Übernahmeangebot	190
b) New Value Exception	191
IV. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium	192
V. Risiken in der Insolvenz	192
D. Qualität und Effizienz der Insolvenzverfahrensführung	195
ERGEBNISTHESEN: GESTALTUNGSEMPFEHLUNGEN UND RISIKEN	199
LITERATURVERZEICHNIS	IV
RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS	XXIII

Einleitung

A. Problemstellung

Dass das Insolvenzrecht im Konzert des deutschen Wirtschaftsrechts langjährig ein Schattendasein führt, ist in der Literatur¹ seit den 1980er Jahren vermehrt angeprangert worden, ohne jedoch ein bemerkenswertes Umdenken innerhalb der Rechtswissenschaften und insbesondere der Rechtspraxis ausgelöst zu haben. Infolge der mangelhaften Verzahnung mit dem Gesellschaftsrecht sowie der fehlenden dogmatischen Entscheidung seiner Einordnung als Gesellschaftsrecht der zahlungsunfähigen Gesellschaft oder aber als Spezialgesetz des Zwangsvollstreckungsrechts sind diverse Schwachpunkte zu identifizieren.² Die gewünschte normative Kraft kann das Insolvenzrecht daher gerade in der unternehmerischen Krise vor der Insolvenz weder auf die Gruppe der Gläubiger-Seite noch auf die Gruppe der Gesellschafter-Seite entfalten.

Die Verbindung dieses Rechtsgebiets mit dem unternehmerischen Niedergang muss als der psychologische Grund für diesen Zustand erkannt werden³, während zudem die Betätigung auf diesem Gebiet nicht zu den lukrativsten, dafür jedoch risikointensivsten Aufgabenfeldern der Rechtspraxis gehört. Das Rechtsgebiet wird dabei in seiner Tragweite verkannt.⁴ Vielmehr muss das Insolvenzrecht als der „Fluchtpunkt des Wirtschaftsrechts“ verstanden werden, welches in der Literatur⁵ damit begründet wird, dass der Siegeszug der unternehmerischen Rechtsformen der haftungsbegrenzten juristischen Person eine Fokus-Verschiebung hin zu einer zunehmenden Bedeutung des Insolvenzrechts ausgelöst hat. Wo Gesellschafter in der Lage sind, ihre persönliche Haftung für risikointensive unternehmerische Betätigung zu begrenzen, sind Gläubiger gezwungen, dem Ausfallszenario durch eine mögliche Insolvenz der beschränkt haftenden Gesellschaft mehr Aufmerksamkeit zu widmen. Jegliche Interaktion von Marktteilnehmern muss daher bereits anfänglich auch vor dem Hintergrund ihrer Insolvenzanfälligkeit analysiert werden.

Das Insolvenzrecht stellt damit nicht nur den regelmäßigen Endpunkt unternehmerischer Betätigung dar, sondern ebenso bereits den Anfang.

¹ So etwa *Meyer-Cording*, NJW 1981, 1242, (1242) und später weiterhin *Paulus*, DStR 2002, 1865, (1865 ff); *Uhlenbruck/Vallender*, NZI 2009, 1, (1).

² *Römermann*, GmbHR 2012, 421, (422); *Westpfahl/Janjua*, Beilage Heft 3 ZIP 2008, 1, (2 ff); *Frank*, GWR 2009, 455, (455).

³ Der immer wieder gehörte Ruf nach einer „Entstigmatisierung“ bei *Römermann*, GmbHR 2012, 421, (422); *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (3); *Geldmacher*, Das präventive Sanierungsverfahren als Teil eines reformierten Insolvenz- und Sanierungsrechts in Deutschland, S. 33 f.

⁴ Der Gesetzgeber positioniert das Insolvenzrecht als einen „zentralen Bestandteil des Wirtschaftsprivatrechts“; BT-Drs. 12/2443, S. 75.

⁵ *Pfaffenholz/Kranzusch*, Insolvenzplanverfahren, S. 5; *Paulus*, DStR 2002, 1865, (1865); *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (3).

Die Ablösung der Konkursordnung, der Vergleichsordnung sowie der Gesamtvollstreckungsordnung durch die Insolvenzordnung am 1. Januar 1999⁶ erfolgte mit dem Ziel, das viel kritisierte, starre Insolvenzrecht in Deutschland zu modernisieren und auf die Notwendigkeiten des heutigen international verflochtenen Wirtschaftslebens anzupassen.

Insbesondere die in Deutschland vergleichsweise unterrepräsentierten Fälle von erfolgreich fortgeführten insolventen Unternehmen sollten durch die Novelle zukünftig gefördert werden.⁷ Als wesentlicher Grund für diesen Umstand darf die Durchsetzung der Sicherungsinstitute der besitzlosen Mobiliarsicherheiten in ihren verschiedenen Ausprägungen angesehen werden. Erhebungen des Jahres 1978 zeigten, dass durchschnittlich 86% des Schuldnervermögens durch diese Sicherungsinstitute dem Insolvenzbeschlagn entzogen wurden.⁸ Die daraus folgende Massearmut versperrte regelmäßig den Weg zu einer möglichen Unternehmensfortführung. Zu Recht wird aber weiterhin von prominenter Seite von der „Dauerbaustelle Insolvenzordnung“ gesprochen.⁹ Nicht nur wurde das Gesetz bereits vor seinem Inkrafttreten reformiert, auch haben sich in den vergangenen Jahren Gesetzesinitiativen gehäuft, die einer tatsächlichen Kontinuität des Insolvenzrechts für den Rechtsanwender bis heute entgegenstehen.¹⁰ Es existieren zwar keine gewichtigen Stimmen, die das neue Insolvenzrecht für umfassend misslungen halten, jedoch wird und wurde vermehrt Kritik an der Ausgestaltung des neuen Rechts geäußert.¹¹ Diese Kritik verschärfte sich noch im Zuge der Einführung des MoMiG. Eine auffällige Erhöhung der Quote fortgeführter insolventer Gesellschaften ist nicht festzustellen.¹²

Dem deutschen Insolvenzrecht fehlt eine klare Orientierung, wie sie beispielsweise die zum Vorbild der Novelle genommene amerikanische Insolvenzrechtsordnung besitzt. Das amerikanische Insolvenzrecht entscheidet weitgehend zugunsten des unternehmerischen „Neustarts“; dies selbst dort, wo das Verfahren zu einer Umverteilung zulasten Gläubiger führt. § 1 InsO erhebt dagegen die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger der insolventen Gesellschaft zum Ziel des Insolvenzverfahrens, die entweder im Wege der Li-

⁶ Das Gesetz vom 21. April 1994 trat erst am 1. Januar 1999 in Kraft, da der Gesetzgeber – trotz teilweise heftiger Kritik – dem Einwand der Justiz entsprach, wonach eine frühere Einführung in der Gerichtspraxis nicht umsetzbar sei. Siehe *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (2)

⁷ *Meyer-Cording*, NJW 1981, 1242, (1242); *Uhlenbruck/Vallender*, NZI 2009, 1, (2); *Wellensiek*, BB 2000, 1, (1); *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (3).

⁸ *Kießner* in: Braun InsO, Einf., Rn. 8.

⁹ *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (2); *Paulus*, DStR 2002, 1865, (1866); *Uhlenbruck/Vallender*, NZI 2009, 1, (2).

¹⁰ *Paulus*, DStR 2002, 1865, (1866); *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (2); *K.Schmidt*, GmbHR 2007, 1072, (1074); *Uhlenbruck/Vallender*, NZI 2009, 1, (2).

¹¹ *Römermann*, GmbHR 2012, 421, (422); *Uhlenbruck/Vallender*, NZI 2009, 1, (1); *Westpfahl/Janjuah*, Beilage Heft 3 ZIP 2008, 1, (1 ff); *Paulus*, DStR 2002, 1865, (1865 ff).

¹² *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (7 f); *Frind*, ZInsO 2011, 1569, (1569 f); *Haarmeyer/Beck*, ZInsO 2007, 1065, (1066 ff); *Uhlenbruck/Vallender*, NZI 2009, 1, (2).

quidation – einschließlich der übertragenden Sanierung – oder eben der Fortführung durch einen Insolvenzplan erreicht werden soll.¹³ Die weitere Ausgestaltung der Insolvenzordnung birgt jedoch schwerwiegende rechtliche Hindernisse für die tatsächlich Anwendung des Insolvenzplanverfahrens, obwohl in Wissenschaft und Praxis anerkannt ist,¹⁴ dass Unternehmensfortführungen gute Chancen bieten, die Befriedigungsquote der Gläubiger signifikant zu steigern.

Die Anwendung des Insolvenzplanverfahrens in Deutschland grundsätzlich weiterhin – anders als im amerikanischen Vorbild – unter den Vorbehalt der Gläubigernutzenmaximierung zu stellen, ist jedoch rechtspolitisch gewollt.¹⁵ Die restriktive gesetzliche Ausgestaltung und gerichtliche Anwendung verdammen das Instrument zusätzlich zur Bedeutungslosigkeit.¹⁶ Stattdessen müsste beim Blick auf den üblichen Verlauf von Unternehmens- und Finanzierungsrisiken¹⁷ der späteren Insolvenzschuldner die Frage gestellt werden, ob die bisherigen Ansätze des Gesetzgebers an der richtigen Stelle angreifen. Bislang wird versucht eine frühzeitigere Sanierung in der Insolvenz nur dadurch zu befördern, dass den Handelnden und den Eigentümern der Gesellschaft die persönliche Haftung für den Antragsverzug zugemessen wird. Solange den Alt-Gesellschaftern aber keine Perspektive des selbstbestimmten Verbleibs im Neu-Gesellschafterkreis geboten wird, muss diese Unsicherheit weiterhin als der versteckte wesentliche Grund der zumeist deutlich zu lange gefochtenen Überlebenskämpfe verstanden werden. Inwiefern die jüngste Novelle, das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), hier nach Vollendung seiner verschiedenen Novellen-Stufen neuausrichtend wird Abhilfe schaffen können, muss sich noch zeigen.¹⁸

B. Gang der Untersuchung

Der Regelungsgehalt und die rechtspraktische Umsetzung des Gläubigerschutzes – des primären Ziels des deutschen Insolvenzrechts (§ 1 InsO) – sind ein durch die rechtswis-

¹³ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 18; *Kießner* in: Braun InsO, Einf., Rn. 16; *Uhlenbruck/Vallender*, NZI 2009, 1, (4); *Markgraf*, Der Grundsatz par conditio creditorum im Spannungsverhältnis zu der strafprozessualen Vermögensabschöpfung, S. 27.

¹⁴ *Pfaffenholz/Kranzusch*, Insolvenzplanverfahren, S. 5; *Haarmeyer/Beck*, ZInsO 2007, 1065, (1066 ff); *Frind*, ZInsO 2011, 1569, (1570).

¹⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 76; *Fastrich*, DStR 2006, 656, (658).

¹⁶ Nur 1% der Insolvenzverfahren der Jahre seit Einführung der InsO wurden durch Insolvenzplan saniert, betont *Römermann*, GmbHR 2012, 421, (422); Nähere Ausführungen dazu in Teil 3.C.

¹⁷ *Römermann/Praß*, GmbHR 2012, 425, (426); *Frind*, ZInsO 2011, 1569, (1571); *Haarmeyer/Beck*, ZInsO 2007, 1065, (1078 f).

¹⁸ *Meyer-Löwy/Bruder*, GmbHR 2012, 432, (433); *Willemsen/Rechel*, Kommentar zum ESUG - Die Änderungen der InsO, Vorwort; *Wimmer*, Das neue Insolvenzrecht nach der ESUG-Reform, S. 3 f.

senschaftliche Literatur in der Vergangenheit bereits umfassend beleuchtetes Feld.¹⁹ Anders fällt die Feststellung aus, wenn ein Perspektivwechsel auf die Seite des Schuldners in der Gesellschaftsinsolvenz und die regelmäßig ebenfalls über die Stammkapitalziffer hinaus haftenden Gesellschafter zugrunde gelegt wird. Die Gründe für das bisher mangelnde wissenschaftliche Interesse an der Bearbeitung des Fachgebiets aus der Gesellschafts- / Gesellschafterperspektive dürfen in der klassisch gläubigernah orientierten deutschen Jurisprudenz verortet werden.²⁰ Dabei wird aus dem Blick verloren, dass nicht nur der Kreis der Gläubiger im unternehmerischen Geschäftsverkehr Adressat der Regelungen ist, sondern erst der aufgeklärte Umgang des Unternehmers mit den Regelungen des Gesellschafts- und Insolvenzrechts den Boden für die Überwindung haftungsbegründeter Bedenken potentieller Unternehmensgründer bereitet. Der InsO-Gesetzgeber erkannte zwar die potentielle gesamtheitliche Nutzenmaximierung durch eine Fortführung des insolventen Unternehmens in der Hand der Alt-Gesellschafter, ohne ihr jedoch in der Ausgestaltung viel Platz einzuräumen.²¹ Nachdem der Gesetzgeber dann im Rahmen der MoMiG-Novelle das Ziel verfolgte, den gründungsfaulen Deutschen die gesellschaftsrechtlichen Instrumente der haftungsbeschränkten Unternehmensrechtsformen näher zu bringen,²² erscheint es dem Verfasser an der Zeit zu sein, diese Instrumente wissenschaftlich perspektivisch neu zu beleuchten.

Kern der Arbeit soll die Diskussion der zentralen haftungsbeschränkenden Instrumente (Gestaltungsmöglichkeiten) des Gesellschafts- und Insolvenzrechts sein, aber auch die haftungsausweitenden Regelungen (Risiken) und deren optimale Antizipation.

Der Grundstein jeder erfolgreichen Unternehmung wird in der Gründungsphase gelegt, in welcher auch die für die Startphase kritischen vertraglichen Grundlagen gestaltet werden. Insofern darf eine umfassende rechtswissenschaftliche Analyse der schuldnerischen Haftungsreduzierung nicht erst im Stadium der Unternehmenskrise ansetzen. Vielmehr muss sie bereits ansetzen, wenn für den Gründer „der Himmel noch voller Geigen hängt“. Daraus leitet sich entsprechend die sekundäre Gliederungsebene der Arbeit ab.

¹⁹ *Röhrich* in: FS BGH 50 Jahre, 83, (83 ff); *Schall*, Kapitalgesellschaftlicher Gläubigerschutz, S. 1 ff; *Röpke*, Gläubigerschutzregime im europäischen Wettbewerb der Insolvenzrechte, S. 1 ff; *Fastrich*, DStR 2006, 656, (656 ff).

²⁰ Das Feld der Schuldnerstrategien wird dabei weitgehend der allgemeinen Beratungspraxis der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater überlassen, siehe nur *Maus*, DStR 2002, 1104, (1104 ff), bei nur vereinzelten Einlassungen in der juristischen Literatur, wie etwa bei *Römermann/Praß*, GmbH 2012, 425, (425 ff).

²¹ BT-Drs. 12/2443, S. 73.

²² BT-Drs. 16/6140, S. 25; *Bayer*, ZGR 2007, 220, (220); *Bleching*, Statistische Analysen und Studien NRW - Band 62, 3, (3).

Es wird eine Konzentration auf die Rechtsform der GmbH, der klassischen Rechtsform neu gegründeter und kleiner Kapitalgesellschaften, erfolgen, da auf diese der weit überwiegende Teil der Gesellschaftsinsolvenzen entfällt.²³ Einführend werden die wichtigsten insolvenzrechtlichen Normen – im Wandel durch InsO, MoMiG und ESUG – und ökonomischen Rahmenbedingungen diskutiert, um eine erweiterte Grundlage der anschließenden Analyse zu schaffen.

²³ Schulze/Braun Insolvenzjahrbuch 2009, Statistik „Verfahren nach Rechtsform“.

TEIL 1: Grundlagen zu Gründung und Insolvenz der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Den modernen institutionenökonomischen Ansätzen folgend, ist es Aufgabe einer fortschrittlichen Rechtsordnung, das möglichst reibungslose und interessengerechte Funktionieren der Volkswirtschaft sicherzustellen.²⁴ Gegen dieses Verlangen nach einer Erhebung des Effizienzgedankens in den Rang eines Ziels der freiheitlichen Rechtsordnung und damit der Berechtigung, seine Argumente in der Rechtsanwendung zu berücksichtigen, regt sich jedoch auch einige Kritik und Ablehnung. So wird vorgebracht, dass, soweit rechtliche Wertungen aus dem der ökonomischen Theorie zugrundeliegenden Gedanken der Effizienzsteigerung abgeleitet werden sollen, die demokratische Legitimation der rechtsprechenden Gewalt zur Einbeziehung ökonomischer Argumente in die juristische Methodik zumindest fragwürdig sei, da effiziente Ergebnisse nicht zwingend gerechte Ergebnisse sind.²⁵ Noch weiter geht jene Meinung, die eine ökonomische Rechtsanalyse und freiheitliches Rechtsdenken miteinander nicht für vereinbar hält, da das ökonomische Menschenbild des beschränkt rationalen Nutzenmaximierers mit den freiheitlichen Kategorien der Entscheidungskompetenz des Individuums nicht in Einklang zu bringen sei. Gerade zur Rechtsfortbildung auf Basis der Rechtsökonomik seien Richter nur in sehr engen Grenzen befugt, weil es an einem allgemeinen Rechtsprinzip der Effizienz fehle.²⁶

Dem ist letzten Endes zwar zuzustimmen, jedoch mit praktischen Einschränkungen. Die Rechtssetzung durch die politisch dominierte Legislative ist frei vom Zwang, auf die volkswirtschaftliche Effizienz des Gesetzesrahmens zu achten. Das Recht steht nicht ausschließlich im Dienste der Volkswirtschaft, muss sich jedoch aufgrund teilweise zwingender Wirkungszusammenhänge an den Bedürfnissen lebensnaher Sachverhalte orientieren, um adäquate Lösungen zu erzielen. Konsequenter sind insbesondere informationsökonomische Gegebenheiten zu berücksichtigen.²⁷ Davon aus dogmatischen Gründen abzuweichen, würde die entscheidende Anreizwirkung verkennen, die gerade das Gesellschaftsrecht und, als dessen Teil, die Regelung der Gesellschafterhaftung auf die Leistungsfähigkeit und Innovationskraft einer Volkswirtschaft haben. Dieses erkennt der Gesetzgeber in der Regierungsbegründung der Insolvenzrechtsnovelle an, indem er die ökonomische

²⁴ Die Entwicklungsgrundsätze der heutigen Institutionenökonomik bei *Erlei/Leschke/Sauerland*, Neue Institutionenökonomik, S. 313; Das Recht als das „Schmiermittel“ für das Funktionieren der Volkswirtschaft bezeichnen treffend auch *Schäfer/Ott*, Die ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 398 aufbauend auf den Erkenntnissen von *Williamson*, The Economic Institutions of Capitalism, Firms, Markets, Relational Contracting.

²⁵ Die inzwischen verworfene Bedingung des ökonomisch vollständig rational handelnden homo oeconomicus als Voraussetzung einer Übereinstimmung von Gerechtigkeit und Effizienz diskutiert *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 29 ff; *Luttermann*, ZRP 2010, 1, (4); *Wagner* in: MünchKommBGB, Vorb. Titel 27, Rn. 60.

²⁶ Die zentralen Argumente der *property rights theory* analysiert umfassend *Fezer*, JZ 1986, 817, (820).

²⁷ *Luttermann*, ZRP 2010, 1, (3); *Fezer*, JZ 1986, 817, (823 f).

Theorie des Insolvenzrechts und darin speziell das Konzept der Pareto-Effizienz²⁸ in herausgehobener Stellung in seine Erwägungen einfließen lässt.²⁹

A. Keine unternehmerische Risikoübernahme ohne Risikobegrenzung

Bereits dem Gesetzgeber der ersten Fassung des GmbHG vom 10. Mai 1892 war bewusst, dass der Verzicht auf die Schaffung eines weiteren haftungsbeschränkten gesellschaftsrechtlichen Rahmens neben der stark regulierten AG in einer Begrenzung der wirtschaftspolitisch gewollten Gründungstätigkeit privater Unternehmer münden würde. Der Blick richtet sich zu dieser Zeit bereits primär gen Großbritannien, welches gute Erfahrungen mit der *Private Limited Company* vorzuweisen vermochte.³⁰

Unternehmerische Betätigung – insbesondere die Gründung eines Unternehmens – kann in Abhängigkeit von den Marktgegebenheiten von hoher Kapitalintensität, zum Beispiel im Bereich der Vorrats- und Forderungsfinanzierung, geprägt sein. Ein potentieller Unternehmer mit einer guten Geschäftsidee könnte, im Falle vollständig unbeschränkter persönlicher Haftung, also infolge der drohenden persönlichen Konsequenzen eines Scheiterns von der Unternehmensgründung absehen, womit die Volkswirtschaft als Ganzes die Geschäftsidee oder auch nur einen zukünftigen Wettbewerber auf einem bereits etablierten Markt verlieren würde.³¹ Die gesetzgeberische Entscheidung wird konsequent dahingehend getroffen, auch weniger stark regulierte haftungsbeschränkte Unternehmensrechtsformen grundsätzlich zuzulassen und die Entscheidung über Art und Umfang des Geschäfts(-volumens), welches dieses Unternehmen tätigen kann, dem über die Haftungsbeschränkung informierten Markt zu überlassen. Dass der heutige monetäre Wert des Mindeststammkapitals von EUR 25.000 alleine keinen signifikanten Haftungsfonds bildet ist dabei am Markt umfassend bekannt.

Der Unternehmer ist folglich bei Gründung mit der grundlegenden Fragestellung konfrontiert, ob er unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Unternehmung haften möchte und damit in den Genuss eines größeren Vertrauensvorschusses am Markt kommt oder ob er den Weg der Beschränkung eben jener Haftung wählt und dafür sodann mit einer zumindest anfänglich eingeschränkten Bewegungsfreiheit im Markt umzugehen hat. Umgekehrt entsteht jedoch auf Gläubigerseite kein unvermeidbarer Schaden, da jeder Gläubiger in

²⁸ Der Zustand der Pareto-Effizienz eines Systems ist dann erreicht, wenn die weitere Verbesserung der (wirtschaftlichen) Lage eines System-Teilnehmers nur noch unter Inkaufnahme der Verschlechterung der Lage eines anderen System-Teilnehmers erzielt werden kann. Zu dessen Adaption im Insolvenzverfahren siehe *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 16.

²⁹ BT-Drs. 12/2443, S. 78; *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 16.

³⁰ *Oechelhäuser*, An die preußischen Handelskammern und kaufmännischen Korporationen, S. 3; zitiert nach *Bayer*, ZGR 2007, 220, (221).

³¹ *Röhrich* in: FS BGH 50 Jahre, 83, (98); *Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 13, Rn. 43; *Gehrlein*, BB 2011, 3, (3); *Haag/Veith*, BB 2008, 1915, (1915).

Kenntnis der Haftungsbeschränkung frei über Art und Umfang der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung zu bestimmen vermag. So steht es schließlich jedem Neugläubiger frei, die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen an die Stellung bestimmter Personalsicherheiten zu knüpfen.

B. Notwendigkeit eines geordneten Insolvenzverfahrens

I. Ökonomische Grundlagen

Unternehmerische Betätigung verwendet und bindet – neben der menschlichen Arbeitskraft – Kapital als dem wesentlichen Produktionsfaktor mit dem Ziel, Gewinne zu erwirtschaften und Wachstum zu generieren. Das dem Unternehmen zur Verfügung gestellte Kapital soll effizient eingesetzt werden, da die Kapitalgeber nach der opportunistischen Maximierung der Kapitalerträge streben, die durch dessen Einsatz erwirtschaftet werden.³² Solange ein Unternehmen wirtschaftlich erfolgreich am Markt tätig ist, steht der Kapitalertrag aus unternehmerischer Tätigkeit im Wettbewerb mit alternativen Anlageformen, bemessen nach deren jeweiligem Ertrags- und Risikoprofil. Der Kapitalgeber wird die Anlageform wählen, die entsprechend seiner persönlichen Risikoneigung den maximalen Ertrag bietet.³³ Ist ein Unternehmen nicht mehr in der Lage, sich erfolgreich am Markt zu betätigen und langfristig sein Bestehen zu sichern, kann keine effiziente Kapitalallokation in diesem Unternehmen mehr erfolgen und die Kapitalgeber werden entsprechend versuchen, dem Unternehmen das zur Verfügung gestellte Kapital zu entziehen.³⁴ Der Markt entledigt sich eines wirtschaftlich ineffizienten Teilnehmers.

Dieser gesamtwirtschaftlich sinnvolle Akt der Liquidation oder Reorganisation eines erfolglosen Unternehmens verursacht bei unregulierter Umsetzung jedoch marktwirtschaftliche Ineffizienzen,³⁵ deren Ursache in der fehlenden Geltung einer der zivilrechtlichen Grundannahmen für Transaktionen zwischen rechtlich unabhängigen Marktteilnehmern begründet ist. Vermögensinsuffizienzen sind im Zivilrecht zunächst unbeachtlich, denn jedem Gläubiger steht für die Haftungsverwirklichung seines Schuldners die Möglichkeit der Einzelzwangsvollstreckung in das umfassende schuldnerische Vermögen nach dem Priori-

³² Grundlegend dazu *Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism, Firms, Markets, Relational Contracting*, S. 28 ff; So auch *Schäfer/Ott*, *Die ökonomische Analyse des Zivilrechts*, S. 82 und vom Gesetzgeber ebenfalls aufgenommen in BT-Drs. 12/2443, S. 76.

³³ *Eidenmüller*, *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, S. 51; *Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism, Firms, Markets, Relational Contracting*, S. 30; *Schäfer/Ott*, *Die ökonomische Analyse des Zivilrechts*, S. 591.

³⁴ *Meyer-Cording*, NJW 1981, 1242, (1242); *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (3); *Paulus*, NZI 2008, 705, (709); *Rittscher*, *Cash-Management-Systeme in der Insolvenz*, S. 51.

³⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 76.

tätsprinzip zu.³⁶ Offenkundig dient dies der bereits gesetzesrechtlichen Absicherung der Marktakteure, da so die Grundlage transaktionskostenminimierender Rechtsgeschäfte gelegt wird. Wer sich im Streitfall effizient befriedigen kann, reduziert im Vorhinein seinen Absicherungsaufwand.

Bei genauerer Betrachtung der Wirkungsmechanismen wird jedoch offenkundig, dass eine zentrale Voraussetzung der transaktionskostenminimierenden Wirkung des Prioritätsprinzips die Annahme der vollständigen Schuldendeckungsfähigkeit des einzelnen Schuldners ist, denn nur so gereicht die Befriedigung eines einzelnen Gläubigers durch Einzelzwangsvollstreckung den restlichen Gläubigern nicht zum Nachteil. Anders ist dies jedoch unter der Voraussetzung der Haftungsverwirklichung in absoluter Knappheit des verfügbaren Schuldnervermögens. Hier reduziert jede Befriedigung eines Gläubigers das Schuldnervermögen dergestalt, dass die relative Befriedigungsmöglichkeit der jeweils verbleibenden Gläubiger stetig gegen Null tendiert. Ergebnis wäre der *concursum creditorum*, der entstehende Wettlauf der Gläubiger³⁷ um die größtmögliche Befriedigung. Eine genauere Betrachtung der Gemengelage unter Rückgriff auf die Erkenntnisse der Spieltheorie³⁸ macht deutlich, dass dieser Wettlauf ein nicht zu verhinderndes Ergebnis unregulierten Marktwirkens ist, denn die Bemühung um die schnellstmögliche Verwirklichung der eigenen Forderungen führt in der Insolvenz des Schuldners – unter Annahme der Fortgeltung der Prioritätsregel – stets zu einer größeren Befriedigung der eigenen Forderungen als die Verhaltensalternative „Zuwarten“ (Nash-Gleichgewicht³⁹). Zugespitzt wird der *concursum creditorum* zudem dadurch, dass Geschwindigkeit beim Betreiben der jeweils eigenen Forderungen zugleich die dominante Strategie aller Gläubiger darstellt. Selbst wenn also ein (Teil-)Moratorium unter den Gläubigern erreicht würde, wäre dieses Moratorium äußerst instabil, da alle Beteiligten⁴⁰ den Anreiz hätten auszuscheren, um die Befriedigung der eigenen Forderungen zu optimieren. Dass diese Strategie jedoch in gesamtwirtschaftlicher Betrachtung nicht effizient ist, zeigt sich erst, wenn die zu verteilende Gütergesamtheit um die Aufwendungen in Antizipation des *concursum creditorum* ergänzt wird. Namentlich die Kosten fortlaufender Bonitätsprüfungen verknüpft mit der Implementierung von Prozessen für eine umgehende Haftungsdurchsetzung sowie dem höheren antizipati-

³⁶ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 17; Kammel in: Beck/Dempré Praxis der Insolvenz, § 39, Rn. 22; Knoche/Biersack, NJW 2003, 476, (477 f).

³⁷ Siehe die Beschreibung des *London Approach* zur Vermeidung eines solchen Wettlaufs mitsamt seinen den Niedergang beschleunigenden Auswirkungen bei Paulus, DStR 2002, 1865, (1867).

³⁸ Die Grundlagen der *Game Theory* entwickelt von Nash, Non-Cooperative Games; Eine zusammenfassende Erläuterung der spieltheoretischen Begrifflichkeiten bieten Schäfer/Ott, Die ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 92 ff.

³⁹ Das herleitende Beweisverfahren bei Nash, Non-Cooperative Games, S. 5 f.

⁴⁰ Mit Ausnahme der am laufenden, operativen Geschäft mit dem Schuldner interessierten Gläubiger, wobei auch diese in Antizipation des ausscherenden Verhaltens der sonstigen Parteien eine Risikobegrenzung erwägen werden.

ven Sicherungsbedarf mit der Folge einer *ex ante* ineffizienten Kreditvergabe.⁴¹ Festzustellen ist, dass es sich bei umfassender Betrachtung folglich nicht um ein Nullsummenspiel handelt, bei dem der schnelle Gläubiger ausschließlich gewinnt, was der langsamere Konkurrent verliert.⁴² In Summe verlieren alle. Diese Erkenntnis ineffizienten Marktverhaltens ist schließlich der Grund dafür, dass anerkannt ein hoheitlicher Eingriff durch Anordnung der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung durch Gesamtvollstreckung notwendig ist.⁴³ Originäre Aufgabe des Staates muss es daher sein, einen effizienten gesetzlichen Rahmen der Insolvenzabwicklung und -bewältigung zu schaffen, sich darüber hinaus jedoch auf die Moderation dieser Prozesse durch die unabhängige Gerichtsbarkeit zu beschränken. Die dabei erfolgende Gleichbehandlung ranggleicher Gläubiger ist nicht volkswirtschaftliches Ziel des Insolvenzrechts, sondern schlicht rechtliche Methode.⁴⁴ Weiterhin nicht gelöst sind jedoch die Probleme der hohen direkten und indirekten Insolvenzkosten und dabei insbesondere die indirekten Kosten aufgrund der Reputationsverluste im Markt nach Bekanntwerden der Insolvenz.⁴⁵

II. Historische Entwicklung und Wertungsmaßstab

Mit Wirkung zum 1. Januar 1999 wurden die 122 Jahre⁴⁶ geltenden Regelungen der Konkursordnung und Vergleichsordnung der Bundesrepublik Deutschland sowie die Gesamtvollstreckungsordnung der ehemaligen DDR⁴⁷ aufgehoben und durch die Insolvenzordnung ersetzt, die nun gesetzliche Grundlage für neu zu eröffnende Insolvenzverfahren ist.⁴⁸

Insolvenzverfahren bilden den ordnungspolitischen Rahmen der marktwirtschaftlich notwendigen Liquidation oder Restrukturierung erfolgloser Unternehmen, die damit das Risiko ihrer fortwährenden unternehmerischen Betätigung in unzulässig überhöhtem Maße auf die Gläubiger verlagern.⁴⁹ Daneben existieren wirtschaftspolitisch geprägte Motive der Ausgestaltung von Insolvenzverfahren, jeweils in Abhängigkeit von den Gestaltungszielen

⁴¹ Schäfer/Ott, Die ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 592 f; Vgl. Eidenmüller, NJW 2004, 3455, (3456).

⁴² Dominante Strategien schließen ein Gleichgewicht aus, Nash, Non-Cooperative Games, S. 15.

⁴³ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 21; Bornemann in: FK-InsO, § 38, Rn. 1; Markgraf, Der Grundsatz par conditio creditorum im Spannungsverhältnis zu der strafprozessualen Vermögensabschöpfung, S. 27.

⁴⁴ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 24; Markgraf, Der Grundsatz par conditio creditorum im Spannungsverhältnis zu der strafprozessualen Vermögensabschöpfung, S. 27.

⁴⁵ Vallender, NZI 2010, 838, (840); Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 117; Körner, NZI 2007, 270, (273).

⁴⁶ Die Konkursordnung trat 1877 in Kraft, dazu Uhlenbruck/Vallender, NZI 2009, 1, (1).

⁴⁷ Bereits zuvor auf Altfälle vor Beitritt der ehemaligen DDR zum Geltungsbereich des Grundgesetzes beschränkt.

⁴⁸ Uhlenbruck/Vallender, NZI 2009, 1, (1); Wellensiek, BB 2000, 1, (1); Smid, BB 1999, 1, (1).

⁴⁹ Siehe Teil 1.C.

des nationalen Gesetzgebers. In Frage kommen hier sowohl der Schutz staatlich gewährter Kreditmittel wie auch die Erhaltung von Unternehmen oder Arbeitsplätzen.⁵⁰

Das in Deutschland verfolgte Modell der sozialen Marktwirtschaft begründet nach dem Willen des Gesetzgebers in der Insolvenz eines Unternehmens die anders gewichtete Abwägung und Berücksichtigung der Interessen des Kreises der Insolvenzgläubiger als dieses zum Beispiel im Falle des amerikanischen Reorganisationsverfahrens nach Chapter 11 BC der Fall ist.⁵¹ Das amerikanische Vorbild strebt über den Weg der Förderung eines Neustarts des sanierungsbedürftigen Unternehmens die Sicherung des gesamtwirtschaftlichen Leistungsbeitrags (und damit als Konsequenz auch den Erhalt der Arbeitsplätze) an. Die dabei erfolgende Umverteilung zwischen Gläubigern und Gesellschaftern durch einen möglichen weitgehenden Erhalt der Eigentumsstrukturen im Unternehmen wird als gesamtwirtschaftlicher Preis in Kauf genommen.

Dagegen findet der Kreis der Gesellschafter und deren Perspektive auf einen Fortbestand der Kontrollverhältnisse im Unternehmen in Deutschland nur sehr am Rande Berücksichtigung. Gesetzliches Gestaltungsziel der Insolvenzordnung ist gemäß § 1 InsO Abs. 1 die optimale Gläubigerbefriedigung. Die optimale Erreichung dieser Zielsetzung verspricht sich der Gesetzgeber aus dem Wettbewerb der beiden bereits etablierten Verfahrensarten Liquidation und übertragende Sanierung sowie dem Reorganisationsinstrument Insolvenzplanverfahren.⁵² Dabei stellt der Gesetzgeber im Regierungsentwurf der Insolvenzordnung eindeutig heraus, dass es nicht Reformziel sei, grundsätzlich der Zerschlagung insolventer Unternehmen entgegenzuwirken. Vielmehr sollen zunächst jene Fälle identifiziert werden, die sanierungswürdig erscheinen und sodann deren Erhalt und Fortführung auch mit den neuen Möglichkeiten seit ESUG gefördert werden. Da die Klärung der Sanierungswürdigkeit jedoch primär eine wirtschaftswissenschaftliche Aufgabe ist, die nicht rechtswissenschaftlich normiert werden kann, bleibt für den Rechtsanwender zunächst das legislative Votum „Nicht um jeden Preis“ entscheidend.⁵³

Zumindest hinsichtlich der Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft betrifft der „Selbstreinigungsprozess“ des Marktes durch die Unternehmensinsolvenz nur die Gesellschaft selbst. Der redliche Gesellschafter bleibt von den finanziellen Konsequenzen

⁵⁰ *Paulus*, DStR 2002, 1865, (1869); *Wimmer*, Das neue Insolvenzrecht nach der ESUG-Reform, S. 3; *Fölsing*, NZI 2009, 794, (794).

⁵¹ *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (3); *Wellensiek*, BB 2000, 1, (6); *Bertram* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 110, Rn. 1 ff.

⁵² *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 62; *Ganter* in: MünchKommInsO, § 1, Rn. 51 f; *Kießner* in: Braun InsO, §1, Rn. 4 ff.

⁵³ *Bornheimer* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 7, Rn. 14; *Bichlmeier*, DZWIR 2006, 89, (92); BT-Drs. 12/2443, S. 76.

des Liquidationsprozesses abseits des Verlusts des eingesetzten Eigenkapitals weitgehend verschont, verliert jedoch zumeist die Gesellschafterstellung im Unternehmen. Es ist festzustellen, dass diese nun klarer manifestierte Trennung zwischen den Vermögenssphären eine der bedeutendsten Errungenschaften des novellierten Rechts darstellt. Auch nach der Erweiterung der Eingriffsmöglichkeiten in die Eigentumsverhältnisse an der insolventen Gesellschaft durch ESUG wird selten eine erfolgreiche Unternehmenssanierung in der Insolvenz gegen die Gesellschafter und ohne deren positives Mitwirken gelingen. Zu groß ist die Abhängigkeit der Gläubigerseite und des ihre Interessen vertretenden Insolvenzverwalters von den operativen Spezialkenntnissen der ehemaligen Unternehmensführung. Dadurch, dass der Insolvenz das Stigma des Bankrotts genommen werden soll und gerade den früher noch verbreiteter vollhaftenden Gesellschaftern eine persönliche Perspektive im Wege der Restschuldbefreiung aufgezeigt wird, versucht der Gesetzgeber Gesellschafter von krisenbefangenen Unternehmen zu einem neuen Denken hinsichtlich der Sanierungschancen des Insolvenzverfahrens zu bewegen.⁵⁴ So soll eine Restschuldbefreiung nach dem RegE⁵⁵ zur 2. Stufe der jüngsten Insolvenzrechtsreform bereits nach 3 Jahren zu erreichen sein. Durch diese Fortnahme der zuvor lebenslangen Bürde des Bankrotts ist jedoch nicht in gleicher Weise etwas für die Motivationslage der – heutzutage zahlenmäßig überwiegenden – von vorneherein nur beschränkt haftenden Gesellschafter getan. Die Bürde des persönlichen Bankrotts droht hier nicht und der Verlust des eingesetzten Eigenkapitals ist im Gegenteil letztlich erst durch die Insolvenzantragsstellung zementiert. Zumeist bedeutender – und aktuell von Seiten des Gesetzgebers noch unbeachtet – wiegt für den Krisengesellschafter zudem jedoch der unabwendbare Kontrollverlust im Unternehmen. Diesen Interessenkonflikt zu adressieren und zu lösen bleibt eine unbeantwortete Frage an Gesetzgeber und Wissenschaft. Denn nur wenn das vorbeschriebene Umdenken langfristig gelingt, werden insgesamt frühzeitigere Insolvenzanmeldungen in der Unternehmenskrise die Quote der Unternehmensfortführungen mit möglichst weitgehendem Erhalt der Arbeitsplätze, aber auch die Quote der Gläubigerbefriedigung signifikant steigern.

⁵⁴ *Uhlenbruck*, BB 2001, 1641, (1641); *Geldmacher*, Das präventive Sanierungsverfahren als Teil eines reformierten Insolvenz- und Sanierungsrechts in Deutschland, S. 34; *Wienberg* in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil A, Rn. 48 ff.

⁵⁵ BT-Drs. 17/11268, Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte.

III. Rechtshistorie: Schwächen von Konkursordnung und Vergleichsordnung bei Unternehmensfortführungen

Das inzwischen abgelöste Regime aus Konkursordnung (KO) und Vergleichsordnung (VerglO) hat sich im Zuge der Entwicklung der Unternehmensrealitäten hin zu einem im historischen Vergleich höheren Anteil von Fremdfinanzierung und der intensiveren wirtschaftlichen Nutzung immaterieller Vermögensgegenstände als wenig wirkungsvoll und problemadäquat erwiesen. Einer hohen Rate an reinen Liquidationen und übertragenden Sanierungen standen nur äußerst wenige Vergleiche unter Erhaltung des Rechtsträgers gegenüber. Dabei bestand kaum eine Handhabe für den Konkursverwalter gestaltend und erhaltend tätig zu werden, vor allem begründet durch die Möglichkeit einzelner Gläubiger sich Einzelvorteile zu verschaffen sowie den weit gefassten Sonderrechten des Fiskus und der Arbeitnehmerschaft. Der Gesetzgeber hatte zudem mit seiner Entscheidung zur Streichung des Sanierungsprivilegs in § 3 Nr. 66 EStG a.F. mit dem Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29. Oktober 1997 ein weiteres Fortführungshindernis aufgebaut.⁵⁶

Auch nach der erfolgten Novellierung bleiben die Konkursordnung und die Gesamtvollstreckungsordnung für Altfälle jedoch weiter relevant, da § 106 EGIInsO vorsieht, dass solche Rechtshandlungen, die vor 31. Dezember 1998 vorgenommen wurden, nur anfechtbar sind, wenn sie sowohl die neuen Anfechtungsvoraussetzungen wie auch die Anfechtungsvoraussetzungen der KO bzw. GesO erfüllen.⁵⁷ Deshalb werden nachfolgend die wesentlichen strukturellen Schwächen des alten Regimes knapp dargestellt.

Als das wesentliche, systeminhärente Problem stellten sich immer wieder Massearmut und die geringen Möglichkeiten des Konkursverwalters dar, auf den Umfang der Masse schützend und mehrend Einfluss zu nehmen. Nach § 35 InsO erfasst die Insolvenzmasse das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gehört und auch das Vermögen, welches er während des Verfahrens erlangt.⁵⁸ Anders als unter dem Regime der Konkursordnung unterliegt damit auch der so genannte Neuerwerb dem Insolvenzbeschlagn.⁵⁹ Anstrengungen zur Massemehrung durch Neuerwerb wurden also im Rahmen der Konkursordnung nicht direkt motiviert. Zwar hatte zuvor eine Literaturmeinung⁶⁰ diese Beschränkung des Konkursbeschlagns nur auf natürliche Personen

⁵⁶ *Markgraf*, Der Grundsatz par conditio creditorum im Spannungsverhältnis zu der strafprozessualen Vermögensabschöpfung, S. 25; *Buchalik*, NZI 2000, 294, (294 f); *Drews/Götze*, DStR 2009, 945, (946).

⁵⁷ BGH, NJW 2007, 436, (436 ff); *Kießner* in: Braun InsO, Einf., Rn. 2 f.

⁵⁸ *Andres* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 35, Rn. 1; *Lwowski/Peters* in: MünchKommInsO, § 35, Rn. 17; *Hirte* in: Uhlenbruck, § 35, Rn. 110.

⁵⁹ BGH, NJW 1995, 1483, (1484).

⁶⁰ *K.Schmidt* in: Scholz GmbHG (8. Aufl.), § 63, Rn. 54.

gefordert, letzten Endes hat der BGH⁶¹ die Massedfreiheit des Neuerwerbs jedoch umfassend auch auf Kapitalgesellschaften angewendet, sofern der Neuerwerb nicht Frucht des Einsatzes des Vermögens der Gesellschaft war. Gewisse Einschränkungen erfährt die Neuregelung des § 35 InsO dennoch. So kann etwa im Zuge eines bedingten Plans gemäß § 249 InsO die Insolvenzfremheit von neu zugeführten Mitteln aus Kapitalerhöhungen durch Neueinlagen vereinbart werden,⁶² was jedoch die allgemeine Vorteilhaftigkeit der Neuregelung in Bezug auf die Verhinderung des Eintretens einer Massearmut nicht mindert.

Weiterhin hinderlich auf dem Wege zur Erreichung einer auskömmlichen Konkursmasse waren die umfassenden Gläubigervorrechte zugunsten einzelner Gläubigergruppen und Berufsstände gemäß § 61 KO, die als Ergebnis erfolgreicher Lobbyarbeit Eingang in die Konkursordnung fanden. Besonders schwer wog dabei die Bevorzugung alter offener Lohnverbindlichkeiten als Masseverbindlichkeiten.⁶³ Ansprüche von Arbeitnehmern, deren Entstehen mehr als 6 Monate vor Konkursöffnung entstanden sind, wurden als bevorrechtigte Konkursforderungen gemäß § 61 Abs. 1 Nr. 1 berichtet. Erst solche Arbeitnehmeransprüche, die länger als 12 Monate vor Konkursanmeldung entstanden sind, wurden als nichtbevorrechtigte Konkursforderungen im Rang der sonstigen Konkursforderungen berücksichtigt. Streitig war lange Zeit der Rang, mit dem Sozialplanforderungen der Arbeitnehmer zu berücksichtigen waren. Nachdem das BAG⁶⁴ diese ebenfalls als Masseforderungen qualifiziert hatte, gab das BVerfG⁶⁵ zwei dagegen gerichteten Verfassungsbeschwerden statt. Sowohl das BVerfG wie auch das BAG richteten nachfolgend die Aufforderungen an den Gesetzgeber, klärende Regelungen zu erlassen. Dem nachkommend bestimmte das Gesetz über den Sozialplan im Konkurs- und Vergleichsverfahren einen Betrag von 2,5 Bruttomonatsgehältern zu Masseforderungen. Zusammenfassend lässt sich erkennen, dass die ehemalige Rechtslage eine weitestgehende Freistellung der Arbeitnehmerschaft von den Vermögensrisiken der Gesellschaftsinsolvenz vorsah und diese Gläubigervorrechte seitens der Gerichte auch sehenden Auges befördert wurden.⁶⁶

Weniger die unmittelbare bilanzielle Verfassung der Konkursmasse betreffend, sondern vielmehr den operativen Handlungsspielraum des Konkursverwalters einschränkend, wirkte die Behandlung der absonderungsberechtigten Gläubiger. Unter Geltung der KO waren

⁶¹ BGH, NJW 1996, 2035, (2036 f).

⁶² BT-Drs. 12/2443, S. 211.

⁶³ Hess in: Hess KO, § 61, Rn. 13-15; Uhlenbruck, BB Beilage 2004, 3, (2); Smid, BB 1999, 1, (5).

⁶⁴ BAG, BAGE 31, 176, (176 ff).

⁶⁵ BVerfG, BVerfGE 65, 182, (182 ff).

⁶⁶ So drückte das BAG deutlich seine Unzufriedenheit mit der rangniederen Berücksichtigung der Sozialplanforderungen aus. Vgl. Hess in: Hess KO, § 61, Rn. 20.

absonderungsberechtigte Gläubiger gemäß §§ 47 - 51 KO zwar Verfahrensbeteiligte, jedoch aufgrund § 4 KO keine Konkursgläubiger⁶⁷ und konnten daher ihre Forderungen außerhalb des Verfahrens geltend machen. Der Konkursverwalter hatte gemäß § 117 Abs. 1 KO die dem Sicherungsbeschlagn unterliegenden Vermögenswerte herauszugeben oder aber im Falle der Veräußerung den befriedigungsnotwendigen Teil des Erlöses durch Ersatzaussonderung auszukehren.⁶⁸ Die solcherart reduzierten Aktiva des Konkursschuldners boten regelmäßig keine ausreichende Masse für die Verfahrenseröffnung oder Betriebsfortführung, da der Konkursverwalter nicht in der Lage war gegen unmittelbare Verwertungsforderungen der Sicherungsgläubiger der wesentlichen produktiven Betriebsaktiva vorzugehen. Damit war in der Behandlung der absonderungsberechtigten Gläubiger einerseits der Grund für die im internationalen Vergleich ungewöhnlich hohe Abweisungsquote mangels Masse zu suchen,⁶⁹ aber auch der Grund für die selten gelingenden Fortführungen unter Erhaltung des Rechtsträgers.

Gerade die Erhaltung des Rechtsträgers war darüber hinaus mit zusätzlichen Hypotheken belastet. Neben der in § 7 Abs. 1 VerglO hoch angesetzten Befriedigungsuntergrenze (Mindestsatz) bei einer Quote von 35% der angemeldeten Forderungen als dem wesentlichen Hemmnis einer intensiveren Nutzung des Vergleichs als Sanierungsinstrument unter Erhaltung des Rechtsträgers, sahen §§ 17, 18 VerglO zudem vor, dass zunächst eine Würdigkeitsprüfung des Falles vorzunehmen war.⁷⁰ Infolge der geringen Fallzahlen und der Langwierigkeit des Prüfungsprozesses ohne währenddessen absehbare Erhaltungsperspektive sind in der wirtschaftlichen Realität häufig bereits erhebliche Auflösungserscheinungen aufgetreten, welche selbst bei positivem Prüfungsverlauf einer Erhaltung sodann im Wege standen.

Im Hinblick auf die Gesellschafter der konkursbedrohten Unternehmen und dabei besonders auf diejenigen, die über die Stammkapitalziffer hinaus Bürgschaftsverpflichtungen eingegangen waren, konnte man zudem eine negative Anreizwirkung erkennen, welche diese Gesellschafter motivierte, bis zum allerletzten Moment in der Hoffnung auf Besserung des Geschäfts zuzuwarten, anstatt sich frühzeitig einer extern organisierten Sanierung zu öffnen. Unter Geltung des alten Rechts war zwar das Konzept der Eigenverwaltung unter sachwalterischer Aufsicht grundsätzlich normiert und bekannt, spielte jedoch infolge breiter Vorbehalte bei den befassten Insolvenzgerichten wie auch den Konkurs-

⁶⁷ BGH, NJW 1997, 522, (523); *Hess* in: Hess KO, § 4, Rn. 8.

⁶⁸ *Uhlenbruck* in: Kuhn/Uhlenbruck KO, § 46, Rn. 4a; *Hess* in: Hess KO, § 117, Rn. 91-93.

⁶⁹ *Paulus*, DStR 2004, 1568, (1569); *Hess* in: Hess KO, Vorwort 1. Auflage.

⁷⁰ *Mohrbutter* in: Bley/Mohrbutter VerglO, § 7, Rn. 6; *Buchalik*, NZI 2000, 294, (295); *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (3).

verwalten keine signifikante Rolle.⁷¹ Gesellschafter-Geschäftsführer einer die Restrukturierung anstrebenden Gesellschaft hatten folglich mit – gegenüber der durch ESUG deutlich gesteigerten Durchsetzungswahrscheinlichkeit einer Eigenverwaltung – hoher Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, entmachtet und zum Berater degradiert zu werden. Die Eigenverwaltung der §§ 270-285 InsO orientiert sich zwar noch immer an dieser Alt-Regelung,⁷² ist jedoch insbesondere nach der ESUG-Novelle fester als Alternative im Recht verankert.

Für die Motivation des konkursbedrohten, umfassend finanziell engagierten Gesellschafter-Geschäftsführers auch der beschränkt haftenden Unternehmensformen war jedoch der Umstand bedrohlicher, dass die Konkursordnung keine Restschuldbefreiung für natürliche Schuldner vorsah, wodurch diesen regelmäßig klar war, dass mit dem Untergang des Unternehmens auch ihr persönlicher, dauerhafter Bankrott verbunden wäre. Jeder Hoffnung auf ein Wiedererlangen finanziellen Bewegungsspielraums beraubt, wurde damit auch eine dauerhafte Belastung der Sozialkassen statuiert, da dem Schuldner jegliche Motivation genommen wurde, erneut wirtschaftlich tätig zu werden.⁷³

C. Die Eröffnungsgründe des Insolvenzverfahrens

Ausgangspunkt aller Überlegungen ist der Zustand der fraglichen Gesellschaft zur Stunde der Insolvenzantragsstellung selbst. Insofern ist einer tiefgreifenden Auseinandersetzung mit den Gestaltungsmöglichkeiten der Haftungsreduzierung im Schuldnerinteresse die Erörterung der gesetzlich normierten Insolvenzeröffnungsgründe voranzustellen.

Abseits von unerwarteten geschäftlichen Unglücksfällen, die dem Unternehmen plötzlich die Geschäftsgrundlage entziehen, führt eine sinkende Profitabilität über einen längeren Zeitraum zum Verzehr des bilanziellen Eigenkapitals, woraufhin die durch den negativen *cashflow* notwendig werdende Beschaffung frischer Mittel irgendwann an den negativen Kennzahlen scheitert und schlussendlich Zahlungsunfähigkeit eintritt.⁷⁴ Ein Unternehmen in der Krise durchläuft somit üblicherweise – unbemerkt oder bewusst missachtet – die drei Stadien der Insolvenzreife, die der Gesetzgeber in den §§ 17-19 InsO normiert hat.⁷⁵

⁷¹ Hofmann, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 26; Wellensiek, BB 2000, 1, (5); Buchalik, NZI 2000, 294, (295).

⁷² Wimmer, Das neue Insolvenzrecht nach der ESUG-Reform, S. 19; Wittig/Tetzlaff in: MünchKommInsO, vor §§ 270-285, Rn. 9; Willemsen/Rechel, Kommentar zum ESUG - Die Änderungen der InsO, § 270b, Rn. 7.

⁷³ Paulus, DStR 2004, 1568, (1572); Paulus, ZGR 2005, 309, (311).

⁷⁴ Rittscher, Cash-Management-Systeme in der Insolvenz, S. 54; Stapper/Jacobi, NJ 2010, 309, (310).

⁷⁵ Schaub, DStR 1993, 1483, (1484); Kirchhof in: HK-InsO, § 17, Rn. 3.

I. Vorüberlegung: Die schuldnerische Pflicht zur Insolvenzantragstellung

Kern der Notwendigkeit der Setzung eines verpflichtenden Zeitpunktes für die Stellung eines Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist die Diskrepanz zwischen der zwar weiter gegebenen Verfügungsgewalt der Gesellschafter über das verbleibende und in Reduzierung begriffene Gesellschaftsvermögen und der weiterhin begrenzten Haftung für die neu eingegangenen Verbindlichkeiten zulasten dieses Gesellschaftsvermögens. In direkter Konsequenz entsteht der Anreiz zu einem risikomaximierenden Verhalten der Gesellschafter bei zunehmend aufgezehrtem Eigenkapital. Arbeiten die Gesellschafter ab dem Zeitpunkt des endgültigen Verzehrs des Eigenkapitals nur noch mit fremdem Kapital, tragen sie im Misserfolgsfall der versuchten Sanierung nicht mehr die Risiken, profitieren dagegen jedoch im Erfolgsfall voll von einem möglichen Gewinn.⁷⁶ Die Schwelle hin zu einem solcherart im Gläubigerinteresse ineffizienten Verhalten gilt es zu eruieren und die Pflicht zur Insolvenzantragstellung vorzuschalten.

Zugleich bewegt sich eine gesellschaftsfremde Geschäftsleitung einer krisenbefangenen Kapitalgesellschaft im Spannungsfeld seiner Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG, welche sie solange zu intensiven Bemühungen um die Sanierung der Gesellschaft verpflichtet, wie eine positive Sanierungsprognose zu stellen ist, und der Verpflichtung, ohne schuldhaftes Zögern⁷⁷ den Insolvenzantrag für die Gesellschaft zu stellen. Selbst im Falle des Vorhandenseins eines umfassenden unternehmensinternen Reportings stellt diese Abgrenzungsfrage die Geschäftsleitung in der Praxis vor die nur schwer lösbare Aufgabe, den Zeitpunkt zu identifizieren, ab dem eine Fortsetzung der unabhängigen unternehmerischen Betätigung aussichtslos und ein Insolvenzverfahren einzuleiten ist. Sowohl die schuldhaft zu frühzeitige⁷⁸, wie aber auch die schuldhaft verspätete Insolvenzantragstellung bergen für den Geschäftsführer persönliche Haftungsrisiken.⁷⁹

Unabhängig von der zuvor dargestellten, notwendigen Sanktion ungerechtfertigter Risikoallokation – und ohne Vorgriff auf noch zu diskutierende Alternativen zur Antragspflicht⁸⁰ – sollte sich der Gesellschafter der Spannungslagen und der daraus entstehenden Spielräume bewusst sein.

⁷⁶ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 22 f; Rittscher, Cash-Management-Systeme in der Insolvenz, S. 51.

⁷⁷ Regelmäßig anerkannt ist hier ein Zeitraum von 3 Wochen ab Kenntnis des Insolvenztatbestands.

⁷⁸ Wenn auch der Fall der potentiell schuldhaft zu frühzeitigen Antragsstellung in der Praxis nur eine geringe Rolle spielt.

⁷⁹ BGH, NZG 2003, 923, (924); Frege, NZI 2006, 545, (546); Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch der vorläufigen Insolvenzverwaltung, § 11, Rn. 78.

⁸⁰ Siehe Teil I.C.VI.

II. Zahlungsunfähigkeit

Relativ unproblematisch, weil gegenüber der Fassung des § 102 KO kaum verändert, ist der Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit in § 17 InsO. Sachlich wird die Zahlungsfähigkeit allgemein als die Unterdeckung der kurzfristig zu erfüllenden Verbindlichkeiten durch vorhandene Zahlungsmittel und kurzfristig liquidierbare Aktiva definiert.⁸¹ In zeitlicher Hinsicht liegt Zahlungsunfähigkeit in Abgrenzung zur Zahlungsstockung – also nur vorübergehender Illiquidität – vor, wenn der Zustand nicht innerhalb sehr kurzer Frist behoben werden kann. Während die Konkursordnung hier noch den festen Zeitraum von einem Monat vorsah, ist nun unter Geltung der Insolvenzordnung anhand objektiver Kriterien der Zeitraum maßgeblich, den ein kreditwürdiger Dritter zur Liquiditätsbeschaffung benötigen würde.⁸² Durchgesetzt hat sich ein Zeitraum von drei Wochen.⁸³

Einschränkung erfährt dieser bewusst kurz gewählte Zeitraum nur dort, wo eine Unterdeckung der kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten von weniger als 10% vorliegt.⁸⁴ In einem solchen Fall kann von der Insolvenzreife nur bei weiteren vorliegenden Indizien ausgegangen werden. Ein in diesem Zusammenhang bedeutsames Indiz ist die Prognose zukünftiger Zuflüsse von liquiden Zahlungsmitteln. Führt diese Prognose zu dem Ergebnis, dass eher mit einer Intensivierung der Unterdeckung zu rechnen ist, liegt dennoch Insolvenzreife vor. In Rücksichtnahme auf saisonale Schwankungen zyklischer Unternehmungen kann zwar auch bei Vorliegen einer marginal größeren Deckungslücke dann keine Zahlungsunfähigkeit vorliegen, wenn starke Indizien für eine sich baldig verwirklichende positive Entwicklungsprognose der Zahlungsfähigkeit bestehen, jedoch erfolgt die Anwendung dieser Ausnahme – zu Recht – äußerst restriktiv.⁸⁵

Eine gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit begründet die für den Rechtsverkehr erkennbare, umfassende Zahlungseinstellung des Schuldners.⁸⁶ Die Beweislast trifft zu Recht den Schuldner, da er dem einzelnen Gläubiger gegenüber einen erheblichen Informationsvorsprung hinsichtlich der eigenen Liquiditätslage besitzt. Voraussetzung ist daher

⁸¹ *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 15; *Rittscher*, Cash-Management-Systeme in der Insolvenz, S. 58; *Kirchhof* in: HK-InsO, § 17, Rn. 1.

⁸² *Rittscher*, Cash-Management-Systeme in der Insolvenz, S. 60; *Schaub*, DStR 1993, 1483, (1483); *Kirchhof* in: HK-InsO, § 17, Rn. 18; *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 28; *Fischer*, ZGR 2006, 403, (405).

⁸³ BGHZ 163, 134, (139); *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 17, Rn. 7; *Fischer*, ZGR 2006, 403, (405); *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 27.

⁸⁴ *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 17, Rn. 21; *Rittscher*, Cash-Management-Systeme in der Insolvenz, S. 61; *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 35.

⁸⁵ *Fischer*, ZGR 2006, 403, (408); Für eine dennoch nur minimal zulässige Überschreitung des Zeitraum von 3 Wochen bis zur Rückkehr unter die 10% Unterdeckungsschwelle argumentieren mit der herrschenden Meinung *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 17, Rn. 23; *Kirchhof* in: HK-InsO, § 17, Rn. 20.

⁸⁶ Etwa die schriftliche Einräumung der Zahlungsunfähigkeit gegenüber einem Gläubiger mitsamt Bitte um Gewährung von Ratenzahlung; *Neubert*, GmbHR 2012, 439, (440); *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 44; *Rittscher*, Cash-Management-Systeme in der Insolvenz, S. 55.

einzig, dass der Schuldner, konkret oder konkludent, nach außen zu erkennen gibt, dass er eine einzelne nicht unerhebliche Zahlung nicht leisten wird, obwohl er deren Berechtigung und Fälligkeit nicht in Rede stellt.⁸⁷ Die einmal eingetretene Vermutung kann effektiv nur durch die Vornahme sämtlicher wesentlicher Zahlungen beseitigt werden.⁸⁸

In der Praxis verlangt der Gesetzgeber von dem Geschäftsführer der Gesellschaft die Aufstellung einer Liquiditätsbilanz, die – in Abgrenzung zur besser bekannten Überschuldungsbilanz – eine Gegenüberstellung sämtlicher kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten und kurzfristig verfügbaren und liquidierbaren Zahlungsmittel vornimmt und auf das Nichtvorliegen der oben aufgeführten Kriterien überprüft. Hinsichtlich des dafür zu betrachtenden Zeitraums wirkt sich die vom Gesetzgeber gewollte Verschärfung der Eröffnungsantragspflichten zur Reduzierung massearmer Fälle (zumindest theoretisch) ebenfalls aus.⁸⁹ Während vorgeannt die neue dreiwöchige Frist, bezüglich der Beurteilung der Fähigkeit des Schuldners auf dem Markt Kredit zu erhalten, betrachtet wurde, wird nun ersichtlich, dass aufgrund der Fristenverkürzung solche Vermögenswerte keinen Eingang mehr in die Liquiditätsbilanz finden, die aufgrund der Natur der Sache nicht innerhalb von drei Wochen liquidierbar sind.⁹⁰ Diese Einschränkung sollte jedoch m.E. im Gesellschafterinteresse nicht restriktiv verstanden werden, sondern im Zweifelsfall durch angemessene Dokumentation beobachteter Transaktionen auf dem Markt ausreichend zu adressieren sein.

III. Drohende Zahlungsunfähigkeit

In Durchbrechung des Prinzips, wonach die Rechtssätze der Eröffnungsgründe ansonsten als Pflichten ausgestaltet sind, gewährt § 18 InsO ein Antragsrecht, welches zu einer umfassenderen Nutzung der Sanierungsinstrumente in der Insolvenz animieren und so der Erhaltung krisenbefangener Unternehmen dienen soll.⁹¹ Eine Schmälerung der Anzahl masseloser Insolvenzen aufgrund sanierungsförderlicher, frühzeitiger Verfahrenseröffnungen „um jeden Preis“ ist jedoch nicht primäres Ziel des Reform-Gesetzgebers gewesen, da er das Antragsrecht auf den Schuldner beschränkt hat. Nicht statthaft ist die Antragstellung aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit nämlich für den argwöhnenden Gläubiger,

⁸⁷ *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 37; *Mätzig* in: BeckOK GmbHG, § 64, Rn. 27; *Kirchhof* in: HK-InsO, § 17, Rn. 26; Rn. 31-35.

⁸⁸ *Mätzig* in: BeckOK GmbHG, § 64, Rn. 27; *Kirchhof* in: HK-InsO, § 17, Rn. 44.

⁸⁹ *Wellensiek*, BB 2000, 1, (1); *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 45; *Frind*, ZInsO 2011, 1569, (1569); *Haarmeyer/Beck*, ZInsO 2007, 1065, (1079 f).

⁹⁰ *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 17, Rn. 9; *Kirchhof* in: HK-InsO, § 17, Rn. 24; *Mätzig* in: BeckOK GmbHG, § 64, Rn. 25.

⁹¹ BT-Drs. 12/2443, S. 84; *Schmerbach* in: FK-InsO, § 18, Rn. 20a; *Rittscher*, Cash-Management-Systeme in der Insolvenz, S. 56; *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 47.

der durch frühzeitige Antragstellung den weiteren Werteverzehr der Insolvenzmasse zu verhindern sucht.⁹² Umgekehrt erscheint es jedoch auch nicht notwendig, Gläubiger vor unredlichen Schuldern zu schützen, die die umfassenden Eingriffsmöglichkeiten in die gläubigerseitigen Rechtspositionen nutzen wollen, um die Bilanz eines eigentlich ausreichend liquiden Unternehmens zu „säubern“. Ein Verlangen nach einer restriktiven Ausgestaltung der schuldnerischen Rechtsausübung bei der Nutzung dieser grundsätzlich begrüßenswerten Erweiterung der Sanierungsspielräume lässt schließlich außer Acht, dass den Gesellschaftern stets der vollständige Kontrollverlust im Unternehmen durch das Insolvenzverfahren droht. Erwartungsgemäß sprechen auch die Fallzahlen klar gegen eine solche Instrumentalisierung.⁹³ Vielmehr gilt es zu verhindern, dass das Antragsrecht als Druckmittel zur Lösung von Meinungsverschiedenheiten in den Geschäftsleitungen juristischer Personen verwendet wird. § 18 Abs. 3 InsO verlangt daher – in Abweichung zu den regelmäßigen Antragsvoraussetzungen des § 15 InsO⁹⁴ – die einstimmige Antragstellung durch die Organe der Gesellschaft oder ein gesamtvertretungsberechtigtes Mitglied.⁹⁵ Die Pflicht zur vorherigen Einberufung einer Gesellschafterversammlung im Falle der GmbH und die Bindung des Vertretungsorgans an deren Entscheidung soll auch möglichen *principal-agent* Konflikten vorbeugen.⁹⁶

Die zeitliche Eingrenzung des Antragsrechts bereitet in der Praxis große Schwierigkeiten, da letztendlich der zu wählende Prognosezeitraum den frühesten Zeitpunkt einer Antragstellung bestimmt. Wenn jedoch bereits für die Beurteilung der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO eine Zeitraumraumbetrachtung über eine Laufzeit von drei Wochen verlangt wird, so ist dieser Betrachtungszeitraum für die Qualifizierung einer nur drohenden Zahlungsunfähigkeit deutlich zu erweitern. Höchstrichterliche Rechtsprechung liegt zur Länge des Prognosezeitraumes noch nicht vor und auch die einschlägige Literatur nennt Zeiträume von ein paar Monaten bis zu 3 Jahren.⁹⁷ Praxisgerecht erscheint es

⁹² *Bichlmeier*, DZWIR 2006, 89, (92); *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 48; *Schmerbach* in: FK-InsO, § 18, Rn. 1.

⁹³ Von 12.567 Insolvenzanträgen von GmbHs in 2010 wurde nur in 115 Fällen einzig aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit der Antrag gestellt, *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen GmbHG, Vorb. zu § 65, Rn. 22; *Ampferl* in: Beck/Dempré Praxis der Insolvenz, § 2, Rn. 94; *Rittscher*, Cash-Management-Systeme in der Insolvenz, S. 56.

⁹⁴ Hier genügt der glaubhafte Sachvortrag auch einzelner Organ- oder Gesellschaftsmitglieder gemäß § 294 ZPO vgl. *Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 18, Rn. 21.

⁹⁵ *Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 18, Rn. 22; *Schmerbach* in: FK-InsO, § 18, Rn. 16.

⁹⁶ Als Beispiel nennt *Schmerbach* die Vorbereitung eines *Management-Buy-Out (MBO)* durch Fremdgeschäftsführer entgegen den Interessen der Alt-Gesellschafter, siehe *Schmerbach* in: FK-InsO, § 18, Rn. 20a.

⁹⁷ *Schmerbach* in: FK-InsO, § 18, Rn. 8; *Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 18, Rn. 19; *Leithaus* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 26, Rn. 25.

dabei, der Auffassung des IDW⁹⁸ zu folgen, wonach der Prognosezeitraum das laufende und das darauf folgende Geschäftsjahr zu umfassen hat.⁹⁹ Dies ist zum einen damit zu begründen, dass bereits unter Annahme eines uneingeschränkten *going concern* eine längere Liquiditätsprognose mit erheblichen Unsicherheiten verbunden ist, als auch damit, dass die Empfehlungen des IDW Leitfadens für Sanierungsberater und Wirtschaftsprüfer sind,¹⁰⁰ die im Vorfeld einer Insolvenzantragsstellung aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit regelmäßig mit der Erstellung der Liquiditätsprognose beauftragt sein werden.

Innerhalb dieses umfassenden Zeitraums wird verlangt, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der späteren Zahlungsunfähigkeit größer als 50% sein muss.¹⁰¹ Es stellt sich daher die Frage, welche Arten von prognostizierbaren Ein- und Auszahlungen des schuldnerischen Unternehmens ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit und Höhe nach mit ausreichender Sicherheit prognostizierbar sind.

Während diese Bedingung im Falle von Liquidität, langfristigen Lieferbeziehungen und der Unternehmensfremdfinanzierung erfüllt ist, stellt sich dies im Zusammenhang mit marktpreisabhängiger Wertschöpfung deutlich komplizierter dar. Strittig ist insbesondere die Behandlung noch nicht rechtskräftig begründeter Zahlungsverpflichtungen in der Aufstellung der vorausschauenden Liquiditätsbilanz.¹⁰² Drohende Verluste aus schwebenden Geschäften führen bilanziell bereits dann zu Eigenkapital belastenden Abschreibungen oder Rückstellungen, wenn der endgültige Verlust der Höhe nach noch nicht feststeht.¹⁰³ Sie führen jedoch erst dann tatsächlich zu einer Belastung der Liquidität des Schuldners, wenn der abschließende Leistungsaustausch stattfindet. Die möglichen Auswirkungen solcher Abschreibungen und Rückstellungen in eine insolvenzrechtliche Liquiditätsprognose zu überführen, ist jedoch mit erheblichen zusätzlichen Unwägbarkeiten verbunden. Es genügt nämlich nicht, schlicht die bilanziellen Werte oder Abschläge zu übernehmen, da diese auf der Geltung des handelsrechtlichen Vorsichtsprinzips basieren, welches jedoch im Insolvenzrecht keine Anwendung findet. Im Gegenteil sollen hier doch möglichst bewertungsfreie Ansätze gewählt werden. Soll eine solche Prognose die geforderte Verlässlichkeit aufweisen, verbietet sich die Wahl eines mehr als nur kurzfristigen Prognose-

⁹⁸ Institut der Wirtschaftsprüfer.

⁹⁹ So ebenfalls *Schmerbach* in: FK-InsO, § 18, Rn. 8c.

¹⁰⁰ *IDW*, WP Handbuch 2012, Band I.

¹⁰¹ Gefordert ist die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“, siehe *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 18, Rn. 18; *Schmerbach* in: FK-InsO, § 18, Rn. 13; *Leithaus* in: *Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz*, § 26, Rn. 25.

¹⁰² Für die Berücksichtigung argumentieren *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 18, Rn. 6; *Schmerbach* in: FK-InsO, § 18, Rn. 7, ablehnend *Kirchhof* in: HK-InsO, § 18, Rn. 6.

Zur praktischen Umsetzung der Erstellung einer Liquiditätsbilanz siehe Teil 1.C.II.

¹⁰³ Handelsrechtliches Vorsichtsprinzip des § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB.

zeitraums. Erschwerend zu berücksichtigen und in der Literatur bisher nicht umfassend erkannt, ist eine weitere Auswirkung der Nichtanwendung des handelsrechtlichen Vorsichtsprinzips. Während es in der Regelbilanzierung einer werbenden Gesellschaft unzulässig ist, zukünftige Erträge zu erfassen,¹⁰⁴ müssten diese Erträge – aus festen oder schwebenden Geschäften – in der Konsequenz der Erfassung zukünftiger Verbindlichkeiten ebenfalls in die Liquiditätsprognose aufgenommen werden. Der so entstehende Bewertungs- und Argumentationsspielraum wäre einer richterlichen Kontrolle weitgehend verschlossen.

Angesichts dieser Erkenntnisse erscheint m.E. eine abwägende Lösung zielführend. Gesetzgeberisches Regelungsziel ist die umfassende und präzise Erfassung der Liquiditätslage und -entwicklung der Gesellschaft.¹⁰⁵ Da hinsichtlich der zuletzt angesprochenen zukünftigen Aufwendungen und Erträge zeitliche Umfassung jedoch deutlich zu Lasten der Genauigkeit geht, muss der Prognosezeitraum für diesen Teilbereich stark verkürzt werden. Entgegen des sonst vertretbaren Prognosehorizonts von bis zu 3 Jahren, erscheint hier ein Zeitraum von maximal einem Jahr angeraten. Auch hier sollte dem gestaltenden Gesellschafter jedoch der Spielraum bewusst sein, den er insbesondere in Gesprächen mit der Unternehmensleitung nutzen kann.

Die Erweiterung des Katalogs der Insolvenzeröffnungsgründe um die drohende Zahlungsunfähigkeit führt somit indirekt zu einer – vom Reform-Gesetzgeber m.E. nicht erkannten – zeitlichen Überschneidung der dynamisch zu betrachtenden drohenden Zahlungsunfähigkeit und der dem Wesen nach statischen (zerschlagungs-) bilanziellen Überschuldung gemäß § 19 InsO. Dieses ist jedoch insofern nicht verwunderlich, als die bilanzielle Lage einer überschuldeten Gesellschaft – mit der einhergehenden Verschlechterung der Kreditwürdigkeit – zumeist Grund für den Eintritt drohender Zahlungsunfähigkeit ist.

In der Praxis ist die Eröffnung aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit auch 12 Jahre nach Einführung noch immer von weit untergeordneter Bedeutung,¹⁰⁶ was wesentlich mit der Unkenntnis des Rechtsverkehrs und der mangelnden Anreizwirkung auf die Gesellschafter juristischer Personen zu begründen ist.¹⁰⁷ Insofern ist es eigentlich nicht verwunderlich, dass die schuldnerische Drohung mit der Insolvenzantragstellung aufgrund dro-

¹⁰⁴ Handelsrechtliches Vorsichtsprinzip und Grundsatz der periodengerechten Erfolgserfassung.

¹⁰⁵ *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 18, Rn. 6; *Leithaus* in: *Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz*, § 26, Rn. 25; *Steffan*, *Oppenländer/Trörlitzsch GmbH-Geschäftsführung*, § 38, Rn. 9.

¹⁰⁶ Von 12.567 Insolvenzanträgen von GmbHs in 2010 wurde nur in 115 Fällen einzig aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit der Antrag gestellt, Siehe vor *Altmeyen* in: *Roth/Altmeyen GmbHG, Vorb. zu § 65*, Rn. 22; *Ampferl* in: *Beck/Dempné Praxis der Insolvenz*, § 2, Rn. 94.

¹⁰⁷ *Körner*, *NZI* 2007, 270, (276); Ebenfalls überwiegend haftungsgestaltende Anreize der Geschäftsführung sieht *Nerlich* in: *Michalski GmbHG*, § 60, Rn. 80 ff.

hender Zahlungsunfähigkeit sich noch nicht zu dem Druckmittel entwickelt hat, das sie aufgrund der Reversibilität des Antrages sein könnte.¹⁰⁸ Mit der ESUG-Novelle könnte dem Antragsrecht jedoch zu einer neuen Bedeutung verholfen werden, gewährt doch § 270a Abs. 2 InsO nun dem aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit antragstellenden Schuldner das Recht, im Falle angezeigter Ablehnung einer Eigenverwaltung, den Eröffnungsantrag zurückzunehmen.¹⁰⁹ Auch wenn damit dem Makel der Insolvenz nicht jeglicher Schrecken zu nehmen ist, steht doch zu vermuten, dass mittels dieser neu geschaffenen Möglichkeit des „Ausprobierens“ insbesondere Gesellschafter-Geschäftsführer zu motivieren sein werden – wird ihnen doch durch die Reversibilität die Sorge vor der vollständigen Entmachtung bis hin zur Betriebsstilllegung weitgehend genommen. Diese Möglichkeit zu schaffen wurde deshalb von Seiten der Literatur in der Vergangenheit bereits mehrfach angeregt.¹¹⁰

IV. Überschuldung

Durch Einführung der Insolvenzordnung wurde die Normierung der bilanziellen Überschuldung juristischer Personen als Eröffnungsgrund eines Insolvenzverfahrens nun konkretisiert.¹¹¹ Zwar kannte das frühere Insolvenzrecht den Begriff der Überschuldung für Insolvenzverfahren von Aktiengesellschaften (§ 207 Abs. 1 KO) und entsprechend für sonstige beschränkt haftende Rechtsträger (§ 213 KO),¹¹² jedoch konnte abschließende Rechtssicherheit zur Auslegung des Begriffs der insolvenzrechtlichen Überschuldung nur anhand der durch den BGH¹¹³ entwickelten Verpflichtung zur sog. zweistufigen modifizierten Überschuldungsprüfung erreicht werden. § 19 Abs. 2 InsO behebt diesen legislativen Mangel einerseits, wandelt jedoch auch die Prüfungsanforderungen ab in Richtung der sog. einfachen zweistufigen Überschuldungsprüfung. Das Grundproblem der Konkretisierung des Tatbestands der insolvenzrechtlichen Überschuldung besteht jedoch auch im neuen Recht fort, basierend auf der Erkenntnis, dass die relativ einfach zu ermittelnde handelsrechtliche bilanzielle Überschuldung für die Zwecke des Insolvenzrechts wenig aussagekräftig ist. Schließlich ist bekannt, dass eine Großzahl von Unternehmen der heutigen Zeit mit validen Geschäftskonzepten – bereits aus steuerlichen Gründen – mit so hohen Fremdfi-

¹⁰⁸ Vgl. zur bisher weit untergeordneten Rolle der Insolvenzantragsstellung aufgrund § 18 InsO *Fischer*, ZGR 2006, 403, (404); *Nerlich* in: Michalski GmbHG, § 60, Rn. 80; *Schmerbach* in: FK-InsO, § 18, Rn. 21 ff.

¹⁰⁹ *Vallender*, GmbHR 2012, 445, (448); *Willemsen/Rechel*, Kommentar zum ESUG - Die Änderungen der InsO, § 270a, Rn. 10; *Wimmer*, Das neue Insolvenzrecht nach der ESUG-Reform, S. 21.

¹¹⁰ Vgl. *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (4); Zur Antragsrücknahme bei drohender Zahlungsunfähigkeit auch *Haas/Hossfeld* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 92, Rn. 56.

¹¹¹ *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 50; *Kirchhof* in: HK-InsO, § 19, Rn. 2; *T.Schäfer*, Der Eröffnungsgrund der Überschuldung, S. 39.

¹¹² *T.Schäfer*, Der Eröffnungsgrund der Überschuldung, S. 21 f; *Schmerbach* in: FK-InsO, § 19, Rn. 6.

¹¹³ BGH, BeckRS 2006, 13001.

nanzierungsquoten arbeiten, dass ein Gutteil der deutschen Wirtschaftslandschaft unbillig in die Nähe der Insolvenzreife gerückt würde.¹¹⁴ Es bedarf somit der Erweiterung der statisch bilanziellen Betrachtung um ein dynamisches Element in der zweiten Stufe.

1. Ansatz und Bewertung der Vermögenswerte und Schulden

Ausgangspunkt der einfachen zweistufigen Überschuldungsprüfung ist die Erstellung einer nach insolvenzrechtlichen Maßgaben entwickelten Bilanz der Vermögenswerte und Schulden der Gesellschaft, wobei deren maßgebliche Eigenschaft es ist, unter Außerachtlassung des handelsrechtlichen Vorsichtsprinzips, stille Reserven aufzudecken und Vermögenswerte nach ihrem realisierbaren Marktwert, also dem Liquidationserlös anzusetzen.¹¹⁵ Da diese Art der bilanziellen Bewertung deutliche Unterschiede zu den üblicherweise geführten und den Geschäftsverantwortlichen vertrauten Bewertungsgrundsätzen nach HGB aufweist, bleibt der Eintritt einer insolvenzrechtlichen Überschuldung anfangs häufig unbemerkt. Entsprechend wird diese Diskrepanz in der Literatur zu Recht als ein zusätzlicher Vorteil der Bilanzierung nach IFRS erkannt, aufgrund der hier verlangten Bewertung zum *fair value* der Vermögenswerte und Schulden, die in der Sache nahe an den insolvenzrechtlich verlangten Bewertungsgrundsätzen liegt.¹¹⁶ Da beide Bilanzierungsregelwerke bei Zugrundelegung insolvenzrechtlicher Systematiken jedoch zumindest theoretisch zum gleichen Ergebnis kommen müssen, wird diese auch stark steuerpolitisch geprägte Diskussion hier nicht weiter vertieft.

Die Schulden der Gesellschaft sind grundsätzlich mit ihren Erfüllungsbeträgen anzusetzen. Eine Ausnahme dazu statuiert der im Zuge des MoMiG ergänzte § 19 Abs. 2 InsO, dessen neu eingefügter dritter Satz den generellen Rangrücktritt von Gesellschafterdarlehen vorsieht, so dass diese bei der Erstellung der Überschuldungsbilanz nicht mehr zu berücksichtigen sind. Eine weitere – grundsätzlich zwar ebenfalls auf Bilanzkosmetik beruhende – Möglichkeit eines Sanierungsbeitrags zur Vermeidung der Pflicht zur Insolvenzanmeldung können solche Gläubiger leisten, die einen sog. tiefen¹¹⁷ Rangrücktritt ihrer Forderungen gegen das Schuldnerunternehmen erklären. Motivation hierzu kann insbesondere sein, dass ein Zulieferer einen wichtigen Kunden in den Sanierungsbemü-

¹¹⁴ *Schaub*, DStR 1993, 1483, (1484); ergänzt um die nur unter theoretischen Verhältnissen möglichen Ermittlung tatsächlicher Liquidationswerte, wie festgestellt bei *Rittscher*, Cash-Management-Systeme in der Insolvenz, S. 54.

¹¹⁵ *Böcker*, Die Überschuldung im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, S. 52; *T.Schäfer*, Der Eröffnungsgrund der Überschuldung, S. 81; *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 54.

¹¹⁶ *Kebekus*, ZGR 2008, 275, (275 ff); *Hirte*, ZGR 2008, 284, (284 ff); *T.Schäfer*, Der Eröffnungsgrund der Überschuldung, S. 203.

¹¹⁷ *Kieth*, DStR 2006, 1763, (1765); Nicht die Überschuldung sondern nur die kurzfristige Zahlungsunfähigkeit ausräumen kann die ausdrückliche Stundung einer Forderung, *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 22.

hungen unterstützen will, da er eventuell der Überzeugung ist, dass ein langfristiger Wegfall des Kunden größere Auswirkung auf das eigene Geschäft hat als der Verlust des aktuellen Forderungsbestands. Auswirkung einer solchen Erklärung ist, dass die Forderungen von ihrem regulären Rang einer im Insolvenzverfahren gleichberechtigt mit den Forderungen der sonstigen Insolvenzgläubiger¹¹⁸ zu befriedigenden Forderung umgestuft werden auf den Rang einer nachrangigen Forderung. Diese ist erst nach vollständiger Befriedigung aller höherrangigen Forderungen zu befriedigen und somit insolvenzrechtlich dem Eigenkapital zuzuordnen. Im Zuge der Erstellung der Überschuldungsbilanz wird diese Forderung also nicht mehr zu berücksichtigen sein und somit die Aktivseite der Bilanz entlasten. Zu unterscheiden ist zwischen den verschiedenen Stufen der Tiefe des Rangrücktritts, wobei noch nicht abschließend geklärt ist, welche dieser Stufen der BGH letztlich für eine erfolgreiche Streichung der Forderung aus der Überschuldungsbilanz wird genügen lassen,¹¹⁹ da bisher nur für solche Fälle eine Entscheidung vorliegt, wo ein qualifizierter, also absoluter Rangrücktritt vorliegt, der die rücktretende Forderung im Rang dem Anspruch auf Rückerstattung des statutorischen Eigenkapitals gleichstellt.¹²⁰ Von praktischer Bedeutung ist die Umstufung auf den Rang der Gesellschafterdarlehen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) über die allgemeine Nachrangigkeit (§ 39 Abs. 2 InsO) oder sogar die eigenkapitalgleiche Behandlung (§ 199 Satz 2 InsO) jedoch nicht, da regelmäßig bereits auf der ersten Stufe nichts mehr zu verteilen sein wird. Damit wird ein Totalausfall antizipiert werden müssen.¹²¹

Strittig ist zuletzt die Behandlung und Aktivierungsfähigkeit von Forderungen gegenüber Gesellschaftern aufgrund unzulässiger Vermögensverschiebungen gemäß § 31 GmbHG in der Überschuldungsbilanz. Während der BGH¹²² von einer (für den sanierungswilligen Gesellschafter positiven) Aktivierungsfähigkeit ausgeht, widerspricht die Literatur¹²³ dem teilweise mit Verweis auf die anerkannt fehlende Aktivierungsfähigkeit von Darlehensrückzahlungsansprüchen gemäß § 30 GmbHG, da vergleichbar dessen Gesetzeszweck diese Ansprüche nur der Restitution von Vermögensverlusten aufgrund Fehlverhaltens dienen, nicht jedoch auf eine umfassende oder teilweise Beseitigung einer Überschuldungslage zielen. Würde dem nicht gefolgt, träte eine nicht haltbare Situation auf, da ein solventer Gesellschafter seine Gesellschaft durch Vermögensverschiebungen faktisch nie gefähr-

¹¹⁸ Siehe Teil I.D.IV.

¹¹⁹ *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 93 f; *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (5).

¹²⁰ BGH, NJW 2001, 1280, (1282).

¹²¹ *T.Schäfer*, Der Eröffnungsgrund der Überschuldung, S. 182; *Kieth*, DStR 2006, 1763, (1765 f).

¹²² BGHZ 164, 50, (56 f).

¹²³ *Diekmann*, NZG 2006, 255, (256); So letztlich auch *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 79 durch die zusätzliche Bedingung vor Anerkenntnis einer Aktivierungsfähigkeit.

den könnte. Dieser Argumentation ist jedoch mit dem BGH¹²⁴ entgegenzuhalten, dass die Gesetzeszweckbestimmung, die Grundlage für den Anspruch der Gesellschaft ist, nicht mit der Frage der Aktivierungsfähigkeit vermengt werden kann. Dabei entscheidet schließlich Bestehen, Fälligkeit und Werthaltigkeit der Forderungen über die vermögensmehrende Qualifikation der Forderung und damit den Ansatz in der Überschuldungsbilanz. Ob damit eine Überschuldungslage ganz oder nur teilweise beseitigt werden kann, ist unerheblich. Schließlich ist auch dem die Ablehnung zusätzlich begründenden Argument¹²⁵ entgegenzutreten, wonach die durch die Aktivierungsfähigkeit entstehende Situation, da ein solventer Gesellschafter seine Gesellschaft nie existenzvernichtend schädigen könnte, unhaltbar wäre. So haben schließlich die Rechtsfolgen der §§ 30, 31 GmbHG unabhängig von dem Vorliegen einer insolvenzrechtlichen Überschuldungslage Bestand.

Die aufgrund dieser liquidationsorientierten Bewertungsmethodik zu Tage tretende Differenz zur Handelsbilanz nach Fortführungswerten, hängt in hohem Maße von der jeweiligen Art der Wertschöpfung im schuldnerischen Unternehmen ab. So sind die Vermögenswerte eines Immobilienunternehmens regelmäßig auch unter Zerschlagungshypothese werthaltig und damit ohne Anpassung in die Überschuldungsbilanz zu übernehmen, während ein Dienstleistungsunternehmen, das von Markenimage, Mitarbeiterpotentialen und Kundenbeziehungen lebt, mit der deutlichen Entwertung dieser Aktiva (soweit bilanziell erfasst) rechnen muss.¹²⁶ Die Negierung einer insolvenzrechtlichen Überschuldung kommt für derartige Unternehmen regelmäßig nicht in Betracht.

2. Fortführungsprognose

Tritt bei Erstellung der Überschuldungsbilanz nach Liquidationswerten eine bilanzielle Unterdeckung der Passiva auf, ist in einem zweiten Schritt eine Fortführungsprognose für den von der Gesellschaft unterhaltenen Betrieb zu erstellen. § 19 Abs. 2 S. 2 InsO sieht vor, dass in der endgültigen Überschuldungsbilanz die – üblicherweise deutlich höheren – Fortführungswerte der Vermögenswerte unterstellt werden dürfen, wenn eine Unternehmensfortführung „überwiegend wahrscheinlich“ ist, also die Fortführungswahrscheinlichkeit größer 50% ist.

¹²⁴ BGHZ 164, 50, (56 f).

¹²⁵ Siehe vor *Diekmann*, NZG 2006, 255, (256); *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 79.

¹²⁶ *T.Schäfer*, Der Eröffnungsgrund der Überschuldung, S. 173; *Böcker*, Die Überschuldung im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, S. 49.

Um diese Gegebenheit zu ergründen, sind, neben dem Vorliegen einer positiven Liquiditätsprognose,¹²⁷ deren Nichtvorliegen bereits den Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit erfüllen würde,¹²⁸ auch subjektive schuldnerische Kriterien zu prüfen. Diese „weichen“ Faktoren, sind jedoch kritisch zu betrachten, da sie in der Praxis mit ernsthaften Umsetzungsproblemen und Interessenkonflikten versehen sein können.¹²⁹ So muss der klare Wille des Schuldners zur Unternehmensfortführung – und sei es im Wege der Betriebsübertragung – ergründet werden. Diese Verpflichtung des sanierungsverantwortlichen Geschäftsführers, die Ernsthaftigkeit des Sanierungswillens der Gesellschafter zu bewerten, ist m.E. problematisch. Der Geschäftsführer als Angestellter der Gesellschaft wird nur in bereits tiefgreifend zerrütteten Verhältnissen eine positive Willensbekundung der Gesellschafterversammlung kritisch in Frage stellen. Da die Ergründung des Sanierungswillens damit in der aktuellen Form zu einem zahnlosen Instrument verkommt, müssen andere Wege gefunden werden, die Ernsthaftigkeit der Selbstverpflichtung objektiv messbar zu machen.

In Literatur¹³⁰ und Rechtsprechung¹³¹ wird teilweise darüber hinaus die Bestätigung der objektiven Sanierungsfähigkeit durch einen fachkundigen Dritten gefordert. Der Streit um die verpflichtende Beauftragung eines externen fachkundigen Dritten ist dabei so alt wie die Diskussion über den Umgang mit der insolvenzrechtlichen Überschuldung insgesamt und stark von Klientelinteressen geprägt. Angesichts der weiten Auslegungsspielräume im Zusammenhang mit der dynamischen Fortführungsprognose in der Fassung vor der Insolvenzrechtsnovelle ist nachvollziehbar, dass der BGH¹³² relativ strikt die Forderung nach einer dritten fachkundigen Einschätzung zwingend voraussetzt, und unfraglich würde im Sinne der Gläubiger sodann häufiger das Votum gegen eine günstige Fortführungsprognose ausfallen. Eine ebenfalls gewichtige Fraktion der Literatur¹³³ sieht dagegen ausschließlich die Geschäftsleitung in der fortlaufenden Pflicht zur Prüfung der mittelfristig ausreichenden Finanzkraft, also der Fähigkeit, über einen Zeitraum von wenigstens 2 Jahren, die fälligen Verbindlichkeiten vollumfänglich zu bedienen. Angesprochen wird damit

¹²⁷ *Kirchhof* in: HK-InsO, § 19, Rn. 10 f; *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 62; *Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 19, Rn. 36.

¹²⁸ Siehe Teil I.C.III.

¹²⁹ *Schmerbach* in: FK-InsO, § 19, Rn. 19; *T.Schäfer*, Der Eröffnungsgrund der Überschuldung, S. 92; *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 62 f.

¹³⁰ *Kirchhof* in: HK-InsO, § 19, Rn. 11 beruft sich in seiner Forderung nach der zwingenden Beauftragung eines dritten Gutachters auf eine der frühen Stellungnahmen (*Schaub*, DStR 1993, 1483, (1485)), obwohl dort nur von einer hilfsweisen Hinzuziehung „gegebenenfalls“ gesprochen wird.

¹³¹ BGHZ 119, 201, (201 ff).

¹³² Entwicklung der Leitidee in BGHZ 119, 201, (201 ff); Ergänzende Ausführung in BGH, BeckRS 2006, 13001.

¹³³ *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 72; *Drukarczyk/Schüler* in: MünchKommInsO, § 19, Rn. 53 ff; *T.Schäfer*, Der Eröffnungsgrund der Überschuldung, S. 116; *Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 19, Rn. 53-56.

die Höhe des *operating cashflow*. Überdeckt dieser in der 2-jährigen Prognose den Aufwand für den Kapitaldienst (*financing cashflow*), soll eine positive Fortführungsprognose gegeben sein.

Beide Meinungen greifen m.E. zu kurz. Der Versuch des BGH, das Problem durch externe Delegation zu lösen, ignoriert einen bekannten, grundlegenden Konflikt auf Seiten der externen Berater. Da der zu beurteilende Auftraggeber letztendlich den Berater bezahlt, wird dieser der Gesellschaft gegenüber einem gewissen Wohlverhaltensdruck ausgesetzt. Ohne intensive staatliche Kontrolle oder eine Oligopolisierung des Marktes für Unternehmensprüfungen – wie beispielweise auf dem Rating-Markt – wird dieses Problem nicht zu lösen sein, da die Auftraggeber immer einen Berater finden werden, der die gewünschte Prognose abgibt (sog. *opinion-shopping*). Insofern greift die Meinung des BGH an der falschen Stelle an, wenn versucht werden soll, den Eröffnungsgrund der Überschuldung aus dem Schatten zu führen. Des Weiteren kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine jede von der Norm betroffene Gesellschaft permanent einen Beraterstab verfügbar hat, der mit der geforderten unabhängigen Objektivität in der Lage wäre, die jeweilige Unternehmensstrategie auf ihre langfristige Tragfähigkeit hin zu überprüfen. Zwar müssen Kapitalgesellschaften ab einer bestimmten Größe¹³⁴ ihre Jahresabschlüsse testieren lassen, wobei auch eine Aussage über die Fortführungsprognose gegeben wird, jedoch genügt dieser jährliche Turnus dem Anspruch bei Weitem nicht, eine fortlaufende Überwachung des Überschuldungsstatus zu erreichen. Um also dem Verlangen nach einem fortlaufenden Testat der Sanierungsfähigkeit – und damit der Unternehmensstrategie – nachkommen zu können, wären beschränkt haftende Gesellschaften ab dem Auftreten erster Indizien einer möglichen Überschuldungslage gezwungen, wesentliche Ressourcen darauf zu verwenden, ihre Sanierungsfähigkeit fortlaufend bestätigen zu lassen. Dass dieser liquiditätsintensive¹³⁵ regulatorische Aufwand die Gesellschaft unnötig belastet und vom eigentlichen Problemkern ablenkt, liegt auf der Hand.

Problematisch an der Gegenmeinung¹³⁶, die es bei einer Eigenprüfungspflicht bewenden lassen will, ist im Wesentlichen die mangelnde qualitative Reichweite der vorgeschlagenen Prüfungen. Schließt die Eigenprüfung bereits bei der Betrachtung der Schuldende-

¹³⁴ Prüfungspflichtig sind gemäß § 316 HGB solche Kapitalgesellschaften, die nicht kleine Kapitalgesellschaften im Sinne von § 267 HGB sind und damit mindestens zwei der nachfolgenden Kriterien in zwei aufeinander folgenden Jahren überschreiten:

1. 4.840.000 Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags
2. 9.680.000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlußstichtag
3. Im Jahresdurchschnitt fünfzig Arbeitnehmer

¹³⁵ Beratungsaufträge für Unternehmen in unklaren finanziellen Verhältnissen werden üblicherweise nur gegen Vorkasse übernommen.

¹³⁶ *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 72; *Drukarczyk/Schüler* in: MünchKommInsO, § 19, Rn. 53 ff; *T.Schäfer*, Der Eröffnungsgrund der Überschuldung, S. 116; *Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 19, Rn. 53-56.

ckungs- und Kapitaldienstfähigkeit auf Zweijahressicht, wird evtl. ein bilanziell überschuldetes Unternehmen in einer Phase, da zwar noch genug Liquidität vorhanden ist, jedoch das Ende des verfolgten Geschäftsmodells bereits absehbar ist (*Run-Off*), fortgeführt, obwohl gerade in diesen Fällen dringender, gegebenenfalls hoheitlich anzustoßender Handlungsdruck besteht. Andererseits besteht selbstverständlich die Gefahr, der Geschäftsleitung zu früh das Heft des Handels aus der Hand zu nehmen. Diese Gefahr ließe sich jedoch dadurch bannen, dass der seitens der Literatur favorisierte Prüfungsumfang von einer reinen *cashflow*-Betrachtung erweitert wird auf den ebenfalls betriebswirtschaftlich gebräuchlichen dynamischen Verschuldungsgrad. Dabei wird der *operating cashflow* in ein Verhältnis mit der absoluten Höhe des Fremdkapitals im Unternehmen gesetzt und somit die Dauer¹³⁷ der Schuldentilgung in Jahren ausgedrückt. Für diesbezügliche Analysen existieren anerkannte, branchenspezifische Richtgrößen, anhand derer gesunde und ungesunde Unternehmen identifiziert werden können.¹³⁸

Zusammenfassend wird daher derjenigen Meinung zu folgen sein, die krisenbefangene Gesellschaften in der Pflicht zur qualifizierten Eigenprüfung sehen,¹³⁹ die regelmäßig zu erfolgen hat, wenn Anzeichen einer Unterbilanz vorliegen. Für empfehlenswert ist dabei ein Turnus von maximal drei Monaten zu halten, also im Rahmen des üblichen Quartalsreportings. Nur dort, wo Geschäftsführer die mangelnde eigene Fachkunde und das Fehlen qualifizierter interner Beratung nach bestem Wissen erkennen müssen, sollte eine Verpflichtung zur externen Beauftragung anzuerkennen sein. Mit dieser vermittelnden Lösung ist auch keine Minderung des Gläubigerschutzniveaus verbunden, da von jeher der Insolvenzverschleppungstatbestand mit der entsprechend scharfen Beweislastenverteilung nicht verhindern konnte, dass auf Kosten der Gläubiger zugewartet wird. An diesem Missstand ändert sich nichts, nur werden redliche und fachkundige Geschäftsleitungen von der liquiditätsbelastenden unterjährigen Beauftragung externer Gutachter befreit.

3. Überschuldungsstatus

Wird die Fortführung der Gesellschaft nach umfassender Abwägung für überwiegend wahrscheinlich gehalten, erfolgt die erneute Erstellung der Überschuldungsbilanz, nun zu Fortführungswerten der Aktiva. Tritt auch dabei eine bilanzielle Unterdeckung der Passiva zu Tage, besteht trotz positiver Fortführungsprognose die Pflicht zur Insolvenzantragstellung.

¹³⁷ ohne Berücksichtigung von Diskontierungseffekten.

¹³⁸ Ein Wert von niedriger als 3,5 wird als Zeichen finanzwirtschaftlicher Stabilität betrachtet. Unter Berücksichtigung gewisser Branchenspezifika wird ein Wert von größer 7 wohl kritisch zu betrachten sein. Zu entnehmen etwa *IDW*, WP Handbuch 2012, Band I.

¹³⁹ *Schmerbach* in: FK-InsO, § 19, Rn. 24; *T.Schäfer*, Der Eröffnungsgrund der Überschuldung, S. 116; *Schaub*, DStR 1993, 1483, (1487).

Diese dreistufige¹⁴⁰ Systematik stellt eine deutliche Verschärfung der Pflicht zur Insolvenzantragstellung gegenüber dem ehemaligen Konzept der zweistufigen modifizierten Überschuldungsprüfung unter Geltung der Konkursordnung dar. Hier kam der Fortführungsprognose eine überragende Bedeutung zu, da eine rechnerische Überschuldung nach Liquidationswerten nur relevant war, wenn eine positive Fortführungsprognose nicht erkannt werden konnte.¹⁴¹ Aufgrund der zuvor dargestellten subjektiven Elemente in der Prüfungsroutine der Fortführungsprognose, konnte diese prinzipiell jederzeit „herbeigargumentiert“ werden. Die Väter der zweistufigen modifizierten Überschuldungsprüfung sahen diese Elastizität der Regelung zwar voraus, gesteigerte Rechtsunsicherheit wurde jedoch nicht prognostiziert.¹⁴² Die dem entgegen gerichtete Erfahrung der vergangenen Jahre, in denen dem Eröffnungsgrund der Überschuldung eine weit untergeordnete Bedeutung zukam, haben den Gesetzgeber daher zu der Verschärfung der Überschuldungstheorie genötigt.

Die Intention des Gesetzgebers¹⁴³ bei der Normierung von § 19 InsO wird zumindest teilweise erreicht. Höhere Rechtssicherheit für die Erstellung von insolvenzrechtlichen Überschuldungsbilanzen in der Praxis konnte erreicht werden, und die Zusammenfassung zuvor verstreuter Rechtssätze erleichtert die Anwendung. Nicht in einem zufriedenstellenden Maße erreicht wurde bisher jedoch das eigentliche Hauptziel der Norm, wonach durch eine Erhöhung der Quote solcher Unternehmen, die aufgrund von Überschuldung einen Insolvenzantrag stellen, die Zahl masseloser Insolvenzen zurückgedrängt werden sollte.¹⁴⁴ Die zwar messbare Reduktion der masselos abgelehnten Fälle ist schließlich primär auf die zuvor diskutierten gesetzlichen Änderungen über die Zugehörigkeit zur Masse zurückzuführen. Der geringen Zahl der Verfahren, die tatsächlich nur aufgrund insolvenzrechtlicher Überschuldung eröffnet werden, vermag keine messbare Auswirkung zugeschrieben werden, womit sich die Vorhersage der Kritiker bewahrheitet hat.¹⁴⁵ Zu groß sind dafür die Bewertungsspielräume, die Krisen-Gesellschaften (damit ihre gestaltenden Gesellschaf-

¹⁴⁰ Insofern ist die Bezeichnung der Prüfung als „einfache zweistufige Überschuldungsprüfung“ irreführend.

¹⁴¹ *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 19, Rn. 36; *T.Schäfer*, *Der Eröffnungsgrund der Überschuldung*, S. 78; *Schaub*, *DStR* 1993, 1483, (1484).

¹⁴² *Schmerbach* in: *FK-InsO*, § 19, Rn. 19; *Schaub*, *DStR* 1993, 1483, (1485).

¹⁴³ *BT-Drs.* 12/7302, S. 157.

¹⁴⁴ *T.Schäfer*, *Der Eröffnungsgrund der Überschuldung*, S. 46; *Schmerbach* in: *FK-InsO*, § 19, Rn. 2; *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 19, Rn. 1 ff.

¹⁴⁵ *Ahrendt/Plischkaner*, *NJW* 2009, 964, (965); *Wellensiek*, *BB* 2000, 1, (1).

ter) nutzen können, um den Kampf um die Sanierung ohne persönliches Haftungsrisiko der Vertretungsorgane fortzusetzen.¹⁴⁶

4. Wiedereinführung der zweistufigen modifizierten Überschuldungsprüfung

Im Zuge des FMStG wurde am 17. Oktober 2008 § 19 Abs. 2 mit sofortiger Wirkung dahingehend geändert, dass wieder die zweistufige modifizierte Überschuldungsprüfung vorzunehmen ist.¹⁴⁷ Dieser Schritt ist als überhasteter Aktionismus kritisiert worden, wobei insbesondere die Gesetzesbegründung als Anlass für diesen Vorwurf dient.¹⁴⁸ Es wird die Frage gestellt, warum ein Gesetz, das einer außergewöhnlichen Notlage der Finanzmarktbranche Rechnung trägt, mit den Nöten kleiner und mittelständischer Unternehmen begründet wird. Während nachvollziehbar durch Marktinsuffizienzen hervorgerufene temporäre bilanzielle Verwerfungen auf der Aktivseite der Bank-Bilanzen ein Abweichen von dem strengeren Prüfungskonzept der einfachen zweistufigen Überschuldungsprüfung rechtfertigen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass überschuldete KMU-Bilanzen¹⁴⁹ einen vergleichbaren Gesundungsprozess im Anschluss an einen Normalisierungsprozess an den Weltfinanzmärkten erfahren werden. Es wird argumentiert, dass zuvor durch die Insolvenzrechtsreform gewonnener Gläubigerschutz ohne Not wieder aufgegeben wurde, was hätte vermieden werden können, wenn – wie in der Literatur gefordert – die Geltung nur auf Finanzmarktakteure beschränkt worden wäre.¹⁵⁰ War die Änderung zudem ursprünglich bis zum 31. Dezember 2010 befristet, konnte von einer relativen Begrenztheit der Anwendungsfälle ausgegangen werden. Die zwischenzeitig erfolgte Fristverlängerung bis zur Rückkehr zur Geltung der Systematik des § 19 InsO aF bis zum 31. Dezember 2013, wurde inzwischen in eine dauerhafte Entfristung überführt.¹⁵¹ Begründet wird die Entfristung damit, dass sich die Übergangsregelung „in der Praxis bewährt“¹⁵² habe und die „befragten Experten“¹⁵³ für eine Entfristung votiert hätten. Damit gibt der Gesetzgeber die vorherige Neuregelung der Beurteilungssystematik faktisch endgültig auf.

Auch wenn der Kritik an einer unbefriedigenden Gesetzesbegründung zugestimmt werden muss, stellt sich doch die Frage, ob der Gesetzgeber nicht doch grundsätzlich zu be-

¹⁴⁶ *Desch*, BB 2011, 841, (845); *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 96; *Schmerbach* in: FK-InsO, § 19, Rn. 7b.

¹⁴⁷ BGBl, 2008 I, S. 1982.

¹⁴⁸ *Ahrendt/Plischkaner*, NJW 2009, 964, (965); *Schmerbach* in: FK-InsO, § 19, Rn. 24a ff; *Thonfeld*, NZI 2009, 15, (18).

¹⁴⁹ Kleine und mittlere Unternehmen (KMU).

¹⁵⁰ *Schmerbach* in: FK-InsO, § 19, Rn. 24b; *Thonfeld*, NZI 2009, 15, (16).

¹⁵¹ BT-Drs 17/11385, Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess.

¹⁵² BT-Drs. 17/11385, S. 27.

¹⁵³ *Bitter/Hommerich/Reiß*, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, ZIP 2012, 1201, (1201 ff).

fürwortendes Ziel verfolgt und vorerst erreicht hat. Quintessenz der einfachen Zweistufigen Überschuldungsprüfung ist letzten Endes die Insolvenzantragspflicht aller Unternehmen mit negativem handelsrechtlichem Eigenkapital zzgl. stiller (Bewertungs-) Reserven. In der Praxis führt dies für jeden Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft mit negativem Eigenkapital dazu, dass er bei Feststellung der bilanziellen Lage höchstens 3 Wochen¹⁵⁴ Zeit hat, Kapital einzuwerben oder Insolvenzantrag zu stellen. Dieser Automatismus lässt keinerlei Raum für branchenspezifische Besonderheiten des Geschäfts, wie zum Beispiel saisonale Schwankungen,¹⁵⁵ oder einen erhaltenen, aber noch nicht abgearbeiteten Großauftrag des folgenden Geschäftsjahres.

Die relativ einfache Erkennbarkeit der Insolvenzreife aufgrund Überschuldung gem. § 19 InsO kann zudem dazu beitragen, die Lage eines Unternehmens in solcher Gemengelage dahingehend zuzuspitzen, dass trotz absehbarer Überwindung der Kapitalkrise der Drittmittelzugang kurzfristig abgeschnitten wird, da die Vergaberichtlinien der Banken Zusagen an insolvenzantragspflichtige Gesellschaften regelmäßig untersagen, bzw. erheblich erschweren. Fehlt also die subjektive Komponente, entfällt auch jedweder Verhandlungsspielraum für Zwischenfinanzierungen.

Es erscheint dem Verfasser somit deutlich angeraten, für den Eröffnungsgrund der Überschuldung eine subjektive Bewertungskomponente zu erhalten. Es wird deutlich, dass eine dauerhafte Flexibilisierung des Eröffnungsgrundes der Überschuldung notwendig erscheint. Dies könnte entweder – wie aktuell durch den Gesetzgeber vorgezeichnet – durch die entfristete Rückkehr zu einer alternativ ausgestalteten, zweistufigen modifizierten Überschuldungsprüfung erfolgen oder jedoch mittels einer Herabstufung des Eröffnungsgrundes der Überschuldung zum Antragsrecht des Schuldners, verbunden mit einer breiteren Fülle an schuldnerischen Gestaltungsmöglichkeiten in der Sanierung.

V. Unternehmerische Chancen durch das Schutzschirmverfahren nach ESUG

Mit dem Ziel einer möglichst signifikanten Erhöhung des Anteils jener Unternehmen, die frühzeitig die Sanierungsoption im Rahmen eines Insolvenzverfahrens wählen, wurde im Zuge der ESUG-Novelle das sog. Schutzschirmverfahren neu eingeführt. Jenen Gesellschaften, die fortan im Stadium der bilanziellen Überschuldung oder nur drohenden Zahlungsunfähigkeit einen Eröffnungsantrag stellen,¹⁵⁶ soll die zeitlich auf maximal 3 Monate

¹⁵⁴ Uhlenbruck in: Uhlenbruck, § 17, Rn. 7; Thonfeld, NZI 2009, 15, (16); Fischer, ZGR 2006, 403, (405).

¹⁵⁵ Bekannt ist zum Beispiel, dass der Einzelhandel das wesentlich profitable Geschäft erst in den Weihnachtstagen macht, über welches eine Vielzahl von Unternehmen erst den Break Even erreicht.

¹⁵⁶ Vallender, GmbHR 2012, 450, (451); Römermann, NJW 2012, 645, (650); Willemsen/Rechel, Kommentar zum ESUG - Die Änderungen der InsO, § 270b, Rn. 2 ff.

befristete Gelegenheit eingeräumt werden, unter Schutz vor Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eine Sanierung in Eigenregie zu erreichen, während die ursprüngliche Geschäftsleitung, nur begleitet durch einen gerichtlich bestellten Sachwalter, im Amt bleibt und dabei, mit den Rechten eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters ausgestattet, die Geschäfte weiterführen darf.¹⁵⁷ Voraussetzung der Nutzung dieses Instruments ist die gutachterlich festgestellte Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft und die Eignung der Geschäftsleitung, womit eine gewisse Nähe zu den im Zusammenhang mit dem Sanierungsprivileg bekannten Gutachtensformen erwartet werden kann. Zu erwarten ist also auch hierbei, dass aufgrund des hohen Aufwands für die fachkundige Dokumentation der Sanierungsfähigkeit und der entsprechenden Planerstellung eine Anwendung zumeist erst für Unternehmen ab einer gewissen Größenordnung (mittlere Kapitalgesellschaften) zu erwarten sein wird.¹⁵⁸

Die absehbar praxisrelevanteste Änderung durch die jüngste Novelle betrifft jedoch die Motivationslage der Gesellschafter der Krisenunternehmen. Das Schutzschirmverfahren bietet ihnen die Chance, bei gegebener Sanierungsfähigkeit eine weitgehende Vorbereitung des eigentlichen Insolvenzverfahrens bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung überlebenswichtiger Geschäftsbeziehungen und Mitarbeiterverhältnisse durch die vertraute Unternehmensleitung selbst zu erreichen. Dies gilt gerade mit Blick auf die Erkenntnis, wonach der drohende Kontrollverlust in der Vergangenheit die wesentliche Sorge vieler Unternehmer darstellte, die einen häufig deutlich zu späten Gang zum Insolvenzrichter begründete.¹⁵⁹ Die enge Verzahnung des Schutzschirmverfahrens mit dem Regelinsolvenzverfahren, auch durch Rückgriff auf den bestehenden Katalog an Eröffnungsgründen, begegnet dabei effektiv jenem Problem, welches viele alternative Vorschläge formalisierter vorinsolvenzlicher Sanierungsverfahren kennzeichnete.¹⁶⁰ Ungeachtet der gegebenen Scheu vor der Publizität der Unternehmenskrise begründet doch ein jedes Sanierungsverfahren vor der Insolvenz eben diese Öffentlichkeit, die die Gesellschafter im Fall des Scheiterns der Sanierung unter öffentlichen Zugzwang zur Einleitung des Regelinsolvenzverfahrens setzt. Bildhaft dargestellt bricht ESUG mit dieser Sorge der Gesellschafter, indem die zusätzliche Zeit für einen Sanierungsversuch unter dem Schutzschirm vom

¹⁵⁷ Meyer-Löwy/Bruder, GmbHR 2012, 432, (437); Römermann, NJW 2012, 645, (650); Geldmacher, Das präventive Sanierungsverfahren als Teil eines reformierten Insolvenz- und Sanierungsrechts in Deutschland, S. 34.

¹⁵⁸ Mit dem Textilhersteller DURA nutzt das erste größere Unternehmen die neue Möglichkeit auf Antrag der Unternehmensleitung vom 5. März 2012, http://www.hermann-law.de/webContent/uploads/media/Presseinformation_06.03.2012.pdf.

¹⁵⁹ Römermann, NJW 2012, 645, (646); Vallender, GmbHR 2012, 450, (450); Geldmacher, Das präventive Sanierungsverfahren als Teil eines reformierten Insolvenz- und Sanierungsrechts in Deutschland, S. 33 f.

¹⁶⁰ Etwa Geldmacher, Das präventive Sanierungsverfahren als Teil eines reformierten Insolvenz- und Sanierungsrechts in Deutschland, S. 255 f, dessen Vorschläge die gesetzgeberische Gestaltung des ESUG zumindest in Zügen in sich trägt; Auch Westpfahl/Janjuah, Beilage Heft 3 ZIP 2008, 1, (1 ff).

„Zeitkonto“ des Regelinsolvenzverfahrens genommen wird und nicht vom „Zeitkonto“ der relativ diskret gestaltbaren, unternehmerisch freien Sanierungsphase.

Nicht gelöst wird dadurch jedoch die zweite große Sorge der Alt-Gesellschafter eines krisenbefangenen Unternehmens. Ohne die erneute Zuwendung frischen Kapitals durch die Alt-Gesellschafter kann die Aufrechterhaltung der Beteiligung an der Gesellschaft nicht erfolgen, aber selbst im Falle der Mittelzuwendung liegt die Entscheidungsgewalt über die Ausgestaltung der neuen Eigentümerstruktur nicht mehr in Händen der Alt-Gesellschafter.¹⁶¹ Die damit vermutlich weiter erhalten bleibende Aversion gegen die „öffentliche“ Sanierung im Wege des Insolvenzverfahrens kann nur weiter begrenzt werden, wenn der Gesetzgeber *de lege ferenda* eine weiterreichende Kontrollerhaltung der Alt-Gesellschafter, im Falle der Erfüllung der Schutzschirm-Bedingungen, in Betracht ziehen würde.

Dabei muss jedoch die Grundsatzfrage entschieden werden, die den Prinzipien des Insolvenzverfahrens zuwider liefe, wonach jeder Zuwendung an die Gesellschafter aus dem Vermögen der Gesellschaft die vollständige Befriedigung der nicht nachrangigen Gläubiger vorausgehen muss, § 39 InsO. Eine gesetzliche Novellierung *de lege ferenda*, die den Alt-Gesellschaftern die fortwährende Kontrolle über die insolvente Gesellschaft einräumt, muss stets als eine Zuwendung in Höhe des Residualwertes der fortzuführenden Gesellschaft gewertet werden. Die damit verbundene Verschiebung der Haftungsallokation überschreite die vorgesehenen Grenzen der Haftungsbegrenzung des Gesellschafts- und Insolvenzrechts in unangemessener Weise zugunsten des Gesellschafters. Vor diesem ergänzenden Hintergrund muss das neu eingeführte Schutzschirmverfahren zusätzlich als Chance der Gesellschafterseite verstanden werden. Während eine absolute Manifestierung der fortwährenden Kontrolle über die Insolvenzsuldnerin nicht tragbar ist, gewährt doch der Dreimonatszeitraum ein Verhandlungsfenster zeitlich begrenzt fortwährender Kontrolle,¹⁶² welches die Gesellschafter nutzen können, um zu eruieren, welches Maß an finanziellem Entgegenkommen (garantierte Quote) die Gläubiger „benötigen“, um der gewünschten permanent fortwährenden Kontrolle zuzustimmen. Mit solcherart vorgezeichneter Einigungslage lässt sich für den Gesellschafter das Risiko der kurzfristigen Kontrollaufgabe im dann eröffneten Verfahren deutlich besser abschätzen und planen.

¹⁶¹ Desch, BB 2011, 841, (846); Willemsen/Rechel, Kommentar zum ESUG - Die Änderungen der InsO, § 225a, Rn. 6; Wimmer, Das neue Insolvenzrecht nach der ESUG-Reform, S. 24.

¹⁶² BT-Drs. 17/5712, S. 61 „Dem Schuldner soll die Sorge genommen werden, mit dem Eröffnungsantrag die Kontrolle über das Unternehmen zu verlieren,...“; Desch, BB 2011, 841, (846); Wimmer, Das neue Insolvenzrecht nach der ESUG-Reform, S. 24.

VI. Exkurs: Die Gläsernen Taschen - Der Verzicht auf die Antragspflicht

Die im Rahmen dieses Abschnitts dargestellten Eröffnungsgründe eines Insolvenzverfahrens sind geprägt durch den Versuch des Gesetzgebers, anhand vermeintlich eindeutiger Kriterien den letzten zulässigen Zeitpunkt der Antragsstellung zu definieren, sowie Anreize für eine möglichst frühzeitige Antragsstellung zu setzen. Von Seiten der Insolvenzverwaltungs-Praktiker wird dennoch häufig kritisiert, dass der Pflicht zur Antragstellung seitens der Unternehmen zu spät nachgekommen und damit häufig eine Einengung der finanziellen Spielräume der Gesellschaft verursacht wird, die die Sanierungsoptionen regelmäßig auf ein aussichtsloses Maß reduzieren.¹⁶³ Zu berücksichtigen ist dabei der Umstand, dass nur solche Fälle wirklich publik werden, in denen ein verlängerter Kampf um die Solvenz des Unternehmens negativ verlaufen ist. Solche Unternehmen, die den Kampf gewinnen oder sich durch außergerichtliche Reorganisationsverfahren sanieren, tauchen in den offiziellen Statistiken nicht auf.¹⁶⁴ Zudem darf bei der Wertung der Praktiker-Kritik nicht aus dem Auge verloren werden, dass ein auch durch Eigeninteresse geprägtes Ansinnen auf Ausdehnung der Fallzahlen vermutet werden darf. In jedem Fall zeigen die Insolvenzstatistiken hinsichtlich der Befriedigungsquoten der ungesicherten Insolvenzgläubiger jedoch, dass bisher kein wirksames gesetzliches Mittel gefunden wurde, die Verantwortlichen von krisenbefangenen Gesellschaften effektiv zu motivieren, rechtzeitig die Möglichkeiten der Sanierungsoptionen in der Insolvenz in Betracht zu ziehen, anstatt in weitgehender informatorischer Abschottung von der Außenwelt den Kampf um das Unternehmen bis zum Letzten zu führen. Einen Denkansatz könnte dabei ein Modell liefern, welches auf die Antragspflicht des Schuldners aufgrund seines anerkannten (manchmal auch emotionalen) Interessenkonflikts vollständig verzichtet und an dessen Stelle die – aufgrund der geringeren Verbundenheit mit dem Schicksal der Krisen-Gesellschaft – größere Objektivität der Gläubiger der Gesellschaft instrumentalisiert.

Vorgeschlagen wird die Erweiterung der verpflichtenden Geschäftspapierangaben der Gesellschaften – speziell der beschränkt haftenden – wonach das nominale Stammkapital, das aktuelle bilanzielle Eigenkapital sowie der Verschuldungsgrad des jeweils abgeschlossenen und im Bundesanzeiger veröffentlichten Jahresabschlusses anzugeben sind.¹⁶⁵ In der Folge könnte sich der zukünftige Gläubiger selbst ein Bild über das zur Verfügung stehende Haftungssubstrat und damit der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft ma-

¹⁶³ *Pfaffenholz/Kranzusch*, Insolvenzplanverfahren, S. 1; *Ahrendt/Plischkaner*, NJW 2009, 964, (966); *Fischer*, ZGR 2006, 403, (404).

¹⁶⁴ *Uhlenbruck* schätzt, dass in der Regel vor jedem zweiten gerichtlichen Insolvenzverfahren Anstrengungen in Richtung einer außergerichtlichen Reorganisation unternommen werden. Siehe *Uhlenbruck*, BB 2001, 1641, (1643).

¹⁶⁵ BT-Drs. 15/5673, S. 7 (Referentenentwurf MindestkapitalG).

chen, während der Schuldner zusätzliche Motivation erfährt, der Gesellschaft in der Krise Kapital zuzuführen, um die Zurschaustellung der Unterbilanz zu vermeiden.¹⁶⁶

In eine ähnliche Richtung steuern weitere aktuelle Literaturmeinungen zu einem modernen Kapitalschutz.¹⁶⁷ Eine grundlegende Deregulierung der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften führe dann nicht zu einer signifikanten Reduzierung des Gläubigerschutzes, wenn der Rechtsverkehr über die möglichen Unzulänglichkeiten des Schuldnerkapitals informiert ist.¹⁶⁸ Wenn der Rechtsverkehr also aufgrund umfassender Deregulierung kein Mindesthaftkapital erwarten darf, wird er Vorkehrungen treffen, sich für den Ausfall zu wappnen. Diese Meinung ist insofern auf einer Linie mit der wachsenden Literaturmeinung, die das Mindeststammkapital der GmbH auf ein „Eintrittsgeld“ reduziert sieht, da eine signifikante Absicherung der Gläubiger des Unternehmens mit EUR 25.000 nicht zu erzielen sei.¹⁶⁹

Die Aufstellung der Einzelabschlüsse auch kleiner Gesellschaften nach IFRS würde zudem die Jahresabschluss-Adressaten und damit die aktuellen und zukünftigen Gläubiger eines Unternehmens zumindest zum Zeitpunkt der Veröffentlichung – mit einer gewissen Rückschaukomponente aufgrund des Veröffentlichungsverzugs – in die Lage versetzen, sich ein Bild von der bilanziellen Überschuldungssituation und der Liquidität (mittels der zu veröffentlichenden Kapitalflussrechnung nach IAS 7) des Schuldners zu machen. In der Folge steht eine Stärkung des Gläubigerantragsrechts, welches die Insolvenzantragspflicht (nicht das Recht!) des Schuldners überflüssig machen würde.¹⁷⁰ Die Dauer des Kampfes um die Fortführung des Unternehmens vor Insolvenzanmeldung würde so durch den Markt bestimmt, in diesem Fall durch die individuellen Ziele der betroffenen Gläubiger, und wäre nicht mehr an das starre Korsett der gesetzlichen Antragspflicht gebunden.

Eine der Wirkung nach vergleichbare – da ebenfalls den antragsverzögernden Interessenkonflikt beim Insolvenzschuldner lösende – Alternative böte auch die gesetzliche Ausgliederung der Entscheidung über eine verpflichtende Antragsstellung auf eine vom Schuldner unabhängige öffentliche Institution, welche anhand objektiver Kriterien die Finanzverfassung zu beurteilen hätte. Anstelle eines vollständigen Verzichts auf eine Antragspflicht würde diese Verpflichtung abgewandelt in die Pflicht zur (regelmäßigen) Offenlegung rele-

¹⁶⁶ *Fastrich*, DStR 2006, 656, (663).

¹⁶⁷ *Bayer*, ZGR 2007, 220, (220 ff).

¹⁶⁸ *Bayer*, ZGR 2007, 220, (233 f); Das Informationsungleichgewicht als Grund der Missachtung einer eingetretenen Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund sieht auch *Rittscher*, Cash-Management-Systeme in der Insolvenz, S. 55.

¹⁶⁹ *H.-P. Westermann* in: Scholz GmbHG, § 5a, Rn. 8 f; *Bayer*, ZGR 2007, 220, (229); *Fastrich*, DStR 2006, 656, (657).

¹⁷⁰ *Hirte*, ZGR 2008, 284, (293).

vanter Trend-Faktoren der Finanzverfassung, die sodann anhand anerkannter Rating-Methoden analysiert würden, ohne dass dabei für dritte Geschäftspartner des Unternehmens die intensivere Beobachtung der Sanierungsbemühungen – mitsamt den negativen Reputationseffekten im Markt – offenbar würde.¹⁷¹ Das wesentliche Augenmerk wäre dabei darauf zu richten, ob eine ausreichende Profitabilitätsverbesserung in angemessener Zeit erreichbar ist oder ob die weitere Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs nur zusätzliches Kapital vernichtet. Sind die Sanierungsbemühungen der Geschäftsleitung erfolgreich, wird die Beobachtung nach angemessener Frist wieder eingestellt. Andernfalls steht zu vermuten, dass die unabhängige Stelle die letztendliche Antragsentscheidung zu einem effizienteren Zeitpunkt treffen wird, als die zum Teil eventuell „betriebsblinde“ Unternehmensleitung.

D. Gläubigergruppen im Insolvenzverfahren

Im Falle der erfolgreichen Eröffnung des Hauptverfahrens auf Antrag teilen sich die beteiligten Parteien in fünf Gruppen, im Wesentlichen bestimmt durch ihre gesellschaftsrechtliche Stellung zum insolventen Schuldner sowie ihre individuelle Sicherungsposition. Hieraus leiten sich für den gestaltend involvierten Insolvenzschuldner unterschiedliche Strategien ab, mit dem Ziel eines vorteilhaften Interessenausgleichs. Neu im Zusammenhang mit der ESUG-Novelle kann – sofern dieses nicht zu unverhältnismäßigen Kosten und Verfahrensverzögerungen führt – eine bereits frühzeitigere Organisation dieser Gläubigergruppen durch die Formierung eines vorläufigen Gläubigerausschusses erfolgen.¹⁷²

Die Anmeldung und erfolgreiche Eintragung der von den Gläubigern vorgebrachten und zu belegenden Forderungen zur Tabelle hat Urteilscharakter auch hinsichtlich der Rangqualifikation der Forderung.¹⁷³ Ein etwa einmal anerkanntes, echtes Dritt-Darlehen kann nicht nachträglich durch Widerspruch in ein nachrangiges Gesellschafter-Darlehen umqualifiziert werden. Konsequenterweise sind bereits in diesem frühen Stadium der Insolvenz wesentliche Weichen zu stellen.

Überlegungen zu einer optimalen Gestaltung der Gesellschafterhaftung muss damit die Klassifizierung der unterschiedlichen Formen der Teilhabe der Gläubiger im Verfahren vorausgehen.

¹⁷¹ *Tashiro* in: Schulze/Braun Insolvenzjahrbuch 2007, S. 25 – Der Ansatz von Tashiro sei hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt, ohne auf die enormen Schwierigkeiten einer praktischen Umsetzung des Ansatzes einzugehen, die einer verbreiteten Aufnahme des Gedankens auch bisher im Wege stehen.

¹⁷² *Mönning/Schweizer* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 27, Rn. 16; *Böhm* in: Braun InsO, § 22a, Rn. 1; *Römermann*, NJW 2012, 645, (647).

¹⁷³ *Smid*, DZWIR 2005, 364, (369); *Ringstmeier* in: Beck/Dempré Praxis der Insolvenz, § 11, Rn. 121; *Frege/Keller/Riedel*, Handbuch der Rechtspraxis - Band 3 Insolvenzrecht, Teil 3, Rn. 1040b.

I. Aussonderungsberechtigte Gläubiger

Die stärkste Gläubigerposition im Insolvenzverfahren bietet die Aussonderungsberechtigung der Forderung, sowie die dem gleichgestellte Ersatzaussonderungsberechtigung. Aussonderungsberechtigte Vermögensgegenstände sind nicht Teil des schuldnerischen Vermögens; die Gläubiger nehmen somit hinsichtlich dieser Forderungen nicht am Insolvenzverfahren teil, sind jedoch gezwungen, diese Rechtsposition gegenüber dem Insolvenzverwalter nachzuweisen.¹⁷⁴ Die Aussonderung von nicht zum Schuldnervermögen – und damit nicht zur Insolvenzmasse gemäß § 35 InsO – gehörenden Vermögens dient der Bereinigung der Insolvenzmasse zur verfahrensrelevanten Ist-Masse und erfolgt möglichst noch vor der eigentlichen Eröffnung des (Haupt-)Verfahrens.

Von rechtspraktischer Bedeutung sind Vereinbarungen von Immobiliarsicherheiten an Grundstücken und den damit zusammenhängenden, wesentlichen Bestandteilen durch Eintragung im Grundbuch sowie hinsichtlich beweglicher Sachen der Eigentumsvorbehalt gemäß § 449 BGB in seinen sämtlichen anzutreffenden Ausgestaltungsformen. Abzugrenzen ist der Eigentumsvorbehalt von der Sicherungsübereignung, die dem Sicherungsnehmer nur ein – schwächeres – Absonderungsrecht gewährt.¹⁷⁵ Auch der Verkauf von Forderungen durch sog. *echtes Factoring* begründet ein Aussonderungsrecht.¹⁷⁶

Gerade die umfassend durchgesetzte Vereinbarung verlängerter Eigentumsvorbehalte in Lieferantenverhältnissen führt im Zuge der Weiterverarbeitung regelmäßig zur Kollision konkurrierender Rechte. Die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung gemäß 138 Abs. 1 BGB kann die Folge sein, wenn der Vorbehaltsverkäufer die Geltung der Vereinbarung nicht auf den ursprünglichen Betrag seiner Verkaufsforderung begrenzt hat. In der Praxis sind die so begründeten Eigentumsverhältnisse an Vorräten und Forderungen des Schuldners zumeist jedoch nur mit außer Verhältnis stehendem Aufwand des Insolvenzverwalters zu ermitteln, dessen Kosten jedoch der aussonderungsberechtigte Gläubiger zu tragen hat.¹⁷⁷

Das Verfahren der gläubigerseitigen Poolbildung aller aussonderungsberechtigten Forderungen durch Bestellung eines Generalbevollmächtigten und die gemeinsame Geltendmachung gegenüber dem Schuldner entlastet den Verwalter und strafft das Verfahren.¹⁷⁸

¹⁷⁴ *Ganter* in: MünchKommInsO, § 47, Rn. 5; *Ringstmeier* in: Beck/Dempré Praxis der Insolvenz, § 11, Rn. 84; *Riering* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 31, Rn. 30 f.

¹⁷⁵ *Riering* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 32, Rn. 126 ff; *Ganter* in: MünchKommInsO, § 47, Rn. 53.

¹⁷⁶ BGH, NJW-RR 2010, 558, (559); *Bäuerle* in: Braun InsO, § 47, Rn. 54.

¹⁷⁷ *Bäuerle* in: Braun InsO, § 47, Rn. 7 f; *Becker* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 171, Rn. 4.

¹⁷⁸ *Brinkmann* in: Uhlenbruck, § 51, Rn. 50; *Bäuerle* in: Braun InsO, § 47, Rn. 13; *Breuer* in: MünchKommInsO, § 223, Rn. 23 f.

Festzuhalten ist, dass die Aussonderungsberechtigung im Falle der wirksamen Begründung und der Werthaltigkeit der Sicherungsgüter, die vollständige Befriedigung der Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners sicherstellt. Die Nichtteilnahme am Insolvenzverfahren begründet jedoch nicht in allen Fällen die umfassende Verfügungsfreiheit der betreffenden Gläubiger. Die Notwendigkeit der Kooperation mit dem Insolvenzverwalter begründet sich im Falle der Sicherung durch Eigentumsvorbehalt einerseits in dem vorgeschriebenen Verfahren des *Forderungs-Poolings* wie auch aus der Berechtigung des Insolvenzverwalters, sein Besitzrecht an dem Sicherungsgut im äußersten Fall gemäß § 107 Abs. 2 InsO bis zum Berichtstermin wahrzunehmen,¹⁷⁹ also selbst dann, wenn klar ist, dass eine endgültige Bewirkung der Gegenleistung aus der Insolvenzmasse nicht erfolgen kann. Eine kooperative Gangart in der Verhandlung mit dem Insolvenzverwalter ist also auch dieser – vermeintlich unbetroffenen – Gläubigergruppe dringend anzuraten.

Neben einer rein dogmatisch zu begründenden Neuabgrenzung¹⁸⁰ des Begriffs der Insolvenzmasse gegenüber dem ehemals geltenden Begriff der Konkursmasse, finden sich im novellierten Recht keine materiellen Regelungsunterschiede zu § 43 KO, womit weiterführende Erörterungen an dieser Stelle unterbleiben können.

II. Absonderungsberechtigte Gläubiger

Obwohl die §§ 49, 50 InsO inhaltlich den Regelungen der §§ 47, 48 KO entsprechend¹⁸¹ den Personenkreis der absonderungsberechtigten Gläubiger eingrenzen, findet sich in der novellierten Beteiligung der absonderungsberechtigten Forderungen am Insolvenzverfahren doch eine der wesentlichen Änderungen des neuen Rechts.¹⁸² Der so gesicherte Gläubiger kann zwar weiterhin seine Forderung aus unbeweglichen Gegenständen außerhalb des Insolvenzverfahrens betreiben und Forderungen aus beweglichen Gegenständen primär durch den Insolvenzverwalter zu seinen Gunsten verwerten lassen, ist jedoch gemäß § 170 InsO verpflichtet, den pauschalierten Aufwand für Feststellung und Verwertung zzgl. eventuell entstehender Umsatzsteuerforderungen zugunsten der Masse

¹⁷⁹ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 858; *Brinkmann* in: Uhlenbruck, § 51, Rn. 50.

¹⁸⁰ Während die KO die Konkursmasse als die Ist-Masse definierte, bezeichnet die Insolvenzmasse nun die Soll-Masse aus der aussonderungsberechtigte Gegenstände noch zu entfernen sind. Siehe *Ganter* in: MünchKommInsO, § 47, Rn. 4.

¹⁸¹ *Bäuerle* in: Braun InsO, § 49, Rn. 1; *Leithaus* in Andres/Leithaus InsO Kommentar, § 49, Rn. 1; *Ganter* in: MünchKommInsO, § 49, Rn. 2.

¹⁸² *Leithaus* in Andres/Leithaus InsO Kommentar, § 49, Rn. 1; *Ganter* in: MünchKommInsO, § 49, Rn. 2; *Kießner* in: Braun InsO, Einf., Rn. 23.

auszugleichen.¹⁸³ Diese Kostenbeteiligung der absonderungsberechtigten Gläubiger und das vorrangige Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters gemäß §§ 165, 166 InsO werden in der Literatur, dem gesetzgeberischen Gedanken folgend, als förderlich für die Erreichung der kritischen Masse für eine Verfahrenseröffnung angesehen.¹⁸⁴ Grundpfandgläubiger sind von dieser Kostenbeteiligung gemäß § 49 InsO grundsätzlich ausgenommen, es sei denn sie entscheiden sich aus wirtschaftlichen Gründen für eine freihändige Verwertung durch den Insolvenzverwalter, wodurch ebenfalls ein Verwertungszuschlag zugunsten der Masse fällig wird.¹⁸⁵

Ist der absonderungsberechtigte Gläubiger durch ein dingliches Recht an einem unbeweglichen Gegenstand gesichert, so bestimmen sich seine Verwertungsrechte nach § 49 InsO i.V.m. §§ 10-14 ZVG, also gemäß der außerhalb des Insolvenzverfahrens geltenden Rangfolge der Befriedigung berechtigter Gläubiger. Zu beachten ist, dass von der gesetzlich vorgegebenen Rangfolge auch im Insolvenzverfahren nicht dispositiv abgewichen werden kann. Gesicherte Gläubiger, die nach Entrichtung der Feststellungs- und Verwertungskosten an die Masse und der Befriedigung im Rang vor ihnen stehender Gläubiger mit ihrer Forderung ganz oder teilweise ausfallen, können den ausgefallenen Teil ihrer Forderung als Insolvenzgläubiger zur Tabelle anmelden.¹⁸⁶

Die darin liegende Durchbrechung des Grundsatzes *par condicio creditorum* ist jedoch nur vordergründig. Tatsächlich entspricht die nur teilweise bevorrechtigte Befriedigung nachrangiger Sicherungsnehmer der Qualität ihres Sicherungsrechts zum Zeitpunkt der Gewährung durch den Sicherungsgeber. Der Sicherungsnehmer hat schließlich – redliches Gebaren des Schuldners vorausgesetzt – von der Nachrangigkeit gegenüber weiteren, bereits im Grundbuch eingetragenen Gläubigern Kenntnis nehmen können.

Die absonderungsberechtigten Gläubiger sind nun auch in der Gläubigerversammlung voll stimmberechtigt, was kritisch gesehen wird, da die so gesicherten Gläubiger vornehmlich an einer schnellen und effizienten Verwertung interessiert sind, anstatt an einer Maximie-

¹⁸³ Dithmar/Schneider in: Braun InsO, § 171, Rn. 2; Leithaus in Andres/Leithaus InsO Kommentar, § 171, Rn. 1; Brinkmann in: Uhlenbruck, § 171, Rn. 1.

¹⁸⁴ Leithaus in Andres/Leithaus InsO Kommentar, § 171, Rn. 1; Paulus, DSStR 2004, 1568, (1569); Wellensiek, BB 2000, 1, (2).

¹⁸⁵ Becker in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 171, Rn. 1; Zeuner, NJW 2007, 2952, (2956); Wellensiek, BB 2000, 1, (4).

¹⁸⁶ Markgraf, Der Grundsatz *par condicio creditorum* im Spannungsverhältnis zu der strafprozessualen Vermögensabschöpfung, S. 35; Stöber in: Stöber, § 10, Rn. 1.5; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 978.

rung der gesamten Insolvenzquote.¹⁸⁷ Um zu verhindern, dass die üblicherweise summenmäßig beherrschenden Banken gemäß § 57 InsO den unabhängigen Insolvenzverwalter gegen eine Person Ihrer Wahl ersetzen und damit die verbleibenden Gläubiger benachteiligen, sieht § 57 InsO Satz 2 vor, dass für die diesbezügliche Beschlussfassung nicht nur die Summenmehrheit des § 76 InsO notwendig ist, sondern zudem auch die Kopfmehrheit der an der Gläubigerversammlung teilnehmenden Gläubiger.¹⁸⁸ Den absonderungsberechtigten Gläubigern bleibt jedoch für den Fall, dass keine Einigung mit Insolvenzverwalter und Gläubigerversammlung über die Verwertung erzielt werden, die Möglichkeit, einen Vollstreckungstitel in die Insolvenzmasse zu erwirken. Passivlegitimiert ist in diesem Fall der Insolvenzverwalter als Vertreter der Insolvenzmasse.¹⁸⁹

III. Massegläubiger

Eine Sonderstellung innerhalb der Rangfolge der Gläubigergruppen der insolventen Gesellschaft nehmen die Massegläubiger ein. Hierbei handelt es sich um diejenigen Gläubiger, die ihre Forderung gegenüber der schuldnerischen Vermögensmasse erst nach Eröffnung des vorläufigen Verfahrens und damit unter Genehmigung durch den Insolvenzverwalter erlangt haben und daher trotz möglicherweise fehlender absonderungsberechtigender Sicherung nicht zu den Insolvenzgläubigern gemäß § 38 InsO gehören.¹⁹⁰ Ihre damit bevorrechtigte Behandlung im Verfahren begründet sich mit der besonderen Bedeutung, die diese Personen in der Verfahrensdurchführung einnehmen. Wirtschaftlich rational agierende Unternehmen würden sich kaum bereitfinden, die verfahrensnotwendigen Transaktionen – beispielsweise zwecks erhaltender Fortführung des schuldnerischen Unternehmens vor einem Betriebsübergang – mit einem augenscheinlich insolventen Schuldner durchzuführen, wenn nicht die vollständige Befriedigung ihrer Neu-Forderungen sichergestellt ist.¹⁹¹

Zur Lösung dieser Problematik verweist das Insolvenzrecht die in Kenntnis der Insolvenz mit der schuldnerischen Vermögensmasse kontrahierenden Personen nicht an das gerichtliche Anmeldeverfahren im Vorfeld der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung,

¹⁸⁷ *Delhaes* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 74, Rn. 11; *Zeuner*, NJW 2007, 2952, (2955 f); *Wellensiek*, BB 2000, 1, (5).

¹⁸⁸ BGH, ZIP 2003, 1613, (1613); *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (2).

¹⁸⁹ BT-Drs. 12/2443, S. 136; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 39; *Schreiber/Flitsch*, BB 2005, 1173, (1179).

¹⁹⁰ *Jarchow* in: HambKomm InsO, § 53, Rn. 3; *Klopp/Kluth* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 53, Rn. 1 f; *Becker*, Insolvenzrecht, Rn. 273.

¹⁹¹ *Bornemann* in: FK-InsO, § 53, Rn. 1; *Klopp/Kluth* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 53, Rn. 1; *Lohmann* in: HK-InsO, § 53, Rn. 5.

sondern bewahrt ihre Vollstreckungsbefugnis.¹⁹² Da eine Verfahrenseröffnung nur dort erfolgt, wo die Deckung der Massekosten sichergestellt ist, wird für die Massegläubiger damit eine vollständige Befriedigung erreicht. Abseits von Großverfahren bei denen durch eine fortgesetzt professionelle finanzwirtschaftliche Planung die Sicherung der zu begründenden Masseverbindlichkeiten unzweifelhaft ist, ist dennoch im Geschäftsverkehr mit insolventen Gesellschaften die Leistung auf Vorkasse¹⁹³ die Regel.

IV. Insolvenzgläubiger

Diese Personengruppe stellt die eigentliche Masse der verfahrensbeteiligten Gläubiger. Ihrer Behandlung im Verfahren der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung kommt daher besonderes Gewicht bei der Gestaltung des gesetzlichen Insolvenzverfahrens zu.¹⁹⁴ Umfasst sind all jene Gläubiger die hinsichtlich ihrer vor Insolvenzantragstellung begründeten Forderungen weder über ein Aus- noch ein Absonderungsrecht verfügen und keine nachrangigen Gläubiger im Sinne des § 39 InsO sind. Die gesetzliche Vermutung bewirkt im Zweifel die Klassifizierung eines nicht eindeutig zuzuordnenden Gläubigers als Insolvenzgläubiger.¹⁹⁵

Die Anknüpfung des Gesetzes an die „persönlichen Gläubiger“ qualifiziert diejenigen Gläubiger zu Insolvenzgläubigern, denen der Insolvenzschuldner bei Vertragsschluss ausschließlich konkurrierende Sicherung aufgrund persönlicher Haftungsverpflichtung mit seinem Gesamtvermögen zugesagt hat.¹⁹⁶ Die eigentlich bezweckte scharfe Trennung zwischen den aus- und absonderungsberechtigten Gläubigern, also den dinglich gesicherten Gläubigern und den rein persönlich gesicherten Gläubigern, wird aufgrund des Einzugs moderner Formen von Sicherungsinstrumenten¹⁹⁷ inzwischen als überkommene Grenzziehung kritisiert.¹⁹⁸ Infolge umfassender absonderungsberechtigender Sicherungspositionen sowie der Berücksichtigung der zu entrichtenden Kostenpauschalen im Rah-

¹⁹² *Lohmann* in: HK-InsO, § 53, Rn. 6; *Bornemann* in: FK-InsO, § 53, Rn. 11; *Becker*, Insolvenzrecht, Rn. 275.

¹⁹³ Auch bereits im unmittelbaren Vorfeld einer sich abzeichnenden KMU-Insolvenz ist zudem die gläubigerseitige Beschränkung jeder Leistungsbereitschaft auf im Rahmen des § 142 InsO privilegierte Bargeschäfte die Regel.

¹⁹⁴ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 21; *Bornemann* in: FK-InsO, § 38, Rn. 1; *Markgraf*, Der Grundsatz par conditio creditorum im Spannungsverhältnis zu der strafprozessualen Vermögensabschöpfung, S. 27.

¹⁹⁵ *Bornemann* in: FK-InsO, § 38, Rn. 2; *Ehricke* in: MünchKommInsO, § 38, Rn. 6; *Andres* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 38, Rn. 2.

¹⁹⁶ *Ehricke* in: MünchKommInsO, § 38, Rn. 10; *Bäuerle* in: Braun InsO, § 38, Rn. 1; *Bornemann* in: FK-InsO, § 38, Rn. 9.

¹⁹⁷ So können nicht-dingliche Verschaffungsansprüche aus Treuhandverhältnissen auch zur Aussonderung berechtigen. Vgl. *Ehricke* in: MünchKommInsO, § 38, Rn. 11.

¹⁹⁸ *Grundlach/Frenzel/Schmidt*, DZWIR 2001, 95, (96); *Ehricke* in: MünchKommInsO, § 38, Rn. 11.

men von Feststellung und Verwertung durch Vereinbarung einer begrenzten Übersicherung, entsprechen sich die Rechte der beiden Gläubigergruppen bei wirtschaftlicher Betrachtung weitgehend. Daraus jedoch ein Reformbedürfnis zu folgern und die Begrenzung der Nutzung umfassender Kreditsicherheiten zu fordern, würde das Funktionieren der Kapitalversorgung der Unternehmen dem Wunsch nach dogmatisch schärferer Trennung opfern. Schließlich sind es gerade die Kreditinstitute aller Art, die von der Gruppe der Aussonderungsberechtigten Gläubiger in die häufig befriedigungsschwache Gruppe der Insolvenzgläubiger verschoben würde. Da allgemein anerkannt ist, dass eine Abkehr von einer interessengerecht angewendeten Abgrenzung der Gläubigergruppen das Spiel mit dem Feuer der Insolvenzsicherheit von Kreditsicherheiten bedeutete und die aktuelle gesetzliche Regelung zudem nicht zu nennenswerten Problemen in der Rechtsanwendung führt,¹⁹⁹ beschränken sich die Überlegungen der Jurisprudenz auf Vorschläge *de lege ferenda*. Jegliche Verunsicherung der betroffenen Rechtskreise hinsichtlich der Insolvenzsicherheit dieser Sicherungsinstrumente würde vermutlich umgehend in eine Ausdehnung der qualitativen Kreditsicherungsanforderungen und damit einer wirtschaftsschädlichen Verknappung der Kapitalverfügbarkeit münden.

V. Nachrangige Gläubiger

Der Kreis der Gläubiger nachrangiger Forderungen umfasst zusammenfassend sämtliche Personen, die nicht einer der vier vorgenannten Gruppen unterliegen. Ihre Forderungen werden grundsätzlich erst dann bedient, wenn sämtliche Forderungen nicht-nachrangiger Gläubiger vollständig befriedigt wurden. § 39 InsO beteiligt diese Gläubiger zwar – anders als noch die Konkursordnung – grundsätzlich am Insolvenzverfahren, schränkt jedoch ihre Rechte im Verfahren und den Gläubigerorganen weitgehend ein. So sind die Gläubiger nachrangiger Forderungen zum Beispiel teilnahmeberechtigt in der Gläubigerversammlung, jedoch dort nicht stimmberechtigt (§ 77 Abs. 1 Nr. 2 InsO).²⁰⁰ Wesentliche Forderungsklassen sind dabei neben nicht privilegierten Gesellschafterforderungen²⁰¹ nach Verfahrenseröffnung entstandene Zins- und Säumnisforderungen, die Kosten der Teilnahme am Verfahren sowie Geldstrafen, -bußen, Ordnungs- und Zwangsgelder, wobei zu beachten ist, dass diese Rückstufung nicht für rechtmäßig erlassene Steuersäumniszuschläge gilt.²⁰²

¹⁹⁹ So wird argumentiert, dass die Abgrenzung der aussonderungsberechtigten Gläubiger um die sog. lediglich obligatorisch aussonderungsberechtigten zu erweitern ist. Siehe *Grundlach/Frenzel/Schmidt*, DZWIR 2001, 95, (97); *Ehricke* in: MünchKommInsO, § 38, Rn. 11.

²⁰⁰ *Hess*, Insolvenzrecht, Rn. 803; *Preß* in: HambKomm InsO, § 77, Rn. 2; *Schmitt* in: FK-InsO, § 77, Rn. 5.

²⁰¹ Siehe Teil 2.B.II.2.

²⁰² *Hess*, Insolvenzrecht, Rn. 802a; *Eickmann* in: HK-InsO, § 39, Rn. 7 ff; *Lüdtko* in: HambKomm InsO, § 39, Rn. 5 ff.

Die Neuregelung durch die Insolvenzrechtsnovelle bleibt jedoch weit überwiegend ohne tatsächliche Relevanz, da augenscheinlich auf dieser Ebene keine zu verteilende Vermögensmasse mehr vorhanden sein wird. Falls nämlich ausreichendes Schuldnervermögen vorhanden gewesen wäre, um sämtliche nicht-nachrangige Gläubiger der Gesellschaft vollständig zu befriedigen, wäre der Eröffnungsantrag aufgrund bilanzieller Überschuldung seitens des Gerichts abzulehnen gewesen. Zudem erschiene die Antragspflicht aufgrund Zahlungsunfähigkeit fragwürdig, da eine solcherart bilanziell gesunde Gesellschaft regelmäßig über ausreichende Kreditwürdigkeit zur Beschaffung liquider Mittel verfügen würde.

E. Exkurs: Forum-Shopping

Mit dem fortschreitenden Zusammenwachsen des europäischen Binnenmarktes einerseits und der Globalisierung des Wirtschaftsgeschehens andererseits bieten sich grenzüberschreitend operierenden Unternehmen neue Möglichkeiten, unter bestimmten Umständen gestaltend zu beeinflussen, unter Geltung welcher Rechtsordnung als *lex fori concursus* ein Insolvenzverfahren angestrebt werden soll.²⁰³ Das deutsche Insolvenzrecht ist aufgrund der zentralen Ausrichtung auf die möglichst umfassende Gläubigerbefriedigung fundamental anders aufgestellt, als die angelsächsischen Systeme, was auch bereits in den formulierten Zielsetzungen zum Ausdruck kommt. Verlangt § 1 InsO vornehmlich die Gläubiger gemeinschaftlich zu befriedigen, will beispielsweise das amerikanische Reorganisationsrecht nach Chapter 11 BC den *fresh start*²⁰⁴ des insolventen Unternehmens befördern. Je nach verfolgter Agenda der Gesellschafter und Schuldner des insolventen Unternehmens drängt sich der Wettbewerb zwischen den einzelnen Rechtsordnungen geradezu auf. Äußerst fraglich erscheint vor diesem Hintergrund nicht nur, ob solche Standortunterschiede durch die in der Literatur²⁰⁵ vereinzelt geforderte aktive Bewerbung des deutschen Insolvenzstandorts überhaupt nivelliert werden können. Vielmehr muss man sich die Frage stellen, ob ein solcher Wettbewerb überhaupt wirksam begrenzt werden kann, wenn er nicht sogar – auch ohne nur die Interessen der Gesellschafter im Blick zu haben – zu begrüßen ist.

Die größere Vielfalt möglicher Sanierungsinstrumente²⁰⁶ in der Insolvenz, die relative Unabhängigkeit vom Insolvenzgericht und der umfassende Einfluss auf die Auswahl des zu

²⁰³ Andres/Grund, NZI 2007, 137, (138); Knof, ZInsO 2007, 629, (630 f); Liersch, NZI 2003, 302, (304).

²⁰⁴ Smid, BB 1999, 1, (1); Zur geschichtlichen Einordnung der Entwicklung siehe Paulus, ZGR 2005, 309, (313).

²⁰⁵ Vallender, NZI 2007, 129, (137).

²⁰⁶ Zum in diesem Zusammenhang häufig diskutierten *debt-equity-swap* siehe Teil 2.C.I.4.b).

bestellenden Insolvenzverwalters werden als gewichtige Argumente für eine gestaltende Umsiedlung der Gesellschaft – häufig in den Geltungsbereich der englischen Rechtsordnung – gesehen.²⁰⁷ Auch kennt das dortige Insolvenzrecht keine dem deutschen Insolvenzregime vergleichbaren starren Fristen der Stellung eines Insolvenzantrages (section 124 Insolvency Act 1986, im Falle des regelmäßigen *compulsory winding up*), was für die Schuldner-Unternehmen vorteilhaft sein kann, da so mit einem größeren Spielraum gestaltet werden kann. Dabei steht nicht schlicht das größere Zeitfenster im Vordergrund, sondern die generelle Verschiebung des Fokus der Beteiligten Entscheidungsträger weg von dem potentiell haftungsbegründenden Fristenplan und hin zu einer Evaluierung der Sanierungsprognose. Grundsätzlich finden sich im englischen Insolvenzrecht ansonsten jedoch durchaus die Entsprechungen der bekannten deutschen Verfahrensarten. Neben der übertragenden Sanierung gleichenden *administration* (Section 10 Insolvency Act 1986) sowie dem *company voluntary arrangement* (Section 1 Insolvency Act 1986) als dem Pendant des Insolvenzplanverfahrens existieren weitere Subformen dieser beiden Verfahrensarten. Letztlich ist bisher schlicht in den nicht unerheblichen administrativen Kosten der Standortverlagerung, die vor allem kleine und mittlere Unternehmen in der Krise bereits finanziell überfordern würden, der Grund zu verorten, dass die praktische Umsetzung doch noch den Ausnahmefall darstellt. Obwohl auch die englische Systematik nicht ohne Kritiker²⁰⁸ ist, existieren doch einige gewichtige Stimmen in der deutschen Literatur,²⁰⁹ die den starren Fristenplan des deutschen Rechts als „Sanierungsbremse“ erkennen.

Nicht zu unterschätzende Bedeutung kommt auch der größeren Vertrautheit der im Rahmen von *distressed debt investments* an Krisengesellschaften beteiligten Finanzinvestoren mit der Rechtssystematik des angelsächsischen Raumes zu.²¹⁰ Dies ist einerseits damit zu begründen, dass die Möglichkeiten vorinsolvenzlicher Kapitalrestrukturierungen im Geltungsbereich der angloamerikanischen Rechtsordnungen deutlich ausgeprägter sind. Andererseits ist diese Tatsache auch schlicht Ergebnis historischer Entwicklung und Fokussierung der globalisierten Finanzindustrie. Der Ablauf einer solchen „Flucht“ vor dem deutschen Insolvenzstatut läuft dabei in der Praxis zumeist gleichförmig ab. § 4a Abs. 1 GmbHG und § 5 Abs. 1 AktG legen unisono fest, dass der Sitz der Kapitalgesellschaft im Inland belegen sein muss. Die Sitzverlagerung ins Ausland kraft Gesellschaftsvertrag zieht somit grundsätzlich die Auflösung der Gesellschaft nach sich. Die Umsetzung eines den

²⁰⁷ Paulus, NZI 2008, 705, (707); Schröder in: Schulze/Braun Insolvenzjahrbuch 2008, S. 24; Vallender, NZI 2007, 129, (131); R.Paulus., DZWIR 2008, 6, (6).

²⁰⁸ Vallender, NZI 2007, 129, (130); Andres/Grund, NZI 2007, 137, (142); Schilling, DZWIR 2006, 143, (149).

²⁰⁹ Hirte in: Schulze/Braun Insolvenzjahrbuch 2009, S. 11; Hirte, ZInsO 2008, 146, (147); Knof/Mock GmbHR 2007, 852, (857 f).

²¹⁰ Meyer-Löwy/Bruder, GmbHR 2012, 432, (433); Paulus, NZI 2008, 705, (709); Vallender, NZI 2007, 129, (131).

Umzug bezweckenden Gesellschafterbeschlusses scheidet im Falle der krisenbefangenen Gesellschaft an der Notwendigkeit der ordentlichen Liquidation der Gesellschaft gemäß §§ 60 ff GmbHG, da insoweit keine umfassende Befriedigung sämtlicher Forderungen gegen die Gesellschaft möglich ist. Infolge der in diesem Teil der Arbeit zu thematisierenden Entwicklung von der Sitztheorie hin zur europäischen Gründungstheorie kann jedoch bei Beibehaltung des statutorischen Sitzes am Gründungsort die gesamte Geschäftstätigkeit an einen anderen Ort innerhalb der europäischen Union verlagert werden,²¹¹ der fortan örtlich über das Insolvenzstatut entscheidet. Alternativ und nicht mit den vorgenannten Schwierigkeiten behaftet ist die Einbringung der Vermögenswerte und Schulden der Kapitalgesellschaft in eine KG bei Reduzierung der Kapitalgesellschaft auf die Funktion der Verwaltungsgesellschaft und Komplementärin der KG. Dieser KG tritt folgend eine zu gründende *Ltd* bei, worauf die Alt-Gesellschafter (Komplementärin und sämtliche Alt-Kommanditisten) austreten. Die KG erlischt aufgrund des Verbleibens nur eines Gesellschafters, auf den die Vermögenswerte und Schulden der erloschenen Gesellschaft kraft Gesetz übergehen.²¹²

Obwohl der europäische Ordnungsgeber mit Erlass der EuInsVO die Intention hatte, der gestaltenden Verlagerung des unternehmerischen Verwaltungssitzes, dem so genannten *centre of main interest (COMI)*²¹³, entgegenwirken zu wollen,²¹⁴ bleibt das Interesse der betroffenen Rechtskreise unverändert groß.²¹⁵ Dieses Phänomen ist umso beachtlicher, da der gerichtsfeste Umzug des *COMI*, sowie Umwandlung und Unterhalt der britischen *Private Limited Company (Ltd)* in der Praxis mit erheblichen Hürden versehen sind, die im Wesentlichen mit den erheblichen operativen Kosten der Umsetzung sowie dem Bedarf an gesellschaftsrechtlichen Beratungsleistungen zu begründen sind.²¹⁶ Insofern ist doch den vereinzelt Literaturmeinungen²¹⁷ zu widersprechen, die keinen gesteigerten Novellierungsbedarf im deutschen Insolvenzrecht hinsichtlich der gesetzlichen Sanierungsinstrumente sehen. Die wirtschaftliche Realität im Wettbewerb der Rechtssysteme

²¹¹ *J.Mayer* in: MünchKommGmbHG, § 4a, Rn. 16; *Vallender*, ZGR 2006, 425, (427); *Kindler* in: MünchKommBGB, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 370.

²¹² *Vallender*, NZI 2007, 129, (131); *Andres/Grund*, NZI 2007, 137, (139); *R.Paulus.*, DZWIR 2008, 6, (13 f).

²¹³ Art. 3 Abs. 1 EuInsVO.

²¹⁴ Erwägungsgrund 4 zum Erlass der EuInsVO.

²¹⁵ *Paulus*, NZI 2008, 705, (705); *Kindler* in: MünchKommBGB, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 361.

²¹⁶ *Eidenmüller*, NJW 2004, 3455, (3455); *Vallender*, ZGR 2006, 425, (448); *R.Paulus.*, DZWIR 2008, 6, (12).

²¹⁷ So nur *R.Paulus.*, DZWIR 2008, 6, (14).

spricht hier eine deutliche Sprache,²¹⁸ wobei zwar die nun aktive Eingliederung des *Debt-Equity-Swap* in die gesetzlich legitimierten Sanierungsinstrumente durch ESUG herauszustellen ist. Allerdings beschränkt sich diese Möglichkeit in Deutschland weiterhin auf den Bereich des eröffneten Insolvenzverfahrens, während zwingende vorinsolvenzliche Kapitalrestrukturierungen weiterhin versperrt bleiben.

I. Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht

Die am 31. Mai 2002 in Kraft getretene EulnsVO regelt im gesamten Gebiet der Europäischen Union – mit Ausnahme Dänemarks, welches von der *Opt-Out* Möglichkeit Gebrauch gemacht hat²¹⁹ – kollisionsrechtlich das jeweils einschlägige Insolvenzstatut und gilt dabei unmittelbar.²²⁰ In Deutschland wurde bewusst erst im Anschluss an den Erlass der europäischen Verordnung das Gesetz zur Neuordnung des internationalen Insolvenzrechts vom 20. März 2003 in Kraft gesetzt, womit sich die §§ 335 - 358 InsO als dem deutschen internationalen Insolvenzrecht weitgehend an der EulnsVO orientieren. Aufgrund des Anwendungsvorrangs der europäischen Verordnung kommt das originäre deutsche Recht nur im nicht-europäischen Kontext zur Anwendung, während es für Verfahren mit Unions-Bezug nur als vereinfachende Durchführungsbestimmung zu berücksichtigen ist.²²¹ Nicht Gegenstand der EulnsVO ist das Insolvenzrecht mit Bezug auf Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen, da für diese mit der Richtlinie 2001/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. April 2001 sowie der Richtlinie 2001/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2001 eigenständige Richtlinien erlassen wurden.²²²

Art. 4 Abs. 1 EulnsVO und das deutsche internationale Insolvenzrecht (§ 335 InsO) bestimmen aufgrund der größtmöglichen Nähe zum Schuldner als *lex fori concursus* nunmehr einheitlich und mit weltweiter Wirkung das Insolvenzregime des Staates, in welchem das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Insolvenzschuldners eröffnet wird.

Eine wesentliche Ausnahme von diesem Universalitätsprinzip wird gemäß § 336 InsO jedoch bereits für in anderen Ländern belegene unbewegliche Gegenstände gemacht. Das hier zum Ausdruck kommende Belegenheitsprinzip gilt neben dem Immobilienvermögen

²¹⁸ Paulus, ZGR 2005, 309, (324); Morshäuser/Falkner, NZG 2010, 881, (881 ff); Himmelsbach/Achsnick, NZI 2006, 561, (561 ff).

²¹⁹ Erwägungsgründe zur EulnsVO, Abs. 33; Liersch, NZI 2003, 302, (302).

²²⁰ *Commandeur* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, Vorb. zu Art. 102 EGInsO, Rn. 1; Liersch, NZI 2003, 302, (303); Zur Anerkennung auch *Miguens/Esser*, NZI 2011, 277, (277).

²²¹ *Commandeur* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, Vorb. zu Art. 102 EGInsO, Rn. 2; Liersch, NZI 2003, 302, (302).

²²² Westpfahl/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, S. 3; Liersch, NZI 2003, 302, (303) äußert jedoch Kritik, ob diese Umsetzung richtlinienkonform erfolgt ist.

des Insolvenzschuldners auch für im Ausland registrierte Luft- und Seefahrzeuge.²²³ Eine weitere Ausnahme von diesen Grundsätzen kann jedoch in solchen Fällen gegeben sein, da in der überwiegenden Mehrzahl der wesentlichen Schuldverträge der Gesellschaft das Recht eines anderen Mitgliedsstaates vereinbart ist. In diesem Fall erfolgt die Anknüpfung nicht an das Recht des verfahrenseröffnenden Staates, sondern gemäß Rom I VO an das Recht der wesentlichen Verträge der Gesellschaft.²²⁴

Im Regelfall bestimmt sich das anwendbare Recht jedoch somit nach dem Recht des verfahrenseröffnenden Staates. Art. 3 Abs. 1 EulnsVO ordnet dieses demjenigen Mitgliedsland zu, in welchem die Gesellschaft den „Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen“ hat.

1. Von der (Real-)Sitztheorie zur europäischen Gründungstheorie (COMI)

Nach der die (Real-)Sitztheorie ablösenden europäischen Gründungstheorie kommt es gemäß Art. 3 Abs. 1 EulnsVO auf den *COMI* an, also den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners. Dieser Mittelpunkt muss für Dritte erkennbar sein und liegt somit regelmäßig an dem durch das Unternehmen kommunizierten Ort der Ausübung der unternehmerischen Verwaltungsaufgaben.²²⁵ Konsequenterweise stellt Satz 2 der Bestimmung die widerlegbare Vermutung auf, wonach sich der *COMI* am eingetragenen Registersitz der Gesellschaft befindet. Anhand dieser Vermutung jedoch davon auszugehen, dass im Ergebnis die Sitztheorie im europäischen Gewand fortbesteht, ist falsch. Tatsächlich kann die Vermutung ohne größere Schwierigkeiten widerlegt werden, wenn durch Vortrag nachgewiesen wird, dass der tatsächliche Verwaltungssitz an einem anderen Ort belegen ist.²²⁶ Gesellschafter und Geschäftsleitung gewinnen aufgrund ihres überlegenen und regelmäßig ausschließlichen Zugriffs auf vortragsrelevante Unterlagen Gestaltungsspielraum zur Setzung des *COMI*. Hier greift auch die nach wie vor anhaltende Kritik²²⁷ an, welche die Fokussierung der europäischen Gründungstheorie auf die Parteiinteressen der Gesellschafter und – im Umkehrschluss – die Vernachlässigung des Allgemeininteresses an einem einheitlichen Standortrecht des örtlichen Rechtsverkehrs bemängelt.

²²³ *Dahl* in Andres/Leithaus InsO Kommentar, § 336, Rn. 2; *Liersch*, NZI 2003, 302, (304); *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, S. 114.

²²⁴ *Kindler* in: MünchKommBGB, § 336 InsO, Rn. 1; *Undritz* in: HambKomm InsO, § 336, Rn. 1; *Liersch*, NZI 2003, 302, (304).

²²⁵ *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, S. 30 f; *H.-P.Westermann* in: Scholz GmbHG, Anh. § 4a, Rn. 12; *Vallender*, ZGR 2006, 425, (429).

²²⁶ *H.-P.Westermann* in: Scholz GmbHG, Anh. § 4a, Rn. 11 f; *Vallender*, ZGR 2006, 425, (429).

²²⁷ *Knop*, Gesellschaftsstatut und Niederlassungsfreiheit, S. 40; *Vallender*, ZGR 2006, 425, (427); *Eidenmüller*, NJW 2004, 3455, (3459).

Die nunmehr dennoch als weitgehend durchgesetzt zu beurteilende europäische Gründungstheorie stellt das Ergebnis der gesellschaftsrechtlichen Harmonisierungsbestrebungen des EuGH dar. Mit der Entscheidungsfolge zwischen „Centros“²²⁸, „Überseering“²²⁹ und „Inspire Art“²³⁰ im Hinblick auf den Zuzug ausländischer Kapitalgesellschaften sowie zwischen „SEVIC“²³¹ und „VALE“²³² (anders 1988 noch „Daily Mail“²³³) im Hinblick auf den Wegzug hat der EuGH die gesellschaftsrechtlichen Regelungen aller Mitgliedsstaaten dann für unwirksam erklärt, wenn ihr – traditionell die Sitztheorie statuierendes – nationales Gesellschaftsrecht eine Einschränkung der europäischen Niederlassungsfreiheit begründete. Als das wesentliche Anknüpfungsmerkmal des anwendbaren Gesellschaftsrechts ist danach nun der Verwaltungsort, also der tatsächliche Sitz der letztentscheidenden Unternehmensleitung heranzuziehen²³⁴. Vor diesem Hintergrund wurde auch das deutsche Recht hinsichtlich der Fälle mit EU-Mitgliedsstaatenbezug novelliert. Ausgehend von der langjährig herrschenden²³⁵ Sitztheorie führte die Sitzverlagerung einer Gesellschaft nach deutschem Recht ins Ausland zur Auflösung der Gesellschaft im Inland.²³⁶ Mit der Änderung des § 4a GmbHG durch die MoMiG-Novelle ist nun klargestellt worden, dass die Auflösung der Gesellschaft nicht zwangsweise erfolgt, solange der Registersitz im Inland verbleibt und somit nur der Verwaltungssitz verlagert wird.²³⁷

2. Wegweisende Urteile

Ausgangspunkt der heutigen europäischen Rechtslage zu dem hier gegenständlichen gestaltenden Eingriff zur Erlangung eines bevorzugten Insolvenzstatuts bildet hinsichtlich des Zuzugsstatuts die Entscheidung „Centros“²³⁸ des EuGH vom 9. März 1999. Unter der Firma Centros Ltd hatte ein dänisches Ehepaar eine Gesellschaft mit Sitz in England gegründet, ohne dass diese einen Geschäftsbetrieb an diesem Standort aufnahm. Die nachfolgend beantragte Eintragung einer Zweigniederlassung in Dänemark wurde von den dortigen Behörden mit Blick auf die Umgehung der Gründung und Eintragung der Gesell-

²²⁸ EuGH, EuGH Slg. 1999, I-1459.

²²⁹ EuGH, EuGH Slg. 2002, I-9919.

²³⁰ EuGH, EuGH Slg. 2003, I-10155.

²³¹ EuGH, EuGH Slg. 2005, I-10805.

²³² EuGH, DZWIR 2012, 363, (363 ff).

²³³ EuGH, EuGH Slg. 1988, I-5483; *Braun*, DZWIR 2012, 411, (411).

²³⁴ *Undritz* in: HambKomm InsO, Art. 3 EuInsVO, Rn. 9; *Knop*, Gesellschaftsstatut und Niederlassungsfreiheit, S. 39; *Eidenmüller*, NJW 2004, 3455, (3456); *Vallender*, ZGR 2006, 425, (429).

²³⁵ *Vallender*, ZGR 2006, 425, (431); *Knop*, Gesellschaftsstatut und Niederlassungsfreiheit, S. 25 ff; Zur Fortgeltung der Sitztheorie für Fälle ohne EU-Mitgliedsstaatenbezug, BGH, ZIP 2009, 2385, (2385).

²³⁶ *Müller-Driver*, Grenzüberschreitende Restrukturierungen von Kapitalgesellschaften zwischen Deutschland und England, S. 174; *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, S. 5.

²³⁷ *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, S. 260; *Hirte* in: Schulze/Braun Insolvenzjahrbuch 2009, S. 14.

²³⁸ EuGH, EuGH Slg. 1999, I-1459.

schaft mit Hauptsitz in Dänemark abgelehnt.²³⁹ In dieser Ablehnung erkannte schließlich der EuGH einen Verstoß gegen die europäische Niederlassungsfreiheit und leitete das Ende der (Real-)Sitztheorie und damit den gesteigerten Einfluss der Gesellschafter auf das anwendbare Rechtsstatut ein.²⁴⁰

Mit der Entscheidung „Inspire Art“²⁴¹ schließlich wurde die in der Entscheidung „Überseering“²⁴² bereits durch Ablehnung der Einschränkung der primären Niederlassungsfreiheit vorgezeichnete europäische Gründungstheorie des EuGH schließlich vorerst abschließend entwickelt. Die von niederländischen Gesellschaftern gegründete Inspire Art Ltd. wurde aufgrund nicht erkennbaren Geschäftsbetriebs am englischen Registersitz als sog. Scheinauslandsgesellschaft durch das niederländische Registerrecht den nationalen Kapitalaufbringungs- und Gläubigerschutzbestimmungen unterworfen, unter alternativer Wegnahme der gesellschaftsrechtlichen Haftungsbegrenzung.²⁴³ Nach Vorlage des Rechtsstreits erklärte der EuGH die einschlägigen Bestimmungen des niederländischen Gesellschaftsrechts für nicht europarechtskonform und etablierte damit die nun stehende Rechtsprechung, wonach aufgrund der angestrebten Harmonisierung des Gesellschaftsrechts in nationaler Pluralität nationales Gesellschaftsrecht dann nicht einschlägig ist, wenn die Gesellschaft nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates wirksam gegründet wurde. Das nationale Gesellschaftsrecht darf das Recht dieser Gesellschaften, Zweigniederlassungen im Unionsgebiet zu gründen nicht insofern beschränken, als dass diese den statutorischen Anforderungen einer neu gegründeten Muttergesellschaft unterworfen werden oder aber die Anerkennung verweigert wird. Jede Einschränkung dieser Anerkennung wird somit als Beschränkung nun auch der sekundären europäischen Niederlassungsfreiheit erkannt. Der Regelungsgehalt der nationalen Gesellschaftsrechte wird somit nun hinsichtlich der Minimal- und Maximalstandards durch europäisches Recht festgelegt.²⁴⁴

In Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche und insolvenzrechtliche Zulässigkeit des Wegzugs einer Kapitalgesellschaft ist – zunächst unabhängig von der Planung einer gestaltungsintensiven Insolvenz im europäischen Ausland – die Entscheidungsfolge von

²³⁹ *H.-P.Westermann* in: Scholz GmbHG, Anh. § 4a, Rn. 18; *Müller-Driver*, Grenzüberschreitende Restrukturierungen von Kapitalgesellschaften zwischen Deutschland und England, S. 88.

²⁴⁰ *H.-P.Westermann* in: Scholz GmbHG, Anh. § 4a, Rn. 19; *Müller-Driver*, Grenzüberschreitende Restrukturierungen von Kapitalgesellschaften zwischen Deutschland und England, S. 93.

²⁴¹ EuGH, EuGH Slg. 2003, I-10155.

²⁴² EuGH, EuGH Slg. 2002, I-9919.

²⁴³ *H.-P.Westermann* in: Scholz GmbHG, Anh. § 4a, Rn. 22; *Schanze/Jüttner*, Die Aktiengesellschaft 2003, 661, (663).

²⁴⁴ *H.-P.Westermann* in: Scholz GmbHG, Anh. § 4a, Rn. 23; *Schanze/Jüttner*, Die Aktiengesellschaft 2003, 661, (662).

„SEVIC“²⁴⁵ zu „VALE“²⁴⁶ zu berücksichtigen. Im Fall der deutschen SEVIC (Systems AG) sah der mit der luxemburgischen Security Vision Concept SA geschlossene Verschmelzungsvertrag die Auflösung der Security Vision Concept SA ohne gesellschaftsrechtliche Abwicklung sowie die Übertragung ihres Vermögens auf die SEVIC vor. Das AG Neuwied wies den Antrag auf Eintragung der Verschmelzung mit der Begründung zurück, dass gemäß UmwG nur die Verschmelzung von Rechtsträgern mit Sitz in Deutschland zulässig sei. Der EuGH entschied daraufhin, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen den Zusammenwirkungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten entspreche. Sie gehören damit zu den Wirtschaftstätigkeiten, die durch die Niederlassungsfreiheit nach Artikel 43 EG geschützt sind.²⁴⁷

Diese Entscheidung wurde durch die EuGH-Entscheidung VALE vom 12. Juli 2012 erweitert. Die italienische Kapitalgesellschaft VALE (Costruzioni Srl) verlegte ihren Sitz und ihre Tätigkeit nach Ungarn. Nachdem die Gesellschaft im italienischen Handelsregister antragsgemäß gelöscht und als ungarische Kapitalgesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden war, betraf der dem EuGH vorgelegte Rechtsstreit abschließend die Frage, ob eingetragen werden konnte, dass die italienische Vorgängergesellschaft die wirksame Rechtsvorgängerin der ungarischen Gesellschaft sei. Da ein solcher Eintrag bei innerungarischen Umwandlungen möglich ist, hatte dies nach der Entscheidung des EuGH auch bei grenzüberschreitenden Gestaltungen möglich zu sein. Die Verwehrung stelle dann eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit dar.

Zusätzlich konkretisiert hat der EuGH dabei seine Position hinsichtlich der tatsächlichen oder nur statutorischen Sitzverlagerung. Voraussetzung ist danach die „tatsächliche Ansiedlung der betreffenden Gesellschaft und die Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit in diesem Staat“²⁴⁸. Nicht ausreichend ist es daher, wenn ausschließlich eine Verlegung der registergerichtlichen Anmeldung von einem in den anderen Mitgliedsstaat vollzogen wird, die Gesellschaft im Zuzugsstaat jedoch keine wirtschaftliche Tätigkeit (Zweigniederlassung) begründet.²⁴⁹ Nicht jedoch notwendig ist danach die gleichzeitige Verlegung des Verwaltungshauptsitzes (COMI). Dieser im Falle grenzüberschreitender Insolvenzen jedoch erhebliche gerichtsfeste Umzug war in dem zu entscheidenden Fall nicht entscheidungserheblich.

²⁴⁵ EuGH, EuGH Slg. 2005, I-10805.

²⁴⁶ EuGH, DZWIR 2012, 363, (363 ff).

²⁴⁷ *Braun*, DZWIR 2012, 411, (415); Zuvor bereits *H.-P. Westermann* in: Scholz GmbHG, Anh. § 4a, Rn. 12.

²⁴⁸ EuGH, DZWIR 2012, 363, (364 f).

²⁴⁹ *Braun*, DZWIR 2012, 411, (414).

II. Universalitätsprinzip und Ausnahmen

Die EuInsVO und das deutsche internationale Insolvenzrecht streben für länderübergreifende Insolvenzverfahren eine möglichst einheitliche Verfahrensdurchführung unter Herrschaft eines Rechtsstatuts, eines Insolvenzgerichts und eines Hauptverwalters als dem sog. Hauptinsolvenzverfahren an.²⁵⁰ Dieses Universalitätsprinzip erfährt jedoch einige Durchbrechungen in Rücksichtnahme auf die Gläubigerschutzinteressen in den einzelnen Mitgliedsstaaten. Diese vermeintlichen Ausnahmen stellen in komplexen Großverfahren jedoch eher die Regel, denn die Ausnahme dar.²⁵¹

1. Hauptinsolvenzverfahren in Deutschland

Ist gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO oder § 335 InsO die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte über das Vermögen eines Insolvenzschuldners gegeben, entspricht die Verfahrensdurchführung nach dem Willen des Gesetzgebers weitgehend den allgemeinen deutschen Verfahrensgrundsätzen.²⁵² Sind deutsche Gerichte also international zuständig, wird ein Hauptinsolvenzverfahren immer dann eingeleitet, wenn nicht aufgrund anderweitiger ausländischer Verfahrenseröffnung nur ein Partikularinsolvenzverfahren über das Vermögen einer Niederlassung in Frage kommt.²⁵³

Unter deutschem Recht ist dann das gesamte internationale Vermögen Teil der Masse, auch hinsichtlich des Neuerwerbs gelten die deutschen Verfahrensgrundsätze. Die Durchsetzung des Schutzes vor Zwangsvollstreckungen in das schuldnerische Auslandsvermögen kann jedoch nicht zwingend gewährleistet werden, da die weitere Zulässigkeit solcher Maßnahmen nach dem nationalen Zwangsvollstreckungsrecht zu entscheiden ist.²⁵⁴ Obgleich im Interesse einer möglichst unmittelbar eintretenden Rechtssicherheit der insolvenzbetreffenden Parteien weitere kollisionsrechtliche Anknüpfungsmerkmale in den nationalen Rechtsordnungen die Regel sind, soll nach dem Universalitätsprinzip die *lex fori concursus* das Verfahren dennoch möglichst weitgehend beherrschen.²⁵⁵ Davon ausgenommen sind nur einzelne sachenrechtliche Normen, die spezielle Einzelinteressen im Verfahren schützen sollen und durch den Gesetzgeber mit besonders schutzbedürftigen Sozialinteressen begründet wurden. Von diesen Ausnahmen betroffen sind insbesondere

²⁵⁰ Westpfahl/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, S. 9; Cranshaw, DZWIR 2009, 353, (358).

²⁵¹ Liersch, NZI 2003, 302, (303); Westpfahl/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, S. 10, 13.

²⁵² Cranshaw, DZWIR 2009, 353, (358); Westpfahl/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, S. 28.

²⁵³ Westpfahl/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, S. 53; Liersch, NZI 2003, 302, (308).

²⁵⁴ BGH, NJW-RR 2008, 1443, (1443); Undritz in: HambKomm InsO, Art. 3 EuInsVO, Rn. 42; Kammel in: Beck/Dempré Praxis der Insolvenz, § 39, Rn. 22.

²⁵⁵ Lüer in: Uhlenbruck, Vorb. zu §§ 335-358, Rn. 28; Cranshaw, DZWIR 2009, 353, (357).

unbewegliche Gegenstände, Luftfahrzeuge und Schiffe.²⁵⁶ Insbesondere die andersartige Behandlung im Eigentum des Insolvenzschuldners befindlichen Grund und Bodens im Vergleich zu gemieteten Flächen ist m.E. nicht nachvollziehbar mit Sozialinteressen zu begründen. Vielmehr muss unterstellt werden, dass, da es sich bei den betroffenen Vermögenswerten zumeist um eigenständig absolut und relativ zur Insolvenzmasse insgesamt besonders werthaltige Einzelvermögen handelt, der Schutz nationaler Einzelinteressen im Verfahren gewahrt werden sollte.

2. Sekundärinsolvenzverfahren in Deutschland

Verlagert der zukünftige Insolvenzschuldner im hier betrachteten Sinne eines Restrukturierungsorientierten Forum Shoppings den *COMI* dagegen wirksam ins (europäische) Ausland und erreicht vor Ort die Eröffnung eines nach EuInsVO oder deutschem internationalen Insolvenzrecht (§ 356 ff InsO) anerkannten Hauptinsolvenzverfahrens, scheidet die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens in Deutschland aus.²⁵⁷ Liegt eine anerkennungsfähige Verfahrenseröffnung im Zuge eines umfassenden ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens vor, ist für die Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens über die im Inland belegenen Vermögenswerte und Schulden das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes gemäß §§ 17-19 InsO folglich nicht mehr zu prüfen (§ 356 Abs. 3 InsO).²⁵⁸ Gemäß Art. 29 EuInsVO steht das Antragsrecht nicht dem Schuldner, sondern nur dem Hauptinsolvenzverwalter oder einem Gläubiger zu. Das Sekundärinsolvenzverfahren stellt dabei ein reines Liquidationsverfahren dar, die eigenständig gestaltende Sanierung ist ausgeschlossen. Es wird zwar für dieses Verfahren ein eigener Sekundärinsolvenzverwalter vor Ort bestellt, der jedoch nur in enger Abstimmung mit dem Hauptverfahrensverwalter tätig wird.

Für die im Ausland eine Restrukturierung anstrebende Gesellschaft sind in der Eröffnung eines Sekundärverfahrens in Deutschland nur geringe Einflussmöglichkeiten gegeben. Die enge Abstimmung des Sekundärverwalters mit dem Hauptverwalter stellt aber die Herrschaft des Hauptverwalters über die Verfahrensstrategie sicher, womit die Eröffnung des Sekundärverfahrens regelmäßig primär dazu dient, Gestaltungsmöglichkeiten des Hauptverwalters zu sichern und so etwa den Insolvenzbeschluss von im Inland belegenen Ver-

²⁵⁶ *Reinhart* in: MünchKommInsO, Art. 11 EuInsVO, Rn. 4; *Undritz* in: HambKomm InsO, § 336, Rn. 1; *Liersch*, NZI 2003, 302, (304 f).

²⁵⁷ Die Anerkennung wird nur verweigert, wenn die Zuständigkeit der ausländischen Gerichte nicht anerkannt wird oder ein *Ordre Public* Verstoß vorliegt; siehe BGH, NJW 2002, 960, (960 f); auch *Liersch*, NZI 2003, 302, (306).

²⁵⁸ *Kirchhof* in: HK-InsO, § 16, Rn. 4; *Delzant* in: Braun InsO, § 356, Rn. 10; *Dahl* in: Andres/Leithaus InsO Kommentar, § 356, Rn. 9.

mögensgegenständen herzustellen an denen Sicherungsrechte bestehen, die ansonsten nicht erfasst wären. So sorgen sie für ein höheres Maß an „Disziplin“ im Kreise der Gläubiger um etwa einen Insolvenzplan durchführbar zu machen,²⁵⁹ was eindeutig im Interesse des gestaltenden Gesellschafters ist. Nach der Rechtsprechung des BGH²⁶⁰ bleiben Einzelzwangsvollstreckungen im Inland schließlich grundsätzlich weiter möglich, wenn die Hauptverfahrensdurchführung im Ausland erfolgt. Es gilt danach der Vorrang des möglichen Massebeschlags durch das international zuständige ausländische Verfahren, nicht der Ausschluss der Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung.

Auch besteht für solche Gläubiger, die in regelmäßiger Geschäftsbeziehung mit dem Schuldner stehen – wenn frühzeitig vor Insolvenzanmeldung umgesetzt – die Möglichkeit auf die Rechtsordnung Einfluss zu nehmen, der seine Verpflichtungen dem Schuldner gegenüber unterliegen, um so die Aufrechnungslage im Insolvenzfall möglichst weitgehend zu bewahren.²⁶¹ Einflussnahmemöglichkeiten auf diese Erhaltung der Aufrechnungslage bestehen seitens der Gesellschaft und der Gesellschafter nicht. Da sich jedoch die Forderungsminderung primär zu Lasten der Gläubigergesamtheit auswirkt, sollte mit Blick auf eine Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung von jeglicher Intervention abzuraten sein.

3. Partikularinsolvenzverfahren in Deutschland

Ein Partikularinsolvenzverfahren kann gemäß § 354 ff InsO unabhängig von einem Hauptinsolvenzverfahren eröffnet werden, wenn ein Unternehmen seinen Stammsitz im Ausland hat, aber eine Niederlassung im Inland besitzt. Das Verfahren beschränkt sich dann auf das Vermögen des Schuldners im Inland.²⁶² Es ist zudem nur möglich, wenn noch kein Hauptinsolvenzverfahren über das Vermögen der eigentlichen Muttergesellschaft in einem anderen EU-Mitgliedsstaat eröffnet wurde.²⁶³ Das Partikularverfahren stellt dabei die wesentliche Durchbrechung des eigentlich seitens des europäischen und deutschen Insolvenzrechts-Gesetzgebers vorgegebenen Grundsatzes der verfahrensweiten Masse-Einheit dar, soweit nicht eine rechtlich selbstständige Einheit der Insolvenz-Schuldnerin sowieso voneinander weitgehend unabhängige Massen schafft.²⁶⁴ Eine zufriedenstellende Begründung für die Zulässigkeit dieser Verfahrensform bleibt sowohl der

²⁵⁹ Dahl in Andres/Leithaus InsO Kommentar, § 356, Rn. 1; *Liersch*, NZI 2003, 302, (311); *Kindler* in: MünchKommBGB, § 356 InsO, Rn. 2.

²⁶⁰ BGHZ 95, 256, (257 f); *Uhlenbruck/Vallender*, NZI 2009, 1, (10).

²⁶¹ *Delzant* in: Braun InsO, § 356, Rn. 15; *Liersch*, NZI 2003, 302, (311).

²⁶² *Reinhart* in: MünchKommInsO, § 354 ff, Rn. 1; *Liersch*, NZI 2003, 302, (303); *Lüer* in: *Uhlenbruck*, § 354, Rn. 6.

²⁶³ *Reul/Heckschen/Wienberg* Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, Teil A, Abs. XVI.2.c; *Liersch*, NZI 2003, 302, (308).

²⁶⁴ *Riewe*, NZI 2011, 627, (628); *Reinhart* in: MünchKommInsO, vor §§ 335 ff, Rn. 56 f.

nationale, wie auch der europäische Gesetzgeber schuldig, wobei die Gründe letztendlich auf der Hand liegen, wenn im Zuge der vorbereitenden Arbeiten des Gesetzgebungsverfahrens angemerkt wird, dass große nationale Unterschiede der Insolvenzverfahrensvorschriften existierten. Die nationalen Gesetzgeber sind schlicht nicht zu einer absoluten Aufgabe der Kontrolle über die im Inland durchgeführten Teilverfahren bereit, aus Sorge um eine Übervorteilung der inländischen Gläubigergesamtheit gegenüber der Gläubigergesamtheit im Staat der eigentlichen Hauptverfahrensdurchführung.²⁶⁵

Das Partikularinsolvenzverfahren über das inländische Vermögen einer Niederlassung der Insolvenzschuldnerin in Deutschland wird als sog. Vollverfahren durchgeführt. Unter der Bedingung, dass ein Insolvenzeröffnungsgrund für die inländische Vermögensmasse vorliegt, wird ein systematisch an das reguläre inländische Insolvenzverfahren angelehntes Verfahren durchgeführt, zu dem alle Gläubiger der Gesellschaft ihre Forderungen anmelden können. Eine bewusste Bevorzugung der nationalen Gläubigergruppen ist also nicht Ziel der Regelung, vielmehr die – insolvenzrechtsdogmatisch aufgrund der Masse-Pluralität zwar ebenso problematische – Sicherung des nationalen Rechtsschutzstandards für die Gläubigergesamtheit.²⁶⁶ Eingeleitet wird es nur auf Antrag eines Gläubigers, wenn dieser – anders als im Falle eines Sekundärinsolvenzverfahrens bei Vorliegen eines anererkennungsfähigen Hauptinsolvenzverfahrens – das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes anzeigt und dieser erkannt wird.

Hinsichtlich der kurzfristigen Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO ist dabei streitig, inwiefern die kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten Berücksichtigung zu finden haben. Die Fragestellung drängt sich gerade deshalb auf, da nur die inländischen Vermögensgegenstände Teil der eigenständigen Partikularmasse sind und es somit naheliegt, dass ohne Bewertungseingriff auf der Passivseite der Bilanz der Partikularmasse für eine große Anzahl inländischer Niederlassungen gesunder Unternehmen eine kurzfristige Illiquidität erkannt werden könnte. Dieses zu verhindern sucht die eine Seite der Literatur²⁶⁷, indem nur die kurzfristigen Verbindlichkeiten mit direktem Bezug zur Geschäftstätigkeit der inländischen Niederlassung für die Berechnung der kurzfristigen Liquiditätsunterdeckung²⁶⁸ herangezogen werden, da analog des Beschlags der inländischen Vermögenswerte die rechnerische

²⁶⁵ *Reinhart* in: MünchKommInsO, vor §§ 335 ff, Rn. 58; *Kammel* in: Beck/Dempré Praxis der Insolvenz, § 39, Rn. 89; *Nerlich* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, Vorb. EuInsVO, Rn. 16.

²⁶⁶ *Nerlich* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, Vorb. EuInsVO, Rn. 17; *Reinhart* in: MünchKommInsO, vor §§ 335 ff, Rn. 62; *Mincke* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 45, Rn. 150.

²⁶⁷ *Kampf*, Handelsvertreter und Insolvenz, S. 134; *Kirchhof* in: HK-InsO, § 16, Rn. 4.

²⁶⁸ Zur Berechnungsmethode siehe Teil 1.C.II.

Relation gewahrt wäre. Die durch den BGH²⁶⁹ vertretene Gegenmeinung stellt nicht auf die rechnerische Liquiditätslage der schuldnerischen Niederlassung, sondern auf das internationale Zahlungsverhalten in seiner Gesamtheit ab und berücksichtigt damit, dass ein integrierter Vertragskonzern – gerade in Fällen eines konzernweiten *cashpoolings* – nicht zwingend die isolierte Betrachtung einer einzelnen Einheit hinsichtlich ihrer Liquidität zulässt.²⁷⁰ Da aber belastbar verwertbare Daten über das internationale Zahlungsverhalten in der Realität nicht immer zu beschaffen sein werden, soll die nachgewiesene Zahlungseinstellung auch einzelner Zweigniederlassungen genügen.²⁷¹ Obwohl im Sinne einer rechtssichereren Handhabung der erstgenannten Meinung der Vorzug zu geben wäre, muss m.E. letztlich doch mit dem BGH der zweiten Meinung gefolgt und das internationale Zahlungsverhalten herangezogen werden. Die möglichen bilanziellen Bewertungsfehler einer isolierten Betrachtung der Vermögensverhältnisse einer reinen Niederlassung im Inland belasten jedes Bewertungsergebnis in entwertendem Maße. Schwerer wiegt jedoch der mit einer Unterstützung der ersten Meinung auf Betrachtung der isolierten inländischen Einheit verbundene Eingriff in die privatautonome Gestaltungshoheit der transnationalen Gesellschaft als der eigentlichen rechtlichen Einheit. Ohne Vorliegen weiterer Hinweise auf eine ganzheitliche oder isolierte Zahlungseinstellung muss die Liquiditätsallokation im Gesamtunternehmen im Entscheidungsrahmen der Geschäftsleitung verbleiben.²⁷²

III. Wettbewerb durch insolvenzrechtliche Standortvorteile

Mit der Etablierung der europäischen Gründungstheorie und dem nun deutlich gezeichneten integrativen Ansatz des EuGH im Gesellschaftsrecht eine Harmonisierung in Pluralität zu erreichen, ist ein gewollter Wettbewerb der verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Statuten in der europäischen Union entstanden, der auch auf die insolvenzrechtlichen nationalen Statuten ausstrahlt. Dies zeigt sich bereits bei der erfolgten Verlagerung der deutschen Existenzvernichtungshaftung vom Gesellschaftsrecht in das Deliktsrecht, da infolge der „Inspire Art“-Rechtsprechung des EuGH²⁷³ zu befürchten stand, dass verschiedene deutsche, zuvor gesellschaftsrechtlich verankerte Haftungsinstitute gegen die europäische Niederlassungsfreiheit verstoßen könnten.²⁷⁴ Will der nationale Gesetzgeber demnach noch haftungsabändernd gegenüber dem europäischen Standard regeln, muss

²⁶⁹ BGH, ZIP 1991, 1014, (1014 ff).

²⁷⁰ BGH, ZIP 1991, 1014, (1015); *Mincke* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 45, Rn. 152; *Kammel* in: Beck/Dempré Praxis der Insolvenz, § 39, Rn. 99.

²⁷¹ *Mincke* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 45, Rn. 152; *Lüer* in: Uhlenbruck, § 354, Rn. 16; *Undritz* in: HambKomm InsO, Art. 3 EuInsVO, Rn. 52.

²⁷² *Kampf*, Handelsvertreter und Insolvenz, S. 134; Drohende Zahlungsunfähigkeit genügt ebenfalls nicht als Eröffnungsgrund, siehe *Kindler* in: MünchKommBGB, § 354 InsO, Rn. 11.

²⁷³ EuGH, EuGH Slg. 2003, I-10155.

²⁷⁴ Hinsichtlich der Insolvenzverschleppungshaftung etwa *Vallender*, NZI 2007, 129, (135).

er dies außerhalb des Gesellschaftsrechts, also im Insolvenzrecht oder dem Deliktsrecht tun, dabei jedoch materiellrechtlich den europäisch gesetzten Rahmen grundsätzlich wahren. Ob dieser Wettbewerb jedoch im Sinne des EuGH und vor allem der nationalen Gesetzgeber ist, ist zunächst fraglich.

Ein befürchteter Effekt eines Wettbewerbs rechtlicher Schutzstandards ist das *race to the bottom*, womit das kompetitive Abschmelzen dieser Schutzstandards, hier also des insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzes durch die nationalen Gesetzgeber im Wettbewerb um sanierungsbemühte Insolvenzschuldner gemeint ist. In Konsequenz dieser Abwärts-Spirale wäre damit zu rechnen, dass der Einfluss auf das Insolvenzstatut durch die *COMI*-Gestaltungsmöglichkeiten die Seite der Insolvenz-Gläubiger dazu veranlassen wird, ihr gesteigertes Befriedigungs-Risiko mittels schärferer initialer Vertragsbedingungen zu kompensieren und damit höhere Kosten für die Marktbeteiligten verursachen wird.²⁷⁵ Neben diesen eher rechts- und wirtschaftspolitisch geprägten Überlegungen sind zumindest im Bereich größerer Unternehmensinsolvenzen auch wettbewerbsrechtliche Probleme erkennbar. Das hier stets ins Feld geführte Instrument des Insolvenzausfallgelds (manchmal auch Insolvenzgeld) ist zumindest hinsichtlich der hier angestellten Überlegungen zum *Forum-Shopping* nicht relevant. Das Insolvenzausfallgeld sichert die Löhne und Gehälter sozialversicherungspflichtig beschäftigter Arbeitnehmer in Deutschland für einen Zeitraum von maximal drei Monaten durch Mittel der Bundesagentur für Arbeit und damit letztendlich des deutschen Bundeshaushalts. In der Praxis nutzen Insolvenzverwalter diese Mittel bei einer geplanten übertragenden Sanierung, – also unter Liquidation des insolventen Rechtsträgers – um einen kompetitiven Kostenvorteil gegenüber der Konkurrenz in der eigenen Preiskalkulation zu erlangen und so zusätzlichen Umsatz zu generieren. Trotz der – in der Praxis wenig beachteten, da kaum nachprüfaren – Selbstverpflichtung des Insolvenzverwalters, keine solchen Kostenvorteile in der Kalkulation zu berücksichtigen, die eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung begründen, liegt eine Wettbewerbsverzerrung offensichtlich nahe. Sie wird hier jedoch nicht weiter zu erörtern sein, betrifft der Vorteil schließlich in jedem Fall nur die inländischen Arbeitnehmer, womit diese Verzerrung für die Thematik der *COMI*-Gestaltung nicht von Bedeutung ist, da eine Verlagerung des *COMI* nur die Verlagerung eines insignifikanten Teils der Arbeitnehmerschaft mit sich bringt. Von größerer Bedeutung ist die Fusionskontrollproblematik auf europäischer Ebene, wenn gerade große, umsatzstarke Unternehmen im Rahmen der Durchführung eines Insolvenzplanverfahrens insgesamt fortgeführt werden und dabei Teileinheiten durch übertragende Sanierungen fortführen. Finden diese Übertragungen im eröffneten Insolvenzver-

²⁷⁵ Gesprochen wird in Anlehnung an den als sanierungsfreundlich bekannten Gerichtsstandort Delaware, USA von der sog. *Delaware-Problematik*. Siehe *Cranshaw*, DZWIR 2009, 353, (353).

fahren statt, ermöglicht die nur noch eingeschränkte Wirkung der §§ 613a BGB und 25 Abs. 1 HGB wesentliche Altverbindlichkeiten, wie etwa Pensionslasten auf den deutschen Pensions-Sicherungs-Verein a.G. abzugeben, womit sie im internationalen Wettbewerb einen subventionserheblichen Finanzierungsvorteil erlangen.²⁷⁶

Obwohl die vorgenannten Argumente nicht ohne kritische Würdigung durch den europäischen Gesetzgeber und die europäischen Gerichtsbarkeiten bleiben sollten, ist doch der – dem sanierungswilligen Gesellschafter zuträglichen – Meinung²⁷⁷ zuzustimmen, die für das Zulassen kompetitiver Vorteile im Zuge eines insolvenzrechtlichen Standortwettbewerbs argumentiert. Hingewiesen wird darin zu Recht auf das Übersteigen der gesamtwirtschaftlichen Reorganisationsvorteile durch eine zunehmende Beweglichkeit der nationalen Insolvenzrechte hin, wie dieses auch durch die in immer kürzerer Abfolge von Insolvenzrechtsnovellen in Deutschland zu beobachten ist.

²⁷⁶ *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (7).

²⁷⁷ *Paulus*, ZGR 2005, 309, (320 f).

TEIL 2: Haftung des Gesellschafters in Gründung und Insolvenz

Die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG haben nach gesetzgeberischem Willen im Wesentlichen das Ziel, die Insolvenzanfälligkeit der Kapitalgesellschaften – in der Gründungsphase, aber auch darüber hinaus – zu reduzieren.²⁷⁸ Inwiefern die aktuelle Ausgestaltung dieser Bestimmungen einen effektiven Beitrag zum Gläubigerschutz in der Insolvenz leistet, ist in Literatur²⁷⁹ und Rechtspraxis²⁸⁰ heftig umstritten. Auch nach 30 Jahren Diskussion und Novellierung ist an dieser Front keine Ruhe eingeleitet.

Während das AktG auch zum Ziel hat, die – aktuellen und zukünftigen – Gesellschafter (Aktionäre) zu schützen, konzentriert sich die Zielrichtung des GmbHG auf den Schutz der Gläubiger vor unterkapitalisierten, beschränkt haftenden Gesellschaften.²⁸¹ Dem Grundkonzept des historischen Gesetzgebers immer noch folgend, ist die GmbH eine geschlossene Gesellschaft, deren engem Kreis an Gesellschaftern weit umfassendere Möglichkeiten unterstellt werden, sich ein Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft zu machen. Ein weitergehender Schutz dieses Personenkreises erscheint folgerichtig unnötig.²⁸²

Dass die Kapitalschutzbestimmungen des Gesellschaftsrechts im Insolvenzfall sozusagen im Auge des Sturms stehen, zeigt allein die Gerichtspraxis der Insolvenzgerichte, wonach gerade die wirksame Erfüllung der Einlageverpflichtungen besonders häufig zum Streit zwischen Insolvenzverwalter und Inferent führt.²⁸³

A. Wirksame Stammkapitalaufbringung bei Bargründung

Unabhängig von der Entscheidung der Gesellschafter, die neu zu gründende, beschränkt haftende Gesellschaft im Rahmen einer Bar- oder einer Sachgründung zu etablieren, haben diese vor Eintragung der Gesellschaft sicherzustellen und ggf. nachzuweisen, dass mindestens 50% der Einlagezusage der Gesellschaft zugeflossen sind, § 7 Abs. 2 GmbHG. Die ausstehende Einlageverpflichtung kann sodann bis zum Zeitpunkt des Abrufs durch die Gesellschaft gestundet werden. Dabei zu beachten ist jedoch die in der

²⁷⁸ *Ekkenga* in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 12; *Fastrich*, DStR 2006, 656, (657); *Schaub*, DStR 1993, 1483, (1487).

²⁷⁹ *Bork*, ZGR 2007, 250, (250 ff); *Büchel*, GmbHR 2007, 1065, (1065 ff); auch *Ekkenga* in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 12.

²⁸⁰ *Arbeitskreis der Insolvenzverwalter Deutschland e.V.*, NZI 2002, 3, (3 ff).

²⁸¹ *Bayer*, ZGR 2007, 220, (228); *J.Vetter* in: MünchKommGmbHG, § 58, Rn. 81; *Zöllner/Haas* in: Michalski GmbHG, § 58, Rn. 23.

²⁸² *Bayer*, ZGR 2007, 220, (223); So im Ergebnis auch *Pleßke*, Die Satzungsstrenge im Aktienrecht, S. 142; *Nodoushani*, NZG 2008, 452, (453).

²⁸³ OLG Schleswig, ZIP 2005, 1827, (1828); OLG Hamburg, ZIP 2004, 2431, (2431); OLG Schleswig, ZIP 2004, 1358, (1359); dazu auch *Büchel*, GmbHR 2007, 1065, (1067).

Praxis häufig übersehene Verpflichtung der Geschäftsleitung, im Falle der Aufzehrung des halben Stammkapitals – z.B. durch regelmäßig auftretende Anlaufverluste – eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, § 49 Abs. 3 GmbHG, als deren Ergebnis zumeist der Abruf der gestundeten Einlage zu beschließen sein wird.

Nicht selten werden auch bereits vor Gründung und Eintragung der Gesellschaft Aufwendungen im Zusammenhang mit der Gründungsvorbereitung entstanden sein. Im Spannungsfeld zwischen der gesetzgeberischen Vorgabe, die Gesellschaft in der „Stunde Null“ frei von Lasten zu etablieren und dem Ansinnen der Gesellschafter, ihre direkt zuzuordnenden Gründungskosten zu repatriieren, werden häufig als verdeckte Sacheinlage oder als Hin-und-Herzahlen zu qualifizierende Fehler gemacht.

I. Wirksamkeitsvoraussetzung der Einlagenleistung

Verbunden mit der notariellen Ausfertigung der Gesellschaftssatzung ist die Pflicht der Gesellschafter zur Leistung der vertraglich übernommenen Einlagen, lautend auf einen festen Nennbetrag als Teilbetrag der Stammkapitalziffer, § 14 GmbHG, wobei nicht zwingend die Einzahlung in voller Höhe sofort fällig ist.²⁸⁴ Gesetzliche Untergrenze der unmittelbaren Kapitalaufbringung vor der folgenden Beantragung der Eintragung im Handelsregister ist die Aufbringung von 50% der gesamten Einlagen.

Diese Verpflichtung knüpft an die Mitgliedschaft des Gesellschafters in der Gesellschaft an. Die wirksame Übernahme des satzungsgemäßen Geschäftsanteils ist jedoch nicht umgekehrt auch an die Leistung der Einlage gebunden. Vielmehr ist zwingende Folge der Nichtleistung der Einlagen entweder die Versagung der Eintragung in das Handelsregister, wenn nämlich nicht 50% des satzungsgemäßen Eigenkapitals erreicht werden. Einzig wenn der Gesellschafterkreis die Einlageneinforderung auch beschließt und sich der säumige Gesellschafter fortwährend weigert, besteht die Möglichkeit, den säumigen Gesellschafter entweder im Wege des Kaduzierungsverfahrens aus dem Kreis der Gesellschafter zu entfernen, oder aber die Leistung auf dem Rechtswege zu verlangen.²⁸⁵

Die Stammkapitalziffer stellt im Gründungsstadium die mit Abstand wichtigste Kennziffer zur Adhoc-Bewertung des neu entstehenden Schuldners dar. Während Fremdkapital zur Verfügung stellende dritte Banken eine intensivere Bewertung des Geschäftsmodells und dessen Finanzierung durchführen können und werden, erfolgt die Bewertung der Lieferanten-Kreditwürdigkeit der Gesellschaft bei Markteintritt primär durch die etablierten Auskunfteien.

²⁸⁴ *Seibt* in: Scholz GmbHG, § 14, Rn. 5 ff; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 14, Rn. 3.

²⁸⁵ *Hörstel*, NJW 1994, 965, (966); *Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 21, Rn. 11; *Bartholomäus*, Der GmbH-Gesellschafter in der Insolvenz, S. 57; *Seibt* in: Scholz GmbHG, § 14, Rn. 4.

Der Markt potentieller Zulieferer und Kunden des neuen Unternehmens verfügt zu Anfang nur über sehr beschränkte Möglichkeiten, den Vertragspartner zu beurteilen – wobei zwar auch der persönliche Eindruck des Unternehmens / Unternehmers eine große Rolle spielt – letzten Endes jedoch wird der Unternehmer stets einen Anruf der für ihn örtlich zuständigen Außenstelle der diversen Auskunfteien erhalten, in dessen Verlauf verschiedene Finanzkennzahlen und primär eben die Stammkapitalziffer abgefragt werden. Werden solche Anfragen ablehnend beantwortet, erfolgt fast grundsätzlich zunächst eine (negative) Nicht-Bewertung, mit der Konsequenz, dass das neue Unternehmen Schwierigkeiten haben wird, branchenübliche Zahlungsziele und auskömmliche Kreditrahmen bei seinen Lieferanten zu erreichen.

Es empfiehlt sich daher, bei der Ermittlung des geschäftsnotwendigen Kapitalrahmens und seiner Allokation zwischen Eigen- und Fremdkapital immer ein Auge auf den branchenüblichen Mindeststandard der Stammkapitalziffer vergleichbarer Unternehmen zu haben.

Ist solcherart eine Stammkapitalziffer ermittelt und beschlossen worden, rückt deren gerichtsfeste Einbringung in den Fokus. 50% der gesamten zugesagten Einlageleistung sind vor Eintragung der Gesellschaft in die Urkundenrolle des zuständigen Amtsgerichts in die alleinige Einflussphäre der Gesellschaft zu transferieren, § 7 Abs. 2 GmbHG. Es empfiehlt sich aus der Perspektive der Gesellschafter diese Transaktion ausführlich zu dokumentieren, da Qualität und zeitlicher Ablauf der Einlageleistung im Rahmen eines möglichen Insolvenzverfahrens grundsätzlich zu den Dingen gehören, welche kontrolliert werden und dem Insolvenzverwalter ein weit greifendes Druckmittel an die Hand geben. Hinsichtlich des eventuell noch ausstehenden Anteils der Gesellschafter an der übernommenen Stammkapitaleinlage gilt eine weiter gefasste Gestaltungsautonomie der Parteien, wobei jedoch ebenfalls darauf zu achten und zu dokumentieren ist, dass der Mitteltransfer nach Abruf in den ausschließlichen Verfügungsbereich der Gesellschaft gelangt.

Das einmal in den Verfügungsbereich der Gesellschaft übergegangene Stammkapital unterliegt nominal der Ausschüttungssperre an die Gesellschafter, sofern nicht eine Kapitalherabsetzung gemäß §§ 58 ff GmbHG durchgeführt wird. Jeder Abfluss des nominalen Betrages zugunsten der Gesellschafter – auch als Gegenleistung für den Erwerb von Vermögenswerten – innerhalb eines Zeitraums von 6 Monaten nach Leistung der Einlage begründet den Verdacht einer verdeckten Sacheinlage durch Hin- und Herzahlen.²⁸⁶

Die in der Rechtspraxis verbreitete Umgehung der regulären Sacheinlage und Sachgründung durch Bargründung und verdeckte Sacheinlage²⁸⁷ schwächt in solchen Fällen die

²⁸⁶ OLG Köln, NRWE (m. Nachw. Juris 18 U 74/06), Rn. 15.

²⁸⁷ *Veil* in: Scholz GmbHG, § 19, Rn. 120; *Büchel*, GmbHR 2007, 1065, (1067).

Kapitalausstattung der Gesellschaft, wo die Umgehung der umfangreichen gesetzlichen Anforderungen an die Sacheinlage tatsächlich dazu führt, dass die Gesellschaft im Rahmen der verdeckten Sacheinlage nicht werthaltige Vermögensgegenstände erhält.²⁸⁸ Obwohl § 19 Abs. 4 GmbHG im Zuge von MoMiG dahingehend abgeschwächt wurde, dass in solchen Fällen nicht mehr die Unwirksamkeit und Neuvernahme droht,²⁸⁹ sondern vielmehr im Sinne einer Differenzhaftung die Werthaltigkeit der eingebrachten Vermögenswerte nachgewiesen werden muss, kommt doch dem Einlageschuldner die Beweislast der Werthaltigkeit zu,²⁹⁰ welche in der Rückschau mit Schwierigkeiten versehen sein kann. Die Ausweitung des Differenzhaftungskonzepts auf die verdeckte Sacheinlage war von Teilen der Literatur²⁹¹ gefordert worden, da in Frage gestellt wurde, ob das hinter der Verpflichtung zur vollständigen Neueinbringung stehende Gerechtigkeitspostulat einer umfassenden Abwägung standhalten könne und nicht in Richtung einer Differenzhaftung aufzuweichen wäre.

II. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium

Gesetzgeberische Intention für die Errichtung der vorbeschriebenen praktischen Hürden und Sanktionen der Kapitalaufbringung und -erhaltung ist das Ziel, die Gesellschaft ohne signifikante Vorbelastungen des Haftkapitals starten zu lassen. Nun sieht sich der größte Teil der Gründungsgesellschafter mit signifikanten Aufwendungen für die Planung und Vorbereitung des Unternehmens vor Eintragung der beschränkt haftenden Gesellschaft konfrontiert. Sofern diese Aufwendungen nicht aufgrund anderweitiger – zumeist steuerlich getriebener – Überlegungen im privaten Bereich verbleiben sollen, stellt sich die Frage, wie diese Kosten doch der Gesellschaft belastet werden können. Der – in der Praxis dennoch häufig gewählte – Weg der Auszahlung sog. Gründerlohns muss aufgrund Kollision mit den vorbeschriebenen Hürden zumeist ausscheiden. Schließlich ist ein Lohn systematisch als eine sachlich und vor allem zeitlich direkt der Erbringung einer Leistung zuzuordnende Kompensation zwingend der Gründungs- und Vorgründungsphase zuzuordnen und widerspräche damit als Aufwendung für vergangene Leistungen dem Gebot der Vorbelastungsfreiheit.

In Frage kommt dagegen infolge der Aufweichung der Regelungen zur verdeckten Sacheinlage der Verkauf eines etablierten Geschäftsmodells an die Gesellschaft, sofern des-

²⁸⁸ *Lieder* in: MünchKommGmbHG, § 56, Rn. 61; *Veil* in: Scholz GmbHG, § 19, Rn. 120; *Fastrich*, DStR 2006, 656, (660).

²⁸⁹ *Veil* in: Scholz GmbHG, § 19, Rn. 118 f; *Lieder* in: MünchKommGmbHG, § 56, Rn. 58; *Büchel*, GmbHR 2007, 1065, (1067).

²⁹⁰ *Zöllner/Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbHG-Gesetz, § 56, Rn. 18; *Lieder* in: MünchKommGmbHG, § 56, Rn. 82; *Paape*, DZWIR 2009, 9, (13 f).

²⁹¹ *K.Schmidt*, GmbHR 2007, 1072, (1073); ebenso bei *Veil* in: Scholz GmbHG, § 19, Rn. 116.

sen Werthaltigkeit ausreichend konkret ermittelbar und abgrenzbar ist. Die neu gegründete Gesellschaft ist schließlich zunächst eine Hülle, welche erst durch ein Geschäftsmodell zum gewerblich tätigen Unternehmen wird.

Die in der Praxis entscheidende Schwierigkeit stellt die juristisch belastbare und betriebswirtschaftlich korrekte Ermittlung des Wertes eines Geschäftsmodells dar, um eine dauerhaft belastbare Dokumentation zu schaffen. So wird einem zu veräußernden Geschäftsmodell nur dann ein wirtschaftlicher Wert zuzumessen sein, wenn die erwerbende Gesellschaft aus der Nutzung des Geschäftsmodells einen konkret zu bemessenden und mit gewisser Sicherheit eintretenden Gewinn erwirtschaften wird. Dieser Gewinn muss zudem kausal auf das erworbene Geschäftsmodell zurückzuführen sein, darf also nicht auch ohne den Erwerb mit vergleichbar hoher Sicherheit zu vereinnahmen gewesen sein oder muss diesen signifikant steigern. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, entspricht der maximal ansetzbare Wert des Geschäftsmodells dem einmalig zu erwartenden Mehr an betriebswirtschaftlichem Gewinn. Im Falle dauerhaft gesteigerter betriebswirtschaftlicher Gewinn-Aussichten kommen Bewertungsverfahren wie das *Discounted Cashflow* (DCF) Verfahren zur Anwendung.²⁹² In beiden Fällen sind für residuale zukünftige Unsicherheiten angemessene Abschläge zu wählen, schon um jeden Verdacht eines sittenwidrigen Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen auszuräumen und eine mögliche Haftung infolge existenzvernichtenden Eingriffs zu vermeiden.²⁹³

Als diesbezüglich verwertbare Geschäftsmodelle kommen somit zum Beispiel konkrete Abnahmeverpflichtungen zukünftiger Kunden, eine erzielte Gewährung öffentlicher Zuschüsse oder auch gegenüber Marktniveau vorteilhafte Finanzierungsformen in Frage, da in solchen Fällen eine belastbar nachweisbare Wertsteigerung des Unternehmens im Zuge einer DCF-Vergleichsrechnung vorliegt. Immer gilt, dass mit Blick auf die Werthaltigkeits-Beweislast der veräußernden Gesellschafter hohe Anforderungen an die Dokumentation zu stellen sind. Es empfiehlt sich in jedem Fall, die später eintretenden kausalen Gewinne intensiv zu dokumentieren.

III. Risiken in der Insolvenz

Beindet sich die Gesellschaft in einer existenzbedrohlichen Krise und entschließt sich zur Stellung eines Insolvenzantrags, haftet das Eigenkapital der Gesellschaft vollumfänglich. Insbesondere im Falle einer Auflösung der Gesellschaft infolge ihrer Zerschlagung sind die Forderungen der Gesellschafter auf Rückgewähr Ihrer Kapitaleinlagen aufgrund der

²⁹² *Seibt* in: Scholz GmbHG, § 14, Rn. 12b; *Reichert/Weller* in: MünchKommGmbHG, § 14, Rn. 32; *Küting/Eidel*, Finanz Betrieb 1999, 225, (226).

²⁹³ Siehe Teil 2.D.II.1.

Qualifikation als nachrangige Forderung gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO regelmäßig verloren.

Stellt sich in dieser Lage heraus, dass seitens der Gesellschafter rechtswirksam zugesagte Einlageleistungen auf das Stammkapital oder die Kapitalrücklage noch nicht in den Verfügungsbereich der Gesellschaft übergeben wurden, stellt sich die Frage, wie mit diesen Leistungen zu verfahren ist und welche Risiken auf die Gesellschafter zukommen können. Unstrittig ist, dass insbesondere ausstehende Einlagen auf das Stammkapital unverzüglich zugunsten der Masse zu leisten sind, da der Insolvenzverwalter diesbezügliche Außenstände bereits im Rahmen der Eröffnungsprüfung untersucht. Im Rahmen von Sacheinlageverpflichtungen auf das Stammkapital sind die betreffenden Gegenstände an den Insolvenzverwalter zur Verwertung zu übergeben. Einer diesbezüglichen Weigerung seitens der Gesellschafter wird im Streitfall nur eine sehr geringe Erfolgsaussicht zugerechnet werden können. Darüber hinaus kann in der Nichtvornahme dieser Leistungen in der Krise der Gesellschaft, also vor der letztendlichen Stellung des Antrages auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, wirtschaftlich betrachtet unter gewissen Umständen der Grund für die Insolvenz der Gesellschaft oder Ihre Vertiefung verortet werden. Gemäß § 49 Abs. 3 GmbHG ist der Geschäftsführer der Gesellschaft verpflichtet, bei Feststellung der erfolgten Aufzehrung von 50% des Stammkapitals eine Gesellschafterversammlung einzuberufen. Nicht vorgegeben sind die im Rahmen dieser Versammlung zu fassenden Beschlüsse,²⁹⁴ vielmehr dient diese Verpflichtung dazu sicherzustellen, dass jeder Gesellschafter über die Krise der Gesellschaft informiert ist und damit auch der möglichen späteren wertungsseitigen Exkulpation beraubt wird, wonach er keine Kenntnis von der Situation der Gesellschaft gehabt habe.²⁹⁵ Dennoch wird die Beschlusskette dieser Versammlung üblicherweise eine engere Überwachung der Geschäftstätigkeit sowie die Suche nach Wegen der Verbesserung der Finanzverfassung der Gesellschaft sein. Allerdings nur wenn sie überhaupt stattfindet, da die Verpflichtung nach § 49 Abs. 3 GmbHG einerseits mangels Kenntnis der Unternehmer zu den am häufigsten missachteten Regelungen des GmbHG gehört und andererseits durch einen allgemeinen, formalisierten Verzicht entfallen kann.²⁹⁶ Verzichten die Gesellschafter in dieser Lage darauf, eventuell noch ausstehende Kapitaleinlagen abzurufen und einzubezahlen, wird kausal durch dieses Unterlassen die Finanzverfassung eben nicht dahingehend verbessert, dass die Aufrechterhaltung des regulären Geschäftsbetriebs hinsichtlich Qualität und Umfang weiter möglich bleibt. Mithin stellt sich

²⁹⁴ *K.Schmidt/Seibt* in: Scholz GmbHG, § 49, Rn. 30; *Römermann* in: Michalski GmbHG, § 49, Rn. 102.

²⁹⁵ *Roth* in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 49, Rn. 14; *K.Schmidt/Seibt* in: Scholz GmbHG, § 49, Rn. 23 f; *Römermann* in: Michalski GmbHG, § 49, Rn. 10.

²⁹⁶ Weshalb dem Instrument auch keine bedeutsame praktische Wirkung zugebilligt wird, siehe *Roth* in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 49, Rn. 11; Der Beschluss auf das Entfallen kann sogar Ad hoc erfolgen, siehe *K.Schmidt/Seibt* in: Scholz GmbHG, § 49, Rn. 33.

die Frage, ob die Gesellschafter eine Existenzvernichtungshaftung durch Unterlassen treffen kann.

Voraussetzung eines solchen Anspruchs ist nach inzwischen durchgesetzter Rechtsprechung²⁹⁷ die Beeinträchtigung der Solvenz des Gesellschaftsvermögens. Eine solche Beeinträchtigung der Solvenz der Gesellschaft erfordert eine Verschlechterung der bilanziellen Lage, die die Fähigkeiten der Gesellschaft zu existenzerhaltender Geschäftstätigkeit einschränkt. Hieran mangelt es im Falle des Unterlassens der Leistung ausstehender Einlagen jedoch gerade. Die Leistung führte bilanziell zu einem sog. Aktivtausch durch Tilgung der Forderung gegen den Gesellschafter. Die bilanzielle Solvenz wird dabei nicht berührt, insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Gesellschaft im Falle der Werthaltigkeit der übernommenen Einlagezusage des Gesellschafters (also der Solvenz des Gesellschafters selbst) jederzeit in der Lage wäre gegen die Einlageforderung Fremdkapital zu beschaffen. In dieselbe Richtung hat auch der BGH in seiner Entscheidung „GAMMA“ argumentiert, wobei eine Gesellschafterhaftung nach den Grundsätzen der Existenzvernichtungshaftung für die Unterlassung einer zureichenden Kapitalausstattung der Gesellschaft abgelehnt wurde.²⁹⁸ Diese Wertung darf auch für die hier untersuchte Sachlage Geltung nehmen, da die Richter ihrer Überlegung bewusst einen weiten Kreis an Kapitalisierungsschwächen mit dem Merkmal der „allgemeinen Mangelhaftigkeit der Vermögensausstattung im weiteren Sinne“ zugrunde gelegt haben. Auch der vereinzelt in der Literatur²⁹⁹ geforderten Insolvenzantragspflicht für den Fall, dass bei Feststellung des Verlusts des halben Haftkapitals die Gesellschafter nicht beschließen, der Gesellschaft Kapital zuzuführen, ist letztendlich eine Absage zu erteilen. Zwar kann in diesem Verlust sicherlich ein Krisen-Indikator ausgemacht werden, eine insolvenzrechtliche Überschuldung liegt jedoch gerade nicht zwingend vor, womit die Antragspflicht nicht vom Wortlaut des § 19 InsO gedeckt wäre. Der Unterschiedsbetrag fällt jedoch gegenüber dem aktuellen Regime auch nicht in einem sonderlich erheblichen Ausmaß ins Gewicht,³⁰⁰ sodass auch eine intensivere Untersuchung der Sinnhaftigkeit einer Erweiterung *de lege ferenda* unterbleiben kann.

Unabhängig von der klaren Verneinung des Konzepts einer Existenzvernichtungshaftung durch Unterlassen empfiehlt es sich jedoch dringend auch in solchen Fällen, da nach Einschätzung der Gesellschafter die Finanzverfassung der krisenbefangenen Gesellschaft

²⁹⁷ BGHZ 173, 246, (246 ff).

²⁹⁸ BGHZ 176, 204, (204 ff); *Kleindiek*, NZG 2008, 686, (688).

²⁹⁹ *Veil*, ZGR 2006, 374, (386 f); die Gläubigerschützende Ausweitung ablehnend *K.Schmidt/Seibt* in: Scholz GmbHG, § 49, Rn. 35.

³⁰⁰ Bezogen auf die gesetzliche Mindeststammkapitalziffer von EUR 25.000 beträgt der Masse-Vorteil häufig somit nur EUR 12.500.

noch keine Einschränkungen des Geschäftsbetriebs begründet, die ausstehenden Stammeinlagen unverzüglich zu leisten. Wirtschaftlich ist für den Gesellschafter im späteren Insolvenzfall nichts zu gewinnen, die negativen Reputationseffekte der unterlassenen Leistungen in späteren Verhandlungen mit Insolvenzverwalter und Gläubigerversammlung drohen jedoch erheblichen Schaden anzurichten.

IV. Exkurs: Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Das GmbHG ist vom historischen Gesetzgeber bewusst in Konkurrenz zum AktG mit deutlich reduzierten Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsanforderungen versehen worden, um in einem Wettbewerb der Rechtsformen auch solche Unternehmensgründungen zu ermöglichen, deren Geschäfts- und Risikoprofil gegen die Verwendung der „klassischen“ Rechtsformen spricht. Gesetzgeber, Rechtsprechung und Literatur haben seitdem mehr oder weniger heftig über die Aufrechterhaltung und Fortentwicklung dieser Erleichterungen gestritten. Zuletzt hat sich der Gesetzgeber angesichts der steigenden Popularität der britischen *Ltd*³⁰¹ im Wettbewerb der Rechtsformen für eine vermittelnde Lösung durch Erlass des MoMiG entschieden und hat dafür überwiegend Anerkennung erhalten.³⁰² Das Konzert der Rechtsformen ist – bei Aufrechterhaltung der Haftkapitalanforderungen an die GmbH – durch die so genannte Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) erweitert worden, für deren Gründung ein rein deklaratorisches Stammkapital von 1 Euro genügt und somit auf ein formales Haftkapital verzichtet wird. Die Rechtsform der UG ist dabei als ein Experiment zu betrachten, von dessen Ausgang auch die weitere Entwicklung der GmbH abhängen wird. Erste Zahlen zu den Neugründungen in den verschiedenen Rechtsformen geben dem Gesetzgeber vorläufig mit einer deutlich höheren Zahl neugegründeter UGs im Vergleich zur *Ltd* Recht.³⁰³

Zwei grundverschiedene Ansätze liegen den Überlegungen zur Verbesserung der Effizienz des Gläubigerschutzes in der Insolvenz der Kapitalgesellschaft zugrunde. Der eine Ansatz verlangt die Ausweitung der Krisenpräventions- und Warnpflichten von Geschäftsführern und Gesellschaftern,³⁰⁴ um letztendlich die Reaktionsspielräume der Gesellschaft und Ihrer Gläubiger zu erweitern und so womöglich die Befriedigungsquote in der Insolvenz zu optimieren. Ein Ansatz in diese Richtung verlangt etwa die Installation eines Risikofrüherkennungssystems analog dem in § 91 Abs. 2 AktG auch für die in Art und Umfang

³⁰¹ H.-P.Westermann in: Scholz GmbHG, Anh. § 4a, Rn. 14; Vallender, NZI 2007, 129, (129); Blechinger, Statistische Analysen und Studien NRW - Band 62, 3, (4).

³⁰² Zum Regierungsentwurf bereits K.Schmidt, GmbHR 2007, 1072., (1072 ff); H.-P.Westermann in: Scholz GmbHG, § 5a, Rn. 1 ff.

³⁰³ Blechinger, Statistische Analysen und Studien NRW - Band 62, 3, (3); Laut Gewerbeanzeigenstatistik März 2011 des Statistischen Bundesamts wurden im 1. Quartal 2011 dann sogar 1.292 neue UGs gegenüber nur 129 Ltds eingetragen.

³⁰⁴ H.-P.Westermann in: Scholz GmbHG, § 5a, Rn. 3; Veil, ZGR 2006, 374, (379 ff).

der Geschäftstätigkeit komplexe GmbH.³⁰⁵ Der faktische Nutzen einer Ausweitung der gesetzlichen Informations- und Warnpflichten des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern dürfte m.E. jedoch begrenzt sein. Einerseits verfügt der GmbH-Gesellschafter – anders als der AG-Gesellschafter / Aktionär – über ein deutliches Mehr an gesetzlichen Einflussnahmemöglichkeiten und aufgrund der regelmäßig höheren prozentualen Beteiligung an der Gesellschaft auch über umfassende Informationsmöglichkeiten, die zu nutzen in seinem ureigenen Interesse der Kapitalerhaltung liegt.³⁰⁶ Andererseits würde auch eine solcherart manifestierte Geschäftsführerhaftung für die Erfüllung dieser Pflichten wenig Auswirkung auf die Entwicklung der Insolvenzquoten haben. Angesichts der denkbaren Disparitäten zwischen Gesellschaftsvermögen und privatem Vermögen des Geschäftsführers wird zumeist davon auszugehen sein, dass die wenigsten GmbH-Geschäftsführer über nennenswertes Vermögen verfügen, auf welches zu diesem Zwecke zugegriffen werden könnte.

Der dem entgegen gerichtete Ansatz argumentiert, dass eine deutliche Ausweitung der Risikovorsorgepflichten aus der GmbH eine „Mini-AG“ machen würde, welches im Ergebnis das eigentliche Ziel der Schaffung der GmbH-Rechtsform konterkarieren würde.³⁰⁷ Das Ansinnen, auf Seiten der Gesellschafterpflichten anzusetzen und durch deren Ausweitung höhere Gläubigerbefriedigungsquoten in der Insolvenz erreichen zu wollen, sei von vorne herein zum Scheitern verurteilt, da es eine grundlegende Eigenart der GmbH ignoriere. Das bewusst gering angesetzt Mindesthaftkapital könne für eine hinreichende Befriedigung der Gläubiger eines Krisenunternehmens nie genügen.³⁰⁸ Notwendig sei es daher auf Seiten der Gläubiger der Gesellschaft anzusetzen. Die Möglichkeiten der beschränkt haftenden Gesellschaften sich mangels für den Rechtsverkehr verfügbarer Informationsquellen den Anschein eines bilanziell gesunden Unternehmens zu geben, seien abzuschaffen. Wenn ein potentieller Neu-Gläubiger nämlich im Vorhinein das Risiko des Forderungsausfalls abschätzen kann, wird er es in seine Kalkulationen aufnehmen. Er kann es entweder tragen in der Hoffnung auf entsprechend höhere Gewinne im Geschäft mit aus-

³⁰⁵ *H.-P. Westermann* in: Scholz GmbHG, § 5a, Rn. 3; *Veil*, ZGR 2006, 374, (378).

³⁰⁶ *Hillmann* in: MünchKommGmbHG, § 51b, Rn. 58; *Zöllner* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 51b, Rn. 4; *Bayer*, ZGR 2007, 220, (223).

³⁰⁷ *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 46; *Roth* in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 5a, Rn. 23; *Miras* in: Michalski GmbHG, § 5a, Rn. 24.

³⁰⁸ Zu beachten ist, dass das Mindesthaftkapital von EUR 25.000 trotz nominaler Anhebung gegenüber dem seitens des historischen Gesetzgebers normierten Mindesthaftkapital von 20.000 Goldmark, aufgrund der erfolgten Geldentwertung nur noch einen Bruchteil der ehemaligen Haftungsmasse (ca. EUR 400.000 bis 500.000) bietet. Siehe *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 46.

fallgefährdeten Schuldner oder er wird sich gegen das Risiko adäquat absichern.³⁰⁹ Insofern wäre im Extremfall auf ein Mindeststammkapital der GmbH vollständig zu verzichten.

Das Experiment zur Klärung dieses Richtungsstreits ist die UG. Nun jedoch anzunehmen, dass aus lauter Experimentierfreude des Gesetzgebers der Rechtsverkehr mit einer wahren Flut an unterkapitalisierten haftungsbeschränkten Gesellschaften konfrontiert würde, verkennt die selbstregulierenden Kräfte des Marktes. Gründungswillige Gesellschafter schaffen die künftigen Rechtsträger schließlich nicht in vollkommener Unabhängigkeit von den Märkten, in denen Sie tätig sein wollen. Vielmehr existieren über Jahre gewachsene Erkenntnisse zu Risikoprofilen und daraus abgeleitetem Kapitalbedarf der Marktteilnehmer, an denen sich die Gründer zu orientieren haben, wollen sie vermeiden, dass die Gesellschaft von vorneherein aufgrund mangelnder Kreditwürdigkeit im Verkehr ignoriert wird. Banken werden die Unternehmensfinanzierung nur übernehmen, falls fehlendes Eigenkapital durch persönliche Haftung der Gesellschafter für zu gewährende Kredite ausgeglichen wird. Lieferanten werden nur auf Vorkasse oder Sicherheitsleistung tätig werden, wenn die heute üblichen Risikoanalyseprozesse die geringe Solvenz des Kunden zu Tage fördern. In jedem Fall werden die Gesellschafter gezwungen sein, die Gesellschaft mit einer dem Markt angemessenen funktionalen Kapitalbasis auszustatten. Liegt diese über EUR 25.000, besteht also kein wirklicher Anreiz der Nutzung der neuen Rechtsform der UG.

Daneben existieren natürlich auch solche Märkte, die ihrer Natur nach mit geringem Risiko, niedrigen Kapitalumschlagsraten und Umsätzen funktionieren. Den hier tätig werdenden Unternehmen – häufig Einpersonengesellschaften im Dienstleistungssektor³¹⁰ – war die persönliche Haftungsbeschränkung bisher verwehrt, sodass die UG erfolgreich eine Lücke zu schließen vermag. Dieses anerkennend, mangelt es der Regelung des § 5a Abs. 3 Nr. 1 GmbHG, wonach ein Viertel des festgestellten Jahresüberschusses der UG zu Zwecken der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gemäß § 57c GmbHG zu verwenden ist, an Stringenz. Warum soll eine Gesellschaft, die das kritische erste Jahr ihres Bestehens gemeistert hat, zu einer höheren Stammkapitalziffer angehalten werden, wenn dies auch in der Vergangenheit für den Erfolg ihres Geschäftsmodells nicht von Nöten war?

³⁰⁹ Die Verfassungsmäßigkeit einer solchen erweiterten Verpflichtung der Gläubiger darf angenommen werden, vgl. *Wazlawik*, NZI 2009, 291, (295).

³¹⁰ *Blechinger*, Statistische Analysen und Studien NRW - Band 62, 3, (5).

B. Direkte und indirekte Gesellschafterfremdfinanzierung

Neben finanzwirtschaftlichen und steuerlichen Überlegungen³¹¹ sind es im Wesentlichen die größere Flexibilität und der geringere regulatorische Aufwand, die Gesellschafter von begrenzt haftenden Gesellschaften dazu bewegen, das betriebsnotwendige Kapital nicht als Kapitaleinlage, sondern als Gesellschafterfremdkapital aufzubringen.³¹² Neben dieser direkten Gesellschafterfremdfinanzierung ist auch die indirekte Gesellschafterfremdfinanzierung gebräuchlich, wobei die Gesellschaft bei dritten Kreditinstituten durch den Unternehmer ergänzend verbürgte Mittel aufnimmt.

Während Einschränkungen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit weder im Gesellschaftsrecht noch im allgemeinen Zivilrecht gewünscht sind,³¹³ sucht der Gesetzgeber doch die Gleichstellung aller Arten funktionalen Eigenkapitals im Interesse des Gläubigerschutzes in der Insolvenz zu erreichen.³¹⁴ Aufgrund der weit gefassten Gestaltungsmöglichkeiten ist dieses Ziel mit einigen Schwierigkeiten verbunden. Im praktisch weit verbreiteten Fall der Doppelbesicherung des Drittdarlehensgebers durch Gesellschafts- und Gesellschaftersicherheiten sind so Konstellationen möglich, in denen das Vorliegen der Anfechtungsgrundlage der §§ 129, 135 InsO, welche die Basis eines Bezugs des Gesellschafters sind, zu Recht umstritten sind.³¹⁵

I. Altregelung: Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Krise

Ogleich die Unternehmensfinanzierung durch Gesellschafterfremdfinanzierung zunächst nicht per se als schädlich oder gar verwerflich anzusehen ist, bildet sie doch die Grundlage einer vom Gesetzgeber in der Insolvenz nicht gewollten Umgehung der Kapitalschutzbestimmungen. Während schließlich die Bestimmungen in § 58 GmbHG und § 199 InsO vor einer geplanten Auszahlung von nicht durch vorhandene Gewinnvorträge gedecktem Gesellschaftskapital (oberhalb der Mindeststammkapitalziffer) die Befriedigung oder Sicherung der Gesellschaftsgläubiger verlangen, ist im Wege der Rückzahlung von Gesellschafterfremdkapital die Reduzierung des Haftungsfonds völlig ohne Wissen und Wollen derjenigen Personen möglich, denen der Haftungsfonds zur Sicherung dienen soll. Um diesen Personen ihren systemisch bedingten Informationsnachteil über die finanzielle Verfassung des Schuldnerunternehmens nicht zum Nachteil gereichen zu lassen, haben die

³¹¹ *Schaub*, DStR 1993, 1483, (1487).

³¹² *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 42; *Selzner/Leuering* in: Römermann MAH-GmbH-Recht, § 7, Rn. 17 f; *Schaub*, DStR 1993, 1483, (1487).

³¹³ *Nerlich* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 135, Rn. 10; *Selzner/Leuering* in: Römermann MAH-GmbH-Recht, § 7, Rn. 4; *Schaub*, DStR 1993, 1483, (1487).

³¹⁴ BT-Drs. 16/6140, S. 25.

³¹⁵ Verneinend OLG Hamm, NZI 2011, 251 (252 f); Bejahend BGH, NJW 2012, 156, (157 f); OLG Hamm, BeckRS 2011, 15231.

Gerichte bereits frühzeitig³¹⁶ die Rechtsprechungsgrundsätze zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen entwickelt, die in der Folge auch vom Gesetzgeber kodifiziert wurden.³¹⁷

Trotz der Neuregelung der Behandlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG erfolgt im Rahmen des Bestandsschutzes die gesetzliche Beurteilung solcher Darlehen, die vor der Novellierung des Gesellschaftsrechts begeben wurden, weiterhin nach dem Regelungsgehalt der §§ 32a, 32b GmbHG aF sowie im Rahmen der entwickelten richterrechtlichen Analogien der §§ 30, 31 GmbHG aF. In der Insolvenzpraxis bleiben diese Regelungen daher auf absehbare Zeit von großer Bedeutung.

1. §§ 32a, 32b GmbHG aF

Das bis zum Inkrafttreten des MoMiG geltende Eigenkapitalersatzrecht der §§ 32a, 32b GmbHG aF stellt als zentrales Merkmal auf die Krise der Gesellschaft ab und wählt damit entgegen dem zuvor alleinig geltenden richterrechtlichen Ansatz eine insolvenzrechtliche Verankerung der Kapitalbindung.³¹⁸ Der Tatbestand der Krise der Gesellschaft ist danach in solchen Fällen erfüllt, da ein ordentlicher Kaufmann angesichts der finanziellen Verfassung der Gesellschaft zwischen den Alternativen Kapitalerhöhung oder Insolvenzantragstellung wählen müsste, sich für den Erhalt der Gesellschaft entscheidet, jedoch anstelle der Kapitalerhöhung die Darlehensgewährung wählt.³¹⁹ Insofern ist inhaltlich eine große Nähe zu der für die Anwendung der Analogie auf die §§ 30, 31 GmbHG aF notwendigen Kreditunwürdigkeit³²⁰ gegeben, da eine vorbeschriebene insolvenzbedrohte Finanzverfassung in jedem Fall die Kreditunwürdigkeit begründet. Diese sog. Rechtsprechungsregeln wurden durch die Gerichte³²¹ entgegen dem eigentlichen Willen des Gesetzgebers bei der damaligen Kodifizierung der §§ 32a, 32b GmbHG aF auch weiterhin angewendet, da im gesetzlichen Eigenkapitalersatzrecht einige Schwächen enthalten waren, die eine umfassende und gleichbehandelnde Anwendung in der Praxis erschwerten. So waren die Novellenregeln explizit auf die Situation nach Eintritt der Insolvenz zugeschnitten und begrenzten das Anfechtungsrecht auf Rückgewähr auf einen im Vergleich zu den Rechtsprechungsregeln knapp bemessenen Zeitraum von einem Jahr.³²² Die durch die folgend fort-

³¹⁶ BGHZ 31, 258, (258 ff); *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 49.

³¹⁷ GmbH-Novelle von Juni 1980.

³¹⁸ *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 6; *Gehrlein*, BB 2011, 3, (4); *K.Schmidt*, GmbHR 2007, 1072., (1074 f).

³¹⁹ *Paape*, DZWIR 2009, 9, (9); *K.Schmidt*, GmbHR 2007, 1072., (1075 f).

³²⁰ *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 70 f; *Dahl* in: Michalski GmbHG, Anh. I zu §§ 32a, 32b aF, Rn. 5 f; *Schaub*, DStR 1993, 1483, (1489).

³²¹ BGHZ 179, 249, (249 ff) „Gut Buschow“.

³²² *Gehrlein*, BB 2011, 3, (4); *Bork*, ZGR 2007, 250, (263).

während die Anwendung der Rechtsprechungsregeln begründete Doppelspurigkeit im Kapitalersatzrecht wurde bis zur MoMiG-Novelle kritisiert.³²³

Die Entscheidung über das Vorliegen von Krise und Kreditunwürdigkeit erfolgt anhand einer Gesamtschau der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft im Moment der rechtsverbindlichen Darlehensvergabe in der Krise.³²⁴ Subjektive Merkmale des Schuldners sind für die Beurteilung ebenso unerheblich wie mögliche Parteivereinbarungen zur Qualität des Darlehens.³²⁵ Den Nachweis über das Vorliegen eines eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens und damit eben der Gesellschaftskrise zum Zeitpunkt der Finanzierungsentscheidung hat derjenige zu führen, der Rechte aus der Umqualifizierung in Anspruch nehmen möchte.³²⁶ Neben den allgemeinen insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbeständen (hier insbesondere § 135 InsO) beschränkt sich die Beweispflicht damit einzig auf die behauptete Qualität des Darlehens. Ist im Falle der Gesellschaftsinsolvenz das Darlehen noch in der Verfügungsgewalt der Gesellschaft, ist dieser Beweis unter Bezugnahme auf die eingetretene Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit regelmäßig un schwer zu führen. Hat jedoch zu einem früheren Zeitpunkt bereits die Rückgewähr stattgefunden, ist die substantiierte Darlegung zu Krise und Kreditunwürdigkeit durch den die Gesellschaft vertretenden Insolvenzverwalter notwendig. Nicht ausreichend sind allgemeine Einlassungen zu bilanzieller Lage der Gesellschaft³²⁷ und einzelnen ablehnenden Kreditaussagen, da dabei die Ertragslage der Gesellschaft und eventuell vorhandene – beleihbare – stille Reserven unbeachtet blieben.³²⁸ Einzig in Fällen, in denen die Rückgewähr innerhalb eines Jahres vor Insolvenzanmeldung erfolgt ist, hat der Gesetzgeber in § 32b Satz 1 InsO aF die unwiderlegliche Vermutung aufgestellt, dass eine das Kapital umqualifizierende Gesellschaftskrise bestand.³²⁹

Der Regierungsentwurf zur GmbH-Novelle von 1977 sah neben den beiden ersten Absätzen des § 32a GmbHG aF weitere 5 Absätze zur Erfassung von Umgehungstatbeständen des Eigenkapitalersatzrechts vor, die schließlich zugunsten der Generalklausel des Abs. 3

³²³ *Nerlich* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 135, Rn. 1 ff; *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 32a aF, Rn. 84 ff; dazu ebenfalls *Altmeyen*, NJW 2008, 3601, (3606).

³²⁴ Eine umfassende Darstellung finanzwirtschaftlicher und übergreifender Indikatoren bei *Schaub*, DStR 1993, 1483, (1488 f).

³²⁵ *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 60; So im wirtschaftlichen Ergebnis auch BGH, ZIP 1994, 1934, (1934 ff).

³²⁶ BGH, ZIP 1994, 1934, (1937 f); *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 118.

³²⁷ Zum Ausschluss des Anscheinsbeweises siehe *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 58.

³²⁸ *Heidinger* in: Michalski GmbHG, § 32b aF, Rn. 45; *Stöhr*, NZG 2012, 62, (63); *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 118.

³²⁹ BGH, NJW-RR 2006, 1272, (1272); *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 61; *Dahl* in: Michalski GmbHG, Anh. I zu §§ 32a, 32b aF, Rn. 4.

gestrichen wurden.³³⁰ Dies wurde begrüßt, da so eine bewegliche und damit möglichst lückenlose Regelung geschaffen wurde.³³¹ Praktisch bedeutendster Fall ist das Stehenlassen eines Alt-Darlehens durch den Gesellschafter in der Krise. Trotz möglicherweise großen zeitlichen Verzugs zwischen Darlehensgewährung und Krise der Gesellschaft qualifiziert das willentliche Belassen eines Darlehens in der Vermögensmasse der Gesellschaft das Darlehen ebenfalls zu Eigenkapitalersatz. Der darlehensgewährende Gesellschafter muss Kenntnis von der Krise haben und das Darlehen trotz bestehender Kündigungs- oder Sonderkündigungsmöglichkeit³³² nicht innerhalb einer Frist von 2-3 Wochen abgezogen haben.³³³ Subjektive Kriterien sind auch hierbei unbeachtlich, da die Kenntnis der Krise der objektiven Erkennbarkeit gleichgestellt ist.³³⁴

Erfolgt die Gesamtschau der Kreditwürdigkeit im Drittvergleich zu Ungunsten des Gesellschafters, ist der gesamte Darlehensbestand des betreffenden Gesellschafters gesperrt, also von einer Rückgewähr vor Überwindung der Krise ausgeschlossen.³³⁵ Die funktionale Einheit des Darlehens und Ihre vollumfängliche Verstrickung können, sofern die Umqualifizierung nicht vollends dem Ausgleich einer Unterbilanz dient, eine signifikante Anhebung der faktischen Stammkapitalziffer zur Folge haben. Es lässt sich somit m.E. mit einiger Begründung die Frage aufwerfen, ob diese Vorwegnahme einer Gesellschafterentscheidung zur Durchführung einer formalen Kapitalerhöhung nicht über das Ziel hinaus schießt. Tatsächlich aber ist in der Umqualifizierung nicht eine Kapitalerhöhung kraft Gesetz zu sehen, sondern einzig der – deklaratorische – Vollzug einer bereits durch den Gesellschafter getroffenen Finanzierungsentscheidung, deren Ergebnis schließlich die Darlehensgewährung der Höhe nach darstellt.

2. §§ 30, 31 GmbHG „Rechtsprechungsregeln“

Die bereits durch das RG³³⁶ ansatzweise entwickelten Rechtsprechungsregeln zur Umqualifizierung von Gesellschafterfremdkapital zu Haftkapital fußen auf der Entscheidung „Lufttaxi“³³⁷ des BGH, in der das Gericht erstmals die Leitlinien der Kapitalbindung in Fäl-

³³⁰ BT-Drs. 8/1347, S. 15 f; *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 63.

³³¹ *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 63.

³³² Zumindest dieses ist im Falle drohender Insolvenz regelmäßig im Wege ergänzender Vertragsauslegung gegeben. Ein vollständiger vertraglicher Ausschluss des Kündigungsrechts würde des Weiteren die Kapitalersatzregeln aushebeln und schließt daher ein Belassen nicht aus. Vielmehr ist in dem Ausschluss des Kündigungsrechts eine vorweggenommene Finanzierungsentscheidung zu sehen. Vgl. *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 133, 486.

³³³ BGHZ 75, 334, (338); BGHZ 81, 252, (257); BGHZ 121, 31, (35).

³³⁴ BGH, ZIP 1994, 1934, (1934 ff); *Stöhr*, NZG 2012, 62, (63); *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 126.

³³⁵ BGHZ 75, 334, (335); *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 41.

³³⁶ Hier noch als sittenwidrige vorsätzliche Schädigung, § 826 BGB.

³³⁷ BGHZ 31, 258, (258 ff).

len formeller Unterkapitalisierung zeichnete. Rechtssystematisch hergeleitet wurde die Verstrickung von Gesellschafterfremdkapital in der konkursbedrohten Gesellschaft durch das widersprüchliche Verhalten des darlehensgewährenden Gesellschafters, wenn dieser ein Darlehen, welches er angesichts der prekären finanziellen Lage der Gesellschaft begeben oder stehen gelassen hat und damit seine Entscheidung zugunsten des Erhalts der Gesellschaft zum Ausdruck bringt, wieder entzieht, bevor das Ziel der ursprünglichen Gewährung – die Krisenabwendung – erreicht werden konnte.³³⁸ Die somit in Verstoß gegen § 138 BGB sittenwidrige Vereinbarung der Darlehensrückzahlung ist unzulässig und analog § 31 Abs. 1 GmbHG aF rückabzuwickeln. Der Höhe nach sind Gesellschafterdarlehen insoweit umfasst, als sie zur Wiederauffüllung des nominalen Stammkapitals notwendig sind. Liegen sogar darüber hinausgehende ungedeckte Verluste vor, erhöhen diese die Darlehens-Verstrickung.³³⁹

Grundsätzlich ist der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft nicht an die Insolvenz der Gesellschaft gebunden, sondern es genügt bereits anspruchsbegründend das Vorliegen einer handelsrechtlichen bilanziellen Überschuldung. Von jenen Fällen abgesehen, da es zum Bruch zwischen den Gesellschaftern oder zwischen der Gesellschaft und ihren Organen kommt, wird jedoch regelmäßig der Insolvenzverwalter derjenige sein, der den Rückzahlungsanspruch geltend macht.

Trotz des in der Vergangenheit geführten Diskurses zu Konkurrenzen und Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln nach Einführung der §§ 32a, 32b GmbHG aF entspricht es inzwischen der herrschenden Meinung, dass von einer Fortgeltung der §§ 30, 31 GmbHG aF neben § 32a GmbHG aF in Altfällen auszugehen ist.³⁴⁰ Da § 32a GmbHG aF die Normierung der §§ 30, 31 GmbHG aF analogen Rechtsfortbildung ist, kommt dogmatisch die Konkurrenz der Regelungen nur dort in Betracht, wo die Rechtsprechungsregeln hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen, Rechtsfolgen und Verjährungsfristen weiter gefasst sind.³⁴¹ Dies ist insbesondere deshalb relevant, da unter den Rechtsprechungsregeln keine Krise der Gesellschaft als Voraussetzung notwendig ist.

³³⁸ Grundlegend BGHZ 31, 258, 268 ff; *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 67; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz (aF), § 32a, Rn. 73.

³³⁹ BGHZ 31, 258, (258 ff); *Himmelsbach/Achsnick*, NZI 2006, 561, (563).

³⁴⁰ *Nerlich* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 135, Rn. 80; *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 75; *Schaub*, DStR 1993, 1483, (1487).

³⁴¹ *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 51; *Nerlich* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 135, Rn. 81.

II. Neuregelung: Allgemeine Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen

Gewichtige Stimmen der Jurisprudenz haben sich bereits vor der letzten Novellierung des Gesellschaftsrechts im Hinblick auf das Kapitalersatzrecht mit Abschaffung der §§ 32a, 32b GmbHG kritisch über tiefgreifende gesetzgeberische Eingriffe in die Gesetzeslage und die entwickelten richterrechtlichen Grundsätze geäußert³⁴² und damit auf die Komplexität der Materie hingewiesen, die umfassende Fallpraxis verlangt, um tatsächlich alle Facetten abzudecken.

Im Zentrum steht schließlich nichts Geringeres als die tatsächliche Abgrenzung des Haftungskapitals einer von den Gesellschaftern bewusst unter Begrenzung eben dieses Haftungssubstrats gegründeten Gesellschaft. Die vorstehenden Überlegungen legen offen, dass eine rein handelsrechtlich geprägte Grenzziehung dem Interessenausgleich zwischen Gesellschaftern und Gläubigern nicht gerecht wird und der Gesellschafterseite Gestaltungsspielraum zulasten der Gläubiger gewähren würde. Andererseits gräbt jeder Eingriff in die Hoheit der Gesellschafter über die satzungsgemäße Kapitalzuweisung an die Gesellschaft dem – ökonomisch notwendigen und wirtschaftspolitisch gewünschten³⁴³ – Institut der begrenzt haftenden juristischen Person durch die Begründung zusätzlicher Rechtsunsicherheit das Wasser ab.

Man kann angesichts der Gestaltung des neuen Rechts nur darauf erkennen, dass sich der Gesetzgeber offensichtlich entschieden hat, der zunehmend und variantenreicher genutzten Form der Gesellschaftsfinanzierung durch Fremdkapital einen Riegel vorzuschieben. Durch die Abschaffung der richterrechtlichen Analogien auf die §§ 30, 31 GmbHG hat der Gesetzgeber jedoch auch zentrale Instrumente der außergerichtlichen Sanierung vor Insolvenzanmeldung gestrichen. Ermöglichten die Rechtsprechungsregeln zuvor die Rekapitalisierung der Gesellschaft durch Repatriierung solcher Leistungen der Gesellschaft, die das Stammkapital angegriffen haben, muss nun bis zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung zugewartet werden.³⁴⁴ Auch geht die Präventivwirkung der Instrumente verloren, sie wurde dem – wenn auch nachvollziehbaren – Interesse geopfert, die Welle der kostenintensiven Prozesse zur kapitalersetzenden Qualität von Gesellschafterdarlehen zu beenden.³⁴⁵

Mit Inkrafttreten des MoMiG wurde die gesetzliche Behandlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz neu geregelt und systematisch in die Insolvenz-

³⁴² *Fischer*, ZGR 2006, 403, (418); *Stodolkowitz/Bergmann* in: MünchKommInso, § 135, Rn. 104 f; *K.Schmidt*, GmbHR 2007, 1072, (1072).

³⁴³ Siehe Teil 1.A.

³⁴⁴ *Haas/Hossfeld* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 92, Rn. 365; *Bork*, ZGR 2007, 250, (264); *K.Schmidt*, GmbHR 2007, 1072., (1076).

³⁴⁵ *Gehrlein*, BB 2011, 3, (4); *K.Schmidt*, GmbHR 2007, 1072., (1076); *Bork*, ZGR 2007, 250, (265).

ordnung in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO integriert, wie es auch internationalem Rechtsstandard entspricht.³⁴⁶

Die Finanzierungsentscheidung unter Verwendung von Gesellschafterfremdkapital trägt nun immanent die Finanzierungsfolgenverantwortung in sich, um so zu verhindern, dass Gesellschafter und Gläubiger im Insolvenzfall um das Gesellschaftsvermögen konkurrieren.³⁴⁷ Rechtsdogmatisch wird damit die Qualifikation der Gesellschafterfremdfinanzierung als funktionales Eigenkapital gestärkt, wobei die Reallokation aus dem Gesellschaftsrecht in das Verfahrensrecht nur ordnende Bedeutung hat – deutet schließlich die zugleich erfolgte unveränderte Übernahme des Kleinbeteiligungsprivilegs weiterhin auf die Einordnung des § 39 InsO in den Regelungskreis des Gesellschaftsrechts hin.³⁴⁸

1. Der Regelungskern Funktionales Eigenkapital

Der Grundgedanke des neuen Rechts bleibt der Regelungskern „Funktionales Eigenkapital“, wie er im Zusammenhang mit den §§ 32a, 32b GmbHG aF entwickelt wurde. Schließlich bleibt weiterhin die implizite Kapitalzuweisungsentscheidung der Gesellschafter zu ergründen, womit Gestaltungsvarianten weiterhin im Ergebnis unbeachtlich sein sollen. Nicht der geäußerte Parteiwillen soll also gerichtlich überprüft werden können, sondern der implizite Parteiwillen der finanzierenden Gesellschafter, welcher sich nun einzig an der Valuta der Haftungsmasse in der Vermögensbilanz des Gesellschafters bemisst.

Wie bereits dargelegt, versucht der Gesetzgeber, die damit einhergehend notwendige gerichtliche Bewertung der Kapitalausstattungsentscheidung durch die Gesellschafter weitgehend zu begrenzen, indem eine Pauschalisierung aller Gesellschafter-Finanzierungsformen und die Verstrickung des Kapitals zu funktionalem Eigenkapital erfolgt. Einerseits kann diesem Vorgehen im Sinne der Rechtssicherheit Positives abgewonnen werden, gerade im Hinblick auf die dogmatische Nähe zu den Fällen des Institutsmisbrauchs durch materielle Unterkapitalisierung und dem damit auftretenden Problem, dass eine gerichtliche Überprüfung *ex post* aufgrund der *hindsight bias*³⁴⁹ mit großen Schwierigkeiten versehen ist.³⁵⁰ Es soll schließlich gerade nicht Aufgabe der Gerichtsbarkeit sein, die unternehmerische Entscheidung über die Kapitalausstattung der Gesellschaft zu bewerten.³⁵¹ Einzelfallgerechtigkeit wird vor dem Hintergrund dieser nun so weit rei-

³⁴⁶ Bork, ZGR 2007, 250, (265); Haas, ZInsO 2007, 617, (618); BT-Drs. 16/6140, S. 137.

³⁴⁷ Selzner/Leuering in: Römermann MAH-GmbH-Recht, § 7, Rn. 6 f; Paape, DZWIR 2009, 9, (14); Gehrelein, BB 2011, 3, (4).

³⁴⁸ Herrmann, DZWIR 2009, 265, (267); Altmeppen, NJW 2008, 3601, (3602).

³⁴⁹ Die belastete Bewertung unternehmerischer Entscheidungen in der Rückschau unter dem Eindruck des Eintritts ursprünglich ungewisser Entwicklungen. Für die detaillierte Begriffsbestimmung siehe Teil 2.E.

³⁵⁰ Fleischer in: MünchKommGmbHG, § 43, Rn. 67; Veil, NJW 2008, 3264, (3266); Zum Phänomen der *hindsight bias* auch Wagner in: MünchKommBGB, Vorb. Titel 27, Rn. 60.

³⁵¹ BGHZ 176, 204, (213 f).

chenden gesetzlichen Pauschalisierung abseits der Privilegierung absehbar erneut durch die Gerichte hergestellt werden, wenn grobe Verstöße gegen übergeordnete Leitsätze erkannt werden. Der damit verbundene Rückschwung auf den Zustand vor die Zeit der GmbHG-Novelle von 1980 wurde offenbar bewusst in Kauf genommen.

Auch aus ökonomischer Sicht ist die pauschale Rangrückstufung von Gesellschafterdarlehen außerhalb des Kleinbeteiligungs- und Sanierungsprivilegs problematisch, entfaltet sie doch ihre Wirkung bereits vor dem Krisenfall des fraglichen Unternehmens, wodurch kaum wünschenswerte Nebeneffekte erzielt werden. Die nun vom ursprünglichen Grundgedanken der Wiederauffüllung des satzungsgemäßen Stammkapitals losgelöste pauschale Verstrickung sämtlicher nicht-privilegierter Gesellschafterdarlehen bewirkt eine Verschiebung des Risiko-Profiles gerade mezzaniner Beteiligungsformen.³⁵² So antizipiert eine risikoadäquate Darlehensgewährung das Netto-Insolvenzrisiko des Darlehensnehmers bei der Konditionenermittlung und muss nach neuem Recht nun für den Insolvenzfall von einer Realisierungsquote von Null ausgehen, während unter Geltung des alten Rechts – bei entsprechender Gestaltung – die Einstufung im Rang der Insolvenzforderungen zu erreichen war. Die Berücksichtigung der Risikoverschärfung verteuert die Refinanzierung über Fremdkapital gerade für den Mittelstand.³⁵³

Weitere Schwierigkeiten erwachsen aus dem Fortsetzungswirkungsprinzip, wonach der Verkauf einer Forderung aus einem Gesellschafterdarlehen oder diesen gleichgestellten Verträgen an Dritte innerhalb der Verstrickungsfristen nach herrschender Meinung nicht zum Erlöschen der Qualifizierung des Darlehens als Gesellschafterdarlehen mit den entsprechenden Konsequenzen des § 39 I Nr. 5 InsO führt.³⁵⁴ Nun haben die finanzwirtschaftlichen Innovationen³⁵⁵ der vergangenen Jahre die Verbriefung und den Verkauf – eventuell zusätzlich syndizierter – Darlehen auch in Deutschland verbreitet. Dabei vergibt ein Finanzinstitut (bei größeren Darlehensbeträgen möglicherweise auch ein Konsortium verschiedener Finanzinstitute) ein Darlehen an den Schuldner, welches anschließend gestückelt und als Derivat oder Anleihe verpackt an dritte Gläubiger veräußert wird. Für die Finanzinstitute hat dieses Vorgehen den Vorteil, dass zwar die lukrative Vergabe und Verwaltung des Darlehens übernommen wird,³⁵⁶ die Ausfallrisiken jedoch weitergereicht

³⁵² Kapitalgewährung unter Verwendung von Eigenkapital- und Fremdkapitalkomponenten.

³⁵³ *Herrmann*, DZWIR 2009, 265, (268); *Gehrlein*, BB 2011, 3, (4); *Selzner/Leuring* in: Römermann MAH-GmbH-Recht, § 7, Rn. 18.

³⁵⁴ Vgl. die hM zwar bestätigend, wenn auch ökonomisch begründend ablehnend *Herrmann*, DZWIR 2009, 265, (272).

³⁵⁵ Etwa die sog. ABS (asset backed securities) und MBS (mortgage backed securities).

³⁵⁶ *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271, (273) fassen dieses unter dem Begriff *Servicing* zusammen.

werden und damit die Bilanz nicht durch zu hinterlegendes Eigenkapital belastet wird. Dabei ist in der heutigen, eng verwobenen deutschen Unternehmenslandschaft vorstellbar, dass eines der beteiligten Finanzinstitute zwischen dem Zeitpunkt der Darlehensvergabe und dessen Verkauf – und sei es nur indirekt – gesellschaftsrechtlich mit mehr als 10%³⁵⁷ der Kapitalanteile an dem Schuldner beteiligt ist.³⁵⁸ Konsequenz einer solchen Konstellation wäre nach Verkauf des Darlehens einerseits für die betroffenen Finanzinstitute das Ausbleiben des erwünschten Erfolgs einer bilanziellen Entlastung, da gemäß § 135 Abs. 1 InsO eine Verstrickung infolge der Anfechtungsmöglichkeit zwischen einem Jahr (Nr. 1 – bei Gestaltung in Anleihenform) und 10 Jahren (Nr. 2 – bei derivativer Gestaltung) bestehen bliebe. Der Käufer des Darlehens würde andererseits trotz seiner individuellen gesellschaftsrechtlichen Unabhängigkeit von dem Schuldner ein gemäß § 39 I Nr. 5 InsO nachrangiges Darlehen erwerben. Dass ein Verkauf dieser beeinträchtigten Rechtsposition nur mit erheblichen Abschlägen auf den nominalen Wert der Forderungen wird erfolgen können, ist offenkundig. Unabhängig von der wirtschaftspolitischen Bewertung dieses Syndizierungs- und Bündelungskonzepts³⁵⁹ muss in jedem Fall davon ausgegangen werden, dass die beschriebene Erschwernis bereits in den Konditionen des zugrunde liegenden Darlehensvertrages für den Schuldner negative Berücksichtigung finden wird.

Und selbst in solchen Fällen, in denen keine gesellschaftsrechtliche Verstrickung des veräußernden Finanzinstituts vorliegt, bleibt die durch MoMiG entstandene Rechtsunsicherheit Grund für steigende Transaktionskosten durch erhöhten Recherche- und Absicherungsaufwand, da das Wissen um die potentielle Verstrickung der Forderungsklasse die Schaffung umfangreicher Prozesse bei den Finanzinstituten anstoßen wird. Dass die aktuelle Regelung einen tiefgreifenden Eingriff in das Funktionieren der Kreditmärkte darstellt, ist somit offensichtlich. Eine entsprechend weniger prohibitive Neureglung *de lege ferenda* erscheint dringend angebracht.

2. Privilegierte Finanzierungen

Der bewusst restriktiv gestaltete Regelungskern des funktionalen Eigenkapitals erfährt nach dem Willen des Gesetzgebers an einigen Stellen eine Aufweichung, um einerseits unbillige Härten für solche Gesellschaftergruppen zu verhindern, denen mutmaßlich der notwendige Informationszugang zur Lage des Unternehmens fehlt oder andererseits die mögliche Einflussnahme auf die Geschäftspolitik verwehrt ist. Des Weiteren werden unter

³⁵⁷ Damit Wegfall einer möglichen Kleinbeteiligungsprivilegierung.

³⁵⁸ So ist es verbreitete Praxis für die Gewährung sowohl lang- als auch kurzfristiger Kreditlinien die Sicherungsübereignung von Gesellschaftsanteilen des Schuldnerunternehmens zu vereinbaren, welche unter Umständen auch mit Einschränkungen der Verfügungshoheit der Gesellschafter verbunden sein können.

³⁵⁹ *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271, (272); *Schaffelhuber/Sölch* in: Münch. Hdb. d. Gesellschaftsrechts, § 31, Rn. 1.

gewissen Umständen Finanzierungen privilegiert, die im Interesse einer Sanierung der Gesellschaft begeben werden, um zu verhindern, dass solcherart wirtschaftlich gewünschte Instrumente nicht von vornherein aufgrund von Haftungsrisiken versperrt werden.

a) Sanierungsprivileg

Die erstmalige Einführung eines Sanierungsprivilegs (§ 32a Abs. 3 S. 3 GmbHG aF) erfolgte durch das KonTraG³⁶⁰ in Reaktion des Gesetzgebers auf eine sehr breit geäußerte Kritik der Literatur³⁶¹ auf die BGH Entscheidung „Helaba-Sonnenring“³⁶². Die Regelung ist im Zuge des MoMiG regelungsgleich in den neuen § 39 Abs. 4 S. 2 InsO übernommen worden.³⁶³ Die relativ knapp gefasste Privilegierung verlangt als Voraussetzung den Anteilserwerb durch einen Gesellschaftsfremden Gläubiger in der Krise (vor Inkrafttreten des MoMiG) oder nach Eintritt drohender Zahlungsunfähigkeit (seit Inkrafttreten des MoMiG) zum Zwecke der Sanierung, wobei nicht einzig auf den Liquiditätszufluss abzustellen ist, sondern auch reine Kapitalstrukturverbesserungen als Sanierungsbeitrag anzuerkennen sind. Rechtsfolge ist die umfassende Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen zur Behandlung funktionalen Eigenkapitals in der Gesellschaftsinsolvenz.³⁶⁴

Die Inanspruchnahme ist für einen beitretenden gesellschaftsfremden Gläubiger jedoch mit teilweise nur schwierig zu beherrschenden Risiken versehen.³⁶⁵ Nicht nur ist hinsichtlich des Zeitpunkts von Kriseneintritt oder drohender Zahlungsunfähigkeit erheblicher Auslegungsspielraum gegeben,³⁶⁶ der mit abschließender Verlässlichkeit erst im Insolvenzverfahren entschieden wird. Erschwerend kommt durch eine richtungsweisende Entscheidung des BGH hinzu, dass die grundsätzliche Sanierungsfähigkeit des Schuldners zum Zeitpunkt des Beitritts gegeben sein muss, da nur objektiv von Dritten für tauglich zu befindende Sanierungsbemühungen eine den Gläubigerschutz reduzierende Privilegierung erfahren sollen, um nicht unkalkulierbare Abhängigkeiten – da auf rein subjektiven Erwartungen des beitretenden Gläubigers basierend – der sonstigen Gläubiger der Gesellschaft zu begründen.³⁶⁷ Obwohl das Urteil aufgrund der recht klaren gerichtlichen Äußerungen zu

³⁶⁰ Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27.04.1998.

³⁶¹ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 390; *Rümker*, ZIP 1982, 1385, (1387); *Westermann*, ZIP 1982, 379, (386); *Häuser* in: Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Handbuch, § 85, Rn. 147.

³⁶² BGHZ 81, 311, (311 ff).

³⁶³ *Gras* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 5, Rn. 63; *Henckel*, Anfechtung im Insolvenzrecht, S. 378; *Paape*, DZWIR 2009, 9, (13); *Nerlich* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 135, Rn. 34.

³⁶⁴ BGHZ 165, 106, (109).

³⁶⁵ *Obermüller/Kuder* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 97, Rn. 73; *Nerlich* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 135, Rn. 36 f; *Paape*, DZWIR 2009, 9, (11).

³⁶⁶ Dabei sei auf die Ausführungen in Teil I.A.II. zu den Ermessensspielräumen bei der Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit verwiesen.

³⁶⁷ In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung BGHZ 165, 106, (112 f).

den Anforderungen an die Sanierungsfähigkeit des jeweils betroffenen Krisenunternehmens ausdrücklich begrüßt wurde³⁶⁸ und in der Folge eine Beflügelung des Geschäfts mit sanierungsprivilegierten *Debt-Equity-Swaps* vorausgesagt wurde, ist dieser Höhenflug bisher ausgeblieben.³⁶⁹ Eine angesichts der Schwere der drohenden Umqualifizierungsrisiken gegen jeden Zweifel erhabene Prüfung und Dokumentation des Krisenstatus und der Sanierungsfähigkeit wird nur in Einzelfällen verlässlich zu erbringen sein. Damit werden dem Instrument letztlich umfassend die Flügel gestutzt.

Es stellt sich m.E. doch die Frage, ob dem Kreis der Gesellschaftsgläubiger tatsächlich eine solch gravierende Schlechterstellung durch die nicht erfolgende Umqualifizierung von Alt-Forderungen eines beitretenden Gläubigers droht, die diese prohibitive Regelungsgestaltung rechtfertigt. Schließlich gilt zu berücksichtigen, dass nicht die Ranghochstufung der Forderung Rechtsfolge des Sanierungsprivilegs ist, sondern einzig die unterbleibende Rangabstufung. Solange somit eine Schlechterstellung der Alt-Gläubiger systematisch ausgeschlossen ist, da der Beitritt eines Gläubigers, oder auch nur der – zumindest teilweise – Wechsel eines Gläubigers in das Gesellschafterlager grundsätzlich eine bilanzielle Gesundung mit sich bringt, besteht m.E. keinerlei Notwendigkeit, die Privilegierung der Alt-Forderungen des neuen Gesellschafters restriktiv zu handhaben. Unabhängig davon, ob durch dessen Entscheidung bereits eine nachhaltige Sanierungsfähigkeit erreicht wird, findet in jedem Fall keine Reduzierung des Schutzniveaus der verbleibenden Alt-Gläubiger statt. Eine anzustrebende Neuregelung des Sanierungsprivilegs sollte folglich in Richtung einer Meistbegünstigungsregelung abgeändert werden, um darüber sicherzustellen, dass der neue Gesellschafter seine Position nicht dazu nutzt, seine fortbestehende Rechtsposition als Gläubiger der Gesellschaft zulasten der Gläubigergemeinschaft zu verbessern.

Vor der Gesellschaftsrechtsnovelle durch das MoMiG hatte der Gesellschafter, anders als im Falle der Einbringung nicht werthaltiger Sacheinlagen aufgrund Sacheinlagebeschluss, hier nicht nur aufgrund der Differenzhaftung nachzuleisten, sondern die volle Bareinlageverpflichtung zu erfüllen.³⁷⁰ Der daneben entstehende Anspruch auf Rückgewähr der beschlusswidrig erbrachten Sacheinlage ist in der Insolvenz nachrangige Gesellschafterforderung.³⁷¹ Die Möglichkeit des Insolvenzverwalters, in einem solchen Fall nachträgliche Erfüllung zugunsten der Masse von Seiten des Gesellschafters zu verlangen, überdehnt den Gläubigerschutz. Letztendlich ist die Aufgabe einer gesetzlichen Systematik, die ein-

³⁶⁸ Häuser in: Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Handbuch, § 85, Rn. 147; Himmelsbach/Achsnick, NZI 2006, 561, (564); Nerlich in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 135, Rn. 36.

³⁶⁹ Obermüller/Kuder in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 97, Rn. 73; Paape, DZWIR 2009, 9, (13).

³⁷⁰ BGHZ 155, 329, (331).

³⁷¹ Schall, Kapitalgesellschaftlicher Gläubigerschutz, S. 117; Häuser in: Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Handbuch, § 85, Rn. 147; Paape, DZWIR 2009, 9, (10).

zig aufgrund formaler Fehler im Gründungsprozess regelte und dabei der materiellen Einzelfallwertung keinen Raum bot, also zu begrüßen.

b) Kleinbeteiligungsprivileg

In der Anwendung unproblematisch ist das in § 39 Abs. 5 verankerte Privileg solcher Finanzierungen, welche durch nicht geschäftsführende Gesellschafter begeben oder besichert werden, denen direkt und indirekt maximal 10% der Kapitalanteile der Gesellschaft zuzurechnen sind. Gesetzgeberische Intention der ebenfalls bereits auf das KonTraG zurückgehenden Bestimmung ist die Rücksichtnahme auf die anders gelagerte Situation jener Gesellschafter, welchen aufgrund Ihrer verhältnismäßig insignifikanten Einflussnahmemöglichkeit in der Gesellschafterversammlung nicht pauschal Kenntnis der Lage des Unternehmens unterstellt werden kann und denen auch die Möglichkeit zur aktiven Steuerung der Unternehmenspolitik fehlt.³⁷² Vorstellbar sind auch Publikums-GmbHs deren Gesellschafterkreis sich einzig durch Personen mit Beteiligungsquoten unterhalb der Schwelle auszeichnet. In so gelagerten Fällen wird regelmäßig davon auszugehen sein, dass auch die kleinbeteiligten Gesellschafter Einflussnahmemöglichkeiten haben. Dass in diesen Fällen dennoch nur den offiziell geschäftsführenden Gesellschaftern die Privilegierung genommen ist, muss schlicht als der Preis einer notwendigen Grenzziehung verstanden werden und ist – wie später noch darzustellen sein wird – auch Basis möglicher haftungsreduzierender Gestaltungsmaßnahmen.

Kann ein Gesellschafter diese Privilegierung für sich in Anspruch nehmen, unterfallen seine Forderungen gegenüber der Gesellschaft nicht pauschal der Nachrangigkeit des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, sondern sind entsprechend der jeweiligen Parteivereinbarungen in der Insolvenz anzumelden und zu berücksichtigen.

3. Regelungslücke: Freiwerden des bürgenden Gesellschafters ohne schuldnerische Rechtshandlung

Das Inkrafttreten des MoMiG bedeutete durch den Wegfall des Eigenkapitalersatzrechts im GmbHG nicht weniger als einen Paradigmenwechsel³⁷³ für die Behandlung von Gesellschafterdarlehen. Erklärtes Ziel der Reform war die Beseitigung der „verwirrenden Doppelspurigkeit“ ihrer Beurteilung durch einerseits gesetzlich kodifizierte Regelungen (§§ 32a, 32b GmbHG aF) und andererseits die richterrechtlich entwickelten sog. Rechtspre-

³⁷² BT-Drs. 16/6140, S. 57.

³⁷³ Gehrlein, BB 2008, 846 (846); Mikolajczak, ZIP 2011, 1285, (1285).

chungsregelungen.³⁷⁴ Die rechtliche Beurteilung von Gesellschafterdarlehen erfolgt nach der Reform nunmehr ausschließlich im Rahmen des Insolvenzrechts.³⁷⁵

Umstritten ist nach der Gesetzesreform die rechtliche Behandlung von Darlehen, die Dritte der Gesellschaft gewährt haben und für die neben der Schuldnerin als Sicherungsgeberin auch ein Gesellschafter Sicherheiten bestellt hat. Inzwischen zwar höchstrichterlich entschieden,³⁷⁶ jedoch nach Ansicht des Verfassers dogmatisch unzureichend begründet, ist die Frage, ob dem Insolvenzverwalter Rückgriffsmöglichkeiten gegen den Gesellschafter zustehen, wenn dieser nach Verfahrenseröffnung durch Tilgung eines Darlehens aus Gesellschaftsmitteln von einer eingeräumten Sicherheit frei wird. Die kontroverse Beurteilung dieser Frage wird auch anhand der konträren Rechtsauffassung verschiedener Senate des OLG Hamm zu diesem Problemkreis deutlich.³⁷⁷

a) Vorüberlegung: Keine Vorrangigkeit der Sicherheit des Gesellschafters gemäß §§ 44a InsO analog

Nach Auffassung einiger Stimmen in der Literatur³⁷⁸ ist der Gläubiger eines doppelbesicherten Darlehens im Insolvenzverfahren gemäß § 44a InsO (analog) verpflichtet, zuerst die Gesellschaftersicherheit zu verwerten, bevor er auf die von der Gesellschaft gewährte Sicherheit Zugriff erhält. In der Literatur wird dies mehrheitlich mit überzeugenden Gründen abgelehnt,³⁷⁹ so dass dieser Frage vorliegend nur knapp nachgegangen wird.

Die Unsicherheit etwaiger Regressansprüche des Verwalters gegen den Gesellschafter bei einer freiwerdenden Gesellschaftersicherheit nach Insolvenzantragsstellung hat die Diskussion ausgelöst, § 44a InsO auch analog auf Fälle der Doppelbesicherung anzuwenden. Schließlich sei die Masse dann nicht durch eine zweifelhafte Regressforderung gegen den Gesellschafter belastet.³⁸⁰ Gegen diesen Vorschlag ist zunächst einzuwenden, dass der Reformgesetzgeber mit der Übertragung des Regelungsgehaltes der §§ 32a, 32b

³⁷⁴ BT-Drs. 16/6140, S. 26, das ehemalige Nebeneinander zwischen Gesetzes- und Richterrecht hatte zuletzt eine Komplexität erreicht, die nur noch für Spezialisten überhaupt durchdringbar war, vgl. *Nerlich* in: *Nerlich/Römermann Insolvenzordnung*, § 135, Rn. 1 ff; *Altmeyen* in: *Roth/Altmeyen GmbHG*, § 32a aF, Rn. 84 ff; ebenfalls *Altmeyen*, *NJW* 2008, 3601, (3606).

³⁷⁵ *Nerlich* in: *Nerlich/Römermann Insolvenzordnung*, § 135, Rn. 1 ff; *de Bra* in: *Braun InsO*, § 135, Rn. 1; *Hirte* in: *Uhlenbruck*, § 135, Rn. 5.

³⁷⁶ BGH, *NJW* 2012, 156, (157 ff).

³⁷⁷ OLG Hamm, *NZI* 2011, 251 (251 ff); OLG Hamm, *BeckRS* 2011, 15231.

³⁷⁸ *Lenger*, *NZI* 2011, 251, (253); vgl. auch die weiteren Nachweise bei *Mikolajczak*, *ZIP* 2011, 1285, (1286).

³⁷⁹ Vgl. *Altmeyen*, *ZIP* 201, 741, (741 ff); *Mikolajczak*, *ZIP* 2011, 1285, (1286); *Andres* in: *Nerlich/Römermann Insolvenzordnung*, § 44a, Rn. 24; *Leithaus* in *Andres/Leithaus InsO Kommentar*, § 44a, Rn. 15; *Spliedt*, *ZIP* 2009, 149, (154).

³⁸⁰ *Bork* in: *FS Ganter*, 2010, 135, (140 ff); *Andres* in: *Nerlich/Römermann Insolvenzordnung*, § 44a, Rn. 24.

GmbHG aF in § 44a InsO keine sachliche Änderung der Rechtslage beabsichtigte.³⁸¹ Unter dem Regime des ehemaligen Eigenkapitalersatzrechtes bestand kein Zwang für Drittgläubiger, sich zuerst an die Gesellschaftersicherheit zu halten (und sich mit den entsprechenden Ausfallrisiken konfrontiert zu sehen). Eine dahingehende analoge Anwendung von § 32a Abs. 2 GmbHG aF wurde abgelehnt.³⁸² Der MoMiG-Gesetzgeber hat in Kenntnis dieses Problemkreises der Doppelsicherung davon Abstand genommen, eine zur alten Rechtslage unterschiedliche Regelung zu schaffen, so dass es schon deswegen an den Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 44a InsO fehlt.³⁸³

Wer eine solche analoge Anwendung dennoch für im Prinzip zulässig hält, muss sich dem kaum lösbaren Problem stellen, wie aus einer Sonderregelung zum Verteilungsverfahren eine Benachteiligung eines Drittgläubigers, der nicht Adressat dieser Vorschrift ist, erwachsen können soll. Hat sich der Sicherungsnehmer dingliche Rechte an Massegegenständen einräumen lassen, so können diese absoluten Rechtspositionen nicht davon abhängig gemacht werden, ob noch weitere Sicherheiten durch den Gesellschafter eingeräumt wurden. Dies würde sachenrechtlich einen groben Systembruch bedeuten. Die Entziehung einer dinglichen Rechtsposition eines Dritten durch die Verfahrensvorschrift des § 44a InsO ist daher unzulässig,³⁸⁴ seine analoge Anwendung im oben beschriebenen Sinne ist abzulehnen.

b) Rechtsprechungsüberblick

Zum hier thematisierten Problemkreis sind zwei obergerichtliche Entscheidungen verschiedener Senate des OLG Hamm ergangen, die zu unterschiedlichen Einschätzungen bzgl. der Regressmöglichkeit des Verwalters beim freigewordenen Gesellschafter nach Befriedigung des Drittgläubigers kommen. Schlussendlich ist sodann auch eine höchstgerichtliche Entscheidung in dieser Frage ergangen.

aa) OLG Hamm, Urteil vom 29. Dezember 2010 (I-8 U 85/10)

Der Entscheidung des OLG Hamm vom 29. Dezember 2010³⁸⁵ lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Beklagte war Alleingesellschafter der T-GmbH. Bei einer Erhöhung des Stammkapitals der Gesellschaft im Jahre 2000 bestellte er der kreditgebenden Bank

³⁸¹ Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 57, wo von einer Übernahme von § 32a II aF GmbHG in § 44a InsO die Rede ist; BGH, NJW 2012, 156, (158).

³⁸² Vgl. *Kleindiek* in HK-InsO, § 44a Rn. 10; *Leithaus* in Andres/Leithaus InsO Kommentar, § 44a Rn. 15; *Nerlich* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 135, Rn. 157.

³⁸³ Zutreffend *Mikolajczak*, ZIP 2011, 1285, (1286).

³⁸⁴ Ausführlich *Altmeyden*, ZIP 2011, 741, (743 f).

³⁸⁵ OLG Hamm, NZI 2011, 251 (251 ff).

Grundschulden an verschiedenen Immobilien. Zugleich war der gewährte Kredit durch das Sicherungseigentum an verschiedenen Fahrzeugen der Gesellschaft gesichert.

Nachdem Anfang 2009 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet wurde, verwertete der als Insolvenzverwalter bestellte Kläger die Fahrzeuge gemäß § 166 InsO und zahlte den Erlös an die kreditgebende Bank aus. Den ausgezahlten Betrag verlangte der Kläger daraufhin vom Beklagten gem. §§ 129, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 S. 1 InsO heraus. Durch die Erlösauskehr an die kreditgebende Bank sei die Sicherheit des Klägers frei geworden, der Anfechtungstatbestand des § 135 Abs. 2 InsO erfüllt.

Der 8. Zivilsenat des OLG Hamm verneinte das Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen. Zwar sei eine Verwertung einer der Gesellschaft bestellten Sicherheit vom Begriff der Rechtshandlung des § 129 InsO grundsätzlich umfasst. Eine anfechtbare Rechtshandlung liege ausweichlich der Norm jedoch ausdrücklich nur dann vor, wenn sie vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sei. Ein Rückgriff auf die vor Inkrafttreten des MoMiG entwickelten sog. Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatzrecht analog §§ 30, 31 GmbHG komme nicht in Betracht. Der Gesetzgeber habe die Grundlage dieser Regeln ausweislich des neu geschaffenen § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG beseitigt.

Zwar sei durch die gesetzliche Neuregelung für die vorliegende Sachverhaltskonstellation eine Schutzlücke entstanden. Die Gesetzeskonzeption lasse jedoch keine planwidrige Regelungslücke erkennen, die die Möglichkeit einer Rechtsfortbildung eröffne. Die Beschränkung der insolvenzrechtlichen Anfechtbarkeit auf Rechtshandlungen, die vor Eröffnung des Verfahrens vorgenommen wurden, sei ein Strukturmerkmal des Insolvenzrechts, dessen Abänderung dem Gesetzgeber vorbehalten sei. Der in § 129 InsO formulierte Grundsatz sei sämtlichen Anfechtungstatbeständen vorangestellt, so dass diese Regelung trotz der nicht ausdrücklichen Erwähnung auch für § 135 Abs. 2 InsO gelte. Daher überzeuge der Einwand des Klägers nicht, dass der Verweis in § 135 Abs. 2 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 2 darauf schließen lasse, dass auch Rechtshandlungen erfasst würden, die nach Verfahrenseröffnung vorgenommen wurden.

Schließlich scheide auch eine Kondizierbarkeit der Rechtsposition des Beklagten jedenfalls aufgrund der Nachrangigkeit der Nichtleistungskondition gegenüber der Leistungskondition (im Verhältnis Kläger - Bank) aus, wobei das Gericht überdies auch die Voraussetzungen einer Kondizierbarkeit im Verhältnis Kläger - Beklagter bezweifelt.

ab) OLG Hamm, Urteil vom 7. April 2011 (I-27 U 94/10)

Der 27. Zivilsenat des OLG Hamm gelangte in seinem Urteil vom 7. April 2010³⁸⁶ zu einer dem 8. Zivilsenat entgegengesetzten Auffassung. Der Kläger, Verwalter des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Q-GmbH, wendete sich gegen deren Alleingesellschafter. Dieser hatte sich für Kreditverbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber der W-Bank verbürgt. Diese Verbindlichkeiten waren zudem durch eine Forderungsabtretung der Gesellschaft an die W-Bank gesichert. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens verwertete der Kläger die Forderungen der Insolvenzschuldnerin und zahlte den Erlös an die W-Bank aus, die daraufhin die Freigabe der entsprechenden Bürgschaften des Beklagten erklärte. Der Kläger verlangte daraufhin gemäß §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO vom Beklagten die Erstattung des freigegebenen Betrages. Der Senat hielt die Forderung für begründet. Einer Anfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO stehe nicht entgegen, dass die Rechtshandlung, die den Beklagten befreiende Erlösauskehr an die W-Bank, erst nach Verfahrenseröffnung stattgefunden habe. In Anbetracht einer planwidrigen Regelungslücke sei eine analoge Anwendung der §§ 129, 135 Abs. 2 InsO über ihren Wortlaut hinaus geboten. So sei unter dem Regime von § 32b GmbHG aF, dessen Regelungsgehalt in § 135 Abs. 2 InsO übernommen worden sei, eine Anfechtungsmöglichkeit des Verwalters einhellig anerkannt gewesen. Die Regelungen der §§ 32a, 32b GmbHG aF seien durch das MoMiG aus rein systematischen Gründen ins Insolvenzrecht integriert worden. Der Gesetzgeber habe darüber hinaus keine sachlichen Änderungen der Rechtslage beabsichtigt, wie auch den Materialien zum MoMiG zu entnehmen sei.

Die Regelungslücke sei letztlich durch eine richterliche Rechtsfortbildung zu schließen, indem entgegen des Wortlauts von § 129 InsO von § 135 Abs. 2 InsO auch Darlehensstilgungen nach Verfahrenseröffnung erfasst werden müssten.

ac) BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 (IX ZR 11/11)

Mit Urteil vom 1. Dezember 2011 wurde der Revision des oben unter aa) skizzierten Urteils des OLG Hamm vom 29. Dezember 2010 durch den BGH stattgegeben. Das Gericht widerspricht der Auffassung der obergerichtlichen Instanz, welche eine planwidrige Lücke der Normenkette §§ 129, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO für den Fall des Freiwerdens des sicherungsgebenden Gesellschafters infolge fehlender Rechtshandlung vor Verfahrenseröffnung nicht anerkannte.

³⁸⁶ OLG Hamm, BeckRS 2011, 15231.

Obgleich der überwiegende Teil der Literatur³⁸⁷ vom Ergebnis her argumentierend ebenfalls eine Regelungslücke feststellt, die der Gesetzgeber unbedacht bei der Übernahme der §§ 32a, 32b GmbHG aF in den § 44a InsO verursacht hat, gehen die Meinungen hinsichtlich einer dogmatisch stringenten Schließung dieser Lücke weit auseinander. Der BGH schließt diese Lücke nun *praeter legem* durch eine analoge Anwendung des § 143 Abs. 3 InsO³⁸⁸ und eröffnet schlussendlich erneut eine „Doppelspurigkeit“ der insolvenzrechtlichen Anfechtungsgrundlagen, die der Gesetzgeber mit bewusstem Rechtsakt zu beenden gedachte.³⁸⁹ Zwar ist der Argumentation des Gerichts zu folgen,³⁹⁰ die Korrektur nicht schlicht dem § 44a InsO analog als der Nachfolgenorm der §§ 32a, 32b GmbHG aF „zuzuschlagen“, wie es einige wenige Stimmen³⁹¹ verlangen. Der andernfalls erfolgende Eingriff in die Dispositionsfreiheit der Inhaber des absonderungsberechtigenden Sicherungsrechts, wenn diese gezwungen würden, sich im Falle der Doppelbesicherung zunächst an den Gesellschafter zu halten, wird zurecht als gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstoßende Entwertung des Sicherungsanspruchs gegen die Gesellschaft erkannt.³⁹² Wie bereits zuvor angemerkt³⁹³ ruft die rigide Gestaltung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO jedoch geradezu nach der richterlichen Rechtsfortbildung. Auf deren Zulässigkeit ist jedoch noch intensiver einzugehen.

c) Stellungnahme

In der letztgenannten Entscheidung und in Teilen der Literatur wird eine Lösung favorisiert, die eine Anfechtbarkeit gemäß § 135 Abs. 2 InsO „über den Wortlaut des § 129 InsO hinaus“³⁹⁴ analog § 143 Abs. 3 InsO für möglich erachtet.³⁹⁵ Dieser Ansatz erklärt sich aus dem unbestreitbaren Element des Zufalls, das in die Frage der Möglichkeit einer Anfechtbarkeit gem. § 135 Abs. 2 einfließt, wenn man diese von der Frage abhängig macht, ob bei Befriedigung des Drittdarlehensgebers das Insolvenzverfahren bereits eröffnet war oder nicht. Dieser Umstand unterliegt dementsprechend teils heftiger Kritik.³⁹⁶ Eine Besserstellung des Gesellschafters nach Verfahrenseröffnung ohne sachlichen Grund steht in der Tat zunächst im Widerspruch zu § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, der neuen zentralen Norm

³⁸⁷ Bork in: FS Ganter, 2010, 135, (147); Hirte in: Uhlenbruck, § 44a, Rn. 7; Hermreck, NJW-Spezial 2011, 597, (598).

³⁸⁸ BGH, NJW 2012, 156, (158 f).

³⁸⁹ BT-Drs. 16/6140, S. 26.

³⁹⁰ BGH, NJW 2012, 156, (157 f); Gessner, NZI 2012, 350, (352).

³⁹¹ Hirte in: Uhlenbruck, § 44a, Rn. 8; Gehrlein, BB 2008, 846 (846); Mikolajczak, ZIP 2011, 1285, (1285).

³⁹² BGH, NJW 2012, 156, (158).

³⁹³ Teil 2.B.II.1.

³⁹⁴ BGH, NJW 2012, 156, (157); Spliedt, ZIP 2009, 149, (155).

³⁹⁵ Kleindiek in HK-InsO, § 135 Rn. 19; § 44a Rn. 12; Henckel, Anfechtung im Insolvenzrecht, S. 379; Schmidt/Schreiber, GWR 2011, 96, (96).

³⁹⁶ Riggert in: Braun InsO, § 143, Rn. 23a; Spliedt, ZIP 2009, 149, (155); Altmeyden, ZIP 2011, 741, (745).

des Insolvenzrechts, wonach Gesellschafterdarlehen grundsätzlich nachrangig zu behandeln sind.³⁹⁷

Wenn auch die vorgebrachte Kritik an der derzeitigen gesetzlichen Konzeption berechtigt ist, heißt das noch nicht, dass sie den Boden für die vom BGH vorgenommene Rechtsfortbildung bereitet.

aa) Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung

Der BGH sowie beide Senate des OLG Hamm stellen für die Frage des Gesellschafterregresses bei Befriedigung des Drittgläubigers aus der Gesellschaftssicherheit einhellig eine gesetzliche Schutzlücke fest.³⁹⁸ Unterschiedlich beurteilt wird jedoch die Planwidrigkeit dieser Lücke.

Was die Regelungsabsicht des Gesetzgebers angeht, lässt sich der Gesetzesbegründung nur entnehmen, dass die rein insolvenzrechtliche Beurteilung von Gesellschafterdarlehen aus systematischen Gründen und zur Vereinfachung der Rechtslage geboten sei³⁹⁹. Die hier diskutierte Frage der Regressnahme des Verwalters beim Gesellschafter, der durch eine nach Verfahrenseröffnung durch die Gesellschaft geleistete Darlehenstilgung an einen Drittgläubiger von einer Sicherheit frei wird, könnte somit vom Gesetzgeber schlicht nicht gesehen worden sein⁴⁰⁰. Der korrespondierende § 32b GmbHG aF sollte, wie es in der Begründung heißt, in „rechtsformneutraler Form übernommen“ werden.⁴⁰¹ Unter dessen Regime war eine Haftung des Gesellschafters bzw. der von ihm eingeräumten Sicherheiten gemeinhin anerkannt, diese bestand auch nach Eröffnung des Verfahrens.⁴⁰² Andererseits umfasste § 32b GmbHG aF im Gegensatz zu § 135 Abs. 2 InsO von seinem Wortlaut her ausdrücklich auch den Zeitraum „nach Eröffnung des Verfahrens“. Dass der Reformgesetzgeber bei Übernahme der Regelung in die InsO aus bloßer Nachlässigkeit von diesem Erfordernis in § 135 Abs. 2 InsO abrückte, ist unwahrscheinlich. Näher liegt es, dass die Regelung ins System der insolvenzrechtlichen Anfechtung eingegliedert werden sollte, die diesen Zeitraum ausweislich § 129 InsO nicht umfasst. Wer eine Rechtsfortbildung *praeter legem* in der oben umrissenen Weise für zulässig erachtet,⁴⁰³ plädiert auf den ersten Blick im Regelungszusammenhang der §§ 129, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO gesetzssystematisch für nicht weniger als einen massiven Systembruch.⁴⁰⁴ Diese

³⁹⁷ Nerlich in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 135, Rn. 8; K.Schmidt, BB 2008, 1966, (1969).

³⁹⁸ BGH, NJW 2012, 156, (158); OLG Hamm, NZI 2011, 251 (252); OLG Hamm, BeckRS 2011, 15231.

³⁹⁹ BT-Drs. 16/6140, S. 42.

⁴⁰⁰ Dies vermuten Riggert in: Braun InsO, § 143, Rn. 23a; Mikolajczak, ZIP 2011, 1285, (1289).

⁴⁰¹ BT-Drs. 16/6140, S. 57.

⁴⁰² BGH NJW 1986, 429, (430); Kleindiek in HK-InsO, § 45 Rn. 12.

⁴⁰³ Vgl. BGH, NJW 2012, 156, (157); OLG Hamm, BeckRS 2011, 15231.

⁴⁰⁴ Bork in: FS Ganter, 2010, 135, (147); Kirchhof, MünchKommInsO, § 129, Rn. 1; Nerlich in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 143, Rn. 64d.

Rechtsfortbildung stünde im offenen Widerspruch zum Grundtatbestand des § 129 InsO, der einheitliche Grundlagen der Insolvenzanfechtung normiert und für sämtliche Anfechtungstatbestände maßgeblich ist. Wenn § 129 InsO ausweislich seines eindeutigen Wortlautes nur Rechtshandlungen erfasst, die vor Eröffnung des Verfahrens vorgenommen worden sind, dann ist dieser Grundsatz als originäres Strukturmerkmal⁴⁰⁵ des Insolvenzrechts einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung nicht zugänglich.⁴⁰⁶ Unter dem Regime des normierten Insolvenzanfechtungsrechts bestünde daher *de lege lata* kein Raum für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung, die auch Rechtshandlungen nach Verfahrenseröffnung erfasst. Dies gilt umso mehr, als es darüber hinaus erklärtes Ziel der Reformbemühungen war, im Recht der Gesellschafterdarlehen die „verwirrende Doppelspurigkeit der sog. Rechtsprechungsregelungen und der Novellenregelungen“ (gemeint sind die 32a, 32b GmbHG aF) zu beseitigen.⁴⁰⁷ Eine dem Gesetzeswortlaut widersprechende richterrechtliche Gesetzesfortbildung würde jedoch genau darauf – eine erneute Doppelspurigkeit – hinauslaufen.⁴⁰⁸ Neben den eben umrissenen gesetzessystematischen Schwierigkeiten widerspräche sie somit auch den gesetzgeberischen Wertungen des MoMiG.⁴⁰⁹

Die durch den Reformgesetzgeber avisierte Einspurigkeit erfährt jedoch bereits im Rahmen des § 147 InsO eine Durchbrechung, mit der bestimmte Rechtsgeschäfte auch nach Verfahrenseröffnung noch der Anfechtung unterliegen können. Obwohl der Normzweck des § 147 InsO dem hiesigen Problemfeld fern liegt, mildert seine schiere Existenz doch den Systembruch spürbar ab. Dem Gesetzgeber ist also nicht grundsätzlich an der Abschaffung der Anfechtungsgrundlagen pauschal hinsichtlich jeglicher Rechtshandlung nach Verfahrenseröffnung gelegen gewesen. Diese Erkenntnis ist als die wesentliche Voraussetzung für einen Lückenschluss *praeter legem* aufzufassen und als solche auch durch den BGH zur Grundlage genommen worden.⁴¹⁰

ab) Analogie im Rahmen von § 426 BGB

Neben den oben diskutierten Lösungen (Haftung des Gesellschafters gemäß § 44a InsO analog oder Regressmöglichkeit des Verwalters gemäß §§ 129, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3

⁴⁰⁵ Lenger, NZI 2011, 253, (254).

⁴⁰⁶ Zutreffend OLG Hamm, NZI 2011, 251 (252 f); Lenger, NZI 2011, 253, (254); vgl. auch Altmeyden, ZIP 2011, 741, (746): „vom Wortlaut her beinahe zwingend“.

⁴⁰⁷ BT-Drs. 16/6140, S. 26.

⁴⁰⁸ So auch Lenger, NZI 2011, 253, (254).

⁴⁰⁹ Das bestätigt der Sache nach auch das OLG Hamm, NZI 2011, 251 (252).

⁴¹⁰ BGH, NJW 2012, 156, (157 f).

InsO) wird vorgeschlagen, einen Ausgleichsanspruch auf § 426 BGB analog unter Berücksichtigung der Wertungen des § 135 Abs. 2 InsO zu gewähren.⁴¹¹

Dieser Lösung wird zu Recht entgegengehalten, dass eine analoge Anwendung von § 426 BGB schon am Fehlen einer gesamtschuldnerischen Haftung von Sicherungsgeber und Hauptschuldner scheitert.⁴¹² Zwar ist § 426 BGB im Verhältnis mehrerer Sicherungsgeber anwendbar, wenn sie auf gleicher Stufe Sicherungsmittel eingeräumt haben.⁴¹³ Eine gesamtschuldnerische Haftung kommt jedoch von vorneherein nicht in Betracht, wenn einer der Sicherungsgeber zugleich der Hauptschuldner des gesicherten Kredits ist. Ein Gesamtschuldverhältnis liegt dann nicht vor.⁴¹⁴ Da es sich bei der hier diskutierten Fallgruppe aber genau um diese Konstellation handelt, ist die vorgeschlagene analoge Anwendung von § 426 BGB⁴¹⁵ abzulehnen.

ac) Fazit

De lege lata ist keine Anfechtungsmöglichkeit gegen den Freistellungsanspruch des sichernden Gesellschafters erkennbar, die nicht zugleich grobe dogmatische Schwächen aufweist.⁴¹⁶ Die seitens des BGH gewählte Lösung *praeter legem* ist jedoch unter vielen schlechten Lösungen als die beste zu unterstützen. Im Sinne der Zielrichtung dieser Arbeit kann zwar herausgehoben werden, dass die aufgrund der noch nicht existierenden gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung in diesen Fallgruppen verbleibende Rechtsunsicherheit Spielraum gegenüber dem Insolvenzverwalter für gütliche Verhandlungslösungen eröffnet.

Es bleibt dennoch nun Sache des Gesetzgebers in dieser Frage für abschließende Klarheit zu sorgen und dringend eine Regelung des Problemkreises *de lege ferenda* im Rahmen zukünftiger Reformen der InsO anzustreben.⁴¹⁷

4. Kündigung von Finanzplankrediten

Seinem Wesen nach stellt der Finanzplankredit ursprünglich das methodische Äquivalent der richterrechtlich entwickelten Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts dar, hier nun für

⁴¹¹ So der Vorschlag von *Bork* in: FS Ganter, 2010, 135, (147 ff).

⁴¹² *Altmeppen*, ZIP 201, 741, (747); *Kleindiek* in HK-InsO, § 44a Rn. 12; *Mikolajczak*, ZIP 2011, 1285, (1290).

⁴¹³ *Stürner* in Jauernig BGB, § 426 Rn. 2; *Looschelders* in: Staudinger/Oechsler, § 426, Rn. 150; *Gehrlein* in: BeckOK BGB, § 426, Rn. 5.

⁴¹⁴ BGH NJW 2001, 2327, (2330).

⁴¹⁵ *Bork* in: FS Ganter, 2010, 135, (147 ff).

⁴¹⁶ Dies gilt auch für die jüngst von *Mikolajczak*, ZIP 2011, 1285, (1291) vorgeschlagene Lösung eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs des Verwalters gegen den Gesellschafter, deren dogmatische Grundlage zweifelhaft ist, wie *Kleindiek* in HK-InsO, § 44a Rn. 12 feststellt.

⁴¹⁷ Dies fordert zu Recht *Römermann*, GWR 2011, 319 (319); Vgl. exemplarisch *Kleindiek* in HK-InsO, § 44a Rn. 12.

die wirtschaftlichen Umgehungstatbestände der Nachschusspflicht gemäß § 26 GmbHG. Verzichten die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag auf die Vereinbarung einer Nachschusspflicht, ersetzen diese aber durch die Vereinbarung einer in der finanziellen Krise der Gesellschaft zu gewährende Kredithilfe, sollte diese Zweckbindung in der Krise ebenfalls nicht einseitig widerruflich sein.⁴¹⁸ Vor der MoMiG-Novelle wurde diesen Kredithilfen nach der einschlägigen Rechtsprechung des BGH⁴¹⁹ ein einlageähnlicher Charakter zugemessen, womit eine Kündigung allenfalls vor Kriseneintritt statthaft war. Während der Phase der profitabel werdenden Gesellschaft bestimmten danach einzig die Satzung der Gesellschaft sowie die getroffenen Kreditabsprachen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter die Anspruchslage über Auszahlung und Kündigung des Finanzplankredits. Nach Kriseneintritt sollte die Einlagenähnlichkeit einen zwingenden Auszahlungsanspruch der noch ausstehenden Mittel begründen, um der Gesellschaft zum Zwecke der Krisenüberwindung oder zur Befriedigung der gesellschaftsfremden Gläubiger zur Verfügung zu stehen.⁴²⁰ Seit MoMiG fehlt dem Konstrukt der Gesellschaftsfinanzierung durch Finanzplankredit die zuvor herrschende – durch das Merkmal der eingetretenen Krise abgegrenzte – Rechtssicherheit hinsichtlich der möglichen Verstrickung noch ausstehender zugesagter Mittel in der Insolvenzmasse. Da neue Rechtsprechung hierzu noch aussteht, ist ausschließlich Rückgriff auf die entwickelten Literaturmeinungen zu nehmen.⁴²¹

Die eine Meinung setzt systematisch zunächst auf der bereits unter Geltung der Eigenkapitalersatzregeln geäußerten Kritik auf, wonach in jedem Fall nicht die Eigenkapitalähnlichkeit Grundlage der Verstrickung sein könne. Die Gewährung einer rätierlich abzurufenden Kredithilfe stärke zwar die Liquidität und den Liquiditätsrahmen der Gesellschaft, müsse bilanziell jedoch immer eigenkapitalneutral abgebildet werden.⁴²² Schließlich handle es sich um eine reine Bilanzverlängerung durch Ausweitung der aktivischen Liquidität sowie der passivischen Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern. Vielmehr sei der Finanzplankredit Basis der Unternehmensplanung und -finanzierung und somit sei die einseitige Kündigung durch den Gesellschafter bereits vertraglich ausgeschlossen, da die Geschäftsleitung den Liquiditätsrahmen andernfalls, gemäß dem handelsrechtlichen Vor-

⁴¹⁸ *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 32a aF, Rn. 81; *Haas/Hossfeld* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 92, Rn. 519; *Buschmann*, NZG 2009, 91, (91); *Stodolkowitz/Bergmann* in: MünchKommInso, § 135, Rn. 52.

⁴¹⁹ BGHZ 142, 116, (116 ff).

⁴²⁰ *Gummert* in: Münch. Hdb. d. Gesellschaftsrechts, § 54, Rn. 58; *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 32a aF, Rn. 77; *Haas/Hossfeld* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 92, Rn. 519.

⁴²¹ *Gras* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 5, Rn. 53 ff; *Buschmann*, NZG 2009, 91, (93); *Heckschen* in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil N, Rn. 214.

⁴²² *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 32a aF, Rn. 80; *Heidinger* in: Michalski GmbHG, § 32b aF, Rn. 383.

sichtsprinzip und den Grundsätzen der Erstellung einer insolvenzrechtlichen Liquiditätsvorschau, nicht in Ihrer Solvenzplanung berücksichtigen dürfe.⁴²³ Nicht ausgeschlossen sei dagegen die einvernehmliche Kündigung zwischen Gesellschaftern und Geschäftsleitung, wobei dadurch der Geschäftsleitung der Gesellschaft kein Haftungsrisiko in der Insolvenz erwachse, sofern durch die Kündigung nur der Abruf weiterer Mittel gesperrt werde, nicht jedoch die bereits abgerufenen Mittel zurückgezahlt werden müssten.⁴²⁴ Für diesen bereits abgerufenen Anteil an dem Finanzplankredit wird von einer eigenkapitalähnlichen Verstrickung in der Krise auszugehen sein. Ebenfalls nicht durch die insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbestände bewehrt sei die Nichtauszahlung offener Kreditlinien nach erfolgter Beantragung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Da der Finanzplankredit der Sanierung oder dem Betrieb der werbenden Gesellschaft dienen solle, biete die Einstellung derselben in jedem Fall ein außerordentliches Kündigungsrecht gemäß § 490 Abs. 1 BGB.⁴²⁵

Die Gegenmeinung⁴²⁶ argumentiert mit dem vermeintlich erkannten grundsätzlichen gesetzgeberischen Votum gegen jede Form der Umgehung des gesetzlichen Grundgedankens der Finanzierung der Gesellschaft durch echtes Eigenkapital. Richtig sei zwar, dass der Verzicht auf eine rein bilanzverlängernde Maßnahme niemals eine Insolvenzvertiefung im Sinne der weiteren Überschuldung begründen könne. Die – auch hier einvernehmlich grundsätzlich vertragsrechtlich anerkannte – Kündigung und Aufhebung der Kreditvereinbarung wird jedoch nur dann für wirksam gehalten, wenn eine Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft nach Abzug der noch nicht ausbezahlten Kredithilfen weder vorliegt noch droht.⁴²⁷ Die einvernehmliche Kündigung bei vorliegender Insolvenzreife der Gesellschaft erfüllt dieser Meinung entsprechend dagegen den insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbestand der Gläubigerbenachteiligung.

Orientierung kann eventuell ein Urteil des BGH aus dem Jahr 2010⁴²⁸ zur Behandlung von Patronatserklärungen über die kurzfristigen Verbindlichkeiten der Krisengesellschaft während der Zeit einer Sanierungswürdigkeitsprüfung bieten. Das Gericht stellt hierin fest, dass die Rücknahme einer Patronatserklärung zulässig ist, wenn diese in der Krise mit

⁴²³ *Gogger*, Insolvenzgläubiger-Handbuch, § 3, Rn. 675; *Haas/Hossfeld* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 92, Rn. 524; *Heckschen* in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil N, Rn. 214.

⁴²⁴ So auch analog im Bezug auf Patronatserklärung vom BGH festgestellt in BGH, NJW 2010, 3442, (3444)

⁴²⁵ *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 32a aF, Rn. 82 f; So ebenfalls *Wiesner* in: Münch. Hdb. d. Gesellschaftsrechts, § 16, Rn. 53 bei unterbliebenem privatautonomen Ausschluss der außerordentlichen Kündigung.

⁴²⁶ *Henckel*, Anfechtung im Insolvenzrecht, S. 376; *Buschmann*, NZG 2009, 91, (91 ff); *Gras* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 5, Rn. 54.

⁴²⁷ *Gummert* in: Münch. Hdb. d. Gesellschaftsrechts, § 54, Rn. 58; So im Ergebnis vergleichbar auch *Bartholomäus*, Der GmbH-Gesellschafter in der Insolvenz, S. 78; *Haas/Hossfeld* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 92, Rn. 529.

⁴²⁸ BGH, NJW 2010, 3442, (3442 ff).

klarer Zweckbindung begeben wurde, um eine Pflicht zur Insolvenzantragsstellung während des Prüfungszeitraums zu vermeiden. Kommt die Prüfung sodann zu einem negativen Ergebnis, wird in der Kündigung keine eine eigenkapitalähnliche Verstrickung begründende Gläubigerbenachteiligung erkannt.⁴²⁹

Im Sinne einer Positionierung in diesem Meinungsstreit muss zunächst hinsichtlich der verschiedenen Wirkungskomponenten sowie dem Zeitpunkt der Vereinbarung des Finanzplankredits differenziert werden. Ist der Finanzplankredit als Teil der langfristigen Unternehmensfinanzierung vor Kriseneintritt vereinbart worden, ist er Teil der Liquiditäts- und Solvenzplanung der Geschäftsleitung und damit auch Basis der Solvenzbeurteilung des Rechtsverkehrs. Die – ordentliche oder außerordentliche – Kündigung vor Kriseneintritt ist nach den allgemeinen Kapitalerhaltungsgrundsätzen dann statthaft, wenn durch den Abzug der Mittel keine Unterbilanz oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft begründet wird. Eine Kündigung nach Kriseneintritt muss für den Teil der bereits gewährten Mittel infolge Verstrickung ausscheiden. Hinsichtlich der noch ausstehenden Planmittel muss der die Kündigung ablehnenden Meinung zugestimmt werden, die systematisch auf der Linie des BGH zu der alten Finanzplankredit-Rechtsprechung aufbaut. Die Aufrechterhaltung der vertraglichen Dispositionsfreiheit auch im Stadium der Insolvenzreife widerspricht klar dem *telos* der insolvenzrechtlichen Anfechtungsgründe, insbesondere bei Begründung einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung. Nicht nachzuvollziehen wäre, warum andere Formen der Umgehung der echten Eigenkapitaleinlage vollumfänglich verstrickt werden – wie etwa der BGH in seiner jüngsten Rechtsprechung zu doppelbesicherten Gesellschafterdarlehen klargestellt hat⁴³⁰ – liquiditäts- und masserelevante Kredithilfen jedoch auch noch in der Insolvenzreife abgezogen werden könnten. Wie bereits dargestellt, steht eine höchstrichterliche Stellungnahme zu dieser Frage noch aus.

Die diskutierte Entscheidung des BGH⁴³¹ zur Verstrickung gekündigter Patronatserklärungen kann jedoch auch hier aufgrund der Vergleichbarkeit der Fälle hinsichtlich des Merkmals der Zweckbindung herangezogen werden. Die Wertung kann damit auf Fälle übertragen werden, in denen nach Kriseneintritt ein Finanzplankredit gewährt wird, der eine klare Zweckbestimmung aufweist. Eine solche kann z.B. das Erreichen bestimmter, für die Unternehmensrettung kritischer Meilensteine sein. Die gewährten Mittel werden dann wie bei Patronatserklärungen nicht Teil der regulären Liquiditätsplanung. Auch für sie sollte daher eine Verstrickung abgelehnt werden.

⁴²⁹ BGH, NJW 2010, 3442, (3444 f).

⁴³⁰ Siehe Teil 2.B.II.3.b)ac).

⁴³¹ BGH, NJW 2010, 3442, (3442 ff).

III. Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassungen

Mit Einführung der MoMiG hat sich der Gesetzgeber auch der zuvor strittigen⁴³² Fälle der Behandlung von Nutzungsüberlassungen durch den Gesellschafter in Krise und Insolvenz der Gesellschaft angenommen. Im Kern des Streits steht die Frage, inwiefern die entgeltliche oder auch unentgeltliche Nutzungsüberlassung betriebsgenutzten Anlagevermögens nach einer strukturellen Gleichstellung mit der Darlehensvergabe durch den Gesellschafter verlangt. Die Neuregelung unter Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts verändert die rechtlichen Rahmenbedingungen und Abwägungskriterien, mit denen der eine Nutzungsüberlassung erwägende Gesellschafter konfrontiert ist.⁴³³

1. Vorüberlegung: Entwicklung von den Novellenregeln bis MoMiG

Die Fälle der Nutzungsüberlassung durch den Gesellschafter wurden nach Maßgabe der Novellenregeln in der Insolvenzpraxis gemäß den §§ 32a, 32b GmbHG aF in weitgehender Gleichstellung zu den Gesellschafterdarlehen behandelt.⁴³⁴ Argumentiert wurde mit der Vergleichbarkeit der Überlassung eines Darlehens und der Überlassung von – meist immobilem – Anlagevermögen an die andernfalls aufgrund materieller Unterkapitalisierung nicht lebensfähige Gesellschaft. Vereinbarte Nutzungsentgelte nach Eintritt der Krise der Gesellschaft waren analog den Darlehensleistungen⁴³⁵ nach Insolvenzeröffnung und Anfechtung zugunsten der Masse zu erstatten.⁴³⁶

Diese Behandlung erfuhr von einigen Stimmen der Literatur mit der Argumentation Kritik, dass das Wesen der Nutzungsüberlassung – gerade eines nicht dem Verbrauch unterliegenden Gegenstandes – nicht mit der Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens zu vergleichen sei, da es an der schädigenden Wirkung des den Gläubigern zugeordneten Gesellschaftsvermögens mangle. Zwar wurde erkannt, dass die Nichtüberlassung zumeist einen früheren Insolvenzantrag zur Folge gehabt hätte, wenn die krisenbefangene Gesellschaft mit der Beschaffung des betriebsnotwendigen Vermögens auf dem Markt gescheitert wäre. Jedoch beschränke sich die Gläubigerschädigung hier eben nur auf die geleisteten Nutzungsentgelte.⁴³⁷ Dem ist der BGH in ständiger Rechtsprechung jedoch nicht gefolgt.⁴³⁸ Stattdessen erkannte er in diesen Fällen auch eine Vergleichbarkeit der Sub-

⁴³² *Haas/Hossfeld* in: *Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch*, § 92, Rn. 430; *Henckel*, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, S. 376; *Stodolkowitz/Bergmann* in: *MünchKommInso*, § 135, Rn. 92.

⁴³³ BT-Drs. 16/6140, S. 56.

⁴³⁴ BGHZ 109, 55, (57).

⁴³⁵ Siehe Teil 2.B.I.1.

⁴³⁶ BGHZ 109, 55, (59 ff); *Stodolkowitz/Bergmann* in: *MünchKommInso*, § 135, Rn. 92; *Schäfer*, *Insolvenzanfechtung*, S. 166 f.

⁴³⁷ *Henckel*, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, S. 376; *Stodolkowitz/Bergmann* in: *MünchKommInso*, § 135, Rn. 92; *Gras* in: *Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz*, § 6, Rn. 123.

⁴³⁸ BGHZ 121, 31, (33 ff); BGHZ 127, 17, (21 ff).

stanzkomponente aufgrund Begünstigung der Fortführung eines kreditunwürdigen Unternehmens mit Verlagerung des Unternehmensrisikos auf die Gesellschaftsgläubiger. Dass sich die Nutzungsüberlassung anders als in den Fällen der Darlehensvergabe nicht in der Bilanz niederschlug, wurde für unerheblich erachtet. In der Konsequenz waren entrichtete Entgelte in der Krise zurückzuerstatten und das Anlagevermögen selbst war einer unentgeltlichen Fortnutzung im Insolvenzverfahren unterworfen.⁴³⁹

Der MoMiG-Gesetzgeber hat die an der Linie des BGH geäußerte Kritik jedoch aufgenommen und auch für die Behandlungen der Nutzungsüberlassungen einen Paradigmenwechsel vergleichbar der Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts eingeleitet.⁴⁴⁰ Während zunächst die Fälle der Nutzungsüberlassungen generell dem Anfechtungsrecht entzogen werden sollten, wurde abschließend doch eine Regelung aufgenommen, die dem Gesellschafter infolge seiner gesellschaftsrechtlichen Treueverpflichtung eine fortgesetzte Nutzungsüberlassung aufträgt. Eine Vergleichbarkeit mit den Fällen der Gesellschafterdarlehen oder wirtschaftlich gleich gestellten Sachverhalten wurde nicht mehr erkannt.⁴⁴¹ Die Reichweite und Rangstufe der somit begründeten Forderungen des Gesellschafters im Insolvenzverfahren, insbesondere mit Blick auf eine mögliche Anwendung des § 39 I Nr. 5 InsO, sind damit neu zu bewerten.

2. Überblick zu Literatur und Rechtsprechung

a) Literatur

Dem ursprünglich vollständigen Fehlen einer speziellen Regelung der Behandlung von Fällen der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassungen im Gesetzesentwurf des MoMiG und der anschließend eher knappen Begründung der Aufnahme der aktuellen Regelung in der Gesetzesbegründung⁴⁴² entnimmt die Literatur⁴⁴³ das Votum, dass der Gesetzgeber die Verstrickung der zur Nutzung überlassenen Vermögenswerte mit dem Wegfall der Novellenregeln und Rechtsprechungsregeln aufgeben wollte. Die damit verbundene Wertung der Nutzungsüberlassungen lässt insbesondere die Frage nach der Einordnung im Verhältnis zu den Gesellschafterdarlehen offen. Zwar spricht die Herausnahme der Nutzungsüberlassungen aus den neuen Regelungen bezüglich der Gesellschafterdar-

⁴³⁹ *Haas/Hossfeld* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 92, Rn. 430; *Stodolkowitz/Bergmann* in: MünchKommInso, § 135, Rn. 100; *Gehrlein* in: Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Handbuch, § 84, Rn. 72.

⁴⁴⁰ Siehe Tel 2.B.II.1.

⁴⁴¹ BT-Drs. 16/6140, S. 56.

⁴⁴² BT-Drs. 16/6140, S. 56.

⁴⁴³ *Henckel*, Anfechtung im Insolvenzrecht, S. 376; *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen GmbHG, Anh §§ 32a, b aF, Rn. 53; *Gehrlein*, BB 2011, 3, (8).

lehen für eine Ablehnung einer wirtschaftlichen Vergleichbarkeit. Dennoch wird zu erkennen gegeben, dass der Wegfall durch den neuen § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG nF ausreichend begründet erscheint.⁴⁴⁴ Unabhängig von dieser Inkonsistenz der Gesetzesbegründung wird die Wertungsentscheidung der Neuregelung allgemein anerkannt.

Einzig die Reichweite der Regelung und die Behandlung bereits geleisteter Nutzungsentgelte in der Krise der Gesellschaft hat eine weiterführende Diskussion ausgelöst.⁴⁴⁵ Unstreitig sollen im unmittelbaren Vorjahreszeitraum stehen gelassene Entgeltansprüche als Kapitalhilfe des Gesellschafters qualifiziert werden und somit einerseits dem Anfechtungsrecht des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterfallen und andererseits bei der Berechnung der nach Verfahrenseröffnung zu leistenden durchschnittlichen Entgelte entfallen. Darüber hinaus wird jedoch auch für solche Entgeltzahlungen vor Antragstellung ein Anfechtungsrecht erkannt, die vertragsgemäß und pünktlich entrichtet wurden – bei denen ein Stehen lassen also ausscheidet.⁴⁴⁶ Dieses wird mit der unmittelbar gläubigerbenachteiligenden Wirkung solcher Zahlungen in der Krise der Gesellschaft begründet, mindern sie doch anders als die generelle Gestellung der Nutzungsüberlassung direkt das den Gläubigern zur Befriedigung zur Verfügung stehende Vermögen der Gesellschaft.⁴⁴⁷ Schließt man sich dieser Sichtweise an, muss der offene Wertungswiderspruch zu der zuvor anerkannt mangelnden wirtschaftlichen Vergleichbarkeit der Nutzungsüberlassung mit den Leistungen auf Gesellschafterdarlehen gelöst werden. Mit denselben Wertungsschwierigkeiten verbunden ist zudem jene Meinung, nach der ergänzend das Recht des Mieträumlichkeiten zur Nutzung überlassenden Gesellschafters seine Forderungen durch Ausübung des Vermieterpfandrechts einzubringen, abgelehnt wird.⁴⁴⁸ Demgemäß bestehe keine Sicherung ausstehender Mietzahlungen des Vorjahreszeitraums vor Insolvenzantragstellung sowie des Differenzschadens aus einer gegenüber den vertraglich vereinbarten Leistungen geringeren Nutzungsentschädigung durch das Vermieterpfandrecht. Dieses gesetzliche Pfandrecht sichert dem Gesetzeswortlaut nach ausschließlich Mietforderungen, wogegen die Ausgleichansprüche des Gesellschafters aufgrund verpflichtender fortwährender Nutzungsüberlassung gemäß § 135 Abs. 3 InsO bereits dem Gesetzeswortlaut nach nicht als Miete verstanden werden sollen.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ BT-Drs. 16/6140, S. 56, „... Eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung ... ist ... nicht geboten.“

⁴⁴⁵ *Haas/Hossfeld* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 92, Rn. 436; *Henckel*, Anfechtung im Insolvenzrecht, S. 376 f; *Gehrlein*, BB 2011, 3, (9 f).

⁴⁴⁶ *Gehrlein*, BB 2011, 3, (9); *Haas/Hossfeld* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 92, Rn. 436.

⁴⁴⁷ *Haas/Hossfeld* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 92, Rn. 438; *Dahl* in: Michalski GmbHG, Anh. II §§ 32a, 32b aF, Rn. 67 ff; *Baumbach/Hueck* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, Anhang nach § 30, Rn. 90.

⁴⁴⁸ *Brinkmann* in: Uhlenbruck, § 50, Rn. 25; *Haas*, NZI 2012, 601, (603).

⁴⁴⁹ Zur Wortlautauslegung der Neuregelung bisher nur *Brinkmann* in: Uhlenbruck, § 50, Rn. 25.

b) OLG Schleswig, Urteil vom 13. Januar 2012 (4 U 57/11)

Das OLG Schleswig hat sich nun in seinem Urteil vom 13. Januar 2012⁴⁵⁰ als erste obergerichtliche Instanz mit den neugeregelten Fällen der Nutzungsüberlassung nach MoMiG zu beschäftigen gehabt. In dem zu entscheidenden Fall hatte ein Gesellschafter seiner Gesellschaft ein Grundstück zur Nutzung überlassen und forderte nach Insolvenzeröffnung für die entgangenen Mietzahlungen abgesonderte Befriedigung aus der Verwertung der durch Vermieterpfandrecht belegten, in das Grundstück eingebrachten Vermögensgegenstände. Das Gericht erkennt keine wirtschaftliche Vergleichbarkeit von Gesellschafterdarlehen und eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassungen und nimmt dabei ausdrücklich Bezug auf die Gesetzesbegründung MoMiG, in der der Gesetzgeber dieses explizit zum Ausdruck gebracht habe.⁴⁵¹ Hinsichtlich der Substanzkomponente liegt das OLG damit auf Linie der dargestellten Literaturmeinungen. Es weicht jedoch mit Bezug auf die Behandlung der möglicherweise offenen Mietzinsansprüche der letzten 12 Monate vor Antragstellung sowie der Mietzinsen bis zur Verfahrenseröffnung insoweit ab, als diese Ansprüche grundsätzlich nicht dem Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 InsO unterworfen werden.⁴⁵² Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft kann der Gesellschafter somit seinen Anspruch als Masseverbindlichkeit geltend machen, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Bemerkenswert ist des Weiteren, dass dem Gesellschafter als Vermieter von Grund und Boden das Sicherungsrecht aus Vermieterpfandrecht für seine Mietzinsansprüche aus den letzten zwölf Monaten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens belassen wird. Die abgesonderte Befriedigung aus den eingebrachten Pfandgegenständen soll nicht der Anfechtung durch den Insolvenzverwalter unterliegen. Die abgelehnte wirtschaftliche Vergleichbarkeit von Nutzungsüberlassung und Gesellschafterdarlehen schließt auch hier einen Eingriff des § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO aus.⁴⁵³

Angesichts der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache hat das OLG Schleswig die Revision ausdrücklich zugelassen. Es bleibt also abzuwarten, wie der BGH die Wertungsfragen beantworten wird.

⁴⁵⁰ OLG Schleswig, BeckRS 2012, 11027.

⁴⁵¹ OLG Schleswig, BeckRS 2012, 11027.

⁴⁵² Der Entscheidung des OLG Schleswig entsprechend *Nerlich/Rhode* in: *Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz*, § 4, Rn. 56; Die Gegenmeinung bei *Gehrlein*, BB 2011, 3, (9); *Haas/Hossfeld* in: *Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch*, § 92, Rn. 436.

⁴⁵³ OLG Schleswig, BeckRS 2012, 11027.

3. Stellungnahme

a) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit

Eine streitentscheidende Stellungnahme muss zunächst den Wertungswiderspruch in der differenzierten Behandlung der Nutzungsüberlassung und seiner Früchte durch die herrschende Meinung der Literatur lösen. Während die mangelnde wirtschaftliche Vergleichbarkeit der Nutzungsüberlassung mit den Gesellschafterdarlehen hinsichtlich der Substanzkomponente in Linie mit der bereits früher geäußerten Kritik⁴⁵⁴ außer Frage steht, kann dies für die Früchte der Überlassung nicht so eindeutig gelten. Jede Zahlung der Gesellschaft aufgrund der Überlassung schmälert direkt die den Gläubigern zugeordnete Haftungsmasse der Gesellschaft und deutet somit in Richtung einer grundsätzlichen Vergleichbarkeit mit den anerkannt § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterfallenden Darlehensleistungen an den Gesellschafter. Erhöht man jedoch das gesetzgeberische Votum einer mangelnden wirtschaftlichen Vergleichbarkeit der Substanz, muss dies einerseits zwingend auch für die Früchte Geltung haben. Zudem kommt den Mietzinsen für die Nutzungsüberlassung nur partiell tilgender Charakter im Sinne des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu, setzt sich der Mietzins kalkulatorisch schließlich neben der abnutzungskompensierenden – und somit tilgungsähnlichen – Komponente auch aus der Zinskomponente des eingesetzten Kapitals für den Erwerb der überlassenen Gegenstände zusammen. Dieser zweiten Komponente kann eine befriedigende Wirkung im Sinne des Gesetzes kaum zugesprochen werden. Vorstellbar wäre zwar eine aufgeteilte Bewertung und Behandlung der Früchte, nach Zins- und Tilgungskomponente, die jedoch in der Praxis mit erheblichen kalkulatorischen Unsicherheiten und somit Rechtsunsicherheiten verbunden wäre. Der Leitlinie des OLG Schleswig nach einer umfassenden Gleichbehandlung von Substanz und Früchten unter Ablehnung einer wirtschaftlichen Vergleichbarkeit ist somit mit guter Fundierung zuzustimmen.

Während vertragsgemäß und pünktlich geleistete Entgelte also der Verstrickung und Anfechtung zu entziehen sind, kann dieses jedoch in keinem Fall dann gelten, wenn jedwede – zeitlich erhebliche und nicht mit üblichen möglichen Prozessverzögerungen im unternehmerischen Alltag zu begründende – Vertragsabweichung ein Stehen lassen der Gesellschafterforderung begründet. Darin muss zweifelsfrei eine isolierte Kapitalhilfe des Gesellschafters erkannt werden, die losgelöst von der forderungsbegründenden Nutzungsüberlassung ein kurzfristiges Darlehen zugunsten der Gesellschaft darstellt. Eine Anfechtung der verspäteten Zahlung unterliegt somit der Insolvenzanfechtung gemäß §

⁴⁵⁴ *Stodolkowitz/Bergmann* in: MünchKommInso, § 135, Rn. 92; *Henckel*, Anfechtung im Insolvenzrecht, S. 376; *Nerlich/Rhode* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 4, Rn. 53 f.

135 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Diese getrennte Beurteilung von Forderungsbegründung und Darlehensgewährung durch Stehen lassen strahlt damit auch in die Berechnung der zu leistenden Nutzungsausgleiche im eröffneten Verfahren gemäß § 135 Abs. 3 S. 2 InsO aus. Entgegen der vorherrschenden Meinung in der Literatur sind zwar verspätet aber doch noch geleistete Nutzungsentgelte in der Berechnung der Ausgleichszahlung voll zu berücksichtigen, da eine Entgeltleistung schließlich voll erfolgt ist. Die zwischenzeitliche Darlehensgewährung durch Stehen lassen wird separat durch Anfechtung verstrickt und muss systematisch getrennt von der schließlich doch noch erfolgten Entgeltzahlung betrachtet werden.

b) Sicherung durch Vermieterpfandrecht

Die mögliche Sicherung offener Mietzahlungen aus der Zeit der letzten 12 Monate vor Verfahrenseröffnung durch das gesetzliche Vermieterpfandrecht muss ebenso differenziert betrachtet werden. Verspätet, aber doch noch geleistete Mietzinszahlungen, die sodann durch den Insolvenzverwalter angefochten wurden, müssen als geleistet gelten und sind somit der Pfandrechtsicherung entzogen. Vollständig offene Mietzinsforderungen aus der Zeit vor Insolvenzantragstellung müssen gleich behandelt werden, da eine Besserstellung des Gesellschafters durch pfandrechtliche Sicherung gegenüber der Situation, da er die Entgelte verspätet erhalten hätte und infolge Anfechtung sowohl die Zahlung als auch die Sicherung verlieren würde, nicht zu rechtfertigen ist.

Für die durch den vorläufigen Insolvenzverwalter nach Antragsstellung ausgesetzten Mietzinszahlungen bei ungekündigt laufendem Vertrag ist sich sodann dem OLG Schleswig anzuschließen, das eine Sicherung durch Vermieterpfandrecht zu Recht erkennt.⁴⁵⁵ In der Nichtzahlung kann schließlich keine willentliche Kapitalhilfe des Gesellschafters mehr erkannt werden. Der bisher vereinzelt anderslautenden Meinung in der Literatur⁴⁵⁶ kann nur dann gefolgt werden, wenn der Überlassungsvertrag wirksam gekündigt wurde und die Zahlungsansprüche des Gesellschafters auf seinen Ausgleichanspruch gemäß § 135 Abs. 3 S. 2 InsO zu stützen sind. Das Vermieterpfandrecht sichert ausdrücklich nur Mietansprüche, schließlich scheidet eine Sicherung auch für sonstige Ansprüche des Vermieters, wie etwa Rückbau- und Schadenersatzansprüche auch bereits in der regulären Vertragsbeendigung aus. Nichts anderes kann folglich für gesetzliche Ausgleichszahlungen gelten.

⁴⁵⁵ OLG Schleswig, BeckRS 2012, 11027.

⁴⁵⁶ *Brinkmann* in: Uhlenbruck, § 50, Rn. 25.

IV. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium

Der Gesetzgeber hat entsprechend der Intention, eine ausnahmslose Verstrickung des funktionalen Eigenkapitals im Interesse der primären Befriedigung⁴⁵⁷ der tatsächlich gesellschaftsfremden dritten Gläubiger zu erreichen, die meisten Regelungslücken geschlossen, die es ermöglichen würden, Gesellschafterfremdkapital dem nachrangigen Insolvenzbeschlagnahme zu entziehen. Damit wird im verbreiteten Fall der Gründungsgesellschaft mit sehr begrenztem Gesellschafterkreis jeglichen Gestaltungsmöglichkeiten weitgehend der Boden entzogen.

Letztlich bleibt lediglich eine Konstruktion unter Nutzung des Kleinbeteiligungsprivilegs möglich. § 39 Abs. 5 InsO stellt auf den Minderheitsgesellschafter ohne Geschäftsführungsbefugnis ab.⁴⁵⁸ Es wird dabei ausdrücklich auf die Anteile am Haftkapital der Gesellschaft abgestellt.⁴⁵⁹ Mögliche, über die mit dem nominalen Kapitalanteil verbundenen Rechte hinausgehende satzungsgemäße Rechte des Minderheitsgesellschafters sind unbeachtlich. Ebenso nicht berücksichtigt werden bestehende Optionsrechte auf den Erwerb weiterer Kapitalanteile am Unternehmen.

Somit wäre der Gesellschafterkreis im Sinne einer Haftungsreduzierung in zwei Gruppen zu teilen. Auf der einen Seite stehen die (geschäftsführenden) Gesellschafter, welche einen Großteil der Kapitalanteile des Gründungsunternehmens halten. Daneben steht die Gruppe der fremdkapitalgewährenden Gesellschafter, die jeweils für sich genommen einen Kapitalanteil von 10% an der Gesellschaft nicht überschreiten dürfen. Diese müssen zudem von der Geschäftsführung des Unternehmens ausgeschlossen sein, sind dafür jedoch in der Lage, dem Unternehmen privilegiertes Gesellschafterfremdkapital⁴⁶⁰ zur Verfügung zu stellen oder Bürgschaftsverpflichtungen gegenüber dritten Finanzierungsgebern einzugehen, deren Forderungen primär mit Gesellschaftsvermögen zu besichern sind. Diese werden – in dieser Konstellation insolvenzrechtlich wirksam – nachrangig im Sinne einer Ausfallbürgschaft verbürgt. Hinsichtlich der zumeist gewollten ebenmäßigen Partizipation an einem geplanten Unternehmenserfolg wären entsprechende Ausgleichsmechanismen zu schaffen. Entweder werden den fremdkapitalgewährenden Gesellschaftern besonders lukrative Zinskonditionen bei zugleich befristet gestundeter Zinszahlung ge-

⁴⁵⁷ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 18; Kießner in: Braun InsO, Einf., Rn. 16; Uhlenbruck/Vallender, NZI 2009, 1, (4).

⁴⁵⁸ Siehe Teil 2.B.II.2.b.

⁴⁵⁹ BT-Drs. 16/6140, S. 57.

⁴⁶⁰ Dabei ist aus steuerrechtlicher Sicht jedoch zu berücksichtigen, dass nicht eigenkapitalähnliche Bürgschaftsverpflichtungen im Bezugsfall regelmäßig nicht als Verluste nach § 17 EStG anerkannt werden und somit einer übergreifenden Verrechnung nicht zur Verfügung stehen. Es kann jedoch über den Umweg einer Besitzgesellschaft Abhilfe geschaffen werden.

währt⁴⁶¹ oder aber den Mitgliedern dieser Gesellschaftergruppe werden Optionsrechte zur Umwandlung des gewährten / verbürgten Darlehens in Eigenkapital gewährt, welche Ihre Kapitalanteile zu einem späteren Zeitpunkt jenen der restlichen Gesellschafter angleichen.

Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit zur wirksamen Vermeidung der Rechtsfolgen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zeigt das Urteil des BGH vom 17. Februar 2011 auf.⁴⁶² In dem hier entschiedenen Streit zwischen dem Insolvenzverwalter der Schuldnerin und der Darlehensgeberin wurde die reine verwandtschaftliche Verbindung zwischen den Gesellschaftern der Schuldnerin und der Darlehensgeberin ohne Vorliegen weitergehender vertikaler oder horizontaler gesellschaftsrechtlicher Verbindung zwischen den Parteien für unzureichend erklärt, um das streitige Darlehen dem nachrangigen Insolvenzbeschlagn zu unterwerfen.⁴⁶³

Konsequent bietet sich unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit, die Gewährung von Darlehen aus dem Gesellschafterkreis, aber auch die in der Praxis bedeutendere, da durch dritte Finanzinstitute regelmäßig geforderte persönliche Sicherung der Darlehensverbindlichkeiten der Schuldner-Gesellschaft wirtschaftlich gleichgestellt zu erreichen, ohne dass zwingend die Rechtsfolgen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu antizipieren sind. Lebt der betreffende Gesellschafter in Gütergemeinschaft mit seinem Ehegatten und ist jene Person in keiner Weise gesellschaftsrechtlich an der Gesellschaft beteiligt, können dieser Person sowohl insolvenzrechtlich wirksam Sicherheiten für gewährte Darlehen gestellt werden, auch werden dritte Finanzinstitute regelmäßig keine Einwände gegen eine Substitution der direkten Gesellschafterbürgschaft haben, da wirtschaftlich dennoch das Ziel der Ausfallsicherung durch das Vermögen des Gesellschafters erzielt wird. Es ist hierbei jedoch in jedem Fall darauf zu achten, dass jede Form der wirtschaftlichen Verwicklung der bürgenden nahestehenden Person (§ 138 InsO) in die Geschäftstätigkeit der Schuldnergesellschaft vermieden wird. Bei der Beurteilung, ob ein Umgehungstatbestand der Gesellschafterbürgschaft durch ersatzweises Auftreten der nahestehenden Person vorliegt, ist schließlich auf die rechtstatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen, weshalb diese von einem möglichst großen Maß an Sphären-Trennung zu prägen sind.

⁴⁶¹ Eine häufig gewählte Konstruktion im Bereich der Venture Capital und Seed Finanzierung, um das neue Unternehmen finanziell zu entlasten und zugleich eine über Zeit hohe Darlehensforderung aufzubauen, die zu einem späteren Zeitpunkt nach erfolgreicher Etablierung des Unternehmens (vor dem geplanten Exit) in Eigenkapital umgewandelt werden kann.

⁴⁶² BGH, NJW 2011, 1503, (1503 ff); Stellungnahme dazu von *Gruschinske*, GmbHR 2012, 551, (551 ff).

⁴⁶³ BGH, NJW 2011, 1503, (1504); *Gruschinske*, GmbHR 2012, 551, (557).

Gerade für solche Investitionsvorhaben, die durch eine erhebliche Anlagenintensität, also die umfangreiche Nutzung langfristigen mobilen oder immobilien Anlagevermögens geprägt sind, sollte der Blick auf die zuvor diskutierte jüngste Entscheidung des OLG Schleswig gerichtet werden.⁴⁶⁴ Die demgemäß gegebene Privilegierung einer entgeltlichen Nutzungsüberlassung im Insolvenzverfahren bietet in solchen Fällen, da Anlagevermögen mit verhältnismäßig liquidem Marktwert in der Unternehmung verwendet wird, Gestaltungsmöglichkeiten. Wird das benötigte Anlagevermögen anstelle einer Beschaffung durch die Betriebsgesellschaft selbst und einer Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen durch eine zwischengeschaltete Besitzgesellschaft oder den Gesellschafter selbst unter äquivalentem Mitteleinsatz beschafft und weitervermietet, entfällt die Behandlung des Vermögens gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Im Insolvenzverfahren ist – unter der zusätzlichen Bedingung einer zuvor regulären Entrichtung der Mietzinsen⁴⁶⁵ – eine fortgesetzte Mietzahlung sowie nach Ablauf längstens eines Jahres die Freigabe der Vermögensgegenstände gesichert, die sodann entweder der Nachfolgegesellschaft weitervermietet werden können, oder zur Mittelfreisetzung veräußert werden können.

V. Risiken in der Insolvenz

In Krise und Insolvenz der Gesellschaft verengen sich die möglichen Gestaltungsspielräume der Gesellschaft hinsichtlich einer Haftungsreduzierung naturgemäß in hohem Maße. Weder sind Fremdkapitalgeber im Stadium weitgehend erodierter Finanzverhältnisse der Primärschuldnerin wirtschaftlich noch gewillt oder aufgrund interner Statuten in der Lage, Darlehens- oder Sicherungskonditionen anzupassen, noch würden diese Anpassungen in der Insolvenz der Gesellschaft Bestand haben, da jede Besserstellung der Gesellschafter innerhalb der Anfechtungsfristen der §§ 129 ff InsO zu Fall gebracht würde. Im Gegenteil muss unter Verweis auf die drohende Erfüllung strafrechtlicher Untreuetatbestände und die Risiken einer Haftungsausweitung aufgrund existenzvernichtenden Eingriffs⁴⁶⁶ mit einem hohen Maß an Zurückhaltung agiert werden.

Insbesondere nachdem der BGH⁴⁶⁷ mit oben diskutiertem Urteil zur Behandlung doppelbesicherter Darlehen den Anwendungsbereich der §§ 129, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO erweitert hat, um den Insolvenzbeschlagnahme eingegangener Bürgschaftsverpflichtungen der Gesellschafter wieder umfassender zu gestalten, kann dem Weg der Haftungsbegrenzung

⁴⁶⁴ Siehe Teil 2.B.III.

⁴⁶⁵ Die herrschende Meinung bei *Gehrlein*, BB 2011, 3, (8 f); *Nerlich/Rhode* in: *Nerlich/Kreplin* Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 4, Rn. 56; *Holzer* in: *Beck/Dempré* Praxis der Insolvenz, § 9, Rn. 42.

⁴⁶⁶ Siehe Teil 2.D.II.1.

⁴⁶⁷ BGH, NJW 2012, 156, (156 f).

durch rechtlich gestaltende Maßnahmen in Krise und Insolvenz nur noch eine äußerst geringe Erfolgswahrscheinlichkeit zugesprochen werden.

Da dabei jedoch gerade das Freiwerden des sicherungsgebenden Gesellschafters in direkter Konsequenz der Befriedigung des Sicherungsnehmers aus dem Gesellschaftsvermögen im Fokus der jüngsten Entscheidung des BGH⁴⁶⁸ steht, ist eine Entlastung des Gesellschafters nach wie vor denkbar, sofern diese Kausalität vor Befriedigung des Sicherungsnehmers aufgehoben wird. Um an dieser Stelle ansetzen zu können, ist es folglich notwendig, den sowohl durch Gesellschafts- wie auch durch Gesellschaftersicherheit gesicherten Sicherungsnehmer davon zu überzeugen, durch einseitige, unbedingte Erklärung den Gesellschafter aus der getroffenen Sicherungsabrede zu entlassen, bevor die Befriedigung aus der Gesellschaftssicherheit erfolgt. Die anschließende Befriedigung begründet dann nicht mehr das Freiwerden des Gesellschafters, womit den gesetzlichen Anfechtungsrechten wie auch der richterrechtlichen Ausdehnung der Boden entzogen würde.⁴⁶⁹

Zumeist wird der Sicherungsnehmer seine komfortable Rechtsposition nur dann aufgeben, wenn sichergestellt ist, dass eine vollständige Befriedigung dennoch erfolgen wird und darüber hinaus Anreize geboten werden können, er also etwas „zu gewinnen“ hat. Solche Anreize können dann gegeben sein, wenn die fragliche Sicherungsabrede mit dem Gesellschafter mit erheblichen Wirksamkeitsbedenken *ab initio* belastet ist, die ihrer Verwertung im Wege stehen. In reinen Liquidationsfällen, die zugleich das Ende der unternehmerischen Betätigung des Gesellschafters begründen – mit dem einhergehend zu erwartenden belasteten Verhältnis Sicherungsnehmer - Gesellschafter – wird der Sicherungsnehmer das Thema schlicht an den Insolvenzverwalter zur juristischen Klärung „abgeben“, indem er ohne Entlassungserklärung die Gesellschaftssicherheit verwertet. Erfolgversprechender werden die Verhandlungen zumeist dann verlaufen, wenn beide Seiten im Interesse der Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung ein Interesse daran haben, den individuellen Schaden des Gesellschafters zu begrenzen.

Besteht eine solche gleichgerichtete Interessenlage zwischen der Sicherungsnehmerin und dem Gesellschafter nicht und erfolgt damit keine einseitige Entlassung aus der Sicherungsvereinbarung, kann letzten Endes nur die direkte Verhandlung mit dem Insolvenzverwalter als dem Vertreter der Insolvenzmasse und Vermittler zum Gläubigerausschuss empfohlen werden. Im Sinne einer möglichst schnellen und reibungslosen Verfahrensab-

⁴⁶⁸ BGH, NJW 2012, 156, (156 f).

⁴⁶⁹ So auch zuvor *Altmeyden*, ZIP 2011, 741 (744 f); *Nerlich/Rhode* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwalts- handbuch Sanierung und Insolvenz, § 4, Rn. 54; *Heckschen* in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil N, Rn. 1066.

wicklung können hier zumeist Lösungen gefunden werden, die die Belastung des Gesellschafters deutlich reduzieren.

Eine solche masseschmälernde Einigung mit dem Insolvenzverwalter auf eine nur reduzierte Anfechtung gemäß §§ 129, 135 InsO gegenüber dem Gesellschafter bedarf jedoch als besonders bedeutsame Rechtshandlung der Zustimmung durch die Gläubigerversammlung, § 160 Abs. 2 Nr. 3 InsO. Neben der Darstellung der Vermögenslage des Gesellschafters spielt dabei der Grad der Mitwirkung des Gesellschafters im Verfahren eine Rolle, aber vor allem muss der Einigungsvorschlag von zumindest einem wesentlichen Gläubiger der Gesellschaft unterstützt werden. In der Praxis empfiehlt es sich für den Gesellschafter somit, bereits vor dem Termin der Genehmigung dieser Einigung eine konkrete Absprache mit dem Sicherungsnehmer über die genauen Konditionen seiner Befriedigung aus Gesellschafts- und Gesellschaftersicherheiten zu erzielen, um in dem Sicherungsnehmer sodann einen dem Gesellschafter positiv „gesonnenen“ Gläubiger zu gewinnen, der die Genehmigung der Einigung in der Versammlung unterstützt.

Mit Blick auf den – im Anschluss an die einschlägige Rechtsprechung des BGH⁴⁷⁰ unter Geltung des Eigenkapitalersatzrechts zwar außer Mode gekommenen – Finanzplankredit ist in Krise und Insolvenz der Gesellschaft im Sinne einer verantwortungsvollen Risikoplanung des den Finanzplankredit gewährenden Gesellschafters eine entsprechende Risikovorsorge zu treffen. Wie zuvor dargestellt, wird nicht davon auszugehen sein, dass eine anfechtungsstabile Kündigung der noch offenen Kreditlinien nach Eintritt der Insolvenzreife vorgenommen werden kann.⁴⁷¹ Es liegt zudem im Wesen des Liquiditätsentzugs (zu diesem zählen auch die offenen und noch nicht gezogenen Kreditlinien), dass dieser auch bei einer sehr frühzeitigen Kündigung Gefahr läuft, angefochten zu werden. Dann nämlich, wenn erst durch den Entzug der Liquiditätszusagen die drohende Zahlungsunfähigkeit ausgelöst wird.

Dennoch ist vor dem Hintergrund des Meinungsstreits in der Literatur und der noch unbekannt Positionierung des BGH ein stufenweises Vorgehen ratsam. Entscheidet der Gesellschafter also, dass er aufgrund der absehbar scheiternden Gesellschaft die Finanzierung frühzeitig einstellen möchte, erscheint es angeraten – entsprechend den Leitlinien der strengeren Literaturmeinungen⁴⁷² – vor Vereinbarung der einvernehmlichen Kündigung der Kredithilfe ein qualifiziertes Gutachten zur Nichtvorlage einer drohenden Zahlungsunfähigkeit durch Dritte erstellen zu lassen, welches, analog der früher geltenden

⁴⁷⁰ BGHZ 142, 116, (116 ff).

⁴⁷¹ Vgl. Teil 2.B.II.4.

⁴⁷² *Häuser* in: Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Handbuch, § 85, Rn. 130f; *Buschmann*, NZG 2009, 91, (91 ff); *Gummert* in: Münch. Hdb. d. Gesellschaftsrechts, § 22, Rn. 71.

Nichtvorlage der Gesellschaftskrise, die rechtssichere Kündigung ermöglicht.⁴⁷³ Die daraufhin erfolgende Rückführung der Kredithilfen und Sperrung weiterer offener Linien ist in der später eingetretenen Insolvenz durch die hilfsweise außerordentliche Kündigung gemäß § 490 Abs. 1 BGB zu flankieren, um so der schuldnerfreundlichen Meinung⁴⁷⁴ folgend möglicherweise zumindest die erfolgreiche Sperrung der offenen Kreditlinien zu sichern.

C. Kreditsicherheiten – Konkurrenzen und Gestaltung

Die Beschränkung der Gesellschafterhaftung für die Verbindlichkeiten der GmbH zwingt insbesondere dritte Fremdkapitalgeber, zur Absicherung Ihrer Forderungen gegenüber der Gesellschaft auf intensivere alternative Sicherungsvarianten auszuweichen. Dieses Sicherungsverlangen ist nicht nur im – offensichtlichen – Interesse der Fremdkapitalgeber, sondern zumindest in einem gewissen Maße auch im Interesse der Gesellschaft, die für besicherte Darlehensverbindlichkeiten deutlich vorteilhaftere Konditionen wird erhalten können und damit ihr Finanzergebnis entlasten kann. Dem entgegen steht für die Unternehmensleitung aber die Einschränkung der allgemeinen „Bewegungsfreiheit“, wenn infolge geschlossener Sicherungsabreden besondere Sorgfaltspflichten gegenüber den Sicherungsnehmern die Verfügungsgewalt einschränken.⁴⁷⁵ Auch ist aufgrund der absoluten Begrenztheit der verfügbaren Sicherungsgüter zu berücksichtigen, dass die umfassende Sicherung eines Sicherungsnehmers zwingend die freie Sicherungsmasse zugunsten möglicher zukünftiger Sicherungsnehmer reduziert, womit eine neue Konditionenermittlung zu größeren Lasten für die Gesellschaft führen wird. Ein umfassendes Management der verfügbaren und vergebenen Gesellschaftssicherheiten stellt somit eine vitale Aufgabe der Unternehmensleitung der aktiv werbenden Gesellschaft dar.

In Krise und Insolvenz der Gesellschaft gewähren die begebenen Sicherheiten den Sicherungsnehmern ein vorrangiges Recht auf abgesonderte Befriedigung ihrer Forderungen im Insolvenzverfahren.⁴⁷⁶ Während die Verwertung der Sicherheiten nach Kündigung der beigeordneten Darlehensverträge für die Zeit zwischen Insolvenzantragstellung und Eröffnung des Hauptverfahrens oder der Abweisung mangels Masse unterbunden ist,⁴⁷⁷ rückt die Verwertung im Anschluss an die Eröffnung, spätestens nach Durchführung der Gläubigerversammlung, schnell in den Mittelpunkt. Einerseits kann die drohende Verwertung vitalen Vermögens der Gesellschaft eine schwere Bürde für die Betriebsfortführung sein

⁴⁷³ *Buschmann*, NZG 2009, 91, (93); So auch im Umkehrschluss *Gummert* in: Münch. Hdb. d. Gesellschaftsrechts, § 22, Rn. 71.

⁴⁷⁴ Nur *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 32a aF, Rn. 77 ff.

⁴⁷⁵ BGHZ 109, 297, (298).

⁴⁷⁶ Siehe Teil I.D.II.

⁴⁷⁷ *Vallender* in: Uhlenbruck, § 22, Rn. 41; *Leithaus* in Andres/Leithaus InsO Kommentar, § 166, Rn. 18; *Desch*, BB 2011, 841, (842).

und andererseits drohen Gesellschaftern und Geschäftsführung erhebliche Haftungsrisiken im Falle nicht lösbarer Konkurrenzen oder der treuwidrigen Doppelvergabe einzelner Sicherungsgüter.⁴⁷⁸

I. Arten von Sicherungsabreden

1. Sicherungsübereignung einzelner Anlagegüter und Raumsicherungsübereignung

Insbesondere in Kreditsicherungsverträgen kleiner und mittlerer Unternehmen weit verbreitet ist die Sicherungsübereignung einzelner, besonders werthaltiger und wertstabiler Gegenstände des Anlagevermögens oder auch pauschal des gesamten Anlage- und Vorratsvermögens einer räumlich konkret abgegrenzten Belegenheit. Der Sicherungsnehmer erhält dabei eine Anwartschaft auf Übereignung und Verwertung des Anlageguts, nicht jedoch den unmittelbaren Besitz, womit die Nutzenziehung dem Sicherungsgeber verbleibt. Die Sicherungsübereignung wird damit als ein besitzloses Pfandrecht auf die Rechtsgrundlage der §§ 929 S. 1, 930 BGB gestützt, obwohl die Besitzlosigkeit im Grunde dem sachenrechtlichen Verlangen nach einem ausschließlichen Besitzpfand entgegelläuft. Da die Zulässigkeit des Rechtsinstituts abseits dieser Bedenken jedoch bereits seit Inkrafttreten des BGB als absolut herrschende Meinung anerkannt ist⁴⁷⁹ und in § 51 InsO auch Aufnahme in das Gesetz gefunden hat, wird auf die weitere Auseinandersetzung mit der Rechtsgrundlage verzichtet.

Die vertragliche Ausgestaltung des Sicherungsrechts erfolgt zumeist anhand vorgefasster Formularverträge der Kreditinstitute, die den Gegenstand oder die Gegenstände und ihre räumliche Belegenheit detailliert bezeichnen. Den Sicherungsgeber treffen dabei erweiterte Sorgfaltspflichten auf Werterhaltung und -sicherung der betreffenden Güter. Während er seinen Absicherungspflichten zumeist durch die regelmäßig bereits vorhandene und ausreichend dotierte Sach- und Inventarversicherung nachkommt, schränkt seine Verpflichtung zur Werterhaltung die freie Verfügungsgewalt über die Anlagegüter dahingehend ein, dass eine Veräußerung der Anlagegüter nur mit Einverständnis des Sicherungsnehmers erfolgen darf. Davon ausgenommen und entsprechend abgegrenzt ist die Sicherungsübereignung rollierenden Vorratsvermögens, welches naturgemäß dem planmäßigen Verbrauch unterliegt.

⁴⁷⁸ Zur Haftung der Geschäftsleitung bei mangelnder Sorgfalt im Umgang mit den Gesellschaftsdarlehen, *Fleischer*, NJW 2009, 2337, (2341).

⁴⁷⁹ *Ganter* in: MünchKommInsO, § 51, Rn. 50; *Bäuerle* in: Braun InsO, § 51, Rn. 1; *Brinkmann* in: Uhlenbruck, § 51, Rn. 3.

Von besonderer Bedeutung für die wirksame Vereinbarung einer Sicherungsübereignung ist das Konkurrenzverhältnis zum gesetzlichen Vermieterpfandrecht gemäß 562 S.1 BGB. Plant die Gesellschaft in gemietete Räumlichkeiten Sicherungsgüter einzubringen, sind besondere Gestaltungsanforderungen zu beachten.

2. Vermieterpfandrecht

Das gesetzliche Vermieterpfandrecht gemäß § 562 S. 1 BGB entsteht durch Einbringung jeglicher Vermögensgegenstände auf ein gemietetes Grundstück. Auch Vorräte oder Rohstoffe unterliegen dem Vermieterpfandrecht.⁴⁸⁰ Erfolgt also die Einbringung solcher Vermögensgegenstände, die einer anderweitigen Sicherungsübereignung zgedacht sind, vor Abschluss der jeweiligen Sicherungsverträge, ist das Anwartschaftsrecht (§§ 929 S. 1, 930 BGB) grundsätzlich mit dem Vermieterpfandrecht vorrangig belastet.⁴⁸¹ Diese Vorbelastung führt naturgemäß zu einer erheblichen Entwertung des Sicherungswertes der eingebrachten Gegenstände und reduziert konsequent den Bewegungsspielraum der Gesellschaft gegenüber dritten Fremdkapitalgebern. Um diesem entgegenzuwirken kann das Pfandrecht im Verhandlungswege bei Mietvertragsschluss und auch zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt anhand Parteivereinbarung abbedungen werden, wobei der Vermieter im Gegenzug alternative Sicherung seiner Forderungen (Kautio / Bürgschaft) verlangen wird.

Das Vermieterpfandrecht verdrängt jedoch nicht ältere Rechte an den eingebrachten Sicherungsgegenständen. Erfolgt also der Abschluss einer Sicherungsübereignung vor Einbringung der Gegenstände auf das gemietete Grundstück und wird der Bestimmtheitsgrundsatz in Bezug auf die einzelnen Sicherungsgüter gewahrt, sind diese Gegenstände dem Vermieterpfandrecht nach dem Prioritätsgrundsatz der Sicherheitenkonkurrenz entzogen.⁴⁸² Keine Priorität der Sicherungsübereignung kann jedoch nach herrschender Meinung und Rechtsprechung durch eine vorab der Einbringung geschlossene pauschale Raumsicherungsübereignung mobilen Anlagevermögens oder Vorratsvermögens ohne ausreichende Bestimmtheit der einzelnen Sicherungsgüter erreicht werden, da diese sonst unabhängig von sonstigen Rechten an den einzelnen Sicherungsgütern immer Priorität genießen würde und somit auch nach Auffassung des BGH⁴⁸³ das gesetzliche Vermieterpfandrecht unzulässig auszuhöhlen im Stande wäre.

⁴⁸⁰ *Brinkmann* in: Uhlenbruck, § 51, Rn. 14; *Artz* in: MünchKommBGB, § 562, Rn. 12; *Gogger*, Insolvenzgläubiger-Handbuch, § 4, Rn. 97.

⁴⁸¹ *Ring* in: NK-BGB, Anhang zu § 1296, Rn. 8; *Wiegand* in: Staudinger/Oechsler, Anhang zu §§ 929-931, Rn. 302; *Gottwald/Adolphsen* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 42, Rn. 53.

⁴⁸² *Ring* in: NK-BGB, Anhang zu § 1296, Rn. 8; *Gottwald/Adolphsen* in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 42, Rn. 53; *Zipperer*, NZI 2005, 538, (539).

⁴⁸³ BGHZ 117, 200, (202); so auch *Ehlert* in: BeckOK BGB, § 562, Rn. 17a.

Eine praktische Einschränkung erfährt die Beschwer des Sicherungsvermögens der Gesellschaft jedoch gerade im Insolvenzfall, sofern das Verfahren nicht mangels Masse abgelehnt wird oder die Masseunzulänglichkeit gemäß § 208 InsO erklärt wird. Der Insolvenzverwalter wird nach Eröffnung des Hauptverfahrens, im Falle der Stilllegung des Betriebs und der damit entfallenden Notwendigkeit einer fortgeführten Nutzung des gemieteten Grundstücks, den zugrunde liegenden Mietvertrag außerordentlich kündigen. Da die Mietaufwendungen ab Eröffnung des Hauptverfahrens zu den Masseverbindlichkeiten zählen, ist die durch das Pfandrecht gesicherte Schadenshöhe in der Praxis auf die offenen Alt-Forderungen des Vermieters bis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Hauptverfahrens beschränkt.

3. Globalzession

Ebenfalls zu den durchgesetzten Sicherungsstandards zählt die sog. Globalzession, also die Abtretung aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen der Gesellschaft zugunsten des Sicherungsnehmers.⁴⁸⁴ Als Rechtsgrundlage dieses im BGB nicht ausdrücklich vorgesehenen Sicherungsvertrages werden ebenfalls §§ 929 S.1, 930 BGB herangezogen, sodass hier auf die allgemeinen Ausführungen zur Sicherungsübereignung verwiesen werden kann.⁴⁸⁵ Trotz der langen Tradition dieses Sicherungsinstruments beschäftigt es doch regelmäßig die Gerichtsbarkeit, da es infolge seines naturgemäß starken Schwankungen unterliegenden Umfangs häufig Gegenstand von Auseinandersetzungen zwischen Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber ist. Schließlich hängt der der Globalzession unterliegende Forderungsbestand direkt am Umsatz der Gesellschaft, welcher einerseits natürlich saisonalen Schwankungen unterworfen sein kann und andererseits in erheblichem Ausmaße auf mögliche Verlängerungen oder Verkürzungen der vereinbarten Zahlungsziele mit den Kunden reagiert. Hintergrund möglicher Auseinandersetzungen über die Wirksamkeit der Globalzession ist jeweils die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung gemäß § 138 Abs. 1 BGB, sofern die Vereinbarung gegen die inzwischen entwickelten Standards der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur sittenwidrigen Übersicherung verstößt.⁴⁸⁶

a) Bewertungsmethode

Zum Wesen des Forderungsbestands einer werbend tätigen Gesellschaft gehört die starke Abhängigkeit dieses Bestands von nur unzureichend prognostizierbaren Variablen.

⁴⁸⁴ BGHZ 174, 297, (298).

⁴⁸⁵ Siehe Teil 2.C.I.1.

⁴⁸⁶ BGH, NJW-RR 2010, 1529, (1530 f).

Zwar ist einer betriebswirtschaftlichen „Faustregel“ folgend davon auszugehen, dass der durchschnittliche Forderungsbestand aus Lieferung und Leistung (Forderungen LuL) dem Jahresumsatz geteilt durch 365 und multipliziert mit dem branchenüblich vereinbarten Zahlungsziel (in Tagen) entspricht. Es wird jedoch bei dieser Darstellung schnell ersichtlich, dass die prognostischen Unsicherheiten dieser Ermittlungsmethode gerade für junge, noch nicht etablierte Unternehmen enorm sind. Andererseits führt eine positive Wachstumsentwicklung eines Unternehmens zu deutlich steigenden Umsatzzahlen und damit Forderungsbeständen, insbesondere dann, wenn der Wertschöpfungsprozess des Unternehmens einen hohen Anteil an Fremdleistung umfasst. Neben diesen Schwierigkeiten, den absoluten Wert des Forderungsbestands eines Unternehmens verlässlich zu prognostizieren, tritt die Bewertungsunsicherheit des Forderungsbestands, genauer, die Abhängigkeit der Werthaltigkeit einer Forderung von der Bonität des Drittschuldners, wofür ebenfalls nur anhand von branchenspezifischen Erfahrungen Bewertungsvorsorge zu treffen ist.

Vor dem Hintergrund dieser Gemengelage hat die Rechtsprechung einen mit den guten Sitten vereinbaren „Korridor“ zulässiger Bewertungs- und Übereignungsvereinbarungen definiert. Der umfassenden Vereinbarungsfreiheit der Parteien überlassen bleiben danach alle Sicherungsverträge, die einen Sicherungsbeschluss von 150% der zu sichernden Darlehenssumme nicht überschreiten. Ist eine solche Grenze, ab der die Freigabe weiteren Forderungsbestandes durch den Sicherungsgeber verlangt werden kann, nicht vereinbart, kann die Freigabe ab einem Wert von 110% verlangt werden.⁴⁸⁷ Bewertungsgrundlage ist der tatsächliche Wert der Forderungen, womit zusätzlich ein branchenüblicher Abschlag der nominalen Forderungssumme hinzuaddiert wird.⁴⁸⁸ Verstößt die Parteivereinbarung bereits anfänglich gegen diese Grenzen, wird die Globalzession als Ganzes als anfänglich nichtig erkannt. Führt die (positive) Entwicklung des Unternehmens zu einem späteren Zeitpunkt zu einer so ermittelten Übersicherung, kann der Sicherungsgeber vom Sicherungsnehmer die Freigabe verlangen, wobei die tatsächliche Relevanz dieses Falles in der Praxis für gering gehalten werden darf, da es kaum ersichtliche Gründe für einen Streit zwischen dem sicherungsnehmenden Kreditinstitut und seinem offensichtlich prosperierenden Kunden geben wird.

b) Erfasste Forderungen

Neben der rein betragsmäßigen Begrenzung der Globalzession ist die dingliche Abgrenzung der umfassten Forderungen der Gesellschaft zu beachten. Der grundsätzlich erforder-

⁴⁸⁷ *Armbrüster* in: MünchKommBGB, § 138, Rn. 100; *Lwowski* in: Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Handbuch, Anh. zu § 95, Rn. 60; *Brinkmann* in: Uhlenbruck, § 51, Rn. 11.

⁴⁸⁸ BGHZ 137, 212, (222 ff).

derliche Ausschluss solcher Forderungen, die mit Sicherungsrechten von unter verlängertem Eigentumsvorbehalt liefernden Drittgläubigern belastet sind, ist seit geraumer Zeit ständige Rechtsprechung und in der Praxis daher formularvertraglich überwiegend durchgesetzt.⁴⁸⁹ In der Praxis gerade der kleinen und mittelständischen Unternehmen wenig beachtet, jedoch im Insolvenzfall von Bedeutung, ist dagegen die Frage der Grenzen der Globalzession. Möglich ist die Beschränkung nur auf Forderungen aus Lieferungs- und Leistungsbeziehungen oder aber die weitere Fassung unter Einschluss sonstiger Forderungen, etwa gegenüber der öffentlichen Verwaltung bestehende Forderungen oder mit positiver Valuta geführte Konto-Guthaben bei Kreditinstituten, die im rechtlichen Sinne ebenfalls Forderungen darstellen. Die Frage des Sicherungsbeschlags ist in den verbreiteten Formularverträgen zumeist nicht eindeutig vereinbart und bedarf daher in jedem Fall einer klarstellenden ergänzenden Regelung. Von jenen Fällen abgesehen, da ein krisenbefangenes Unternehmen tatsächlich bis zur faktischen Zahlungsunfähigkeit fortgeführt wird, bevor der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt wird, werden hier schließlich noch verhältnismäßig relevante Sicherungswerte verortet werden können. Auf deren praktische Relevanz für den Gesellschafter wird an späterem Ort noch einzugehen sein.

4. Abtretung von Gesellschaftsanteilen / Debt-Equity-Swap

Eher im Bereich der Sicherungsverträge größerer mittelständischer und großer Unternehmen Verwendung finden Verträge zur Sicherungsübereignung von Kapitalanteilen an dritten Gesellschaften,⁴⁹⁰ oder auch dem Schuldnerunternehmen selbst (sog. *Share Pledge Agreements*).⁴⁹¹ Für diese Verträge gilt eine umfassende Vertragsfreiheit, da regelmäßig keine das Eigentumsrecht der Anteilshalter, die Anteile zu Sicherungszwecken einbringen, begrenzenden spezialgesetzlichen Regelungen des Kreditsicherungsrechts Geltung entfalten werden. Anders als im Falle der intensiver schutzwürdig erachteten Verbraucher kontrahieren hier schließlich Unternehmen und Unternehmer miteinander, denen ein entsprechend höheres Maß an Fachkenntnis unterstellt werden kann.⁴⁹² Unproblematisch ist dabei insbesondere der Fall, da Kapitalanteile an echten dritten Gesellschaften, also horizontal abseits oder vertikal nachgelagerten Gesellschaften, Gegenstand der Sicherungsvereinbarung sind. Anderes gilt dann, wenn Anteile an dem Schuldnerunternehmen selbst oder aber Anteile an diesem vertikal übergeordneten Muttergesellschaften sicherungs-

⁴⁸⁹ Sittenwidrigkeit aufgrund Verleitens zu vertragsbrüchigem Handeln

⁴⁹⁰ Wie aktuell etwa im Zusammenhang mit der Sanierung der Praktiker AG für die Tochtergesellschaft Max Bahr GmbH & Co. KG diskutiert.

⁴⁹¹ *Mahler*, GmbHR 2012, 504, (504); *Meyer-Löwy/Bruder*, GmbHR 2012, 432, (433).

⁴⁹² Die Anwendbarkeit im Bereich der Kreditsicherung z.B. privater Darlehen verneinend *Kolkmann*, MitRhNotK 1992, 1, (4).

übereignet werden und die Vereinbarung damit den Charakter eines *Debt-Equity-Swap*⁴⁹³ annimmt.

a) ESUG Novelle

Die am 1. März 2012 in Kraft getretene Insolvenzrechtsnovelle, das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), errichtet erstmals einen rechtssicheren Rahmen für die Durchführung einer Kapitalreorganisation im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens. Die §§ 225a, 251 InsO führen den *Debt-Equity-Swap* nun ausdrücklich als eines der legitimierten Instrumente⁴⁹⁴ der Restrukturierung des Gesellschaftskapitals ein und versuchen damit die zuvor bestehende Rechtsunsicherheit zu beenden, welche Ausfluss der mangelhaften Verzahnung⁴⁹⁵ des Insolvenz- und Gesellschaftsrechts war. Als Kern der Neuregelung darf die Normierung der Behandlung der eigentumsbezogenen Rechtsstellung der Alt-Gesellschafter betrachtet werden. An deren zuvor nicht einschränkbar absoluten Rechten an der insolventen und damit eigentlich faktisch entwerteten Gesellschaft – verbunden mit der Unzulässigkeit einer Wertzuwendung an die Alt-Gesellschafter – scheiterte die Kapitalrestrukturierung unter Erhaltung der Gesellschaft in solchen Fällen, da die Gesellschafter nicht willens oder in der Lage waren, frisches Kapital zuzuführen. Eine Motivation der Gesellschafter über die anerkannte Treuepflicht hinaus war somit rechtlich blockiert. Die Neufassung der InsO bricht zwar nicht mit dem grundsätzlichen Eigentumsschutz der Alt-Gesellschafter, erlaubt jedoch einen Eingriff, sofern im Rahmen eines Insolvenzplans den Alt-Gesellschaftern eine wertmäßig angemessene Teilhabe oder Entschädigung zugewiesen wird, § 225a InsO,⁴⁹⁶ und löst zugleich die zuvor virulente Problematik der ungeklärten Zuständigkeiten bei der Durchführung eines *Debt-Equity-Swap* zwischen Gesellschaftern, Organen und Insolvenzverwalter.⁴⁹⁷ Der zuvor allein auf den Schutz einzelner Gläubiger zugeschnittene § 251 InsO erweitert in der Neufassung stimmig den Minderheitenschutz auf die Gruppe der Alt-Gesellschafter.⁴⁹⁸ Damit ist einerseits ein gewichtiger Schritt zugunsten der Sanierungsfreundlichkeit des Deutschen Insolvenzrechts getan, andererseits jedoch ist den Alt-Gesellschaftern ein in der Praxis wertvoller verhandlungstaktischer Hebel genommen, da die Aufgabe ihrer Beherr-

⁴⁹³ Eidenmüller/Engert, ZIP 2009, 541, (541 ff); Paape, DZWIR 2009, 9, (12 ff); Himmelsbach/Achsnick, NZI 2006, 561, (562 ff).

⁴⁹⁴ BT-Drs. 17/5712, S. 9.

⁴⁹⁵ So betont Paape, DZWIR 2009, 9, (12), wobei Römermann/Praß, GmbHR 2012, 425, (427) auf einige noch bestehende Unstimmigkeiten in Bezug auf obstruktionsmotivierte Gläubiger hinweisen, welche zumindest noch einer richterrechtlichen Lückenschließung zuzuführen sind.

⁴⁹⁶ Die herausragende Bedeutung der Ermöglichung eines *Debt-Equity-Swap* rechtfertigt den Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG, siehe BT-Drs. 17/5712, S. 18.

⁴⁹⁷ Eidenmüller/Engert, ZIP 2009, 541, (548 f); Paape, DZWIR 2009, 9, (12); Redeker, BB 2007, 673, (674).

⁴⁹⁸ BT-Drs. 17/5712, S. 18.

schung des bestehenden Rechtsträgers nicht mehr dem Eingriff entzogen ist. Eine weitere, die Praxis des *Debt-Equity-Swap* nach dem Willen des Gesetzgebers erleichternde und für ein mehr an Rechtssicherheit sorgende Änderung wurde in § 254 Abs. 4 InsO eingefügt. Eine Differenzhaftung für überbewertete, einzubringende Forderungen gegenüber der Gesellschaft droht nun nur noch im Laufe des Insolvenzplanverfahrens, während eine einmal gerichtlich bestätigte Vereinbarung nicht mehr gerichtlich angefochten werden kann.⁴⁹⁹ Diese Ergänzung des § 254 InsO durch das ESUG bringt jedoch nicht zwingend eine umfassend Rechtssicherheit gewährende Enthftung. Weiterhin kann eine Differenzhaftung im Laufe des aktiven Insolvenzplanverfahrens begründet werden und angesichts der in der Praxis umfangreichen Verfahrensdauern wird sich noch zeigen müssen, inwiefern tatsächlich eine relevante Verfahrenserleichterung wird erreicht werden können.

Die Praxistauglichkeit der neuen Regelungen steht vor einem unmittelbaren Härtetest. Angesicht der in Deutschland mit Stand 2011 insgesamt EUR 3.115 Mio. zur Umschuldung ausstehenden mezzaninen Finanzierungsmitteln, davon alleine EUR 754,8 Mio in 2012 ausstehend⁵⁰⁰, ist absehbar, dass einige dieser Umschuldungen „Kreativität“ verlangen werden.

Im Rahmen von Sicherungsübereignungen von Kapitalanteilen an identischen oder verbundenen Unternehmen ist also die Konformität mit gesellschaftsrechtlichen wie auch mit insolvenzrechtlichen Regelungen zu beachten, um die übergreifende Wirksamkeit zu gewährleisten. Die Anforderungen sind zunächst näher zu betrachten.

b) Durchführungsanforderungen des Debt-Equity-Swap vor der Insolvenz

Den rechtlichen Rahmen der Kapitalreorganisation einer krisenbefangenen Gesellschaft, die jedoch noch unter der ausschließlichen Leitung und Kontrolle ihrer Gesellschafter steht, stellt die Kapitalerhöhung durch Sacheinlage dar. In einem ersten Schritt erfolgt dabei zumeist eine vereinfachte Kapitalherabsetzung gemäß § 58a GmbHG, um die aufgelaufenen Alt-Verluste möglichst weitgehend aus der Bilanz zu tilgen. In dem nun folgenden Schritt werden die Forderungen gegenüber der Gesellschaft, welche der Neu-Gesellschafter in Umwidmung einzubringen gedenkt, im Wege einer Sachkapitalerhöhung eingebracht, welche durch die Alt-Gesellschafter genehmigt werden muss, §§ 56 Abs. 1, 19 Abs. 5, 5 Abs. 4 S.1 GmbHG.⁵⁰¹ Die eigentliche Einbringung der Sacheinlage erfolgt

⁴⁹⁹ *Braun/Frank* in: *Braun InsO*, § 254, Rn. 7; *Römermann*, NJW 2012, 645, (651); *Gehrlein*, NZI 2012, 257, (260).

⁵⁰⁰ *Hommel*, *Programme-Mezzanine - Quo Vadis*, Studie der European Business School und der IKB, <http://www.ebs.edu/fileadmin/redakteur/funkt.dept.finance/hommel/Programm-Mezzanine%20-%20Quo%20Vadis.pdf>.

⁵⁰¹ *Eidenmüller/Engert*, ZIP 2009, 541, (542 f); *R.Paulus.*, DZWIR 2008, 6, (6 f); *Himmelsbach/Achsnick*, NZI 2006, 561, (562).

durch Forderungsabtretung an die Gesellschaft und damit das Erlöschen der Forderung durch Konfusion, § 387 BGB, oder aber mittels Erlassvertrag, § 397 BGB.⁵⁰² Obwohl dabei der Gesellschaft keine zusätzliche Liquidität zugeführt wird, bewirkt die Umwandlung doch das Freiwerden zuvor passivbelasteter Aktiva und damit eine Erhöhung des residualen Eigenkapitals der Gesellschaft. Die solcherart restrukturierte Bilanz eröffnet der Gesellschaft weiteren Zugang zu Liquidität mittels Fremdkapitalaufnahme.⁵⁰³ Die Zustimmung der Alt-Gesellschafter ist regelmäßig unproblematisch, da der *Debt-Equity-Swap* noch ihrem Interesse an der Aufrechterhaltung von – wenn auch reduzierten – Kontrollrechten im Unternehmen entspricht und sie zumeist auch die Führungsrolle bei der Verhandlung innehaben werden. Die wesentliche Schwierigkeit bei der Umsetzung der Kapitalreorganisation in der Unternehmenskrise stellt die gerichtsfeste Bewertung der eingebrachten Forderungen dar.⁵⁰⁴

Übergreifende Bedingung für die Sacheinlagefähigkeit einer Forderung gegen die Gesellschaft ist deren Vollwertigkeit, womit auf die tatsächliche Werthaltigkeit der Forderung zum Zeitpunkt der Einbringung abgestellt werden muss. Die teilweise verlangten Eigenschaften der Fälligkeit und Liquidität sind jedoch keinesfalls ergänzende Voraussetzung,⁵⁰⁵ sondern nur Bewertungsmaßstab der Vollwertigkeit. Dass eine Forderung gegen eine krisenbefangene Gesellschaft bereits aufgrund des ausfallgefährdeten Zustands der Gesellschaft nicht bei Zugrundlegung ihres nominalen Betrages für vollwertig zu bewerten sein wird, ist offenkundig. Zutreffend darf dagegen nur der Zeitwert⁵⁰⁶ der Forderung für vollwertig gehalten werden, ist es schließlich nur dieser Wert, den der Neu-Gesellschafter tatsächlich durch den *Swap* aufgibt, unabhängig davon, dass die bilanzielle Entlastung der Gesellschaft in Höhe des nominellen Betrages erfolgt. Wird die einzubringende Forderung dagegen mit einem den Zeitwert überschreitenden Wert angesetzt, droht – trotz des durch § 254 Abs. 4 InsO reduzierten haftungsrelevanten Zeithorizonts – die Differenzhaftung,⁵⁰⁷ womit ein angemessener Abschlag auf den ermittelten Zeitwert stets im Interesse der Neu-Gesellschafter nach belastbarer Rechtssicherheit ist. Andererseits kommt in der Kon-

⁵⁰² *Schlüter* in: MünchKommBGB, § 397, Rn. 6; *Redeker*, BB 2007, 673, (674); *Eidenmüller/Engert*, ZIP 2009, 541, (553); *J.Vetter* in: MünchKommGmbHG, Vorb. § 58, Rn. 86.

⁵⁰³ *Redeker*, BB 2007, 673, (674 f); *R.Paulus.*, DZWIR 2008, 6, (7).

⁵⁰⁴ *Nerlich/Rhode* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 4, Rn. 246; *Eidenmüller/Engert*, ZIP 2009, 541, (541); *J.Vetter* in: MünchKommGmbHG, Vorb. § 58, Rn. 88.

⁵⁰⁵ Insofern unzutreffend *Redeker*, BB 2007, 673, (675).

⁵⁰⁶ Wurde die Forderung durch den Neu-Gesellschafter in jüngerer Zeit erworben, bietet dieser Marktpreis eine fundierte Bewertungsgrundlage, andernfalls kommen betriebswirtschaftliche Bewertungsverfahren (*fair value*) zum Einsatz, vgl. *Redeker*, BB 2007, 673, (675).

⁵⁰⁷ Eine gute Zusammenfassung der Problematik aus der Differenzhaftung bei sich nachträglich herausstellender mangelnder Werthaltigkeit der einzulegenden Forderungen bieten *Kestler/Striegel/Jesch*, NZI 2005, 417, (422); *Paape*, DZWIR 2009, 9, (10); Der Hinweis auf die weiterhin notwendige umfassende gutachterliche Bewertung vor Einlage bei *Braun/Frank* in: Braun InsO, § 254, Rn. 7.

sequenz eines übermäßigen Abschlags auf die Forderung ein Teil seines Sanierungsaufwandes ungerechtfertigt den Alt-Gesellschaftern zu.⁵⁰⁸

Die so entstehende Differenz zwischen Sacheinlage und erlöschender Gesellschaftsverbindlichkeit begründet einen gemäß § 7 Abs. 1 KStG ertragssteuerlich relevanten Gewinn der Gesellschaft, der jedoch auch im Falle der Ausschöpfung vorhandener Verlustvorträge von einer Besteuerung freigestellt werden kann, sofern der begründende *Debt-Equity-Swap* einen wirksamen Sanierungsbeitrag leistet. Darauf ist dann zu erkennen, wenn die betreffende Transaktion die Voraussetzungen der Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungsfähigkeit des Unternehmens, sowie die Sanierungseignung des Schulderrlasses und die Sanierungsabsicht der Gläubiger erfüllt.⁵⁰⁹

Die zutreffende Bewertung der Forderung stellt jedoch nur eine Seite der geplanten Transaktion dar. Abseits von dem Fall, da die Alt-Gesellschafter nach einer Kapitalherabsetzung auf Null komplett aus der Gesellschaft ausscheiden (*hand over the keys*) und das neu eingebrachte Sachkapital somit bewertungsunabhängig die vollständige Übernahme der Gesellschaft begründet, wird in einem zweiten Schritt festzulegen sein, welchen Anteil an der Gesellschaft der Neu-Gesellschafter übernehmen wird – in welches Verhältnis also der Wert des Unternehmens zum Wert der einzubringenden Forderungen gestellt wird. Die Bewertung eines Unternehmens stellt die Betriebswirtschaftslehre jedoch vor noch größere Schwierigkeiten, als dies bereits bei der Bewertung eines *Distressed Debt*, also einer zweifelhaften Forderung der Fall ist.⁵¹⁰ In der Praxis ist bekannt, dass bereits geringfügige Variationen an den langfristigen Ertragsprognosen erhebliche Hebelwirkungen auf den Unternehmenswert auslösen.⁵¹¹ Dieser Spielraum wird zudem dadurch erweitert, dass der Wert der Gesellschaft vor und nach Durchführung des *Debt-Equity-Swap* erheblich abweichen kann, wenn etwa nur durch diese Restrukturierung der Fortbestand der Geschäftstätigkeit gesichert werden kann.⁵¹² Aufgrund der bekannten Risiken bei der Bewertung der eingebrachten Forderungen wird dieser größere Bewertungsspielraum in der Praxis genutzt, indem der Abschlag bei den Forderungen zwar hoch angesetzt ist, der Abschlag bei der Unternehmensbewertung jedoch noch höher, sodass dennoch ein hoher Anteil des Neugesellschafters entsteht.⁵¹³

⁵⁰⁸ Paape, DZWIR 2009, 9, (10); Kestler/Striegel/Jesch, NZI 2005, 417, (422).

⁵⁰⁹ Zu den Anwendungsvoraussetzungen des BMF Sanierungserlasses siehe ergänzend BFH, BeckRS 2010, 24004112.

⁵¹⁰ Einen diesbezüglich interessanten Exkurs zur einer Bewertungsalternative auf Basis des Optionsmodells Bebchuk liefert Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 113.

⁵¹¹ Die sog. „Ewige Rente“.

⁵¹² Zu der unterschiedlichen Bewertungsansätzen in der Krise und insbesondere den Modellen von Bebchuk und Aghion/Hart/Moore siehe Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 113.

⁵¹³ Aus der Praxis Kestler/Striegel/Jesch, NZI 2005, 417, (422).

Der vorbeschriebene sog. *Workout*, also die Sanierung einer krisenbefangenen Gesellschaft mittels *Debt-Equity-Swap*, ist Gegenstand intensiver Debatte in Praxis und Literatur,⁵¹⁴ deren Kern allgemein die hohen Anforderungen an die Wirksamkeit der Sacheinlage im deutschen Gesellschaftsrecht ist, welche die Nutzung des Sanierungsinstruments gerade für potentielle Investoren aus dem angelsächsischen Rechtsraum erschwere.⁵¹⁵ Der vor dem Hintergrund der geltenden Rechtslage entstehende Beratungsbedarf eben jener Investoren motiviert zudem gerade die beratenden Vertreter der Literatur zu einer zusätzlichen Intensivierung der Auseinandersetzung mit dem Thema. Die entwickelten Vorschläge stellen jedoch zu einem weit überwiegenden Teil schlicht Umgehungsversuche durch die Aufspaltung der Sachkapitalerhöhung in eine Barkapitalerhöhung dar, verbunden mit der Verpflichtung, einen Gegenstand, also die Forderung des Neu-Gesellschafters zu einem festgelegten Preis zu erwerben, womit der Tatbestand einer verdeckten Sacheinlage erfüllt wird.⁵¹⁶ Zielführend erscheint jedoch nicht der Versuch, betriebswirtschaftlichen Bewertungsaufwand vor Durchführung der Transaktion zugunsten dauerhaft schwelender Rechtsunsicherheit aus einer möglichen Differenzhaftung einzutauschen, als vielmehr mittels professioneller Dokumentation der Entscheidungsprozesse dauerhafte Transparenz zu schaffen.

II. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium

Das von der Gesellschaftsleitung zu verlangende – wenn auch zu häufig vernachlässigte – aktive Management der vorhandenen liquidierbaren Gesellschaftssicherheiten dient nicht nur der optimalen Ressourcen-Allokation und damit der Optimierung des Finanzierungsprofils der aktiv werbenden Gesellschaft. Im Falle der Gesellschaftsinsolvenz verhindert das umfassende Controlling der vorhandenen Sicherheiten auch mögliche Schadenersatzansprüche gegenüber den Handelnden der Gesellschaft. So können etwa infolge einer doppelten Vergabe von Sicherheiten an unterschiedliche Sicherungsnehmer ausfallende Gläubiger ihren Schaden innerhalb der Grenzen des Marktwerts (Liquidationserlöses) der Sicherheit geltend machen.

⁵¹⁴ Beiträge aus Wissenschaft und Beratungspraxis bei *Eidenmüller/Engert*, ZIP 2009, 541, (541 ff); *Himmelsbach/Achsnick*, NZI 2006, 561, (561 ff); *Morshäuser/Falkner*, NZG 2009, 526, (526 ff).

⁵¹⁵ *Morshäuser/Falkner*, NZG 2009, 526, (528); *Himmelsbach/Achsnick*, NZI 2006, 561, (562); Die inzwischen jedoch erfolgte relative Erleichterung betont *Fastrich* in: *Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz*, § 9, Rn. 1.

⁵¹⁶ *Fastrich* in: *Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz*, § 9, Rn. 3; *J.Vetter* in: *MünchKommGmbHG*, Vorb. § 58, Rn. 88; *Himmelsbach/Achsnick*, NZI 2006, 561, (562).

1. Kollision Sicherungsübereignung und Vermieterpfandrecht

Das gesetzliche Vermieterpfandrecht zählt zu den am häufigsten durch die Gründungsgesellschafter ignorierten Sicherungsinstrumenten, wodurch Kollisionen mit alternativen Mobiliar-Sicherungsvereinbarungen hervorgerufen werden. Diese Kollision begründet zwar nicht zwingend eine persönliche Haftung der Handelnden auf der Gesellschaftsseite, da das Vermieterpfandrecht auf dispositivem Gesetzesrecht fußt. Die Geltung ist also nicht auf ein treuwidriges Handeln der Gesellschafter / Geschäftsführer zurückzuführen, da schließlich ein jeder Vertragspartner um dessen Geltung beim Kontrahieren mit einem Mieter-Schuldner wissen muss.⁵¹⁷ Anders kann dies jedoch sein, wenn die Geschäftsleitung ausdrücklich ein Vorhandensein dritter Rechte in den Verhandlungen mit weiteren Sicherungsnehmern negiert hat.⁵¹⁸ Ebenfalls der Sicherungspraxis entnommen ist die Feststellung, dass die Gründungsgesellschafter gegenüber dem Vermieter nur in Ausnahmefällen eine ergänzende persönliche Haftung übernehmen müssen, während dies gegenüber dritten sicherungsnehmenden Kreditinstituten den Regelfall darstellt. Die Gesellschafter sind somit motiviert, die primäre Sicherungsmasse aus Gesellschaftsvermögen zugunsten des Kreditinstituts zu verschieben. Die grundsätzlich mögliche Abbedingung durch Parteivereinbarung zwingt die Gesellschaft als Mieterin regelmäßig zur Stellung alternativer Sicherheiten, da der Vermieter andernfalls eine vorteilhafte Rechtsposition ohne adäquate Gegenleistung aufzugeben hätte. Soll dieser Weg im Umfeld begrenzter Verfügbarkeit erstklassiger Sicherungsgüter nicht beschritten werden, kann der Beschlag durch das Vermieterpfandrecht auch auf anderem Wege verhindert werden.

Da wie vorbeschrieben die Chronologie aus anderweitiger Sicherungsübereignung mobiler Sicherungsgüter und ihrer Einbringung in die gemieteten Räumlichkeiten entscheidend für den möglichen vorrangigen Beschlag der Sicherheiten durch das Vermieterpfandrecht ist, empfiehlt es sich, die Sicherungsverträge einzelner besonders werthaltiger Anlagegüter zeitlich deutlich vor Einbringung der Güter in die Mieträume zu schließen und das Datum der Einbringung der Anlagegüter detailliert zu dokumentieren. Sollen diverse Anlagegüter oder rollierendes Vorratsvermögen *en bloc* sicherungsübereignet werden, empfiehlt sich neben der zeitlichen Einbringungsdocumentation die Erstellung eines möglichst vollständigen geplanten Inventars und die Übermittlung dieses Inventars an den Sicherungsnehmer ebenfalls vor Einbringung der Sicherungsgüter in die Mieträumlichkeiten, um so die konkrete Umfassung der einzelnen inventarisierten Sicherungsgüter durch die Sicherungsvereinbarung zu gewährleisten. Zu- und Abgänge zu diesem Inventar sollten regelmäßig mit erneut deutlichem zeitlichem Vorlauf zur Vornahme der nachträglichen Einbrin-

⁵¹⁷ *Brinkmann* in: Uhlenbruck, § 51, Rn. 14; *Artz* in: MünchKommBGB, § 562, Rn. 12; *Gogger*, Insolvenzgläubiger-Handbuch, § 4, Rn. 97.

⁵¹⁸ BGHZ 109, 297, (298 ff).

gungen an den Sicherungsnehmer gemeldet werden. Dieses Vorgehen stellt sicher, dass im Verwertungsfall gegenüber dem Insolvenzverwalter oder Vermieter einwandfrei nachgewiesen werden kann, dass ein Beschlag durch das Vermieterpfandrecht aufgrund älterer Rechte ausscheidet und so ein Ausfall des dritten Sicherungsnehmers aus primären Gesellschaftssicherheiten vermieden oder begrenzt werden kann.

2. Gestaltung der Sicherungsvereinbarung Debt-Equity-Swap

Das vorbeschriebene Verfahren gerichtsfest in Sicherungsverträgen abzubilden und vorab zu gestalten erfordert einen hohen Umfang an Einzelfallregelungen sowie die Einigung auf Bewertungsmechanismen. Schließlich kann der Zustand der Gesellschaft für die Zukunft und insbesondere den Sicherungsfall der Krise und Insolvenz nur schwerlich in absoluten Werten antizipiert werden. Es wird danach anzuraten sein, ein Verfahren zu definieren, dessen Anwendbarkeit ein hohes Maß an Unabhängigkeit von möglichen Bewertungsschwierigkeiten aufweist.

Einen solchen Ansatz der Restrukturierung der Anteile am Gesellschaftskapital bietet das Optionsmodell von *Bebchuk*⁵¹⁹, welches im Kern einen „automatisierten“ *Debt-Equity-Swap* darstellt.⁵²⁰ So zielt *Bebchuk* mit seinem Beitrag auf die Beschleunigung des Reorganisationsverfahrens unter Chapter 11 des U.S.-amerikanischen Bankruptcy Code (BC) und eine möglichst effiziente Verteilung der Masse unter den Gläubigern.⁵²¹ Zugleich bewirkt der diskutierte Ansatz auch den Ausschluss einer nicht adäquaten Vorteilsnahme der Alt-Gesellschafter ohne entsprechenden Vermögensausgleich zugunsten der Gläubiger, womit auch eine der zentralen Anforderungen des deutschen Gläubigerschutzrechts erfüllt wird. *Bebchuk* schlägt vor, die Gesellschafterstrukturen in der Insolvenz zwangsweise ähnlich dem *Debt-Equity-Swap* zu restrukturieren. Die Gruppe der absonderungsberechtigten⁵²² Gläubiger tritt vollumfänglich an die Stelle der Alt-Gesellschafter und büßt dabei ihre Forderungen vollständig ein. Die zwangsweise Gesellschafterstellung dieser Gruppe der Alt-Gläubiger ist auch nachvollziehbar unproblematisch, da keine Änderung der effektiven Kapitalansprüche im insolventen Unternehmen bewirkt wird. Es kann schließlich hypothetisch durch die anschließende umgehende Liquidation das vorhandene Gesellschaftsvermögen auf gleiche Weise wie zuvor realisiert werden. Die Gesellschafterstellung

⁵¹⁹ *Bebchuk*, NBER Working Paper Series 1998, 1, (10).

⁵²⁰ *Eidenmüller*, ZGR 2001, 680, (708 f); *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 161 f; *Drukarczyk* in: MünchKommInsO, § 245, Rn. 93.

⁵²¹ *Bebchuk*, NBER Working Paper Series 1998, 1, (3 f).

⁵²² Die aussonderungsberechtigten Gläubiger sind nicht Beteiligte am Insolvenzverfahren und spielen daher auch für das Insolvenzplanverfahren keine Rolle.

ist damit ein reines „Mehr“ gegenüber der Gläubigerstellung.⁵²³ Die Alt-Gesellschafter dagegen werden entschädigungsfrei enteignet. Sofern das nun verbleibende Haftkapital der Gesellschaft die Forderungen der absonderungsberechtigten Gläubiger überschreitet, rückt auch die Gruppe der nicht-nachrangigen Insolvenzgläubiger anteilig in den Rang der Neu-Gesellschafter ein.⁵²⁴ Sowohl die nicht-nachrangigen Insolvenzgläubiger als auch die Alt-Gesellschafter erhalten kurzlaufende Optionen auf den Erwerb von Gesellschaftsanteilen von den Neu-Gesellschaftern gegen Freistellung dieser in Höhe deren ursprünglicher nominaler Forderungen gegen die Gesellschaft. Es steht sodann den Neu-Gesellschaftern frei, die Gesellschaft fortzuführen oder zu liquidieren.⁵²⁵

Eine Abwandlung zu diesem Vorschlag haben *Aghion/Hart/Moore*⁵²⁶ entwickelt und dafür ebenfalls einige Beachtung erfahren.⁵²⁷ Die Autoren nehmen sich der Kritik an, wonach das auf eine Eigenkapitalquote nach Restrukturierung von 100% hinauslaufende Konzept von *Bebchuk* die anerkannten Prinzipien effizienter Unternehmensfremdfinanzierung ignoriere, und schlagen in Abwandlung zu *Bebchuk* vor, die absonderungsberechtigten Gläubiger bei der Optionsvergabe nicht zu berücksichtigen und im Gegenzug die Sicherungsverhältnisse dieser Gläubigergruppe fortbestehen zu lassen. Die so erzielte Restrukturierung der Anteilsverhältnisse stelle einen geringeren Eingriff in die Vermögenspositionen der gesicherten Insolvenzgläubiger dar und generiere zugleich eine Gesellschaft mit realitätsnäheren Finanzierungsverhältnissen. Dem muss nach Meinung des Verfassers jedoch entgegen gehalten werden, dass dem so geformten Unternehmen anders als in *Bebchuk's* umfassenderem Vorschlag vermutlich eine ungewisse Zukunft bevorstehen würde. Ob nämlich die absonderungsberechtigten Gläubiger, denen durch Eintritt des Insolvenzfalls regelmäßig ein Kündigungsrecht Ihrer Kreditverträge mit dem Schuldner zusteht, nach dem Ende der Vollstreckungssperre im Insolvenzverfahren nicht umgehend die Verwertung ihrer Sicherheiten anstreben werden, kann zumindest nicht ausgeschlossen, geschweige denn verhindert werden. Erfolgversprechender wird daher die umfassende Lösung unter Einschluss der Gläubigergruppe sein. Schließlich ist auch der Einwand hinsichtlich der Finanzierungsverhältnisse leicht zu entkräften, wird doch eine von Dritten nach Abschluss der Restrukturierung wieder für kreditwürdig befundene Gesellschaft keine Mühe haben, die weiterhin notwendige Aufbesserung der Liquiditätsslage fremd zu fi-

⁵²³ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 114.

⁵²⁴ *Bebchuk*, NBER Working Paper Series 1998, 1, (11); *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 103 f.

⁵²⁵ *Drukarczyk* in: MünchKommInsO, § 245, Rn. 93; *Eidenmüller*, ZGR 2001, 680, (708).

⁵²⁶ *Aghion/Hart/Moore*, Journal of Law, Economics and Organization, 523, (523 ff).

⁵²⁷ *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 167 f; *Drukarczyk* in: MünchKommInsO, § 245, Rn. 95; *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 109 f.

nanzieren und so ganz von alleine wieder eine branchenübliche Fremdfinanzierungsquote erreichen.

Trotz der im Zuge von ESUG geänderten Rechtslage m.E. weiterhin problematisch und insofern auch hinsichtlich der Anwendbarkeit dieses Modells in Deutschland kritisch diskutiert, ist die zwangsweise Enteignung der Alt-Gesellschafter durch gesetzlichen Eingriff. Die Befürworter der Anwendung argumentieren zumeist mit der bereits erfolgten wirtschaftlichen Enteignung der Alt-Gesellschafter durch den Markt⁵²⁸ und der bei Anwendung erzielbaren maximalen Gläubigerbefriedigung, da keinerlei Wertzuwendung an die Alt-Gesellschafter erfolgt.⁵²⁹ An anderer Stelle wurde noch weitergehend verlangt, dass auch die durch die Insolvenz nur weitestgehend entwerteten Gesellschaftsanteile, die somit noch über einen Residualwert verfügen, zur Mehrung der Insolvenzmasse einer Veräußerung durch den Insolvenzverwalter offen stehen sollten.⁵³⁰ Dem war jedoch aus zweierlei Gründen entgegenzutreten. Einerseits werden dabei das Vermögen der Gesellschaft und das Vermögen der Gesellschafter unter Verletzung der überragenden Schutzwürdigkeit des Eigentums vermengt, andererseits gehen von einer Verwertungsfreigabe gänzlich unvorteilhafte Anreize auf die Gesellschafter von Krisen-Unternehmen aus. Ziel soll schließlich gerade sein, die Insolvenz als Sanierungsoption wahrzunehmen. Müssten die Gesellschafter um Ihre Eigentumsverhältnisse an der Gesellschaft fürchten, führte dies unweigerlich zu weiteren Vorbehalten gegenüber der Insolvenz als Sanierungsmittel.⁵³¹ Zwar wurde ein Lösungsansatz in der Treuepflicht der Alt-Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft verortet, welche im Interesse der Erhaltung und Sanierung der Gesellschaft Zugeständnisse und Mitwirkung der Gesellschafter notfalls fingieren sollte,⁵³² jedoch kann die Treuepflicht keinesfalls extensiv bis zur vollständigen Aufgabe der Gesellschafterposition ausgedehnt werden. Genau jenes verlangte jedoch das alte Recht und somit scheiterte an diesem ungelösten Konflikt in der Vergangenheit die Anwendung des Ansatzes in der deutschen Fallpraxis. Nun wurden durch ESUG in dieser Auseinandersetzung die Karten neu gemischt, da das gesetzgeberische Votum nun zugunsten eines Einbezugs der Gesellschaftsanteile gefallen ist, sodass *Bebchuk's* Ansatz aller Vermutung nach an Aktualität gewinnen könnte.

⁵²⁸ In *Uhlenbruck/Vallender*, NZI 2009, 1, (3) erneut vorgetragene Argumentation aus den Vorschlägen der Kommission für Insolvenzrecht von 1985; *Achsnick*, Options-Modelle im Insolvenzplanverfahren, S. 169

⁵²⁹ *Eidenmüller*, ZGR 2001, 680, (708 f); *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 167 f.

⁵³⁰ *Achsnick*, Options-Modelle im Insolvenzplanverfahren, S. 168 ff; *Vallender*, NZI 2007, 129, (136 f); *Eidenmüller*, ZGR 2001, 680, (688).

⁵³¹ So ebenfalls *Eidenmüller*, ZGR 2001, 680, (699); *Schwalme*, DZWIR 2004, 230, (232).

⁵³² *Seibt* in: *Scholz GmbHG*, § 14, Rn. 55; *Eidenmüller/Engert*, ZIP 2009, 541, (542); *Schwalme*, DZWIR 2004, 230, (231).

Wird das vorgestellte Verfahren dagegen im Rahmen einer Sicherungsabrede zur Grundlage genommen, entfallen die wesentlichen, zuvor diskutierten Schwierigkeiten. Die Gesellschafter werden aus freien Stücken der möglichen Disposition Ihrer Anteile zustimmen und die Verteilungsregel kann wesentlich simplifiziert werden, da der Kreis der Gläubiger und ihre Rechtsstellung vorab bekannt ist. Dabei ist jedoch ebenfalls darauf zu achten, dass ein sicherungsvertraglich vereinbarter Debt-Equity-Swap nicht zu einer Anteilsverschiebung größer 50% zu einem einzelnen Neugesellschafter erfolgen sollte, da in einem solchen Fall des *Change of Control* steuerlich relevante Verlustvorträge verloren gehen. Schachtelbeteiligungsmodelle bieten hier einen Ausweg, wenn doch nur ein einzelner beherrschender Neugesellschafter der Gesellschaft auf diesem Weg beitrifft. Die Unternehmenssteuerreform 2008 hat die Nutzung von Verlusten einer Gesellschaft, deren Anteile erworben wurden, durch die Neuregelung in § 8c KStG beschränkt. Danach gehen Verlust- und Zinsvorträge vollständig unter, wenn innerhalb von fünf Jahren mittel- oder unmittelbar mehr als 50% des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschafts-, Beteiligungs- oder Stimmrechte an einer Körperschaft an einen Erwerber oder diesem nahestehende Personen übertragen werden oder ein vergleichbarer Sachverhalt vorliegt. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung des § 8c KStG durch das BVerfG soll allerdings in Kürze aufgrund Vorlage des FG Hamburg erfolgen,⁵³³ worauf besondere Achtung zu legen sein wird.

III. Risiken in der Insolvenz

1. Verwertungshandlungen

Mit Blick auf jede Verwertungshandlung des Insolvenzverwalters im Rahmen des Insolvenzverfahrens ist unabhängig von einem möglichen Sicherungsbeschluss der zu verwertenden Vermögenswerte zu beachten, dass die in § 171 InsO festgesetzten Kostenpauschalen den Verwertungserlös empfindlich schmälern können. Gemäß § 171 Abs. 1 InsO wird grundsätzlich eine Kostenpauschale über 4% des Verwertungserlöses zugunsten der Masse zur Deckung der Wertfeststellungskosten fällig. Zudem wird für die spätere eigentliche Verwertungshandlung des Insolvenzverwalters eine variable Kostenpauschale zugunsten der Masse zur Deckung der Wertfeststellungskosten fällig, welche ihrer Höhe nach gesetzlich bei 5% des Verwertungserlöses vermutet wird (§ 171 Abs. 2 InsO). Es ist folglich gerade mit Bezug auf die absonderungsberechtigten Gläubiger zu berücksichtigen, dass trotz eventuell nominal ausreichender Sicherung tatsächlich eine Untersicherung im Verwertungsergebnis vorliegen kann. Die so entstehende Differenz zwischen Verwer-

⁵³³ FG Hamburg, m. Nachw. Juris 2 K 33/10.

tungserlös und Befriedigungswert wird zudem dadurch vergrößert, dass in solchen Fällen, da nicht eine vollständige Übernahme allen Anlagevermögens durch einen oder einige wenige Käufer gelingt, die eigentliche Veräußerung des Anlagevermögens durch den Insolvenzverwalter an spezialisierte Verwertungsunternehmen übertragen wird, die ihrerseits ergänzende Verwertungspauschalen von regelmäßig mindestens 15% des Verwertungserlöses berechnen.⁵³⁴

Besteht also seitens der Alt-Gesellschafter eine Motivation zur Erzielung einer möglichst umfassend erfolgreichen Befriedigung eines Sicherungsnehmers aus dem ihm zugeordneten Sicherungsgut, sollten Anstrengungen unternommen werden, die eigentliche Verwertung des Sicherungsgutes möglichst umfassend zu begleiten und zu steuern, um die Kostenpauschalen alternativer Verwertungshandlungen weitgehend zu reduzieren.

2. Sittenwidrige Übersicherung

Im Vorfeld einer Insolvenzantragstellung und im Laufe des Insolvenzverfahrens selbst richtet sich der Blick der beteiligten Parteien zudem auf die Frage einer möglichen Unwirksamkeit der geschlossenen Sicherungsvereinbarungen der Schuldnerin. Während der Insolvenzverwalter im Interesse der Mehrung der insgesamt freien Masse, also jenem Teil der Masse, der zur Befriedigung der ungesicherten Gläubiger und zur Finanzierung einer zumindest vorübergehenden Betriebsfortführung genutzt werden kann, handeln und prüfen wird, kann auch dem Gesellschafter in gewissen Konstellationen daran gelegen sein, unvorteilhafte Sicherungsverhältnisse aufzulösen. Die bedeutendste Grundlage einer potentiellen Unwirksamkeit ist die sittenwidrige Übersicherung einer Forderung gegen die Schuldnerin, wobei zu unterscheiden ist in solche Fälle, da die Übersicherung anfänglich vorlag oder sich erst nachträglich eingestellt hat.

Veranlasst ein einzelner Gläubiger die Hereinnahme eines unangemessen hohen Anteils an Sicherheiten der Schuldnerin für seine Forderung oder erfolgt der Beschlag eines überwiegenden Anteils an den gesamten verfügbaren Sicherheiten der Schuldnerin ohne angemessene Rechtfertigung, kommt eine sittenwidrige Übersicherung in Betracht. Vor dem Hintergrund der Praxis von Globalzession und Sicherungsübereignung der Vorratsbestände wurde oben bereits erläutert, dass eine beständige Bewertung und Zuordnung schuldnerischer Sicherheiten zu der Valuta einer zu besichernden Forderung mit einigen Schwierigkeiten verbunden ist. Die diesbezüglich durch die Rechtsprechung⁵³⁵ zur Verhinderung einer nachträglichen Übersicherung entwickelten zwingenden Freigabe-Mechanismen wurden dargestellt. Anders stellt sich die Situation dar, wenn ein Missver-

⁵³⁴ Exemplarisch den Angaben eines deutschen Verwertungsunternehmens entnommen.

<http://www.dechow.de/ufInformation.aspx>.

⁵³⁵ Nur BGHZ 137, 212, (212 ff).

hältnis von Sicherheiten und zu besichernden Forderungen nicht Ergebnis wirtschaftlicher Entwicklung ist, sondern bereits anfänglich vorgelegen hat. Es wird dabei in zwei Fallgruppen unterschieden.

Im ersten Fall, dem Vorliegen einer sittenwidrigen anfänglichen Übersicherung der Forderungen eines Gläubigers, ist die Frage zu klären, wann die Übersicherung von einem solchen Missverhältnis geprägt ist, dass eine sittenwidrige sog. Schuldner-Knebelung zu erkennen ist. Allgemein anerkannt ist, dass der im Zusammenhang mit der nachträglichen Übersicherung richterlich entwickelte⁵³⁶ Freigabeanspruch ab 110% des tatsächlichen Marktwertes der Sicherheiten oder 150% des nominalen Sicherheitenwertes hier nicht zur Anwendung kommen soll, sondern einzelfallbezogen abzuwägen ist.⁵³⁷ Diskutiert wird eine große Bandbreite an festen Grenzen, die analog den vorgenannten 150% des nominalen Sicherheitenwertes von 150%⁵³⁸ bis 300%⁵³⁹ variieren, aber auch der Verzicht auf die Nutzung fester Grenzen und die vollständige Überlassung der Einzelfallbeurteilung durch die tatrichterliche Prüfung.⁵⁴⁰ Die damit verbundene Einzelfallgerechtigkeit vergibt jedoch den großen Praxis-Vorteil der Regelung unter Nutzung fester Grenzen, wodurch eine andernfalls mögliche deutliche Reduzierung der Streitfälle erreicht werden könnte. Die festen Grenzen im Bereich der Freigabeansprüche bei nachträglicher Übersicherung haben innerhalb kurzer Zeit Eingang in die AGB der Kreditindustrie gefunden. Diese Antizipation der gerichtlichen Festlegung im Interesse einer Transaktionskostenreduzierung, analog im Falle anfänglicher Übersicherung, ist somit nun zunächst versperrt. Aufgrund der inhaltlichen Nähe des Sachverhalts zu den Fällen wucherähnlicher Sittenwidrigkeit erscheint dem Verfasser ein Erkennen entlang den dortigen Leitlinien⁵⁴¹ angeraten, womit eine sittenwidrige anfängliche Übersicherung vorläge, sofern das nominale Missverhältnis ein Übersteigen von 100% und mehr erfüllt.

Die zweite Fallkonstellation sittenwidriger anfänglicher Übersicherung betrifft die unzulässige, umfassende Kumulation von Sicherheiten. Voraussetzung ist, dass der Sicherungs-

⁵³⁶ BGHZ 137, 212, (222 ff).

⁵³⁷ *Armbrüster* in: MünchKommBGB, § 138, Rn. 101; *Chr. Berger* in Jauernig BGB, § 930 Rn. 58; *Riering* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 32, Rn. 160.

⁵³⁸ Kumpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, S. 974.

⁵³⁹ Nobbe in: FS Schimansky 1999, 433, (451).

⁵⁴⁰ So letztlich auch OLG Hamm, BeckRS 2010, 02549, welches entschied: „Die Annahme einer solchen Sittenwidrigkeit käme nur in Betracht, wenn (...) in erheblichem Maße von Anfang an übersichert gewesen wäre (...). Eine ursprüngliche (oder anfängliche) Übersicherung liegt dann vor, wenn bereits bei Vertragsschluss feststeht, dass im noch ungewissen Verwertungsfall zwischen dem realisierbaren Wert der Sicherheit und der gesicherten Forderung ein auffälliges (krasses) Missverhältnis bestehen wird und zudem eine verwerfliche Gesinnung des Sicherungsnehmers hinzutritt.“

⁵⁴¹ *Wendtlandt* in: BeckOK BGB, § 138, Rn. 47; *Armbrüster* in: MünchKommBGB, § 138, Rn. 73; *Freitag/Mülbert* in: Staudinger/Oechsler, § 488, Rn. 139 f.

nehmer mehrere verschiedene Sicherheiten hereinnimmt, die gemeinsam die Forderung sichern und so den Bewegungsspielraum der Gesellschaft durch absolute Verknappung der verfügbaren Sicherungsformen unangemessen einengt.⁵⁴² Die Klassifikation qualitativ stützt dabei insbesondere eine solche Sachlage, da die Sicherungsinstrumente entlang des unternehmerischen Wertschöpfungsprozesses „flankierend“ vereinbart werden. Hält etwa ein Sicherungsnehmer, dem ein Warenlager mit wechselndem Bestand zur Sicherheit übereignet wurde, zum Ausgleich von Abgängen zugleich die Ansprüche aus der Weiterveräußerung und verpflichtet sogar noch ergänzend den Sicherungsgeber regelmäßig für Nachschub und Wiederauffüllung zu sorgen, liegt eine sittenwidrige anfängliche Übersicherung nahe.⁵⁴³

Wird in einer getroffenen Sicherungsabrede eine sittenwidrige anfängliche Übersicherung erkannt, eröffnet dies dem Gesellschafter einen gewissen Gestaltungsspielraum, auf die Zuteilung der Sicherheiten Einfluss zu nehmen. Ziel wird es dabei nicht zwingend sein, die unwirksamen Sicherungsverträge im Wege der Einrede zu Fall zu bringen. Vielmehr wird das Ziel sein, die Verhandlungen über die Prioritäten der einzelnen Sicherheiten zu eröffnen und eine Freigabe absehbar überzähliger Sicherheiten zu erreichen, und zwar in einer so gestalteten zeitlichen Abfolge,⁵⁴⁴ dass ein dennoch erfolgreicher Insolvenzbeschluss der Sicherheiten infolge tilgenden Freiwerdens vermieden werden kann. Denkbar ist die Situation, da der Gesellschafter, neben umfassenden Gesellschaftssicherheiten, Grundschulden an privaten Immobilien oder Sicherungsübereignungen privaten, mobilen Vermögens bestellt hat. Kann hier das Gesamtpaket der Sicherungsvereinbarungen als sittenwidrig eingestuft werden oder besteht diesbezüglich zumindest begründeter Zweifel an der Vereinbarkeit mit den guten Sitten, eröffnet dies gegenüber dem Sicherungsnehmer Verhandlungsspielraum, vor Verwertung der Gesellschaftssicherheiten eine Freigabe der privaten Sicherungsgüter zu erreichen. Dies gilt auch dann, wenn es zum teilweisen Ausfall des Sicherungsnehmers aus seinem Absonderungsrecht führen könnte, da er im Streitfall die Möglichkeit antizipieren müsste, infolge vollständigen Fallens der Sicherungsvereinbarungen seine Forderung insgesamt zur einfachen Insolvenzforderung herabgestuft zu sehen.

⁵⁴² *Armbrüster* in: MünchKommBGB, § 138, Rn. 101; *Sack/Fischinger* in: Staudinger/Oechsler, § 138, Rn. 306; *Bornheimer* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 29, Rn. 134.

⁵⁴³ *Ganter* in: MünchKommInsO, § 51, Rn. 30; *Kirchhof/Lwowski/Stürner* in: MünchKommInsO, Vorb. §§ 49 bis 52, Rn. 80; *Andres* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 51, Rn. 6 f.

⁵⁴⁴ Siehe Teil 2.B.V.

Anders stellt sich nach Ansicht der herrschenden Meinung⁵⁴⁵ der Fall dar, bei dem sittenwidrige anfängliche Übersicherung nominal nur in Kumulation weiterer Sicherungsvereinbarungen mit einer ergänzenden (Gesellschafter-) Bürgschaft erkannt wird. Demnach führe im Zusammenhang mit anderen Sicherheiten eine anfängliche Übersicherung nicht zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaft, da sie weder dem Bürgen, noch dem Hauptschuldner Vermögen entzieht und auch deren Handlungsfähigkeit nicht wesentlich beeinträchtigt wird, da infolge des akzessorischen Charakters der Bürgschaft der Wert der weiteren Sicherheiten stets von der Bürgschaft in Abzug zu bringen sei.⁵⁴⁶ Auch könne eine Bürgschaft ebenfalls infolge des akzessorischen Charakters generell nicht wegen Übersicherung sittenwidrig sein, da die Bürgschaft nominal grundsätzlich an den aktuellen Bestand der gesicherten Forderung gebunden ist.⁵⁴⁷ Dem kann so nicht zugestimmt werden. Zwar ist eine Übersicherung einzig anhand einer Bürgschaft ihrem Charakter entsprechend nicht vorstellbar, in Kumulation mit weiteren Sicherheiten – sei es der Gesellschaft oder der Gesellschafter – kann das die Sittenwidrigkeit ausfüllende Element der Schuldner-Knebelung, also der Einschränkung des Spielraums der Mittelaufnahme gegen verfügbare Sicherheiten, durchaus erfüllt sein. Auch die durch eine Person oder Gesellschaft gezeichneten Bürgschaftsverpflichtungen sind schließlich Bestandteil der Analyse der Kreditwürdigkeit eben dieser Person oder Gesellschaft, da diese Verpflichtungen bei der Prüfung zumeist nicht als Eventualverbindlichkeit, sondern fiktiv als aktive Verbindlichkeit berücksichtigt werden. Schließlich ist es dem Neu-Gläubiger des Bürgen schlechterdings unmöglich, die Eintrittswahrscheinlichkeit der Bürgschaftsverpflichtung belastbar zu ermitteln, womit ein Ansatz zwingend zu 100% erfolgen wird. Bei der Beurteilung der Schulden-tragfähigkeit spielt die Differenzierung in der Praxis also keine Rolle. Dennoch muss bei der Beurteilung der Verhandlungsposition des Gesellschafters bei vorliegender Übersicherung unter Umfassung von Bürgschaften das Auge auf das stehende Votum der Rechtsprechung gerichtet werden. So wäre es offensichtlich kontraproduktiv, wenn ein möglicher Streit über Einreden wegen sittenwidriger anfänglicher Übersicherung nur die Sicherungsübereignungen zu Fall bringen und damit die Ausfallbürgschaft in vollem Umfang aufleben würde.

⁵⁴⁵ *Armbrüster* in: MünchKommBGB, § 138, Rn. 101; *Nobbe* in: Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Handbuch, § 91, Rn. 129; *Rohe* in: BeckOK BGB, § 398, Rn. 18.

⁵⁴⁶ BGH, ZIP 1994, 939, (941); *Armbrüster* in: MünchKommBGB, § 138, Rn. 101.

⁵⁴⁷ *Nobbe* in: Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Handbuch, § 91, Rn. 129; *Rohe* in: BeckOK BGB, § 398, Rn. 18; *Gogger*, Insolvenzgläubiger-Handbuch, § 3, Rn. 193.

D. Gesellschafterhaftung für Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen

Das Wesen der beschränkt haftenden Gesellschaften zentral bestimmend ist die scharfe Trennung der Vermögenssphären der Gesellschaft sowie der sie etablierenden Gesellschafter. Schließlich wird das Privileg der Haftungsbegrenzung nur im Gegenzug für eine klare Zuweisung einer – wenn auch heute wenig signifikanten – Haftungssumme gewährt, welche primär der Gläubigerbefriedigung dienen soll.⁵⁴⁸ Verwenden Gesellschafter für ihre unternehmerische Betätigung die Rechtsform einer beschränkt haftenden juristischen Person, ist mit diesem Weniger an Haftung zugleich ein Mehr an Sorgfaltsverpflichtung gegenüber der Gesellschaft und ihren Gläubigern verbunden. In diesem Spannungsfeld hat sich eine große Anzahl von Fallgruppen entwickelt, die allesamt gemein haben, dass durch Wirken der Gesellschafter entgegen dieser Sorgfaltspflicht nachträglich ein Eingriff in die Verteilung von Chancen und Risiken zwischen den Vermögenssphären der Gesellschaft und der Gesellschafter erzielt werden soll.

Die Grundsätze der Gesellschafterhaftung für missbräuchliche Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen entgegen der *Ratio* des § 13 Abs. 2 GmbHG und damit zum Nachteil der Gläubiger stellen das wesentliche Anwendungsgebiet der Vorsatzanfechtung gemäß §§ 129, 133 Abs. 1, 134 InsO dar.⁵⁴⁹

Der in diesen Fällen drohende Verlust des haftungsbegrenzenden „Schirms“ des § 13 Abs. 2 GmbHG begründet somit finanziell zumeist erhebliche Risiken für die direkt – aber auch indirekt⁵⁵⁰ – an der Gesellschaft beteiligten Personen. Die Ausgestaltung dieser Haftung ist in der Vergangenheit Gegenstand kontroverser Auseinandersetzungen in Literatur⁵⁵¹ und Rechtsprechung⁵⁵² gewesen, welche inzwischen zumindest hinsichtlich der bedeutendsten Fallgruppe, der Haftung des Gesellschafters für kompensationslose existenzvernichtende Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen zufrieden stellend gelöst wurden. Hinsichtlich weiterer Fallgruppen ist ein solcher Konsens noch nicht immer gefunden, warum zunächst auf die konkurrierenden Ansätze einzugehen sein wird.

⁵⁴⁸ *Reuter* in: MünchKommBGB, Vorb., Rn. 34; *Altmepfen*, NJW 2007, 2657, (2658); *Hölzle*, DZWIR 2007, 397, (397 f).

⁵⁴⁹ *Fischer*, ZGR 2006, 403, (413); *Wazlawik*, NZG 2009, 291, (293).

⁵⁵⁰ BGHZ 173, 246, (263), wonach eine vertikale Differenzierung zwischen in Eingriff und Kenntnis vereinten Gesellschaftern nicht erfolgt.

⁵⁵¹ Etwa *Veil*, NJW 2008, 3264, (3264 ff); *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 402, (402 ff); *Hölzle*, DZWIR 2007, 397, (397 ff); *Wazlawik*, NZG 2009, 291, (291 ff).

⁵⁵² Abschließend mit der Entscheidung „Trihotel“, BGHZ 173, 246, (246 ff).

I. Abgrenzung der Haftungskonzepte

Bereits das RG⁵⁵³ hatte grundsätzlich Haftungslagen für solche Fälle entwickelt, da es eine besonders auffällig treuwidrige Ausnutzung einseitiger Interessenlagen und Machtfülle erforderte, den Gläubigern der Gesellschaft zu einer Leistung zu verhelfen, die ihnen nach den Geboten der Haftungsbegrenzung versperrt gewesen wären. Diesen ersten Ansatz einer Existenzvernichtungshaftung stützte es auf § 242 BGB, welches der BGH später – die Schutzlücken in der gesetzlichen Konzeption der §§ 30, 31 GmbHG erkennend – in eine Haftung infolge vorsätzlich sittenwidriger Schädigung überführte, die jedoch zunehmend restriktiv ausgelegt nur selten verwirklicht wurde.⁵⁵⁴ Die Konzentration erfolgte vielmehr auf Fälle von Vermögensvermischungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, für die eine nach wie vor angewendete Durchgriffshaftung statuiert wurde.⁵⁵⁵

Die zunächst erfolgte Abkehr von einer Stützung des Haftungskonzepts auf den Tatbestand des § 826 BGB mit der Hinwendung zum Durchgriff⁵⁵⁶ und der anschließende Rückschwenk wieder hin zu einer Haftung aufgrund vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung, der in der Literatur als „verwirrender Zickzackkurs“⁵⁵⁷ kritisiert wurde, wird zunächst näher zu betrachten sein.

1. Durchgriffshaftung

In Abweichung vom gesetzlichen Regelfall der gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemäß § 128 HGB wird die Haftung der Gesellschafter einer begrenzt haftenden juristischen Person auf den Betrag ihrer Stammeinlagen beschränkt. Eine Haftung der Gesellschafter über ihre Einlagen hinaus⁵⁵⁸ ist seitens des Gesetzgebers somit grundsätzlich nicht vorgesehen und kann insofern – schon aufgrund der bei diesem Haftungskonzept fehlenden erkennbar schuldhaften Pflichtverletzung des Gesellschafters – nur innerhalb der engen Grenzen einer teleologischen Reduktion des § 13 Abs. 2 GmbHG erfolgen,⁵⁵⁹ wenn der gesetzliche Zweck des Haftungsprivilegs durch Eingriffshandlungen der Gesellschafter missbraucht wird.⁵⁶⁰ Der in diesen Fällen erfolgende Verlust des Haftungsschirms rekuriert sodann auf eine Anwendung des Rechtsgedanken des § 128 HGB,⁵⁶¹ womit die Rechtsfolgen für den Gesell-

⁵⁵³ Zuletzt RGZ 169, 240, (248).

⁵⁵⁴ *Altmeyen*, NJW 2007, 2657, (2658); *Hölzle*, DZWIR 2007, 397, (397 f); *Veil*, NJW 2008, 3264, (3265).

⁵⁵⁵ Siehe dazu Teil 2.D.II.3.

⁵⁵⁶ Mit der BGH-Entscheidung „KBV“, BGHZ 151, 181, (181 ff).

⁵⁵⁷ *Hölzle*, DZWIR 2007, 397, (398).

⁵⁵⁸ Deren Erhalt in der Verfügungsgewalt der Gesellschaft ist über § 13 Abs. 2 GmbHG sichergestellt.

⁵⁵⁹ *Wilhelmi* in: BeckOK GmbHG, § 13, Rn. 16; *Altmeyen*, NJW 2007, 2657, (2657 f); *Lieder*, DZWIR 2005, 309, (312).

⁵⁶⁰ BGHZ 151, 181, (184 f); *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 402, (424).

⁵⁶¹ BGHZ 173, 246, (249 ff); *Hölzle*, DZWIR 2007, 397, (400 f).

schafter eine außergewöhnliche Beschwer darstellen und gesellschaftsrechtlich nichts anderes als den Entzug der Existenzgrundlage der Rechtsform GmbH begründet. Da zwischen der wirksamen Haftungsbegrenzung und der Außenhaftung der beteiligten Gesellschafter methodisch keine die Haftung begrenzende Abwägung darstellbar ist⁵⁶² – wenn man richtigerweise eine Außenhaftung des Gesellschafters bei gleichzeitiger Beweislast des Gesellschafters zur möglicherweise fehlenden Verwirklichung eines Schadens als tatsächlich unbegrenzt erkennt⁵⁶³ – erfolgt zu Recht ein zunehmend restriktiver Umgang mit dem direkten Durchgriff auf den GmbH-Gesellschafter.⁵⁶⁴ Die Verhältnismäßigkeit im engen Sinne wird nur dort anzuerkennen sein, wo der Eingriff des Gesellschafters in das primäre Gesellschaftsvermögen in Art und Umfang von einer äußerst schweren Missachtung des Trennungsprinzips geprägt ist und somit bereits aus Billigkeitsgründen eine Haftung gegeben sein soll.⁵⁶⁵

Infolge der in solchen Fällen jedoch grundsätzlichen Unbeschränktheit der persönlichen Haftung bei Wegfall des Haftungsprivilegs müssen Überlegungen zur Reichweite einer Durchgriffshaftung zwingend die Frage nach der zeitlichen Eingrenzung möglicher Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger aufwerfen. Ließe man das reine Vorliegen der in den nachfolgend darzustellenden Fallgruppen individuell zu diskutierenden Tatbestandsmerkmale genügen, wäre folgerichtig davon auszugehen, dass der Anspruch unabhängig von der Vermögenslage der Gesellschaft entstände. Die Gesellschafter einer liquiden und nicht überschuldeten Gesellschaft direkt in Anspruch zu nehmen, würde jedoch gerade dem Prinzip der Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG zuwiderlaufen. Zwar ließe sich ins Feld führen, dass der so in Anspruch genommene Gesellschafter sich wiederum aus seinem Freistellungsanspruch gegenüber der Gesellschaft befriedigen könnte. Allerdings würde hier ohne Not für erhebliche Rechtsunsicherheit gesorgt. Insofern ist mit der herrschenden Meinung⁵⁶⁶ festzustellen, dass mögliche Durchgriffsansprüche gegen die Gesellschafter immer subsidiär zu einer Inanspruchnahme der Gesellschaft stehen. Zutreffend ließe sich zwar aus der Praxis ins Feld führen, dass Durchgriffslagen hauptsächlich im unmittelbaren Vorfeld einer drohenden Insolvenz auftreten. Das Interesse der

⁵⁶² *Veil*, NJW 2008, 3264, (3265); Die Gefahr des „Überschießens der Rechtsordnung“ betont der BGH in der Entscheidung „Trihotel“, BGHZ 173, 246, (260 ff).

⁵⁶³ *Michalski/Funke* in: Michalski GmbHG, § 13, Rn. 350; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 13, Rn. 43; *Altmeyen*, NJW 2007, 2657, (2658); *Lieder*, DZWIR 2005, 309, (314 f).

⁵⁶⁴ Beispielhaft angeführt sei hier die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Existenzvernichtungshaftung zwischen den Urteilen „Bremer Vulkan“, BGHZ 149, 10, (10 ff) und dem letztgültigen Urteil „Trihotel“, BGHZ 173, 246, (260 ff).

⁵⁶⁵ *Altmeyen*, NJW 2007, 2657, (2659); *Lieder*, DZWIR 2005, 309, (312); *Veil*, NJW 2008, 3264, (3265).

⁵⁶⁶ BGHZ 176, 204, (210 ff); Vgl. auch *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 402, (417 f); *Wilhelmi* in: BeckOK GmbHG, § 13, Rn. 46.

Gläubiger nach einer schlichten Verfahrensverkürzung bis zum Zugriff auf das Gesellschaftervermögen darf jedoch nicht zu einer Aufweichung des grundsätzlichen Trennungsprinzips führen.⁵⁶⁷

Die inzwischen äußerst restriktive Anwendung des Durchgriffshaftungskonzepts ist nur scheinbar allein dem Sinneswandel des BGH zur Beherrschbarkeit der Haftungsreichweite geschuldet, die nach der äußerst kritisch⁵⁶⁸ aufgenommenen Entscheidung „KBV“⁵⁶⁹ einsetzte. Der bedeutendere Auslöser des Wandels kann in der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit europäischer Kapitalgesellschaften verortet werden, die zu einer „Harmonisierung in Pluralität“ des europäischen Gesellschaftsrechts geführt hat.⁵⁷⁰ Die inzwischen infolge der Entscheidungsreihe „Centros“⁵⁷¹, „Überseering“⁵⁷² und „Inspire Art“⁵⁷³ stehende Rechtsprechung des EuGH grenzt einerseits den nationalen Gestaltungsspielraum im Gesellschaftsrecht in eine enge Richtlinienkonformität ein (Harmonisierung), verlangt aber andererseits zwingend die Anwendung desjenigen Gesellschaftsrechts des Mitgliedsstaates, in welchem die Gesellschaft ihren satzungsrechtlichen Sitz genommen hat (Pluralität).⁵⁷⁴ Ein auf Deutsches Gesellschaftsrecht rekurrierendes Haftungskonzept für die gesamte Fallgruppe der institutsmissbräuchlichen Nutzung des Haftungsprivilegs der beschränkt haftenden Gesellschaften könnte ihre Wirkung daher nur für solche Gesellschafter entfalten, deren Gesellschaften entsprechend der fortverfolgten Sitztheorie des BGH nach deutschem Gesellschaftsrecht mit Inlandssitz formieren oder als außereuropäische Gesellschaftsformen ihren hauptsächlichen Verwaltungssitz⁵⁷⁵ im Inland unterhielten. Von der Anwendbarkeit ausgenommen wären jene Gesellschaften mit Sitz im europäischen Ausland, die entsprechend der europäischen Gründungstheorie ausschließlich nach dem Gesellschaftsrecht des Sitzstaates zu beurteilen wären.⁵⁷⁶ Dass eine solche Ungleichbehandlung der Fälle sachlich gleich gelagerter Verstöße gegen den *Telos* des

⁵⁶⁷ Michalski/Funke in: Michalski GmbHG, § 13, Rn. 339 ff; Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 402, (417 f); Wazlawik, NZG 2009, 291, (295 f).

⁵⁶⁸ Etwa Altmeyden, NJW 2007, 2657, (2657 f); Lieder, DZWIR 2005, 309, (314 f); Hölzle, DZWIR 2007, 397, (398).

⁵⁶⁹ BGHZ 151, 181, (181 ff).

⁵⁷⁰ Müller-Driver, Grenzüberschreitende Restrukturierungen von Kapitalgesellschaften zwischen Deutschland und England, S. 93; Servatius in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 410; Schanze/Jüttner, Die Aktiengesellschaft 2003, 661, (661).

⁵⁷¹ EuGH, EuGH Slg. 1999, I-1459.

⁵⁷² EuGH, EuGH Slg. 2002, I-9919.

⁵⁷³ EuGH, EuGH Slg. 2003, I-10155.

⁵⁷⁴ Müller-Driver, Grenzüberschreitende Restrukturierungen von Kapitalgesellschaften zwischen Deutschland und England, S. 93; Schanze/Jüttner, Die Aktiengesellschaft 2003, 661, (662).

⁵⁷⁵ Zum *centre of main interest COMI* detaillierter unter Teil I.E.I.1.

⁵⁷⁶ BGH, BeckRS 2011, 22672.

international anerkannten Trennungsprinzips der Vermögenssphären nicht hingenommen werden kann, ist offensichtlich.

2. Innenhaftung

In jüngerer Vergangenheit durchgesetzt hat sich dagegen die Innenhaftung des missbräuchlich gegen den Rechtsgedanken des § 13 Abs. 2 GmbHG verstoßenden Gesellschafters, was auch erheblich mit der besseren Handhabbarkeit der Begrenzung einer solchen Haftung sowohl in der gesunden wie auch in der insolventen GmbH zu begründen ist. Anspruchsvoraussetzung ist auch dabei der vorbeschriebene missbräuchliche Verstoß gegen die gebotene Trennung der Vermögenssphären zwischen Gesellschafter und Gesellschaft. Erleidet die Gesellschaft und das gebundene Gesellschaftsvermögen aus einer solchen Handlung einen die Solvenz beeinträchtigenden Schaden, wird darin eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gemäß § 826 BGB erkannt.⁵⁷⁷ Hinsichtlich der notwendigen Sittenwidrigkeit wird entscheidend auf die Vorstellungen und Wertungen des Inlands abzustellen sein, womit auch solche missbräuchliche Eingriffe umfasst sind, die mit Auslandsbezug erfolgen, so in Fällen schädigender Eingriffe ausländischer Muttergesellschaften gegenüber ihren inländischen Tochtergesellschaften.⁵⁷⁸

Die potentielle Grenzenlosigkeit der Haftung des GmbH-Gesellschafters in sachlicher und zeitlicher Perspektive im Falle der Anerkennung einer Durchgriffshaftung wird hier durch die zentrale Kanalisierung der Anspruchsberechnung und -durchsetzung auf die Organe der Gesellschaft und letztendlich zumeist auf den Insolvenzverwalter erreicht und stärkt das Trennungsprinzip ohne die mit der Durchgriffshaftung verbundenen Bedenken hinsichtlich der Sicherheit des Rechtsverkehrs. Auch in Fällen masseloser Insolvenzen kann keine unzulässige Beschwer erkannt werden, da der Insolvenzverwalter stets im Eröffnungsverfahren prüft, ob Ansprüche gegen die Gesellschafter vorliegen, welche nach Einstellung des Verfahrens sodann durch die Gläubiger gepfändet werden können.⁵⁷⁹

II. Bedeutende Fallgruppen

1. Existenzvernichtungshaftung

Die Rechtsfigur der Existenzvernichtungshaftung findet ihren Entwicklungsursprung in der festgestellten Unzulänglichkeit der Haftungsgrundsätze im qualifizierten faktischen

⁵⁷⁷ BGHZ 173, 246, (258 ff); Vgl. auch *Hölzle*, DZWIR 2007, 397, (401).

⁵⁷⁸ *Wagner* in: MünchKommBGB, § 826, Rn. 21; *Lieder*, DZWIR 2005, 309, (317); Zumindest zweifelnd *Goette*, ZInsO 2007, 1177 (1183).

⁵⁷⁹ BGHZ 173, 246, (261 f); *Hölzle*, DZWIR 2007, 397, (400).

(GmbH)-Konzern analog §§ 302, 303 AktG.⁵⁸⁰ Die Haftung der – durch Abschluss eines Beherrschungsvertrages – vertraglich beherrschenden Muttergesellschaften für existenzgefährdende Eingriffe in die Vermögenslage der von ihnen abhängigen Gesellschaften wurde in Analogie zu den Konzernhaftungsregeln des AktG eingeordnet. Während direkte Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen durch unzulässige Entnahme von Gesellschaftsvermögen in ihrer bilanziellen Auswirkung verhältnismäßig einfach zu identifizieren und durch die Kapitalerhaltungsgrundsätze der §§ 30, 31 GmbHG bewehrt sind, bietet die Rechtsordnung dann keine griffige Handhabe, wenn Gesellschafter die Gesellschaft nötigen, solche Rechtsgeschäfte einzugehen, die für eine zu erbringende Leistung keine angemessene Kompensation bieten.⁵⁸¹ Ein solcher Eingriff in das Gesellschaftsvermögen wirkt sich erst auf dem Umweg über die Gewinn- und Verlustrechnung des Unternehmens auf die bilanzielle Lage der Gesellschaft aus und damit kontinuierlich im Zeitablauf, ohne dass der durch die §§ 30, 31 GmbHG verlangte statische Eingriff in die Bilanz der Gesellschaft erkannt werden kann.

Dass GmbH-Gesellschafter, die infolge ihrer beherrschenden Stellung das Handeln der Gesellschaft bestimmen können, der Gefahr des sog. *moral hazard* unterliegen, wenn sie die Gesellschaft auch im Bereich von Insihgeschäften gemäß §181 BGB vertreten dürfen, ist insbesondere im Steuerrecht ein intensiv untersuchter und sanktionierter Tatbestand. Aber auch ohne eine solche Entscheidungserleichterung sind beherrschende Gesellschafter durch ihren Einfluss auf die Geschäftsleitung in der Lage, die Gesellschaft zu kompensationschwachen Geschäften zu verleiten. Der Verschiebung von Gewinnen innerhalb qualifizierter und faktischer Konzerne wird dabei inzwischen entsprechend dem Grundsatz des *dealing at arm's length* begegnet, wonach jede Transaktion auf ihre Fremdvergleichbarkeit hin zu prüfen ist, also ob unter unbeteiligten Dritten vergleichbare Konditionen vereinbart werden. Die richterrechtlich entwickelten Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung bilden das insolvenzrechtliche Pendant dieser Sanktion solcher Transaktionen.⁵⁸² Die offensichtlichen Wertungsschwierigkeiten bei der praktischen Abgrenzung angemessen kompensierter Verträge von kompensationschwachen Verträgen liegen dabei auf der Hand und sind der Grund für die große Fallzahl der auf existenzver-

⁵⁸⁰ Wagner in: MünchKommBGB, § 826, Rn. 117; Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 402, (407); Wazlawik, NZG 2009, 291, (291).

⁵⁸¹ Regelmäßig in der Praxis anzutreffen sind zum Beispiel Gebühren für die Übernahme der Unternehmensführung durch die beherrschende Muttergesellschaft, oder direkt durch die beherrschenden natürlichen Personen.

⁵⁸² BGHZ 173, 246, (256); Hölzle, DZWIR 2007, 397, (399).

nichtende Eingriffe zurückzuführenden Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern und Verwaltern insolventer Gesellschaften, mit denen der BGH im Laufe der Jahre befasst war.⁵⁸³

In der Entscheidung Kindl Backwaren Vertrieb „KBV“⁵⁸⁴ hat der zweite Zivilsenat des BGH das haftungsbegründende Moment näher konkretisiert. Das Privileg der beschränkten Haftung bei Nutzung der Rechtsform der GmbH ist verbunden mit einem strengeren Gebot der Rücksichtnahme auf die Belange der Gläubiger, als dies vollhaftende Kaufleute trifft. Verletzen die Gesellschafter dieses Gebot, indem sie die Gesellschaft einer chaotischen Beendigung zuführen, büßen sie das Privileg der Haftungsbeschränkung ein und haften den Gläubigern im Wege der Durchgriffshaftung persönlich.⁵⁸⁵ Die Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter schränkt dabei nicht deren Recht zur jederzeitigen Beendigung der Gesellschaft ein. Die gebotene Rücksichtnahme der Gesellschafter auf die Belange der Gesellschaft verlangt jedoch, dass die Beendigung im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens erfolgt.⁵⁸⁶ Diese Entscheidung hat aufgrund des Postulats einer nur schwer eingrenzbaeren Durchgriffshaftung einige Kritik erfahren.⁵⁸⁷ Die Entscheidung „Trihotel“⁵⁸⁸ hat diese Unsicherheiten, die auf dem Entwicklungsprozess aus der Haftung im qualifizierten faktischen Konzern beruhten, ausgeräumt und nunmehr eine ausschließliche Innenhaftungssystematik entwickelt. Dieser drastische Schwenk in der Haftungskonzeption ist anfangs in der Literatur⁵⁸⁹ einerseits mit der Begründung kritisch aufgenommen worden, dass es die mangelnde Rechtssicherheit für die Anwender der erneut veränderten Rechtssystematik deutliche erschwere, sich rechtskonform zu verhalten. Zudem wurde vor einer möglichen Begünstigung unredlichen Kapitalisierungsverhaltens gewarnt, da die Konzeption der Innenhaftung Anreize schaffe, die Gesellschaft erst in weitgehend mittellosem Zustand in die Insolvenz zu führen, um in Folge der Abweisung mangels Masse ein Haftungsprivileg zu erreichen.⁵⁹⁰

Letzten Endes führt die Neuausrichtung jedoch zu mehr Effizienz in der Verfahrensgestaltung durch Konzentration der zuvor durch jeden Gläubiger einzeln geltend zu machenden

⁵⁸³ „KBV“, BGHZ 151, 181, (181 ff); „Trihotel“, BGHZ 173, 246, (246 ff); „GAMMA“, BGHZ 176, 204, (204 ff).

⁵⁸⁴ BGHZ 151, 181, (181 ff).

⁵⁸⁵ *Wilhelmi* in: BeckOK GmbHG, § 13, Rn. 16; *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 402, (406); *Altmeyden*, NJW 2007, 2657, (2657 ff); *Lieder*, DZWIR 2005, 309, (312).

⁵⁸⁶ *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 402, (406); *Wazlawik*, NZG 2009, 291, (296); *Lieder*, DZWIR 2005, 309, (311).

⁵⁸⁷ *Wazlawik*, NZG 2009, 291, (293 ff); *Lieder*, DZWIR 2005, 309, (310); *Veil*, NJW 2008, 3264, (3266) auch mit Bezug auf BGHZ 68, 312, (312 ff).

⁵⁸⁸ BGHZ 173, 246, (246 ff).

⁵⁸⁹ Siehe *Wagner* in: MünchKommBGB, § 826, Rn. 119; *K.Schmidt*, GmbHR 2007, 1072., (1080); *Wazlawik*, NZG 2009, 291, (296).

⁵⁹⁰ *Wagner* in: MünchKommBGB, § 826, Rn. 120; *K.Schmidt*, GmbHR 2007, 1072., (1080); *Wazlawik*, NZG 2009, 291, (296).

Ansprüche und dient damit dem insolvenzrechtlichen Ziel der gemeinsamen Gläubigerbefriedigung. So ist der Schadenersatzanspruch, der früher den durch existenzvernichtenden Eingriff geschädigten Gläubigern im Wege der Durchgriffshaftung aufgrund Missbrauchs der Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG zukam, nun als deliktischer Schadenersatzanspruch gemäß § 826 BGB konzipiert, mit dem Insolvenzverwalter als aktivlegitimiertem Anspruchsträger.⁵⁹¹ Dogmatisch ist hierin die erneute Stärkung des Trennungsprinzips zwischen den Vermögenssphären der juristischen Person und den hinter ihr stehenden natürlichen Personen zu sehen.⁵⁹² Auf der Rechtsfolgenseite sind jedoch grundsätzlich weiterhin dieselben Fallgruppen umfasst,⁵⁹³ womit die wesentlichen Argumente der frühen Kritiker schließlich zu entkräften sind. Diese Neu-Konzeption ist in der Literatur schließlich grundsätzlich auf breite Zustimmung gestoßen⁵⁹⁴ und stellt nun die ständige Rechtsprechung des BGH⁵⁹⁵ dar.

a) Haftungsbegründung

Der grundlegende Wandel der Begründung einer Haftung des unredlichen Gesellschafters für einen die Solvenz der Gesellschaft beeinträchtigenden Eingriff nach „Trihotel“ folgt wie vorbeschrieben nicht mehr der Einordnung als Institutsmissbrauch der Haftungsprivilegien des § 13 Abs. 2 GmbHG, sondern sanktioniert die sittenwidrige vorsätzliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens durch den Gesellschafter gemäß § 826 BGB.⁵⁹⁶ Diese Begründung folgt dem Gedanken, dass es zu den Interessen der GmbH gehöre, ihre fälligen Verbindlichkeiten bedienen zu können, um so ihre fortgesetzte Teilnahme am Rechtsverkehr zu erhalten. Der Eingriff des Gesellschafters durch Beeinträchtigung dieser Fähigkeit verletzte die gegenüber der Gesellschaft bestehende Treuepflicht.⁵⁹⁷ Aufgrund der gefestigten Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB wird sich die Untersuchung auf die fallgruppenspezifische Ausfüllung des Sittenwidrigkeitsverdikts sowie der geforderten Vorsätzlichkeit beschränken.

⁵⁹¹ Hönn in: Soergel BGB, § 826, Rn. 154; Wagner in: MünchKommBGB, § 826, Rn. 118; Kleindiek, NZG 2008, 686, (690).

⁵⁹² Wagner in: MünchKommBGB, § 826, Rn. 118; Ellenberger in: Palandt, Einf. v. § 21, Rn. 12.

⁵⁹³ Smid, DZWIR 2008, 265, (266); Hölzle, DZWIR 2007, 397, (399 f); Veil, NJW 2008, 3264, (3264).

⁵⁹⁴ Servatius in: Michalski GmbHG, Systematische Darstellung 4, Rn. 371; Veil, NJW 2008, 3264, (3264); Hölzle, DZWIR 2007, 397, (406 f).

⁵⁹⁵ Seit „Trihotel“, BGHZ 173, 246, (246 ff) nun auch „GAMMA“, BGHZ 176, 204, (204 ff).

⁵⁹⁶ Wie nun in „KBV“, BGHZ 151, 181, (181 ff); Hölzle, DZWIR 2007, 397, (405).

⁵⁹⁷ Seibt in: Scholz GmbHG, § 14, Rn. 52; Verse in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 13, Rn. 45; Die Entwicklungslinien des Haftungskonzepts zusammenfassend Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 402, (408).

aa) Sittenwidrigkeit

Die Sittenwidrigkeit des Eingriffs wird aus der zumindest eventualvorsätzlich erkannten und somit planvollen Kausalität der Solvenzbeeinträchtigung durch die Bestimmung der Gesellschaft zur Tätigkeit eines zumindest kompensationschwachen Geschäfts geschlossen.⁵⁹⁸ Nicht hinsichtlich der Sittenwidrigkeit der geplanten Entziehung selbst muss schließlich ein Vorsatz des Gesellschafters zu erkennen sein, es genügt die Kenntnis der Tatsachen, aufgrund derer die Sittenwidrigkeit des Handelns oder Gewähren-Lassens begründet wird.⁵⁹⁹ Erkannte oder hätte der beteiligte Gesellschafter erkennen müssen (Eventualvorsatz), dass die Gesellschaft dazu bestimmt wird, ein Geschäft zu tätigen, aus welchem ihr wirtschaftlich mehr Nachteile als Vorteile erwachsen, erscheint offensichtlich, dass der billig und gerecht denkende Gesellschafter die Tätigkeit des Geschäfts unterbunden hätte. Insofern ist dem Umkehrschluss dieser Unterlassung – trotz der recht einfach gestalteten Struktur – zuzustimmen.⁶⁰⁰ Voraussetzung ist nicht, aber zumeist ergänzend vorliegend, dass aus dem Nachteil der Gesellschaft ein Vorteil des Gesellschafters erwachsen muss. Schließlich konzentriert sich der Sittenwidrigkeitsvorwurf auf die Verletzung der Gesellschaftsinteressen, womit die Person des Vorteilsempfängers unbeachtlich bleibt. Dennoch gewährt die Befassung mit dem Gegenpart der Transaktion gerade im Falle von Bewertungsschwierigkeiten des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung regelmäßig Indizien, da bei einer rein auf Dritte beschränkten Vorteilsgewährung die Abwägung eher zugunsten des Gesellschafters erfolgen kann, als wenn er selbst der Empfänger des Vorteils ist.⁶⁰¹ Entsprechend der Zielrichtung des Sittenwidrigkeitsverdikts auf die Ahndung eines Verstoßes gegen das Wertesystem aller billig und gerecht denkenden Menschen ist es einzig erheblich, dass dem handelnden oder informierten Gesellschafter die schädigende Handlung selbst bekannt war. Eine Kenntnis der Sittenwidrigkeit des Verstoßes selbst ist dagegen als Ergebnis der Rechtsprechung⁶⁰² nicht notwendig. Die damit einhergehende Rechtsunsicherheit für Gesellschafter von Unternehmen gerade in Branchen, deren Gegenstand nicht alltägliche und geläufige Geschäfte sind, ist augenscheinlich, jedoch ist hier in der Tat kein zusätzlicher Rechtsschutz über die tatrichterliche Prüfung hinaus vorstellbar.

⁵⁹⁸ Hönn in: Soergel BGB, § 826, Rn. 147; Hölzle, DZWIR 2007, 397, (400 f); Gottwald/Kolmann in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 132, Rn. 99.

⁵⁹⁹ BGHZ 173, 246, (258 f); Hönn in: Soergel BGB, § 826, Rn. 51 ff; So auch Hölzle, DZWIR 2007, 397, (400 f).

⁶⁰⁰ So verhindert der BGH auch Brüche in der Transformation des Haftungskonzepts, da der Kreis der sanktionierten Eingriffshandlungen identisch zu der vorherigen Rechtsprechung bleibt. BGHZ 173, 246, (263 f).

⁶⁰¹ Heckschen in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil N, Rn. 485; Hölzle, DZWIR 2007, 397, (400 f); Weller, DStR 2007, 116, (118).

⁶⁰² BGHZ 173, 246, (258 f).

Eine inzwischen klar formulierte Einschränkung erfährt die Haftung handelnder Gesellschafter für solche existenzvernichtenden Eingriffe, die zwar einen ansonsten sittenwidrigen Vermögensentzug begründen, die jedoch der anerkannten Privilegierung unternehmerischer Fehlentscheidungen unterfallen. Die sog. *business judgement rule*, also die Beschränkung der richterlichen Kontrolle der strategischen Handlungen der Geschäftsführung zur Vermeidung eines Rückschuffehlers, gewährt den notwendigen Gestaltungsspielraum⁶⁰³ im Zusammenhang mit unternehmerischen Entscheidungen. Eine solcherart privilegierte Fehlentscheidung wird unabhängig von der Schwere des Schadens für das Gesellschaftsvermögen nur als fahrlässige Handlung einzustufen sein, da der Sorglosigkeitsvorwurf nicht verfängt. Ist schließlich der durch die *business judgement rule* geschützte Geschäftsführer gerade unter Beachtung der gebotenen Sorgfalt bei Auswahl und Würdigung seiner Informationsquellen zu der schadensbegründenden Entscheidung gelangt, kann ihm nicht – im Sinne eines umgekehrten *opinion-shopping* – die Außerachtlassung einer vereinzelt warnenden Gegenmeinung vorgehalten werden, womit die zumindest eventualvorsätzliche Handlung erfordernde Haftung ausscheidet.⁶⁰⁴

Entsprechend ist auch die Erweiterung der Existenzvernichtungshaftung zu einer Haftung im Falle der Fortführung einer offenkundig unterkapitalisierten Gesellschaft, wie vereinzelt in der Literatur⁶⁰⁵ gefordert, abzulehnen, wenn damit die Haftungsgrundsätze der materiellen Unterkapitalisierung⁶⁰⁶ erweitert werden sollen. Die bloße Fortführung einer in ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit nun eingeschränkten Gesellschaft ist nämlich nicht zu beanstanden, solange die Geschäftsleitung das Geschäftsmodell an die neuen Rahmenbedingungen anpasst und das finanzielle Risiko reduziert. Erfolgt dies nicht und geht die Gesellschaft neue Verpflichtungen ein, die sie nun objektiv überfordern, greift von jeher die persönliche Haftung der Handelnden. Eine über diese Abgrenzung hinausgehende richterliche Bewertung unternehmerischer Geschäftsmodelle würde sowohl die Zivilgerichtsbarkeit überlasten, als auch zu einer keinesfalls gewünschten Normierung unternehmerischen Wirkens führen.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist die im Zuge der Umgestaltung des Haftungsmodells von der ehemaligen Durchgriffshaftung auf die nun verfolgte Innenhaftung. Nunmehr gilt die Beweislast des anspruchstellenden Insolvenzverwalters, der damit dem

⁶⁰³ Die *business judgement rule* umfasst dabei auch solche Geschäfte, die nicht zu den alltäglichen Entscheidungen der Unternehmensleitung zu zählen sind. Vgl. *Lieder*, DZWIR 2005, 309, (311 f).

⁶⁰⁴ BGHZ 173, 246, (259); *Wagner* in: MünchKommBGB, § 826, Rn. 118; *Veil*, NJW 2008, 3264, (3265).

⁶⁰⁵ *Emmerich* in: Scholz GmbHG, § 13, Rn. 93 f; *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 402, (419 f); Zumindest erwägend auch *Weber/Sieber*, ZinsO 2008, 952, (955).

⁶⁰⁶ Siehe Teil 2.D.II.2.

Grunde und der Höhe nach nachweislich ist. Jedoch kann in solchen Fällen, da eine Ermittlung des Schadens der Höhe nach mangels verfügbarer (Buchhaltungs-) Daten nicht möglich ist, eine Beweislastumkehr der Höhe nach zulasten des Gesellschafters erfolgen, womit zunächst eine Schadenshöhe über den gesamten Ausfallschaden der Gläubiger anzusetzen ist.⁶⁰⁷ Diese Beschwer ist offenkundig bereits vor dem Hintergrund nachvollziehbar, da ein bewusst schädigender Gesellschafter es ansonsten in der Hand hätte, durch Manipulation oder Verschleierung der Buchhaltung sein Haftungsrisiko zu begrenzen.⁶⁰⁸ Schließlich wird nicht grundsätzlich davon auszugehen sein, dass durch die Vereidigung in der Beweismittelerhebung auch der möglicherweise privat insolvenzbedrohte Gesellschafter Manipulationen offenlegen wird.

ab) Verhältnis zu §§ 30, 31 GmbHG

Die Rekapitalisierungsverpflichtung der Gesellschafter infolge einer das Stammkapital der Gesellschaft angreifenden Entnahme gemäß § 31 GmbHG ist in Anspruchsgrundlagenkonkurrenz zu möglichen Ansprüchen aus Existenzvernichtungshaftung wegen Institutsmissbrauch ausgestaltet, verdrängt die Anwendung also ausdrücklich nicht.⁶⁰⁹ Vielmehr muss – wie vorgenannt – ergründet werden, ob ein über den Betrag der Unterkapitalisierung hinausgehender Schaden entstanden ist, der die kurzfristige Schuldendeckungsfähigkeit der Gesellschaft zumindest einschränkt. Liegt ein solcher Schaden nicht vor, sind direkte Ansprüche der Gläubiger gegen die Gesellschafter ausgeschlossen.⁶¹⁰

b) Schaden durch Solvenzbeeinträchtigung der Gesellschaft

Entscheidend für die Schadensberechnung ist nicht nur der Betrag, den der Gesellschafter der Gesellschaft treuwidrig existenzvernichtend entzogen hat, wenn zugleich die Schuldentragungsfähigkeit der Gesellschaft damit verloren geht. Zusätzlich zu erstatten ist der Schadensbetrag, der der Gesellschaft infolge des existenzvernichtenden Eingriffs entstanden ist. Lebensnahe Sachverhalte sind hier regelmäßig Darlehenskündigungen aufgrund Bruchs vertraglich vereinbarter Grenzen der Unternehmensfinanzkennzahlen (sog. *covenants*). Auch kann der zeitweise Entzug von für das Unternehmen vitalen Produktivvermögens zu Umsatzausfällen führen.⁶¹¹ Auf der anderen Seite ist ein dem Grunde nach

⁶⁰⁷ *Altmeyen*, NJW 2007, 2657, (2660); *Lieder*, DZWIR 2005, 309, (314 f); Zum Regelfall der Beweislastverteilung *Michalski* in: *Michalski GmbHG*, Systematische Darstellung I, Rn. 78.

⁶⁰⁸ *Hönn* in: *Soergel BGB*, § 826, Rn. 139 ff; Vom „dreh- und Angelpunkt eines gelungenen Haftungskonzepts“ spricht *Altmeyen*, NJW 2007, 2657, (2660).

⁶⁰⁹ *Smid*, DZWIR 2008, 265, (267); *Sprau* in: *Palandt*, § 826, Rn. 35; *Lieder*, DZWIR 2005, 309, (310).

⁶¹⁰ *Ekkenga* in: *MünchKommGmbHG*, § 30, Rn. 31 f; *Wagner* in: *MünchKommBGB*, § 826, Rn. 118; *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 402, (424).

⁶¹¹ *Heckschen* in: *Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis*, Teil N, Rn. 485; *Verse* in: *Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht*, § 13, Rn. 44; *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 402, (421).

ebenfalls auf Ausplünderung der Gesellschaft zu drittem Vorteil gerichtetes Handeln dann nicht nach den Maßgaben der Existenzvernichtungshaftung zu beurteilen, wenn dadurch die Schuldentrugungsfähigkeit der Gesellschaft eben nicht in einen negativen Bereich, also eine Unterdeckung, verschoben wird.⁶¹² Ziel ist die Naturalrestitution der Haftungsfähigkeit der Gesellschaft. Kollateralschäden der Gläubiger sind daher plausibel umfasst, da diese gleichfalls der Gesellschaft angelastet werden können und getragen werden können müssen. Somit bemisst sich der auszugleichende Schaden gemäß §§ 249 ff BGB aus der Differenz des Gesamtschadens der Gläubiger unter Absetzung des verbleibenden für die Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stehenden Vermögens der Gesellschaft.⁶¹³ Die klare Begrenzung dient der Ausrichtung der Schadensberechnung der Existenzvernichtungshaftung im Verhältnis Gesellschafter zu Gesellschaft einzig auf die Wiederherstellung der Fähigkeit der Gesellschaft, ihre fälligen Schulden zu begleichen. Ist folglich die kurzfristige Schuldendeckung bilanziell wiederhergestellt, scheidet eine weitere Haftung aus.⁶¹⁴ Der aufgrund Verletzung der Treupflichten darüber hinaus entstandene Schaden kann nur von den anderen Gesellschaftern oder der Gesellschaft selbst geltend gemacht werden.⁶¹⁵ Hierin zeigt sich auch auf der Ebene der Schadensberechnung der Höhe nach die Ausgestaltung als Innenhaftung. Der Gesellschafter soll nur verpflichtet sein, jenen Schaden aus seiner sittenwidrigen Handlung zu kompensieren, den die Gesellschaft nicht aus eigener Kraft zu decken vermag⁶¹⁶ und nicht etwa den gesamten Schaden, der durch die Vorenthaltung angemessener vertraglicher Konditionen entstanden ist.⁶¹⁷ Den Gesellschaftern einen über den Betrag zur Auffüllung der Masse hinausgehenden Schaden zu belasten wird in der Literatur auch zu Recht als Verstoß des Insolvenzverwalters gegen § 242 BGB bezeichnet.⁶¹⁸ Die zur Anwendung kommende sog. Differenzmethode der Schadensermittlung wäre daher m.E. richtig als beschränkte Differenzmethode zu bezeichnen. Entsprechend der oben diskutierten Beweislastverteilung dem Grunde nach ist auch der Höhe nach der anspruchstellende Insolvenzverwalter in der Pflicht, den Schaden der Höhe nach zu substantiieren. Stichhaltig den regelmäßig durch den schädigenden Gesellschafter vorgebrachten Einwand zu entkräften, wonach der Schaden auch im Falle redli-

⁶¹² Die in solchen Fällen greifenden primär steuerrechtlich geprägten Sanktionen der verdeckten Gewinnausschüttung sollen nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein.

⁶¹³ Röck, Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung, S. 78; Mertens in: Soergel BGB, § 249, Rn. 127 ff; Hölzle, DZWIR 2007, 397, (400).

⁶¹⁴ Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 402, (406); So auch Altmeyden, NJW 2007, 2657, (2659) der eine weitergehende Haftung der Höhe nach nur für die Schadensaufklärung vereitelnde Gesellschafter fordert.

⁶¹⁵ Verse in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 13, Rn. 45; Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 402, (423).

⁶¹⁶ Michalski in: Michalski GmbHG, Systematische Darstellung 1, Rn. 77 f; Verse in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 13, Rn. 66; Hölzle, DZWIR 2007, 397, (399).

⁶¹⁷ So etwa gefolgert von Altmeyden, NJW 2007, 2657, (2659).

⁶¹⁸ Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 402, (431); Anders Wilhelmi in: BeckOK GmbHG, § 13, Rn. 44.

chen Handelns in vergleichbarem Umfang eingetreten wäre, wird im Einzelfall für erhebliche Beweisschwierigkeiten sorgen.⁶¹⁹

Neugestaltet innerhalb der auf die Innenhaftung des Gesellschafters ausgerichteten Haftungssystematik wurde das Dreiecksverhältnis zwischen Gläubiger, Gesellschaft und Gesellschafter.⁶²⁰ Den Schaden aus dem sittenwidrigen Verhalten hat schließlich weiterhin der Gläubiger selbst, es erfolgt jedoch eine gedankliche Verdrängung anhand der Konstruktion, dass die Gesellschaft in ihrer Haftungsfähigkeit beschädigt wird.⁶²¹ Die Gläubiger erleiden dabei zwar den letztendlichen Vermögensverlust, es soll sich jedoch nur um einen „Reflexschaden“⁶²² infolge der Schädigung der Gesellschaft handeln.

c) Haftung Dritter

Grundsätzlich kommt auch eine Haftung dritter Personen – zumeist Berater oder Bankenvertreter – für existenzvernichtende Eingriffe in Betracht. Ein Unternehmen in einer Profitabilitäts- oder sogar Liquiditätskrise wird häufig nicht nur Rat bei externen Fachleuten bezüglich der möglichen Sanierungs-Optionen einholen, sondern diese Fachleute auch in die Entscheidungsprozesse der Gesellschaft einbinden, ohne sie jedoch zwingend gesellschaftsrechtlich verbindlich⁶²³ in die Geschäftsleitung zu berufen. Nehmen diese Fachleute jedoch unabhängig von einer fehlenden gesellschaftsrechtlichen Stellung in der Gesellschaft Einfluss auf das Handeln von Gesellschaft und Geschäftsleitung, kann eine Haftung als Mittäter der existenzvernichtenden Eingriffe gemäß § 830 BGB gegeben sein.⁶²⁴

Gleichfalls von praktischer Relevanz ist die mögliche Einflussnahme wesentlicher Fremdkapitalgeber der Gesellschaft in der Unternehmenskrise. Gerade Kreditinstitute können versucht sein, im Falle finanzieller „Schieflagen“ der Schuldner-Gesellschaft Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen zu gewinnen, um diese in ihrem Interesse zu gestalten. Erfolgt dies zudem aus einer Position der relativen Stärke heraus, da die Schuldnerin auf offene Kreditlinien angewiesen ist, kommt eine haftungsbegründete Eingriffslage

⁶¹⁹ BGHZ 173, 246, (254).

⁶²⁰ *Römermann* in: Römermann MAH-GmbH-Recht, § 20, Rn. 177; *Michalski* in: Michalski GmbHG, Systematische Darstellung 1, Rn. 76; *Kölbl*, BB 2009, 1194, (1195).

⁶²¹ *Baumbach/Hueck/Fastrich/Haas/Noack/Zöllner* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, Schlussanh., Rn. 124; *Liebscher* in: MünchKommGmbHG, Anh. Band 1, Rn. 558; Die Konstruktion des BGH kritisierend *Wazlawik*, NZI 2009, 291, (296).

⁶²² *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 13, Rn. 77; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 13, Rn. 59; *Altmeyen*, NJW 2007, 2657, (2659).

⁶²³ Der sog. Chief Restructuring Officer (CRO).

⁶²⁴ *Servatius* in: Michalski GmbHG, Systematische Darstellung 4, Rn. 373; *Heckschen* in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil N, Rn. 481; *Smid*, DZWIR 2008, 265, (269).

auch hier in Betracht. Erfolgt etwa die Aneignung (auch im Wege der Sicherungsübereignung) des gesamten pfändbaren Vermögens der Schuldnerin in der Krise durch einen Hauptgläubiger zur Sicherung seiner Ansprüche, ist zu prüfen, ob dabei eine vorsätzliche Schädigung der Gesamtheit der Gläubiger erfolgt ist. Eine solche Schädigung kann etwa dann vorliegen, wenn der Schuldner-Gesellschaft dabei im Wege der „Knebelung“ die verbleibenden Optionen zur Sicherung des Fortbestands unzulässig verengt wurden.⁶²⁵ Primär wird in solchen Fällen die beanstandete Sicherungsvereinbarung durch den Insolvenzverwalter nach § 133 Abs. 1 InsO anzufechten sein. Darüber hinausgehende Schäden können sodann aufgrund der Mittäterschaft des existenzvernichtenden Eingriffs eine Haftung nach § 826 BGB begründen, die jedoch dem Innenausgleich zum hauptsächlich beteiligten Gesellschafter unterliegt.⁶²⁶ Problematisch ist dabei jedoch die Grenzziehung zwischen legitimer Wahrung eigener Gläubigerinteressen und der sittenwidrigen Ausnutzung der eigenen Machtposition zum Nachteil der Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger.⁶²⁷

Einen Sonderfall der Haftung Dritter für existenzvernichtende Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen kann schließlich noch ehemals beherrschende Gesellschafter im Zuge der Veräußerung der Gesellschaft treffen. So können insbesondere Insolvenzen im Rahmen von sog. *Leveraged-Buyouts* derartige Haftungslagen herbeiführen. Greift etwa der verkaufende Alt-Gesellschafter zu Sicherungszwecken auf das Vermögen der Gesellschaft solcherart zu, dass er sich deren Vermögensgegenstände zur Sicherung der Kaufpreisschuld des Käufers bestellen lässt, kommt eine Haftung des Alt-Gesellschafters im Falle der Insolvenz der Gesellschaft zumindest unter der Voraussetzung in Betracht, dass der Zugriff des Käufers auf die Sicherheiten nicht soweit ausgeschlossen war, wie dies zur Insolvenz führen könnte.⁶²⁸

d) Exkurs: Revised Model Business Corporation Act (RMBCA)

⁶²⁵ Hönn in: Soergel BGB, § 826, Rn. 145; Oechsler in: Staudinger/Oechsler, § 826, Rn. 343; Die hohen Anforderungen daran jedoch herausstellend Heckschen in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil N, Rn. 485.

⁶²⁶ Michalski/Funke in: Michalski GmbHG, § 13, Rn. 435; Smid, DZWIR 2008, 265, (269 f).

⁶²⁷ Oechsler in: Staudinger/Oechsler, § 826, Rn. 345; Zur Abgrenzung zwischen legitimer Kreditsicherung und Knebelung Heckschen in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil N, Rn. 485.

⁶²⁸ Smid, DZWIR 2008, 265, (269); Eine solche Haftung nur in außergewöhnlichen Fällen anerkennend Heckschen in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil N, Rn. 488; Weller, ZIP 2007, 1681, (1686).

Erwogen wird aktuell auch eine gesetzliche Normierung der Haftungsgrundsätze, wie dies in den USA in Form des RMBCA⁶²⁹ bereits erfolgt ist.⁶³⁰ Grundgedanke des amerikanischen Rechts ist die Bindung der geschäftsleitungsbefugten Personen, der *directors*, an den kodifizierten *standard of care*⁶³¹ als dem Pflichtenheft, anhand dessen die Gesellschaftsorgane ihr Handeln im Namen der Gesellschaft auszurichten haben. Diese Generalklausel ist relativ offen formuliert und weit gefasst. Zuwiderhandlungen lösen die direkte Haftung des vorsätzlich handelnden *directors* gegenüber der Gesellschaft aus. Einschränkung erfährt die Haftung in Folge der richterrechtlich entwickelten *business judgement rule*, um zu verhindern, dass über die Verpflichtung zu Treue und Sorgfalt im geschäftlichen Handeln hinaus eine Haftung für unvorhersehbare negative Entwicklungen des Unternehmenserfolgs begründet wird,⁶³² die das Risiko der unternehmerischen Betätigung auf die Organe der Gesellschaft übertrüge. Die *business judgement rule* legt daher fest, dass Gegenstand richterlicher Kontrolle einer unternehmerischen Entscheidung nicht die Entscheidung selbst ist, sondern die Informations- und Interessenlage des betreffenden

⁶²⁹ Ein von der *American Bar Association* entwickeltes Gesellschaftsrecht, welches in 24 Staaten der USA zur Anwendung kommt.

⁶³⁰ *Weller*, DStR 2007, 116, (117 f); Dagegen eher zurückhaltend *K.Schmidt*, GmbHR 2007, 1072, (1074).

⁶³¹ Die relevante Definition des anzuwendenden *standard of care* ist dem Chapter 8 Zif. 30 RMBCA zu entnehmen:

Chapter 8.30 General Standards for Directors

(a) A director shall discharge his duties as a director, including his duties as a member of a committee:

- (1) in good faith;
- (2) with the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances; and
- (3) in a manner he reasonably believes to be in the best interests of the corporation.

(b) In discharging his duties a director is entitled to rely on information, opinions, reports, or statements, including financial statements and other financial data, if prepared or presented by:

- (1) one or more officers or employees of the corporation whom the director reasonably believes to be reliable and competent in the matters presented;
- (2) legal counsel, public accountants, or other persons as to matters the director reasonably believes are within the person's professional or expert competence; or
- (3) a committee of the board of directors of which he is not a member if the director reasonably believes the committee merits confidence.

(c) A director is not acting in good faith if he has knowledge concerning the matter in question that makes reliance otherwise permitted by subsection (b) unwarranted.

(d) A director is not liable for any action taken as a director, or any failure to take any action, if he performed the duties of his office in compliance with this section.

⁶³² *Oltmanns*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen, S. 32.

directors angesichts der fraglichen Entscheidung.⁶³³ Zusammenfassend lässt sich die amerikanisch-rechtliche Systematik dahingehend beschreiben, dass eine Sorgfaltspflichtenverletzung der Organe in jedem Fall dort nicht vorliegt, wo die Entscheidung anhand ausreichender Informationslage und ohne disqualifizierendes Eigeninteresse getroffen wurde.⁶³⁴

Angewendet auf die Fallgruppe der existenzvernichtenden Eingriffe in Gesellschaftsvermögen durch Ausschüttung und Entzug vitaler Aktiva verlangt das amerikanische Recht – sehr ähnlich dem nachfolgend diskutierten deutschen Haftungskonzept – die Durchführung einer zweistufigen Prüfung der mittelfristigen Liquiditätslage sowie einer möglichen Überschuldungslage⁶³⁵ vor Zulässigkeit einer Ausschüttung an die Gesellschafter. Nur wenn diese Prüfungen gewissenhaft durchgeführt wurden und die Entscheidung über die Ausschüttung an die Gesellschafter sich nachvollziehbar daran orientiert, entkommt der *director* einer möglichen Haftung aufgrund Sorgfaltspflichtenverletzung.

2. Materielle Unterkapitalisierung

In Literatur⁶³⁶ und Rechtsprechung⁶³⁷ nach wie vor, wenn auch mit abnehmender Vehemenz, umstritten ist die Frage nach der Gesellschafterhaftung für eine materiell unterkapitalisierte beschränkt haftende Gesellschaft, einer sog. „Aschenputtel-Gesellschaft“. Das grundsätzliche Handlungsmuster ist in der Praxis regelmäßig anzutreffen. Die unternehmerische Betätigung auf den unterschiedlichsten Märkten ist mit sehr verschiedenen Risikoprofilen und Kapitalanforderungen versehen. Die Literatur⁶³⁸ merkt kritisch an, dass § 5 Abs. 1 GmbHG dennoch ein Mindeststammkapital der GmbH von EUR 25.000 unabhängig vom jeweiligen Risikoprofil festlegt und damit unredliche Kaufleute verlockt, unter Nutzung der Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG die Risiken des Betriebs einer risikointensiven aber unterkapitalisierten Gesellschaft auf deren Gläubiger abzuwälzen. Dem Ansinnen, gesetzlich vorgeschrieben eine vermeintlich risikoadäquate Eigenkapitalausstattung zu verlangen, ist nicht nur aus offensichtlichen praktischen Überlegungen zu widersprechen. Wie sollte schließlich in einer stetig veränderlichen Wirtschaftsumgebung, unter Vermeidung der zuvor besprochenen Rückschaufehler einer richterlichen Überprüfung

⁶³³ *Kocher*, CCZ 2009, 215, (216); *Oltmanns*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen, S. 42; *Weller*, DStR 2007, 116, (119).

⁶³⁴ *Oltmanns*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen, S. 43; *Weller*, DStR 2007, 116, (119); *Kocher*, CCZ 2009, 215, (220 f).

⁶³⁵ Chapter 6 Zif. 40 RMBCA; Vgl. *Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, 681, (683).

⁶³⁶ Eine Haftung bejahend *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 53; dagegen ablehnend *Veil*, NJW 2008, 3264, (3265); *Kleindiek*, NZG 2008, 686, (688).

⁶³⁷ Die Haftung ablehnend BGHZ 176, 204, (205).

⁶³⁸ *Wilhelmi* in: BeckOK GmbHG, § 13, Rn. 29; *Liebscher* in: MünchKommGmbHG, Anh. Band 1, Rn. 552; *Kleindiek*, NZG 2008, 686, (688); *Veil*, NJW 2008, 3264, (3265).

fung, so eine Adäquanz-Beurteilung ausgestaltet werden? Richtigerweise wird stattdessen davon auszugehen sein, dass eine weiterreichende Selbstregulierung des Marktes, in Person der andernfalls nicht kontrahierungswilligen Dritt-Gläubiger, für eine angemessene Kapitalausstattung sorgt – ein Mindeststammkapital folglich rein deklaratorischer Funktion ist.⁶³⁹

Dennoch wird im Gläubigerinteresse diskutiert, in solchen Fällen, da ein verständiger Dritter die Stammkapitalausstattung für objektiv unzureichend halten muss, das Privileg der Haftungsbegrenzung einzuschränken. Während die Gestaltung dieser Gesellschafterhaftung als Durchgriffshaftung inzwischen als überholt angesehen werden darf,⁶⁴⁰ wird jedoch vermehrt eine Existenzvernichtungshaftung *ab initio*⁶⁴¹ diskutiert. Diese Haftung könne jedoch einzig als Innenhaftung konzipiert sein, da eine Finanzierungsverpflichtung immer nur der Gesellschaft gegenüber bestehe.⁶⁴² Wenn der existenzvernichtende Eingriff in die Vermögensmasse der Gesellschaft dem deliktsrechtlichen Vermögensschutz unterliegt, soll auch die antizipierte Vermögensverletzung durch Unterkapitalisierung gleiche Ansprüche der Gläubiger gemäß § 826 BGB gewähren.⁶⁴³ Dem ist der BGH in der Entscheidung „GAMMA“⁶⁴⁴ entgegengetreten und hat klargestellt, dass es den Anforderungen an die Rechtssicherheit zuwiderlaufen würde, wenn die Wirksamkeit der gesellschaftsrechtlichen Haftungsbeschränkung von der nachträglichen richterlichen Würdigung der Kapitalausstattung abhängen würde.⁶⁴⁵ Zwar kann eine weitgehende Vergleichbarkeit der Eingriffslagen *ab initio* und *ex post* gesellschafterseitig nicht von der Hand gewiesen werden,⁶⁴⁶ jedoch unterscheidet sich die gläubigerseitige Betrachtung davon. Der Gläubiger einer bereits im unternehmerischen Verkehr tätigen Gesellschaft bringt dieser regelmäßig einen bedeutenderen Vertrauensvorschuss entgegen, als er dies einer Gesellschaft in Gründung gegenüber tun würde. Entscheidet er sich insofern bewusst für ein unzureichend abgesichertes Engagement, müssen ihm die Risiken bewusst sein, womit seine Schutzwürdigkeit zu reduzieren ist. Eben jene Risikoabwägung ist aber auch Grund dafür, dass bereits der Markt selbst für eine geringere praktische Relevanz der Eingriffslagen *ab initio* sorgt. Eine

⁶³⁹ Siehe Teil 2.A.IV.

⁶⁴⁰ *Wagner* in: MünchKommBGB, § 826, Rn. 123; *Ellenberger* in: Palandt, Einf. v. § 21, Rn. 13; *Veil*, NJW 2008, 3264, (3265).

⁶⁴¹ „Die GmbH wird in diesen Fällen gleichsam als Werkzeug oder Waffe iS einer dolosen Gefährdung der Gläubiger eingesetzt“ meint *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 13, Rn. 76; Siehe auch Teil 2.D.II.1.

⁶⁴² *Wilhelmi* in: BeckOK GmbHG, § 13, Rn. 31; *Kleindiek*, NZG 2008, 686, (689).

⁶⁴³ *Wagner* in: MünchKommBGB, § 826, Rn. 122; *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 13, Rn. 76.

⁶⁴⁴ BGHZ 176, 204, (204 ff).

⁶⁴⁵ *Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 13, Rn. 40; Zustimmend, da bereits die Betriebswirtschaftslehre nicht in der Lage sei, rechtssicher handhabbare Kriterien zur Bemessung der notwendigen Eigenkapitals zu postulieren. Siehe *Kleindiek*, NZG 2008, 686, (688).

⁶⁴⁶ Insofern widerspricht *Geibel*, ZJS 2008, 549, (550) der Urteilsbegründung des BGH, ohne dass dies hier jedoch von Auswirkung auf den Tenor ist.

kapitalintensive Unternehmung, die von ihren Gesellschaftern mit einer unzureichenden Haftungsmasse ausgestattet wird, muss dieses Kapital offensichtlich anderweitig beschaffen. Diese Kapitalbeschaffung wird bei Anwendung effektiver Ratingprozesse⁶⁴⁷ jedoch nur gelingen, wenn die Gesellschafter hinsichtlich der Vermögenslage unzutreffende Angaben machen. Insofern ist es in einem Großteil der Fälle überflüssig, die materielle Unterkapitalisierung zu bemühen, wenn die persönliche Haftung der Gesellschafter bereits auf diesem Wege erreicht wird.⁶⁴⁸

Diese primär von Marktmechanismen getragene Argumentation bietet natürlich keinen allumfassenden Schutz, womit die grundsätzliche Fragestellung nach dem Für und Wider einer Durchgriffshaftung in Fällen materieller Unterkapitalisierung weitergehen wird. Das bisherige legislative Votum ist jedoch zu achten, wonach die Problematik im Zuge aller jüngeren Reformen des GmbHG bewusst ausgespart wurde.⁶⁴⁹ Es ist anzunehmen, dass darin auch die allgemeine Zurückhaltung gegenüber Durchgriffshaftungsansätzen, die die Nutzung der begrenzt haftenden Rechtsformen einschränken, zum Ausdruck kommt, die infolge der Rechtsprechung des EuGH im Fall „Centros“⁶⁵⁰ bereits hinsichtlich der Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung zu erkennen war.

Aufgrund der in den einschlägigen Fallkonstellationen jedoch regelmäßig parallel erfüllten Voraussetzungen der Insolvenzverschleppungshaftung, bleiben diese Missbrauchshandlungen nicht ohne Handhabe.⁶⁵¹ Schließlich führt die materielle Unterkapitalisierung sehr viel früher und deutlicher zur insolvenzrechtlichen Überschuldung⁶⁵² der Gesellschaft.

3. Vermögensvermischung

Missachtet ein Gesellschafter die gebotene Trennung seiner privaten Vermögenssphäre und derjenigen der Gesellschaft, indem er ungerechtfertigte Verschiebungen zwischen beiden Massen vornimmt, ist er grundsätzlich zur Wiederherstellung dieser Trennung durch Rückgewähr verpflichtet.⁶⁵³ Maßstab dieser Rückgewährverpflichtungen sind jedoch seit Einführung der InsO unstreitig die insolvenzrechtlichen Anfechtungslagen der §§ 129, 130 - 138 InsO, die dies insoweit abschließend regeln. Eine Haftung der Gesellschafter

⁶⁴⁷ Während die Risikobewertung eines umfangreichen und komplexen Unternehmens mit erheblichen Schwierigkeiten versehen ist, erzielt die Risikobewertung im noch zumeist einfach strukturierten Gründungsstadium der Gesellschaft gute Ergebnisse.

⁶⁴⁸ Nur *Oechsler* in: Staudinger/Oechsler, § 826, Rn. 340.

⁶⁴⁹ *Veil*, NJW 2008, 3264, (3266); *Kleindiek*, NZG 2008, 686, (688).

⁶⁵⁰ EuGH, EuGH Slg. 1999, I-1459.

⁶⁵¹ *Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 13, Rn. 41; *Kleindiek*, NZG 2008, 686, (689).

⁶⁵² Siehe Teil 1.C.IV.

⁶⁵³ *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 13, Rn. 133; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 13, Rn. 45; *Henckel*, Anfechtung im Insolvenzrecht, S. 299.

aufgrund sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung kommt somit grundsätzlich nur dort in Betracht, wo das Maß der Gläubigerschädigung den Regelungsrahmen der Insolvenzanfechtung übersteigt.⁶⁵⁴ Aufgrund der relativen und dem Wandel unterlegenen begrifflichen Fassung der Sittenwidrigkeit sind objektive Tatbestandsvoraussetzungen nur unzureichend zu formulieren. Auch ist der in der Praxis häufig anzutreffenden schädlichen GmbH-Stafette damit nur schwer Herr zu werden. Während die Mantelgründung verbundener oder beherrschter Gesellschaften durch eine beschränkt haftende Gesellschaft und die anschließende Aufgaben- und Kapitalallokation anerkannt Teil der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit ist, ist es zumeist Ziel der GmbH-Stafette, diese betriebswichtigen Aktiva dem Insolvenzbeschlagnahme zu entziehen. Dies geschieht mit Schädigungsabsicht durch die Übertragung von Aktiva auf eine neu gegründete GmbH zu einem Zeitpunkt, da die Alt-GmbH bereits insolvenzreif ist. Im Anschluss an die Entscheidungen „Trihotel“⁶⁵⁵ und „GAMMA“⁶⁵⁶ wird darin keine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung mehr erkannt,⁶⁵⁷ womit andere Wege zu beschreiten sind.

Durchgesetzt hat sich in der Folge die Durchgriffshaftung der Gesellschafter in solchen Fallgruppen, da eine kollusive „Ausplünderung“ der Gesellschaft Ziel ihres Handelns war.⁶⁵⁸ Eine auf dieses Ziel gerichtete Vermögensvermischung wird dann zu erkennen sein, wenn das Gesellschaftsvermögen etwa durch mangelnde oder undurchsichtige Buchführung nicht mehr nachvollziehbar abgegrenzt werden kann.⁶⁵⁹ Der BGH hatte die Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung inzwischen wiederholt mit der Sicherung der Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG begründet, da diese Regelungen nur unter der Maßgabe ihre Wirkung entfalten könnten, da eine wirksame (technische) Verhinderung von Vermögensverschleierung sichergestellt sei.⁶⁶⁰ Konsequenz der bewussten Umgehung der Kapitalerhaltungsregeln – als einem der anerkannt zentralen Merkmale der im Gegenzug gewährten Haftungsbeschränkung – ist der Entzug eben dieser Haftungsbeschränkung im Außenverhältnis, womit die beteiligten Gesellschafter analog § 128 HGB dem Geschäftsverkehr vollumfänglich haften.⁶⁶¹ Diese Haftung wird in Abgrenzung zu dem Haftungskonzept der von einer Durchgriffshaftung betroffenen Gesellschafter jedoch bewusst als Verhaltenshaftung und nicht als Zustandshaftung des jeweils

⁶⁵⁴ *Oechsler* in: Staudinger/Oechsler, § 826, Rn. 337; *Smid*, DZWIR 2008, 265, (268).

⁶⁵⁵ BGHZ 173, 246, (246 ff).

⁶⁵⁶ BGHZ 176, 204, (204 ff).

⁶⁵⁷ *Wagner* in: MünchKommBGB, § 826, Rn. 103; *Michalski/Funke* in: Michalski GmbHG, § 13, Rn. 431; *Veil*, NJW 2008, 3264, (3265).

⁶⁵⁸ BGHZ 143, 246, (246 ff); *Oechsler* in: Staudinger/Oechsler, § 826, Rn. 339; *Ellenberger* in: Palandt, Einf. v. § 21, Rn. 13.

⁶⁵⁹ *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 13, Rn. 133; *Depré/Büteröwe* in: Beck/Dempré Praxis der Insolvenz, § 33, Rn. 37; *Kölbl*, BB 2009, 1194, (1200).

⁶⁶⁰ BGH, NJW 2006, 1344, (1346).

⁶⁶¹ BGHZ 173, 246, (257).

einzelnen Gesellschafters verstanden.⁶⁶² Den in wesentlichen Fragen der Gesellschaftsführung einflusslosen Minderheitsgesellschafter trifft damit eine Außenhaftung nicht, worin der Rückbezug auf das schädigende kollusive Handeln zu erkennen ist, auf welches der nicht geschäftsführende Minderheitsgesellschafter gerade keinen Einfluss nehmen konnte.⁶⁶³

Die Ausgestaltung der dem Haftungsgrunde nach unstrittigen Haftung für Vermögensvermischung durch den BGH ist jedoch in der Literatur⁶⁶⁴ auch kritisiert worden. Der Konzeption als Durchgriffshaftung wird entgegengehalten, dass die Begründung eben jenes Haftungskonzepts den Erwägungen ähnelt, die der BGH für den existenzvernichtenden Eingriff anstellt und die Durchgriffshaftung für eben diese Fälle inzwischen aufgegeben hat. Deshalb wird es für folgerichtig gehalten, auch die Vermögensvermischung entsprechend dem neuen Innenhaftungskonzept auf § 826 BGB zu stützen.⁶⁶⁵ In dieselbe Richtung geht es, wenn der BGH in der Entscheidung „Trihotel“⁶⁶⁶ ausführt, der existenzvernichtende Eingriff sei schon begrifflich und funktionell kein Missbrauch der Rechtsform, der als solcher an den Fehlgebrauch der Rechtsform selbst anknüpfe und nur bei ihrer Schaffung oder Nutzung denkbar sei. Da eine undurchsichtige Buchführung ebenso wenig beim Abschluss von Geschäften stattfindet, könne sie ebenfalls schon begrifflich keinen Rechtsformmissbrauch begründen.⁶⁶⁷ Dem muss aber m.E. entgegen gehalten werden, dass es ein wesentliches Merkmal der GmbH als Form-Kaufmann im Vergleich zum vollhaftenden Einzelunternehmer (unterhalb gewisser Schwellenwerte) ist, dass sie Bücher zu führen hat, welche den berechtigten Kreisen jederzeit einen Kapitalstatus zugänglich machen. Die fortwährende Unterlassung entzieht, wie zuvor ausgeführt, den wesensbestimmenden Kapitalerhaltungsgrundsätzen den Boden, womit der Entzug der Rechtsform-Vorteile stringent erscheint.

III. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium

Nachdem die Ungewissheit über die Ausgestaltung des Haftungskonzepts für existenzvernichtende Eingriffe handelnder oder zumindest informierter Gesellschafter inzwischen mit der gerichtlichen Festlegung⁶⁶⁸ auf die gesellschafterfreundlichere Innenhaftung beseitigt wurde, kann eine genauere Auseinandersetzung mit den zu beachtenden Regeln er-

⁶⁶² *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 13, Rn. 133; *Wilhelmi* in: BeckOK GmbHG, § 13, Rn. 21; *Gogger*, Insolvenzgläubiger-Handbuch, § 3, Rn. 348.

⁶⁶³ *Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 13, Rn. 45; *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 13, Rn. 135; *Verse* in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 13, Rn. 39.

⁶⁶⁴ *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 13, Rn. 136; *Kölbl*, BB 2009, 1194, (1197 ff).

⁶⁶⁵ *Strohn*, ZinsO 2008, 706, (712); *Verse* in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 13, Rn. 39 f.

⁶⁶⁶ BGHZ 173, 246, (246 ff).

⁶⁶⁷ *Kölbl*, BB 2009, 1194, (1200).

⁶⁶⁸ Mit der Entscheidung „Trihotel“, BGHZ 173, 246, (246 ff).

folgen, welche ein aktiv in die Geschäftsleitung eingebundener Gesellschafter beachten sollte, um möglichen Haftungslagen aktiv vorzubeugen.

Haftungsbegründender Kern der Existenzvernichtungshaftung ist die im Verhältnis kompensationschwache Leistung der Gesellschaft und die Verleitung oder mangelnde Verhinderung eben dieser durch den Gesellschafter. Wie zuvor dargelegt, ist nicht in jeder Branche oder für jedes individuelle Geschäft ein einfacher Drittvergleich (*dealing at arms length*) möglich und dokumentierbar, anhand dessen eine Exkulpation des Gesellschafters zweifelsfrei möglich wäre. So kann es sich etwa verhalten, wenn die Branche oder das spezielle Geschäft von außergewöhnlichen Rahmenbedingungen oder auch außergewöhnlichen Zeithorizonten der Verwirklichung einer Profitabilität geprägt ist. Um dennoch sicherzustellen, dass im Zuge einer möglichen späteren Überprüfung des jeweiligen Geschäfts durch einen Insolvenzverwalter der Schutz der *business judgement rule* in Anspruch genommen werden kann, ist auf eine detaillierte Dokumentation zu achten, die insbesondere anhand von Sitzungsprotokollen die Erwägungsgründe und den Findungsprozess des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung transparent macht.⁶⁶⁹ Festzustellen ist in der unternehmerischen und gerichtlichen Praxis dabei inzwischen eine Zweigliedrigkeit der Enthaltungsprüfung vor Eingreifen der *business judgement rule*. Nicht nur müssen die beschafften und zugrunde gelegten Informationen qualitativ als Grundlage unternehmerischer Entscheidungen geeignet sein. Auch ist es inzwischen regelmäßig Gegenstand der gerichtlichen Prüfung (und somit infolge einer „umgekehrten Maßgeblichkeit“ auch Gegenstand der Dokumentation), die Wege und Methoden der laufenden Informationsbeschaffung dahingehend zu untersuchen, ob ein angemessener Aufwand unternommen wurde.

Vorteilhaft im Vergleich zur ehemaligen Durchgriffshaftung wirkt sich dabei aus, dass zunächst keine Sorge angebracht ist, dabei sensible Informationen dritten klagenden Gläubigern zur Verfügung stellen zu müssen, um eine Exkulpation zu erreichen, sondern diese Informationen nur dem Insolvenzverwalter als dem klagebefugten Vertreter der Masse zugänglich zu machen sind.

Insgesamt jedoch ist festzustellen, dass die Existenzvernichtungshaftung mit all ihren Unterformen und Ausgestaltungen zwar ein in der Literatur ausgiebig diskutiertes, in der Praxis für den Gesellschafter jedoch ein verhältnismäßig selten verwirklichtes Risiko darstellt. Zumal einer weitgreifenden Haftung aufgrund anfänglicher materieller Unterkapitalisierung, welche noch am ehesten finanzwirtschaftlich zu greifen und beziffern gewesen wäre,

⁶⁶⁹ Insbesondere eine Anknüpfung an die standards of care der RMBCA bietet Verhaltens- und Dokumentationsanleitung.

durch den BGH der Boden entzogen wurde.⁶⁷⁰ Darüber hinaus gewährt der weitgehend kontrollfreie Gestaltungsrahmen der *business judgement rule* hinsichtlich der theoretisch haftungsbewehrten Formen existenzvernichtender Eingriffe ausreichenden Spielraum, der bei umfassender Dokumentation der Entscheidungsläufe zu Recht verhindert, dass der aktiv unternehmensleitende Gesellschafter bei jeder kompensationschwachen, aber eventuell strategisch sinnvollen Entscheidung eine spätere Haftungsverwirklichung fürchten muss. Eine Handlungsmaxime gewährt die Rückbesinnung auf den ursprünglich durch das RG herangezogenen § 242 BGB.⁶⁷¹ Erscheint das geplante Geschäft seiner Gestaltung und Kompensation nach im groben Widerspruch zu Treu und Glauben bei einer fiktiven Vermögensverwaltung für Dritte zu stehen, sollte eine erneute Abwägung der Parameter erfolgen.

Ebenfalls von Bedeutung in Bezug auf eine gezielte Haftungsrisikominimierung – wenn auch kaum signifikante Fallzahlen zu berichten sind, in denen eine Haftung aufgrund Vermögensvermischung tatsächlich verwirklicht wurde⁶⁷² – ist die Einrichtung und Überwachung einer vollständigen, aktuellen und fehlerfreien Buchhaltung der Gesellschaft. Unabhängig von der Notwendigkeit einer solchen Einrichtung als Basis eines jeden zeitgemäßen Reportings für die Leitung des Unternehmens, droht im Falle der vollständigen Unterlassung und der damit einhergehenden fehlenden klaren Trennung der Vermögenssphären von Gesellschaft und Gesellschaftern die umfassende Durchgriffshaftung aufgrund Vermögensvermischung. Auch wandelt sich die Darlegungs- und Beweislast des klagenden Insolvenzverwalters aufgrund vermuteter existenzvernichtender Eingriffe in eine negative Beweislast des Gesellschafters, sofern infolge unzureichender Buchhaltung eine Ermittlung und nachträgliche Überprüfung der Transaktionen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter nicht mehr zweifelsfrei möglich ist.⁶⁷³

IV. Risiken in der Insolvenz

Nachdem ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde, gehört es zu dessen unmittelbaren Aufgaben, möglicherweise massenmehrnde Anfechtungslagen gegenüber den Gesellschaftern sowie forderungsbegründende Gesetzesverstöße der Gesellschafter aufzudecken. Diese Erkenntnisse fließen in das anzufertigende Gutachten ein, anhand dessen das Insolvenzgericht über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidet. Ziel muss es

⁶⁷⁰ „GAMMA“, BGHZ 176, 204, (204 ff).

⁶⁷¹ RGZ 169, 240, (248).

⁶⁷² Verse in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 13, Rn. 38.

⁶⁷³ So empfiehlt *Altmeyden*, NJW 2007, 2657, (2660) der Insolvenzverwalter-Praxis die Nutzung der Beweislastumkehr der Höhe nach, sofern den Gesellschaftsunterlagen keine konkreten Dokumentationen zur Ermittlung des Schadens entnommen werden kann.

daher sein, bereits in diesem Stadium dafür zu sorgen, dass ein möglicher Anfangsverdacht einer haftungsbewehrten Eingriffslage ausgeräumt wird. Insofern ist dringend davon abzuraten, gegenüber dem Insolvenzverwalter „zu mauern“, sondern eine möglichst offene Kommunikationsbasis zu schaffen, im Rahmen derer dem Insolvenzverwalter bei der unausweichlichen Sichtung der Unterlagen auffallende Vorgänge transparent dargelegt werden können. Die Informationshoheit liegt in dieser frühen Phase noch zu einem Großteil bei dem Unternehmen und den Alt-Gesellschaftern, womit der Verwalter stärker als zu späteren Zeitpunkten auf die Kooperation angewiesen ist.

Sollten durch die Gesellschafter jedoch tatsächlich als existenzvernichtende Eingriffe zu wertende Handlungen vorgenommen worden sein, ist es ratsam zu prüfen, inwiefern externe Berater oder einflussnahmefähige Dritte an diesen Handlungen beteiligt waren. Es wird grundsätzlich nicht davon auszugehen sein, dass eine tatbestandserfüllende Handlung einzig Dritten anzulasten sein wird, da die beherrschenden Gesellschafter über existenzielle Entscheidungen der Unternehmensleitung immer in Kenntnis oder grobfahrlässiger (bis hin zu vorsätzlicher) Unkenntnis sind. Der Versuch, eine Haftungsbegründung einzig gegenüber Dritten aufzubauen, um im Interesse des fortzuführenden Unternehmens zusätzliches Vermögen zur Masse zu ziehen, wird daher zumeist nicht im Interesse der Gesellschafter sein. Ist eine Haftung der Gesellschafter jedoch dem Grunde nach unbestreitbar, kann die Prüfung einer gesamtschuldnerischen Mithaftung Dritter den Vermögensschaden der Gesellschafter der Höhe nach reduzieren.

Grundsätzlich zeigt die Kursänderung des BGH und dessen Begründung der Entscheidung „Trihotel“⁶⁷⁴ hinsichtlich der Haftungskonzeption für existenzvernichtende Eingriffe jedoch auf, dass abschließende Rechtssicherheit über die generelle Europarechtskonformität der Haftung noch nicht zu erkennen ist. Denn unabhängig von der inzwischen erfolgenden direkten Bezugnahme des deutschen Haftungskonzepts auf das Sittenwidrigkeitsverdict des § 826 BGB bleibt offen, ob der EuGH in einem vergleichbaren Fall unter Beteiligung der zuvor behandelten „Scheinauslandsgesellschaften“⁶⁷⁵ die Regelung als materielles Gesellschaftsrecht einordnen würde und damit die „Inspire Art“-Rechtsprechung⁶⁷⁶ des EuGH darauf anwenden könnte. Da es sich hierbei jedoch um dogmatisch begründete Harmonisierungsschwierigkeiten zu einer grundsätzlich anerkannten Sanktionierung handelt, erscheint der Rechtsweg risikobehaftet. Dem betroffenen Gesellschafter – sofern ein grenzüberschreitendes Hauptverfahren in Deutschland angestrebt wird – eröffnet die prin-

⁶⁷⁴ BGHZ 173, 246, (246 ff).

⁶⁷⁵ Siehe Teil I.E.

⁶⁷⁶ EuGH, EuGH Slg. 2003, I-10155.

zielle Rechtsunsicherheit jedoch zumindest den Boden für gütliche Einigungsverhandlungen mit dem Insolvenzverwalter.

E. Geschäftsleiterhaftung

Das deutsche Insolvenz- und Gesellschaftsrecht konstituiert für geschäftsleitende Organe krisenbefangener und insolvenznaher beschränkt haftender Gesellschaften in § 15a InsO und § 64 GmbHG einige zwingende Pflichten und sanktioniert entsprechende Verstöße, die im Rahmen dieses Abschnitts mit besonderem Fokus auf den häufig vertretenen Gesellschafter-Geschäftsführer untersucht werden. Aber auch für solche Gesellschafter, deren Unternehmen von dritten, abhängig beschäftigten Geschäftsführern geleitet werden, ist das Thema von Bedeutung, da nicht selten Geschäftsführer in der akuten Krise der Gesellschaft „von Bord“ gehen und die Gesellschaft zunächst führerlos zurücklassen. Da die Führerlosigkeit der Gesellschaft nicht zulässig ist, treten automatisch die Gesellschafter zumindest vorübergehend in die Führungsverantwortung und damit auch die Haftung – etwa im Falle der Insolvenzverschleppung gemäß § 15a Abs. 3 InsO – ein.⁶⁷⁷

Über diesen Katalog an Haftungstatbeständen hinaus wird die Haftung der geschäftsleitenden Personen jedoch grundsätzlich abgelehnt, da sich inzwischen in Literatur⁶⁷⁸ und Rechtsprechung⁶⁷⁹ die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass einer richterliche Kontrolle unternehmerischer Entscheidung enge Grenzen zu setzen sind, um der *hindsight bias* vorzubeugen. Also der belasteten Bewertung unternehmerischer Entscheidungen in der Rückschau unter dem Eindruck des Eintritts ursprünglich ungewisser Entwicklungen. Dieser wissenschaftlich anerkannte Bewertungsfehler hat sich inzwischen weltweit in der Etablierung von Entscheidungsfreiräumen, die einer richterlichen Kontrolle entzogen werden, niedergeschlagen. Die „deutsche“⁶⁸⁰ *business judgement rule* ist in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verankert und basiert auf der BGH Entscheidung „ARAG“⁶⁸¹. Es ist anerkannt, dass diese Regelung auch für GmbH-Geschäftsführer Wirkung entfaltet, trotz fehlender Wortlautumfassung in § 43 Abs. 1 GmbHG.⁶⁸² Voraussetzung für die Anwendung der *business judgement rule* und damit dem Ausscheiden einer richterlichen Würdigung des un-

⁶⁷⁷ Arnold in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 64, Rn. 89; Kolmann in: Saenger/Inhester GmbH-Gesetz, Vorb. zu § 64, Rn. 220; Haas in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 64, Rn. 165.

⁶⁷⁸ Frings, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 133; Fleischer, NJW 2009, 2337, (2338).

⁶⁷⁹ BGH, NJW 2008, 3361, (3362).

⁶⁸⁰ Fleischer, NJW 2009, 2337, (2339), obgleich das abstrakte Modell sehr weitgehend dem amerikanischen Vorbild gleicht.

⁶⁸¹ BGHZ 135, 244, (244 ff).

⁶⁸² Haas/Ziemons in: Michalski GmbHG, § 43, Rn. 68; Fleischer, NJW 2009, 2337, (2339); Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, (686).

terliegenden Sachverhalts ist das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung, die sich durch ihren Prognosecharakter und in der Natur der Sache liegende Unwägbarkeiten auszeichnet. Zudem muss nachgewiesen werden können, dass eine sorgfältige Vorbereitung der Entscheidung unter Nutzung aller vorhandenen Informationsquellen erfolgt ist, deren sorgfältige Abwägung vorgenommen und eine angemessene Risikovorsorge getroffen wurde.⁶⁸³ Die Darlegungs- und Beweislast dazu obliegt dem Geschäftsleiter. Nicht zulässig ist dabei ein sog. *opinion-shopping*⁶⁸⁴, wonach bei Vorliegen unterschiedlicher Einschätzungen und Informationen ohne nachvollziehbare Abwägung schlicht jener Meinung gefolgt wird, die das eigene gewünschte Handeln am ehesten rechtfertigt.

Im Zuge der MoMiG-Novelle des Gesellschaftsrechts sind jedoch teilweise hinsichtlich der gesetzlichen Wertungen Haftungsverlagerungen von der Seite der Gesellschafter hin zu den handelnden Organen der Gesellschaft vorgenommen worden, worin eine Annäherung an das angloamerikanische gesellschaftsrechtliche Haftungsmodell erkannt werden kann.⁶⁸⁵

In Fällen, da jedoch ein Gesetzesverstoß und damit eine Haftung des Geschäftsführers für sein Handeln im Namen der beschränkt haftenden Gesellschaft erkannt wird, statuiert § 43 GmbHG ein Innenhaftungskonzept,⁶⁸⁶ das jedoch zum Beispiel im Falle des Kapitalmarktdeliktsrechts über § 826 BGB zur Außenhaftung erweitert werden kann.⁶⁸⁷ Grundsätzlich also haftet der Geschäftsführer sowohl der aktivwerbenden Gesellschaft, wie auch der insolventen Gesellschaft nur gegenüber der Gesellschaft und nicht gegenüber möglichen dritten, geschädigten Personen. Der aktuell insbesondere durch die Geschäftsführer-Haftungsausweitung infolge der MoMiG-Novelle lebhaft geführte Streit um die zulässige privatautonome Beschränkung des Haftungsrahmens durch Gesellschafterbeschluss⁶⁸⁸ hat auf dem Boden der normierten insolvenzbezogenen Tatbestände nach herrschender Meinung und auch dem Wortlaut des Gesetzes jedenfalls keine Begründung.⁶⁸⁹

⁶⁸³ Haas/Ziemons in: Michalski GmbHG, § 43, Rn. 68; Fleischer in: MünchKommGmbHG, § 43, Rn. 78; Bellen/Stehl, BB 2010, 2579, (2580).

⁶⁸⁴ Fleischer, NJW 2009, 2337, (2339).

⁶⁸⁵ Exner in: Beck/Dempré Praxis der Insolvenz, § 16, Rn. 270; K.Schmidt, GmbHR 2008, 449, (450); Bellen/Stehl, BB 2010, 2579, (2579).

⁶⁸⁶ Haas/Hossfeld in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 92, Rn. 477 ff; Fleischer in: MünchKomm-GmbHG, § 43, Rn. 26; Bellen/Stehl, BB 2010, 2579, (2579).

⁶⁸⁷ Fleischer, NJW 2009, 2337, (2340).

⁶⁸⁸ Altmeppen in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 43, Rn. 124 ff; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 43, Rn. 46; Fleischer, BB 2011, 2435, (2435 f).

⁶⁸⁹ Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 43, Rn. 32 ff; Fleischer, BB 2011, 2435, (2438); Löwisch in: MünchKommGmbHG, § 43a, Rn. 49.

Die Verjährungsfrist für die Inanspruchnahme der geschäftsleitenden Organe beträgt gemäß § 43 IV GmbHG fünf Jahre ab Eintritt des Schadens dem Grunde nach, ohne dass der Schaden zu diesem Zeitpunkt jedoch bereits voll bezifferbar sein muss.⁶⁹⁰

I. Insolvenzverschleppungshaftung

Im Zuge der MoMiG-Novelle ist die Pflicht zur Insolvenzantragstellung für juristische Personen sowie die Haftung der geschäftsleitenden Organe für eine schuldhaft unzulässig verzögerte Insolvenzantragstellung in den neu geschaffenen § 15a InsO aufgenommen worden. Während die Ausgestaltung der Antragspflicht bereits in Teil 1 dieser Arbeit diskutiert wurde und somit betreffend die Tatbestandsvoraussetzung vorzuverweisen ist, wird nun die Verwirklichung der Haftung für die schuldhafte Pflichtverletzung zu betrachten sein.

§ 15a InsO ist nach herrschender Meinung wie die Regelung der alten Fassung des GmbHG ebenfalls als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zu klassifizieren.⁶⁹¹ Der Verstoß begründet damit einen deliktischen Schadenersatzanspruch, der dem Grunde nach den Gläubigern der Gesellschaft entsteht, jedoch zumeist durch den Insolvenzverwalter der Gesellschaft betrieben wird. Grundlegende haftungsbegründende Tatbestandsvoraussetzung ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wobei zum Zeitpunkt der Hauptverfahrenseröffnung widerleglich vermutet wird, dass eine schuldhafte Verschleppung vorliegt.⁶⁹² Es ist also an der Geschäftsleitung der Schuldnerin, sich dem Grunde nach zu exkulpieren und darzulegen, dass eine Insolvenzantragspflicht nicht bereits vor dem eigentlichen Antrag bestand.⁶⁹³ Diffiziler gestaltet sich die Haftungsbegründung der Höhe nach. Hier sind die geschädigten Gläubiger zunächst in zwei Gruppen einzuteilen. Als sog. Altgläubiger sind jene Gläubiger zu erkennen, die zum Zeitpunkt der Insolvenzreife der Schuldnerin bereits Forderungen aus einmaligen Transaktionen oder laufenden unveränderten Dauerschuldverhältnissen gegenüber der Gesellschaft besaßen. Deren Schaden besteht damit aus der erlittenen Quotenverschlechterung infolge der zwischenzeitigen Masseverluste im Zeitraum des Antragsverzugs, dem sog. Quotenschaden,⁶⁹⁴ der gemäß § 92 S. 1 InsO durch den Insolvenzverwalter betrieben wird, da nur dieser (theoretisch) über die notwendigen Informationen verfügt, den Anspruch ausreichend zu substan-

⁶⁹⁰ *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 43, Rn. 143; *Oetker* in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 43, Rn. 70; *Fleischer*, NJW 2009, 2337, (2340).

⁶⁹¹ BGH, ZIP 2009, 1220, (1221); BGH, ZIP 2005, 117, (118); *Kolmann* in: Saenger/Inhester GmbH-Gesetz, Vorb. zu § 64, Rn. 218.

⁶⁹² *Bellen/Stehl*, BB 2010, 2579, (2583 ff); *Kolmann* in: Saenger/Inhester GmbH-Gesetz, Vorb. zu § 64, Rn. 222.

⁶⁹³ Hinsichtlich der Negationsmöglichkeiten siehe Teil I.C.

⁶⁹⁴ BGH, ZIP 2009, 1220, (1221); *Kolmann* in: Saenger/Inhester GmbH-Gesetz, Vorb. zu § 64, Rn. 225.

tiieren.⁶⁹⁵ Als sog. Neugläubiger wiederum sind jene Gläubiger zu erkennen, die erst nach Eintritt der Insolvenzreife der Schuldnerin mit der Gesellschaft kontrahieren oder aber eine Verlängerung oder Änderung bestehender Dauerschuldverhältnisse schließen und dabei folglich hinsichtlich der wirtschaftlichen Verhältnisse der Schuldnerin getäuscht werden.⁶⁹⁶ Ihr Schaden erfasst daher das negative Interesse, also den Betrag ihrer Nettoforderung exklusive Gewinnzuschlag, jedoch zuzüglich der Kosten der Rechtsverfolgung⁶⁹⁷ und ist durch die Neugläubiger selbst gegenüber den gesamtschuldnerisch haftenden Mitgliedern der Geschäftsleitung durchzusetzen.⁶⁹⁸

Keine abschließende Einigkeit besteht zur Verjährung der Anspruchsdurchsetzung gegenüber den geschäftsleitenden Organen der Gesellschaft. Die Ansprüche der Neugläubiger auf Ersatz des negativen Interesses sowie des Insolvenzverwalters im Interesse der Altgläubiger auf Ersatz des Quotenschadens unterliegen nach Ansicht des OLG Saarbrücken⁶⁹⁹ und einiger Literaturstimmen⁷⁰⁰ der regelmäßigen Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 198 BGB, während im weiteren Schrifttum auch die 5-jährige Verjährungsfrist gemäß § 43 Abs. 4 GmbHG vertreten wird.⁷⁰¹ Die weitere Beschäftigung mit diesem noch ungeklärten Streit kann hier jedoch aufgrund der verhältnismäßig geringen praktischen Relevanz unterbleiben.

II. Verbot von masseschmälernden Zahlungen

In systematischer Nähe zur Insolvenzverschleppungshaftung der handelnden Organe der Gesellschaft ergänzt das Verbot masseschmälernder Zahlungen die Geschäftsleiterhaftung neben der Verpflichtung zur rechtzeitigen, zumindest jedoch nicht unzulässig verspäteten, Insolvenzantragstellung. Begründet wird dadurch die persönliche Haftung für im Vorfeld der Insolvenz getätigte Zahlungen, welche die Haftungsmasse der Gesellschaft zum Schaden der Gläubigersamtheit reduzieren. Damit soll auch ein zusätzlicher finanzieller Anreiz für die Geschäftsleitung gesetzt werden, nicht bis Ultimo zuzuwarten und zugleich der Insolvenzmasse ein weiterer Anspruchsgegner für die Repatriierung gläubigerbenachteiligender Zahlungen neben den allgemeinen Anfechtungsrechten zugewiesen

⁶⁹⁵ *Schmitz-Herscheidt/Coenen* in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann Handels- und Gesellschaftsrecht, § 6, Rn. 145; *Nerlich* in: Michalski GmbHG, § 64, Rn. 67; *Oetker* in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 43, Rn. 84.

⁶⁹⁶ BGH, ZIP 2009, 1220, (1220 f).

⁶⁹⁷ BGH, ZIP 2009, 1220, (1220 f); *Kolmann* in: Saenger/Inhester GmbH-Gesetz, Vorb. zu § 64, Rn. 230 f.

⁶⁹⁸ *Oetker* in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 43, Rn. 84; *Schmitz-Herscheidt/Coenen* in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann Handels- und Gesellschaftsrecht, § 6, Rn. 146.

⁶⁹⁹ OLG Saarbrücken, m. Nachw. Juris 4 U 484/07, Rn. 48.

⁷⁰⁰ *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 43 Rdn. 58; *Schmitz-Herscheidt/Coenen* in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann Handels- und Gesellschaftsrecht, § 6, Rn. 149.

⁷⁰¹ *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 43, Rn. 143; *Oetker* in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 43, Rn. 70; *Fleischer*, NJW 2009, 2337, (2340).

werden. Die Bestimmung des § 64 S.1,2,4 GmbHG bewirkt damit eine Vorverlegung des Verbots der Masseschmälerungen bereits auf den Zeitpunkt des Kriseneintritts. Die Gesamtheit der Geschäftsführer, nicht nur der finanzressortverantwortliche Geschäftsführer,⁷⁰² dürften ab diesem Zeitpunkt ohne das Vorliegen privilegierender Ausnahmen zunächst grundsätzlich keine Zahlungen mehr haftungsfrei leisten. Aufgrund der damit in der Praxis verbundenen erheblichen Rechtsunsicherheit hat diese Haftung in der Literatur⁷⁰³ teilweise deutliche Kritik erfahren, da infolge der unkalkulierbaren Haftungsprobleme für den Geschäftsführer eine Lähmung der Gesellschaft in kritischer Zeit befürchtet wird. Schließlich wird die haftungsvermeidende Leistungsverweigerung⁷⁰⁴ letzten Endes immer darin münden, dass der betroffene Geschäftsführer sein Amt niederlegt und die Gesellschaft damit zunächst dem Zustand der Führerlosigkeit überantwortet. Auch erscheine die sichere Abgrenzung zwischen der privilegierten Ausnahme von dem Verbot, wonach solche Zahlungen bewirkt werden dürfen, die den sofortigen Zusammenbruch der Gesellschaft verhindern sowie solchen, die für die Erhaltung aussichtsreicher Sanierungschancen notwendig sind, praktisch unmöglich.⁷⁰⁵ Die Rechtsprechungspraxis⁷⁰⁶ zeigt jedoch, dass trotz der anzuerkennenden, schwierigen theoretischen Abgrenzungslage die tatrichterliche Würdigung einen ausreichenden Bewegungsspielraum redlich sanierungsbemühter Geschäftsführer bewahrt, ohne dass die Drohung der Haftungsverwirklichung das gesetzte Ziel überschießen würde.

Ausgangspunkt der Haftungsverwirklichung ist die erkannte oder jedenfalls zu vermutende Erkennbarkeit der Insolvenzreife der Gesellschaft. Dem Wesen der Haftung nach ist hier regelmäßig die schwerer zu fassende Überschuldung der Gesellschaft relevant, also ein Stadium, in welchem die Gesellschaft noch über zureichende Liquidität für die Unterhaltung des Gesellschaftszwecks und Geschäftsbetriebs verfügt.⁷⁰⁷ Unabhängig von der buchhalterisch umgesetzten und somit bilanziell festgestellten Überschuldungslage hat die Geschäftsleitung ab diesem Zeitpunkt den Zahlungsverkehr darauf auszurichten, dass in jedem Fall eine weitere Beschädigung des Gläubigernutzens unterbleibt. Der eigentliche Gesellschaftszweck darf nicht mehr die Messlatte des Handelns sein.⁷⁰⁸ Bereits einfaches

⁷⁰² Müller in: MünchKommGmbHG, § 64, Rn. 138; Altmeyen in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 64, Rn. 6; Bellen/Stehl, BB 2010, 2579, (2579).

⁷⁰³ Altmeyen in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 64, Rn. 69 ff; Arnold in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 64, Rn. 58; Veil, ZGR 2006, 374, (391 f).

⁷⁰⁴ Arnold in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 64, Rn. 78; Kolmann in: Saenger/Inhester GmbH-Gesetz, § 64, Rn. 48; Brandes in: MünchKommInsO, § 92, Rn. 28.

⁷⁰⁵ Haas in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 64, Rn. 73; Frege, NZI 2006, 545, (546).

⁷⁰⁶ BGH, NJW 2002, 3252, (3252 ff).

⁷⁰⁷ Siehe Teil 1.C.IV.

⁷⁰⁸ Bellen/Stehl, BB 2010, 2579, (2584); Kolmann in: Saenger/Inhester GmbH-Gesetz, § 64, Rn. 39.

Verschulden bei der mangelnden Umsetzung der Handlungsmaxime begründet die Haftung.⁷⁰⁹ Einzig solche Zahlungen sind begleitend zu der ab diesem Zeitpunkt laufenden Frist für die Stellung eines Insolvenzantrages noch zulässig, die für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs im Sinne der Gläubigergesamtheit notwendig sind oder zumindest keine Minderung der verfügbaren Vermögensmasse bewirken, da der Gesellschaft im Gegenzug für eine bewirkte Leistung unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung zufließt. Insbesondere der Reichweite dieser Privilegierung kommt im Hinblick auf das aus der wirtschaftlichen Realität nicht mehr wegzudenkende konzerninterne *cash-pooling* – also der konzerninternen Saldierung aller physischen Bankkonten zum Tagesschluss zwecks Optimierung der konzernweiten Liquidität – große Bedeutung zu. Es sind dabei zwei Fälle zu unterscheiden, da in der Krise der Gesellschaft Zahlungen zugunsten des Konzernverrechnungskontos kaum als privilegierte erhaltungsnotwendige Zahlung klassifiziert werden können. Erfolgt die Zahlung als Bereitstellung eines *upstream-loan* als Teil der Konzernverrechnung und sind die Voraussetzungen der Kapitalerhaltungsvorschriften erfüllt,⁷¹⁰ erlangt die Krisen-Gesellschaft einen gleichwertigen Vermögenswert in Form der Forderung gegenüber der Konzernobergesellschaft. Die fortgesetzte Teilnahme der Krisen-Gesellschaft an dem *cash-pooling* System ist dann nicht problematisch, solange ihr internes Konto stets im Haben geführt wird. Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn die Krisen-Gesellschaft Zahlungen auf ein im Soll geführtes Konto mit tilgender Wirkung leistet, da hierin eine Benachteiligung zulasten der dritten Gläubiger der Gesellschaft zu sehen wäre, analog der tilgenden Hingabe eines Kundenschecks auf einen im Soll geführten Kontokorrent beim Kreditinstitut der Krisen-Gesellschaft.⁷¹¹ Es ist damit Aufgabe der Geschäftsleitung, nach Eintritt der Insolvenzreife die Teilnahme am *cash-pooling* zu suspendieren oder auf die Einrichtung eines parallelen, im Haben geführten Kontos hinzuwirken.

Die Masseschmälerungshaftung ist anerkannt internationalprivatrechtlich dem Insolvenzstatut und nicht etwa dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen, obwohl die zugrundeliegende Norm Teil des GmbHG ist.⁷¹² Nicht Auffüllung der Stammkapitalbasis der Gesellschaft ist

⁷⁰⁹ Kolmann in: Saenger/Inhester GmbH-Gesetz, § 64, Rn. 22; Haas in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 64, Rn. 126; Mätzig in: BeckOK GmbHG, § 64, Rn. 62.

⁷¹⁰ Das durch das Grundsatzurteil „November“ des BGH entstandene Haftungsrisiko – wonach der zweite Zivilsenat in der Teilnahme einer Kapitalgesellschaft an einem *cash-pooling* System auch mit dem eigenen Stammkapital einen Verstoß gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften befunden hatte – ist inzwischen durch die Neufassung des § 30 Abs. 1 GmbHG bewusst entschärft worden, um eben diese Modelle der Liquiditätsoptimierung im Konzern zu ermöglichen, BGHZ 157, 72, (75); Rittscher, Cash-Management-Systeme in der Insolvenz, S. 93; ergänzend Fleischer, NJW 2009, 2337, (2341); Belen/Stehl, BB 2010, 2579, (2582).

⁷¹¹ In solchen Fällen liegt eine anfechtbare inkongruente Deckung vor, BGHZ 181, 132, (132 ff).

⁷¹² Röpke, Gläubigerschutzregime im europäischen Wettbewerb der Insolvenzrechte, S. 160; Kolmann in: Saenger/Inhester GmbH-Gesetz, § 64, Rn. 12; Müller in: MünchKommGmbHG, § 64, Rn. 131.

Ziel der Regelung, sondern Kompensation einer unzulässigen Masseschmälerung. Eine Masseschmälerung kann jedoch faktisch erst ab Überschreiten des Zeitpunkts der Insolvenzantragspflicht eintreten und somit erst nachdem der dogmatisch relevante Schnittpunkt des Gesellschafts- und Insolvenzrechts erreicht ist.⁷¹³ Die Anwendbarkeit der Bestimmung für alle dem deutschen Insolvenzstatut unterliegenden GmbHs ist folglich gegeben. Im Umkehrschluss unterliegen die geschäftsleitenden Organe solcher beschränkt haftenden Gesellschaften, deren Mittelpunkt der Betätigung⁷¹⁴ im Ausland belegen ist, nicht der Masseschmälerungshaftung.⁷¹⁵ Ebenfalls von einer möglichen Haftung ausgenommen sind nach herrschender Meinung externe Berater, betreuende Bankmitarbeiter und Aufsichtsräte / Beiräte der Gesellschaft, da diese nicht Adressaten der Norm sind. Insofern ist hier eine deutliche Differenzierung zur Insolvenzverschleppungshaftung zu erkennen, was jedoch auch stringent erscheint, da nicht Kenntnis und unterlassenes Handeln sanktioniert werden sollen, sondern das aktive Handeln gerade der Geschäftsleitung.⁷¹⁶ Der Rechtsanspruch der Gesellschaft gegenüber den mit der Geschäftsleitung betrauten Personen setzt schließlich die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraus, womit die eigentliche Handlung den Rechtsanspruch nur aufschiebend bedingt durch die Eröffnung des Hauptverfahrens begründet. Wird die Insolvenz also noch abgewendet, entfällt auch die Haftung. Im Falle der aufgrund Masselosigkeit abgelehnten Eröffnung substituiert die gerichtliche Ablehnung und Löschung der Schuldnergesellschaft jedoch diese Tatbestandsvoraussetzung.⁷¹⁷

III. Wrongful trading: Verbot existenzvernichtender Zahlungen an Gesellschafter

Ebenfalls Ergebnis der Neugestaltung des Gesellschaftsrechts im Rahmen des MoMiG ist die Aufnahme einer die Organe einer Gesellschaft bindenden Insolvenzverursachungs- und -vertiefungshaftung nach dem Vorbild des im angloamerikanischen Recht bekannten Haftungskonzepts des *wrongful trading* in § 64 Satz 3 GmbHG (§ 92 Abs. 2 Satz 3 AktG). Geschäftsführer haften danach für offenkundig gläubigerschädigende Vermögensverschiebungen als Anstifter oder Gehilfen der Gesellschafter.⁷¹⁸ Die Normenentstehung ist dabei vor dem Hintergrund der fortschreitenden Nutzung stammkapitalfreier (oder zumindest

⁷¹³ Röpke, Gläubigerschutzregime im europäischen Wettbewerb der Insolvenzrechte, S. 160.

⁷¹⁴ Zur COMI-Doktrin (centre of main interest) des EuGH siehe Teil 1.E.I.1.

⁷¹⁵ Müller in: MünchKommGmbHG, § 64, Rn. 131; Kolmann in: Saenger/Inhester GmbH-Gesetz, § 64, Rn. 14; Dies zumindest andeutend Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, (683).

⁷¹⁶ Kolmann in: Saenger/Inhester GmbH-Gesetz, § 64, Rn. 19 f; Arnold in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 64, Rn. 6 f; Riering in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 22, Rn. 74 f.

⁷¹⁷ Müller in: MünchKommGmbHG, § 64, Rn. 147; Kolmann in: Saenger/Inhester GmbH-Gesetz, § 64, Rn. 50; Brandes in: MünchKommInsO, § 92, Rn. 27.

⁷¹⁸ Fleischer, NJW 2009, 2337, (2341); Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, (685); Grochowski, Internationales Privatrecht und Geschäftsführerhaftung bei Insolvenzen von Auslandsgesellschaften, S. 41.

stammkapitalarmer) ausländischer Rechtsformen sowie der Schaffung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) kurz UG zu sehen, da ein Gläubigerschutz vor Vermögensverschiebungen auch dort gewährleistet werden sollte, wo ein Stammkapital als Grundstock eines Gläubigerschutzes nicht zur Verfügung steht.⁷¹⁹ Konsequenterweise hat der MoMiG-Gesetzgeber die Haftung für einen existenzvernichtenden Eingriff des Geschäftsführers entwickelt. § 64 S. 3 GmbHG begründet die Ersatzpflicht des Geschäftsführers für Zahlungen an Gesellschafter, die bei sorgfältiger Liquiditätsprüfung erkennbar zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Eine Exkulpation ist nur dort vorgesehen, wo dies auch bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht erkennbar scheint. Der Haftungsmaßstab ist folglich bereits einfache Fahrlässigkeit.⁷²⁰ Damit wurde eine deutliche Verschärfung gegenüber dem Maßstab des bedingten Vorsatzes angesetzt, welcher Gesellschafter selbst trifft, wenn sie in existenzvernichtender Weise die Gesellschaft zu kompensationschwachen Geschäften bestimmen. Diese Ausweitung der Haftung dem Grunde nach wird jedoch flankiert von einer Begrenzung der Haftung der Höhe nach auf die Rückgewähr der verbotenen Zahlungen, ohne ebenfalls Kollateralschäden der existenzvernichtenden Zahlung einzuschließen.⁷²¹

1. Schließung von Regelungslücken bei Scheinauslandsgesellschaften

Ein Ziel der Regelung ist die Schließung von Gläubigerschutzlücken im Insolvenzrecht für Scheinauslandsgesellschaften, die unter Rechtsformen des angelsächsischen Raumes firmieren. Der dort verfolgte Gläubigerschutzansatz betont einerseits die Selbstschutzverpflichtung der Gläubiger. Dies kommt durch die insgesamt geringeren Stammkapitalanforderungen zum Ausdruck und unterwirft andererseits Gesellschafter und Geschäftsleiter dann einer persönlichen Haftung für existenzvernichtende Handlungen zugunsten der Gläubiger, wenn ihr Handeln zu einem Zeitpunkt, da die potentiell gläubigerschädigende Wirkung der Handlung erkennbar war, nicht Folge einer umfassenden Sorgfaltsprüfung war, sondern der einseitigen Förderung von Gesellschafts- oder Gesellschafterinteressen diente.⁷²² Aufgrund dieser andersartigen Struktur des angelsächsischen Wirtschaftsrechts bestand vor dem Inkrafttreten des MoMiG eine systemwidrige Privilegierung solcher Scheinauslandsgesellschaften, die bei hauptsächlicher Betätigung in Deutschland entsprechend

⁷¹⁹ Haas in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 64, Rn. 23; Nerlich in: Michalski GmbHG, § 64, Rn. 3; Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, (683).

⁷²⁰ Grochowski, Internationales Privatrecht und Geschäftsführerhaftung bei Insolvenzen von Auslandsgesellschaften, S. 44; Kölbl, BB 2009, 1194, (1198 f).

⁷²¹ Kölbl, BB 2009, 1194, (1199); Mahler, GmbHR 2012, 504, (504); Ihrig, DStR 2007, 1170, (1172).

⁷²² Steffek, NZI 2010, 589, (590); Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, (682); Grochowski, Internationales Privatrecht und Geschäftsführerhaftung bei Insolvenzen von Auslandsgesellschaften, S. 44.

der COMI-Doktrin des EuGH⁷²³ insolvenzrechtlich nach inländischem Recht zu beurteilen sind, gesellschaftsrechtlich jedoch nach dem Recht des Sitzstaates. Dass diese Heterogenität der Rechtssysteme nicht dazu führen darf, dass Gesellschaften ohne signifikantes Stammkapital außerhalb der Geltung diesbezüglicher Kapitalschutzbestimmungen nach einem Insolvenzrecht beurteilt werden, welches auf die Wirkungen eben dieser Kapitalschutzbestimmungen aufbaut, ist offenkundig.⁷²⁴ Die Ergänzung der § 64 Satz 3 GmbHG und § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG soll nach der Intention des Gesetzgebers einen stark insolvenzrechtlichen Bezug haben, der die insolvenzrechtliche Qualifikation der Norm begründet.⁷²⁵ Die grundsätzliche Problematik, durch die Ergänzung des nationalen Insolvenzrechts einen Verstoß gegen die europäische Niederlassungsfreiheit zu konstituieren, ist bereits umfassend diskutiert und ebenfalls weit überwiegend verneint worden.⁷²⁶ Die ergänzende Aufnahme der Geschäftleiterhaftung für *wrongful trading* ist daher hinsichtlich seiner Intention, den Normmangel in Bezug auf Scheinauslandsgesellschaften zu beenden, grundsätzlich zu begrüßen. Am Rande sei jedoch mit dogmatischem Blick auf den Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen angemerkt, dass ein tatsächlicher Ausgleich nicht erreicht wird, wenn nun die insolvenzrechtliche Haftung der Organe ausgeweitet wird. Faktisch wird nämlich die Gläubigerschutzsystematik angloamerikanisch organisierter und geprägter Rechtsformen nun auch in Deutschland implementiert. Da jedoch dem deutschen Gesellschaftsrecht unterliegende Gesellschaften ebenfalls der Neureglung unterliegen, werden diese angesichts der schärferen Kapitalerhaltungsgrundsätze zusätzlich beschwert. Der allgemeine gesetzgeberische Trend geht jedoch merklich auch für diese Gesellschaften weg von der Betonung dieses Haftungssubstrats.⁷²⁷ Zudem wäre eine Beschränkung der Neuregelung auf Auslandsgesellschaften bereits aus europarechtlicher Sicht äußerst problematisch.

2. Ausweitung der Grundsätze der Insolvenzverursachungshaftung

Die tatbestandliche Ausgestaltung der Geschäftsleiterhaftung knüpft an die richterrechtliche Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung⁷²⁸ an und erweitert deren Regelungsbe-
reich auf die Organe als Handelnde der Gesellschaft. Dementsprechend knüpft die Haftung direkt an die Leistung einer Zahlung oder die Unterlassung der Einforderung einer

⁷²³ Siehe Teil 1.E.I.1.

⁷²⁴ Haas in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 64, Rn. 23; Nerlich in: Michalski GmbHG, § 64, Rn. 3; Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, (682).

⁷²⁵ BT-Drs. 16/6140, S. 42.

⁷²⁶ Müller in: MünchKommGmbHG, § 64, Rn. 158; Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, (683); Grochowski, Internationales Privatrecht und Geschäftsführerhaftung bei Insolvenzen von Auslandsgesellschaften, S. 215.

⁷²⁷ Siehe Teil 2.D.; ergänzend Steffek, NZI 2010, 589, (595).

⁷²⁸ Siehe Teil 2.D.II.1.

fälligen Zahlung seitens der Gesellschafter zu einem Zeitpunkt an, da im Sinne einer *conditio sine qua non* der kausale Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und damit der Insolvenzreife offenkundig war. In Konsequenz der Konzentration auf die Liquidität der Gesellschaft sind solche Zahlungen dagegen nicht erfasst, die ausschließlich eine insolvenzrechtliche Überschuldung der Gesellschaft bewirken.⁷²⁹ Eine derartige Auszahlung unterliefe allerdings bereits dem Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbH. Aus demselben Grunde nicht erfasst ist daher die Bestellung von Gesellschaftssicherheiten zugunsten eines Gesellschafters, denn die Leistung einer Zahlung kommt hier schließlich erst infolge eines ungewissen zukünftigen Ereignisses in Betracht.⁷³⁰ Die diesbezügliche Gegenmeinung sieht in der Sicherheitenbestellung zwar zu Recht die Sperrung des verfügbaren liquidierbaren Vermögensrahmens und folgert daraus die Qualifizierung dieser Sperrung als Zahlung im Sinne des Gesetzes,⁷³¹ was jedoch im Hinblick auf die gerade nicht aktuell geplante Liquidierung des bestellten Vermögenswertes kaum schlüssig ist. Dass der Anwendungsbereich der Haftung für existenzvernichtende Zahlungen an Gesellschafter eng auszulegen ist, vertritt auch mit einigem Zuspruch das OLG München⁷³² in seiner Entscheidung zu einem möglichen Leistungsverweigerungsrecht der Geschäftsleitung bei Rückzahlung fälliger Gesellschafterdarlehen. Es führt aus, dass die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen grundsätzlich nicht zu einer Haftung des Geschäftsführers für existenzvernichtende Zahlungen an Gesellschafter gemäß § 64 S. 3 GmbHG führt und somit aus § 64 S. 3 GmbHG in diesen Fällen auch kein Leistungsverweigerungsrecht gefolgert werden kann.⁷³³ Anders verhält sich dies nur, sofern sich die Rückzahlung im Zuge der geforderten Zahlungsunfähigkeitsprüfung auswirkt, also insbesondere bei Rückzahlungen noch nicht fälliger oder rangrücktrittsbehafteter Darlehen, oder bei auf Grund der Rückzahlung eintretender Vertiefung einer Liquiditätslücke, die aus einer unwesentlichen eine wesentliche Deckungslücke werden lässt. Konsequenter kommt in diesem Fall auch ein Leistungsverweigerungsrecht in Betracht.⁷³⁴ Die so postulierten engen Anwendungsgrenzen des Haftungsmodells sind dem MoMiG-Gesetzgeber⁷³⁵ auch bekannt gewesen, was auch darin zum Ausdruck kommt, dass die präventive Auszahlungssperre bei Unterbilanz aus dem

⁷²⁹ Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, (684); Mahler, GmbHR 2012, 504, (504); Steffek, NZI 2010, 589, (590).

⁷³⁰ Steffek, NZI 2010, 589, (592); Grochowski, Internationales Privatrecht und Geschäftsführerhaftung bei Insolvenzen von Auslandsgesellschaften, S. 42; Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, (684) – Anders nur wenn der Bezug aus der Sicherheit mit hoher Wahrscheinlichkeit feststeht.

⁷³¹ Arnold in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 64, Rn. 64; Mahler, GmbHR 2012, 504, (504 f).

⁷³² OLG München, ZIP 2010, 1236, (1236 f).

⁷³³ OLG München, ZIP 2010, 1236, (1237); Desch, BB 2010, 2586, (2590).

⁷³⁴ Bellen/Stehl, BB 2010, 2579, (2584); Grochowski, Internationales Privatrecht und Geschäftsführerhaftung bei Insolvenzen von Auslandsgesellschaften, S. 42; Desch, BB 2010, 2586, (2587).

⁷³⁵ BT-Drs. 16/6140, S. 42.

§ 30 Abs. 1 GmbHG a.F. gestrichen wurde.⁷³⁶ Dass eine vermutlich kurzfristig später erfolgende Rückforderung des Gesellschafterdarlehens im Rahmen der Insolvenzanfechtung erfolgen wird, welche der leistungsverweigernde Geschäftsführer häufig bereits am Horizont erkennen mag, darf jedoch bei der methodischen Abgrenzung zu Recht keine Rolle spielen. Der Gesetzgeber hat bei der Rechtssetzung in bewusster Kenntnis der Verschärfung des Interessenkonflikts gehandelt⁷³⁷ und ist ersichtlich von der Hoffnung geleitet worden, frühzeitiger die gesellschaftsinterne Eskalation anzustoßen, die die Organe zur Insolvenzantragsstellung bewegen soll. Dabei hat jedoch hinreichend Berücksichtigung gefunden, dass den Gesellschaftshandelnden auch hierbei ein sanktionsfreier Spielraum im Sinne der *business judgement rule* (§ 43 GmbHG, § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) einzuräumen ist.⁷³⁸ Selbst wenn anzumerken ist, dass die Auszahlung von Gesellschaftskapital an die Gesellschafter nur in Ausnahmefällen mit besonders schutzwürdigen strategischen Unternehmensentscheidungen verbunden ist, darf doch im Interesse der Funktionsfähigkeit einer delegierten Geschäftsleitung kein zu strenges Maß angelegt werden, welches hier zentral mit der erkanntermaßen unzulänglichen Genauigkeit mittel- bis langfristiger Liquiditätsprognosen zu begründen ist.

Eine Kausalität zwischen Zahlung und eintretender Zahlungsunfähigkeit muss also offenkundig und unausweichlich sein.⁷³⁹ Konkrete gerichtliche Indikationen zu Umständen und Zeithorizont liegen noch nicht vor, jedoch sollte dem Rechtsanwender im Interesse der eigenen Absicherung ein Prognosezeitraum von einem Jahr anzuraten sein. Über diesen Zeitraum sollte von der Geschäftsleitung ein dynamisch fortzuentwickelnder Plan der Gesellschaftsliquidität und des liquiden Kapitalbedarfs des Unternehmens aufgestellt werden und nur die Differenzmasse der Verfügung durch die Gesellschafter unterworfen werden. Grundsätzlich gilt auch hier die Notwendigkeit umfassender und hinreichender Dokumentation, da die Geschäftsleitung in der Darlegung und Beweispflicht ist.⁷⁴⁰

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Geschäftsleitung der vorbeschriebenen neuen Haftungsausweitung aufgrund *wrongful trading* nur entgehen kann, wenn sie anhand umfassender Prüfungen der Liquiditätslage der Gesellschaft sicherstellt, dass durch geplante Zahlungen an die Gesellschafter die Zahlungsfähigkeit weder aktuell, noch in absehbarer Zukunft in Frage gestellt wird. Durch diese Erweiterung des Ausschüttungs-

⁷³⁶ Haas, NZG 2013, 41, (43); Desch, BB 2010, 2586, (2587).

⁷³⁷ BT-Drs. 16/6140, S. 42; Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, (683 ff).

⁷³⁸ Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, (686); Grochowski, Internationales Privatrecht und Geschäftsführerhaftung bei Insolvenzen von Auslandsgesellschaften, S. 224; Haas, NZG 2013, 41, (45).

⁷³⁹ BGH, NZG 2012, 1379, (1380); Grochowski, Internationales Privatrecht und Geschäftsführerhaftung bei Insolvenzen von Auslandsgesellschaften, S. 43; Bellen/Stehl, BB 2010, 2579, (2584); Haas, NZG 2013, 41, (42).

⁷⁴⁰ Steffek, NZI 2010, 589, (592); Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, (685).

verbots auf Beträge oberhalb der satzungsgemäßen Stammkapitalziffer wird die Haftungs begründung durch die faktische Verpflichtung Solvenzttests durchzuführen, zeitlich deutlich nach vorne verlagert.⁷⁴¹

IV. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium

Im Gründungsstadium und im Bereich der „florierend“ werbenden Gesellschaft sind den Möglichkeiten der antizipativen risikobegrenzenden Gestaltung enge Grenzen gesetzt. Die Haftung der geschäftsleitenden Organe beschränkter Gesellschaften sind durch den Gesetzgeber bewusst nicht dispositiv ausgestaltet worden, da im Falle einer solchen Möglichkeit – von der Gesellschafter-Geschäftsführer sicherlich reichlich Gebrauch machen würden – eine anzuerkennend ungewollte Verlagerung der finanziellen Risiken nicht von den Organen hin zur Gesellschaft erfolgen würde, sondern infolge der relativen Vermögenslosigkeit der Gesellschaft eine Verlagerung zwangsweise letztendlich zu Lasten der Gläubigersamtheit erfolgen würde. Wie zuvor herausgestellt, sind jegliche privatautonome Haftungsbeschränkungen hinsichtlich ihrer Wirksamkeit daher äußerst kritisch zu hinterfragen. Jene mit wirksamer haftungsausschließender Intention formulierten Klauseln, die teilweise in der Literatur⁷⁴² diskutiert werden, leiden wiederum an der Schwäche, dass die fraglich zahlungsgleichen Sicherheitenbestellungen in ihrer Wirksamkeit von einem im Verwertungsfall einzuholenden Rechtsgutachten über die Haftungs begründung zulasten des Geschäftsführers abhängig gemacht werden. Es muss jedoch bezweifelt werden, dass ein Sicherheitennehmer in der Praxis einer solcherart eingeschränkten Sicherheit einen signifikanten Wert beizumessen bereit wäre.

Einzig für den Fall der Einbindung der Gesellschaft in ein *cash-pooling* im Vertragskonzern kann bereits in früher Phase wirksam entschärfend Vorsorge für die insgesamt jedoch unausweichlichen Interessenkonflikte zwischen der Konzernunter- und der Konzernobergesellschaft getroffen werden. Dafür ist darauf zu achten, dass der Vertrag ein jederzeit auszusprechendes außerordentliches Kündigungsrecht enthält für den Fall, dass die Solvenz einer der direkt am Kapitalaustausch beteiligten Konzerngesellschaften in Frage zu stellen ist.⁷⁴³ Das besondere Augenmerk ist dabei auf die Definition der kündigungs berechtigenden Solvenzbeeinträchtigung zu legen, da es unschwer zu vermuten steht, dass gerade diese Frage in der Krise von starken Interessenkonflikten umgeben sein wird. Die Geschäftsleitung wird damit zwar ungeachtet dieses Interessenkonflikts – auch im Kontext

⁷⁴¹ Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, (684); Weller, DStR 2007, 116, (117).

⁷⁴² Den Vorschlag einer solchen Klausel etwa bei Mahler, GmbH 2012, 504, (508).

⁷⁴³ Lieder in: MünchKommGmbHG, § 56a, Rn. 61; Bellen/Stehl, BB 2010, 2579, (2582); Fleischer, NJW 2009, 2337, (2341).

der Kapitalerhaltungsgrundsätze – nicht von Ihrer Verpflichtung frei, die Solvenz der Parteien des *cash-pooling* Vertrages eng zu überwachen und notfalls den Vertrag zu suspendieren, jedoch bietet ein vertragliches Regelwerk wertvolle deeskalierende Leitlinien.

V. Risiken in der Insolvenz

Im Falle der verschärfend verlaufenden Krise der Gesellschaft nimmt das Datum der positiven Tatbestandsausfüllung eines der Insolvenzgründe Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§19 InsO) eine entscheidende Bedeutung für die mögliche Haftung der Geschäftsführung ein. Der Gesetzgeber normiert die Pflicht zur Antragsstellung in § 15a InsO und gewährt grundsätzlich ab diesem Datum nur noch ein Zeitfenster von 3 Wochen, während dessen ein schuldhaftes Verzögern der Antragstellung noch nicht vermutet wird. Bei Überschreiten der 3-Wochen Frist des § 15a InsO sollte die Geschäftsleitung demgemäß genau anhand von Aktennotizen und einzuberufenden Gesellschafterversammlungen dokumentieren, aufgrund welcher Fakten und validen Planungsszenarien eine Fortsetzung der Sanierungsbemühungen und ein Zuwarten bei der Antragsstellung begründet wird. Nur so kann für einen gewissen Zeitraum über die negative Vermutungsfrist hinaus eine Exkulpation erfolgreich sein. Während dieser Zeit sollte insbesondere die Überschuldungsdynamik im Mittelpunkt der Beobachtung stehen, da anhand dieser Kennzahl am ehesten zu beurteilen sein wird, im welchem Maße ein den Gläubigern potentiell zusätzlich zugefügter Schaden im Interesse der Sanierungsbemühungen zu vertreten ist. Insgesamt darf auch mit Blick auf die im Zuge der durch MoMiG und ESUG verschärften Haftungsandrohung im Gesetz die Insolvenzverschleppungshaftung doch weiterhin als relativ zahnlos eingestuft werden. Aufgrund zahlreicher praktischer Subsumtionsschwierigkeiten bei der genauen Festlegung des Zeitpunkts des Eintritts der Insolvenzreife verkommt die tatsächliche Haftungsverwirklichung in der Gerichtspraxis zur Bedeutungslosigkeit.⁷⁴⁴ Ihren wesentlichen Wert erfüllt sie m.E. vielmehr anhand der latenten Drohfunktion als in der tatsächlichen späteren Durchsetzung. Novellierend diskutierte Ansätze der Literatur⁷⁴⁵ können bisher nicht zufriedenstellend überzeugen und auch der Gesetzgeber scheint nicht gewillt, sich des Themas tatsächlich anzunehmen. Gleiches darf nach Ansicht des Verfassers in Zukunft für die durch ESUG neu eingeführte Verpflichtung zur Vorschussleistung auf eine ausreichende Masse zur Verfahrenseröffnung erwartet werden. Neben die (theoretischen) zivilrechtlichen und strafrechtlichen Risiken einer verzögerten Antragsstellung hat der Gesetzgeber zwar nun für mit der Geschäftsleitung betraute Personen neu das finanzielle Risiko der Verpflichtung zur Vorschussleistung zur Erreichung

⁷⁴⁴ Die Ablehnung starrer Fristen und Kennzahlen bei der Zeitpunktsfestlegung durch den BGH in BGHZ 163, 134, (142 ff); So auch *Altmeyden* in: Roth/Altmeyden GmbHG, Vorb. zu § 64, Rn. 18.

⁷⁴⁵ Siehe dazu *Kolmann* in: Saenger/Inhvester GmbH-Gesetz, Vorb. zu § 64, Rn. 268 ff.

einer ausreichenden Masse für die Verfahrenseröffnung gemäß § 26 Abs. 4 InsO gestellt, aber auch hier muss eine schuldhaft verzögerte Antragsstellung erkannt werden.⁷⁴⁶ Die gegenüber der Insolvenzverschleppungshaftung zwar umgekehrte Beweislast wird in der Praxis zu einigen Diskussionen zwischen Geschäftsleitung und Insolvenzverwalter führen, ohne dass m.E. dem Instrument dadurch erhebliche praktische Bedeutung zukommen wird.

Anders muss die Masseschmälerungshaftung gemäß § 64 S. 1,2,4 InsO gewertet werden. Einerseits kann auch hier nicht davon ausgegangen werden, dass eine eindeutige und einzelfallunabhängige Klassifikation von Zahlungen als nicht privilegiert fortbestandserheblich möglich sein wird. Jedoch ist zu erwarten, dass sich in der Insolvenzverwaltungspraxis zumindest ein Negativ-Katalog regelmäßig nicht fortbestandserheblicher Zahlungen etablieren wird, der im Sinne einer *best practice* zur Grundlage der Abwägung einer Anspruchsdurchsetzung gemacht werden wird. Zusätzlichen Raum bietet jedoch der Leistungsaustausch mit Bargeschäftscharakter gemäß § 142 InsO. Orientiert sich die Masseschmälerungshaftung an der Fortbestandserheblichkeit, privilegiert das Bargeschäft all solche Transaktionen, die bei weitgehender Leistungsgleichwertigkeit keine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung bewirken, sofern diese Transaktionen beiderseits binnen eines Zeitraumes von zwei bis vier Wochen erfolgen.⁷⁴⁷ Ein solcher Leistungsaustausch wird dann nicht als Zahlung im Sinne der Masseschmälerungshaftung erkannt.⁷⁴⁸ Als leistungsgleichwertig werden dabei jedoch nicht nur solche Transaktionen erkannt, da aktivierbare Vermögenswerte erworben werden, sondern auch Beratungsleistungen im Zuge der Unternehmenssanierung oder einer Insolvenzplanerstellung, sofern diese Leistungen von einer ausreichenden Erfolgsaussicht getragen sind.⁷⁴⁹ Diese letzten Sanierungsbemühungen andernfalls an möglichen Haftungsrisiken der Beauftragung scheitern zu lassen, wäre im Ergebnis jedoch auch unbillig.

Sind dennoch anzuerkennend masseschmälernde Zahlungen geleistet worden, ist zu beachten, dass dem Insolvenzverwalter bei Vorliegen einer insolvenzrechtlichen Anfechtungslage grundsätzlich ein Wahlrecht zukommt, inwiefern er die Zahlung im Wege der Anfechtung gemäß § 129 ff InsO erneut zur Masse zieht oder aber die Geschäftsführung

⁷⁴⁶ *Hefermehl* in: MünchKommInsO, § 54, Rn. 32; *K.Schmidt*, NJW 2011, 1255, (1258); *Römermann*, NJW 2012, 645, (646).

⁷⁴⁷ BGH, BeckRS 2008, 01033 mit längstens 30 Tagen; *Nerlich* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 142, Rn. 11 f mit 1-2 Wochen für einfache Geschäfte und bis zu 4 Wochen etwa für Immobiliengeschäfte.

⁷⁴⁸ *Henckel*, Anfechtung im Insolvenzrecht, S. 445 f; *Servatius* in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 130a HGB, Rn. 11; *Kolmann* in: Saenger/Inhester GmbH-Gesetz, § 64, Rn. 35.

⁷⁴⁹ *Servatius* in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 130a HGB, Rn. 11; *Riggert* in: Braun InsO, § 142, Rn. 10.

in Anspruch nimmt. Ist die Gesellschaft infolge erfolgreicher Anfechtung nicht mehr entreichert, geht der konkurrierende Anspruch gegen die Geschäftsleitenden Personen unter.⁷⁵⁰ Insofern ist eine intensive Unterstützung des Insolvenzverwalters bei der Repatriierung der angefochtenen Zahlung sicher im ureigensten Interesse der Geschäftsführung.

Für den im Zentrum dieser Arbeit stehenden Gesellschafter und in diesem Abschnitt speziell den Gesellschafter-Geschäftsführer begründet die Haftung aufgrund existenzvernichtender Zahlungen an Gesellschafter keine über den bereits im Zusammenhang mit der originären Existenzvernichtungshaftung behandelten Haftungsrahmen hinausgehende Risiken. Einerseits ist dies schon dadurch angedeutet, dass nur wenige Fallkonstellationen vorstellbar sind, bei denen der auf einfache Fahrlässigkeit erweiterte Haftungsrahmen für den umfassend informierten, beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer erst die Haftung dem Grunde nach eröffnet. Bedeutender ist jedoch die Tatsache, dass die Zielrichtung der Geschäftsführerhaftung den Ausgleich solcher Zahlungen anstrebt, die an Gesellschafter geleistet wurden. Für den Gesellschafter-Geschäftsführer stellt diese Haftung somit eine Nullsumme dar.

⁷⁵⁰ *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 64, Rn. 18; *Kolmann* in: Saenger/Inhester GmbHG-Gesetz, § 64, Rn. 59 f; *Arnold* in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 64, Rn. 49.

TEIL 3: Interessenwahrung des Gesellschafters im Insolvenzverfahren

A. Exkurs: Die Abweisung mangels Masse

Ist im Rahmen des Insolvenzverfahrens keine Fortführung durch Insolvenzplan oder übertragende Sanierung zu erreichen, stellt sich für einen Großteil der vorläufigen Verfahren die Frage nach der Erreichung der kritischen Masse zur erfolgreichen Eröffnung des Hauptverfahrens, da der zumeist wesentliche Vermögensgegenstand, der Betrieb selbst, einer deutlichen Entwertung unterworfen sein wird. Der zunächst gemäß § 22 InsO gutachterlich tätig werdende vorläufige Insolvenzverwalter prüft innerhalb der durch das Insolvenzgericht gesetzten Frist neben dem Vorliegen eines Insolvenzeröffnungsgrundes auch die Verfügbarkeit ausreichenden Kapitals der freien Masse, um daraus zumindest die Gerichts- und Verwalterkosten decken zu können. Ist ein solches Kapital nicht vorhanden, weist das Insolvenzgericht den Insolvenzeröffnungsantrag mangels Masse ab. Kann dabei die Abweisung mangels Masse für natürliche Personen und Kaufleute zu einem misslichen Wiederaufleben der Berechtigung der Gläubiger zur Einzelzwangsvollstreckung, dem Eintrag ins Schuldnerverzeichnis und die Versagung der Restschuldbefreiung führen, sind alle diese Beweggründe für den Gesellschafter einer beschränkt haftenden juristischen Person irrelevant, da diese nach Einstellung mangels Masse schlicht aus dem Handelsregister gestrichen wird, ohne dass dem Gesellschafter daraus zwingend zivilrechtlich weitere Nachteile erwachsen. Der Vermerk der Ablehnung mangels Masse lässt zudem viele Gläubiger resignieren, so dass die offenen Ansprüche nicht weiter verfolgt werden und die beschränkt haftende Gesellschaft so ein zumeist schnelles Ende findet.⁷⁵¹

Gerade unredlich motivierte Gesellschafter können verlockt werden, die vermeintlichen Vorteile dieser schnellen Form der Beendigung einer glücklosen Gesellschaft zu wählen, wodurch sich als Synonym der Begriff der „Firmenbestattung“ etabliert hat. So können Gesellschaften in Liquidation nach Ablehnung mangels Masse das verbleibende Gesellschaftsvermögen zunächst willkürlich verteilen – auch zur Begleichung offener Gesellschafterforderungen – und so dem Grundsatz *par conditio creditorum* zuwiderhandeln.⁷⁵² Auch weiteres gesetzwidriges Verhalten der Gesellschafter bleibt zunächst unentdeckt, sofern der vorläufige Insolvenzverwalter dieses nicht im Zuge der Gutachtenserstellung aufgedeckt hat und so bereits vorab dem Insolvenzgericht zur Kenntnis gebracht hat.

⁷⁵¹ Kallweit, NZG 2009, 1416, (1418); Haarmeyer, ZInsO 206, 449, (450 f); Kröpelin, Die massearme Insolvenz, S. 56.

⁷⁵² Frind, NZI 2010, 749, (757); K.Schmidt, NJW 2011, 1255, (1255 f); Markgraf, Der Grundsatz *par conditio creditorum* im Spannungsverhältnis zu der strafprozessualen Vermögensabschöpfung, S. 29; Kröpelin, Die massearme Insolvenz, S. 57; Kallweit, NZG 2009, 1416, (1418).

Entsprechend der Adressierung dieser Arbeit an den redlichen Unternehmer wird auf die leider verbreiteten Strategien der Haftungsvermeidung im masselosen Verfahren nicht eingegangen. Auch muss berücksichtigt werden, dass das Risiko einer solchen Handlungsstrategie in der Vorbereitung einer Gesellschaftsinsolvenz – und damit zumeist schlicht das zusätzliche Zuwarten vor Eröffnungsantragsstellung – hoch ist. Einerseits ist im Zuge der ESUG-Novelle mit dem neuen § 26 Abs. 3, 4 InsO dem Insolvenzverwalter ein Mittel für solche Fälle gegeben worden, in denen Gesellschafter oder Geschäftsführer in besonders herausstehender Weise die Masselosigkeit der insolventen Gesellschaft begründet haben. Die Regelung verpflichtet die schuldhaft handelnden Personen zur Leistung eines Massevorschusses für die Erreichung einer tragfähigen Insolvenzmasse, um so die Verfahrenseröffnung sicherzustellen.⁷⁵³ Trotz der Zuweisung der Beweislast an die Handelnden der Gesellschaft wird zwar davon auszugehen sein, dass ein doch außergewöhnliches Maß an zielgerichtetem Handeln entgegen den Gläubigerinteressen Voraussetzung sein wird, um eine Exkulpation auszuschließen. Dennoch ist mit der Neuregelung das Kostenrisiko für den unredlichen Gesellschafter deutlich gestiegen. Des Weiteren wird die Ablehnung mangels Masse durch das Insolvenzgericht zumeist zu insolvenzstrafrechtlichen Ermittlungen führen,⁷⁵⁴ da hier stets der Anfangsverdacht der Insolvenzverschleppung erfüllt sein wird. Im Zuge der staatsanwaltschaftlichen Prüfung des Gutachtens des vorläufigen Insolvenzverwalters ist damit zu rechnen, dass mögliche gesellschaftsrechtliche Verstöße der Gesellschafter und der Geschäftsführung aufgedeckt werden. Damit droht als Sanktion der Insolvenzverschleppung der Wegfall der haftungsbeschränkenden Privilegien, wodurch sich die Gläubiger der Gesellschaft unmittelbar an die Handelnden wenden können. Von den vermeintlichen Verlockungen der gezielten Ansteuerung einer masselosen Insolvenz ist folglich dringend abzuraten.

Andererseits ist natürlich auch denkbar, dass der redlich an der Sanierung der Gesellschaft interessierte Gesellschafter im Zuge des Insolvenzeröffnungsverfahrens erst feststellen muss, dass die Masse für ein Insolvenzverfahren nicht ausreicht. Wird dann nicht der Weg des Massezuschusses zwecks Erreichung einer zulänglichen freien Masse gewählt, da eventuell eine positive Entwicklung der Marktlage eine erfolgreiche Sanierung auch in Eigenregie aussichtsreich erscheinen lässt, kommt einerseits die Rücknahme des Insolvenzeröffnungsantrages in Betracht oder – in späterem Stadium – die Fortführung der Gesellschaft nach Abweisung des Verfahrens mangels Masse gemäß § 26 InsO. Das

⁷⁵³ *Hefermehl* in: MünchKommInsO, § 54, Rn. 32; *K.Schmidt*, NJW 2011, 1255, (1258); *Römermann*, NJW 2012, 645, (646).

⁷⁵⁴ *Kröpelin*, Die massearme Insolvenz, S. 63; *Frind*, NZI 2010, 749, (755 ff); *Haarmeyer*, ZInsO 206, 449, (449 f).

Thema erlangt zuletzt größere Bedeutung, da die Entwicklung in der Literatur⁷⁵⁵ inzwischen in die Richtung geht, die Fortsetzung der Gesellschaft auch nach Abweisung mangels Masse zuzulassen, wenn durch Kapitalzuführung die Gesellschaft wieder die Stammkapitalanforderungen erfüllt und somit wieder nach handelsgerichtlicher Prüfung den Status einer werbenden Gesellschaft erlangen kann. Hierbei wird zurecht der älteren, eine Fortsetzung des Insolvenzschuldners ablehnenden Rechtsprechung⁷⁵⁶ widersprochen, welche in diesen Fällen einen erneuten Gründungsvorgang verlangt, da letztlich der Gründungsvorgang nur zu einem weiteren Rechtsträger führt, ohne dass die registergerichtliche Kontrolle ausgeweitet wird. Auch bei der wiederauflebenden Gesellschaft findet schließlich eine richterliche Kontrolle der Kapitalaufbringung – hier zumeist Kapitalschnitt mit anschließender Kapitalerhöhung – statt.⁷⁵⁷ Somit ist grundsätzlich die Möglichkeit zu befürworten, dass redliche Wiederaufleben der werbenden Gesellschaft zu ermöglichen. In Anerkennung der potentiell verkehrsschädigenden Gestaltungsmöglichkeiten ist jedoch die handelsregisterliche Prüfung dahingehend zu ergänzen, dass die Gesellschaft gezwungen wird, vor erneuter Eintragung – als Schlussakt der Liquidatoren – sämtliche Gläubiger, die sich haben gerichtlich registrieren lassen, über die Wiederaufnahme zu informieren.

B. Übertragende Sanierung

Unternehmensfortführung bedeutet in der deutschen Insolvenzverfahrenspraxis noch immer zumeist Betriebsfortführung. Das ordentliche Insolvenzverfahren durch Trennung der Aktiva und Passiva und anschließender Liquidation des alten Rechtsträgers stellt weiterhin den Verfahrensweg für den weit überwiegenden Teil der Insolvenzverfahren dar.⁷⁵⁸ Der Insolvenzverwalter wird dabei bereits im Stadium der Gutachtenserstellung, nach Antragstellung auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, beginnen, nach potentiellen Käufern für möglichst integrierte und wesentliche Teile des Unternehmens zu suchen. Findet sich ein geeigneter Investor, der bereit ist, den gesamten Betrieb oder wesentliche Teile davon zu übernehmen, kommt es zunächst vor allem auf Schnelligkeit an, denn die Insolvenz der Gesellschaft ist fast zwangsläufig mit negativen Auswirkungen auf der Markt- und Liefe-

⁷⁵⁵ *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 60, Rn. 54; *Kallweit*, NZG 2009, 1416, (1417); *Haas* in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, § 60, Rn. 91.

⁷⁵⁶ Etwa BayObLG, NJW-RR 1996, 417, (417).

⁷⁵⁷ *Taurus/Janner* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 20, Rn. 26; *R.Paulus.*, DZWIR 2008, 6, (6 f); *Kallweit*, NZG 2009, 1416, (1417).

⁷⁵⁸ *Pfaffenholz/Kranzusch*, Insolvenzplanverfahren, S. 2; *Arends/Hofert-von Weiss*, BB 2009, 1538, (1538); Lediglich 1% der Insolvenzverfahren der Jahre seit Einführung der InsO wurden durch Insolvenzplan saniert, *Römermann*, GmbHR 2012, 421, (422).

rantenseite des Unternehmens verbunden.⁷⁵⁹ Einerseits muss der fortgeführte Betrieb möglichst reibungslos funktionieren, um zu verhindern, dass diese Reputationsschäden kurzfristig den noch verbliebenen Unternehmenswert aufzehren. Die hierzu notwendigen umfassend vertrauensbildenden Maßnahmen gegenüber dem Markt – aber auch gegenüber den Leistungsträgern des Unternehmens – sollten den werterhaltenden Mittelpunkt der verwalterischen Tätigkeit darstellen. Danach rückt die Realisierung des freien Betriebswertes zugunsten der Insolvenzmasse in den Mittelpunkt. Es ist offensichtlich, dass dieser Prozess in möglichst kurzer Frist zu einem Abschluss gebracht werden muss. Nach Abschluss des Prüfungsverfahrens mit Eröffnung des eigentlichen Insolvenzverfahrens haftet der Insolvenzverwalter gemäß § 61 InsO persönlich für die neu einzugehenden Verbindlichkeiten der Insolvenzmasse – ein Risiko, welches nur wenige Verwalter gewillt oder in der Lage sind zu tragen. Zudem endet zumeist⁷⁶⁰ spätestens 3 Monate nach dem Eröffnungsantrag der Insolvenzausfallgeldanspruch gemäß § 165 SGB III der Arbeitnehmer der Schuldnerin, womit anschließend eine erhebliche Mehrbelastung der Masse in Kauf zu nehmen wäre. Diese Faktoren sind am Markt bekannt und erhöhen den Abwärtsdruck bei der Preisverhandlung. Somit stellt sich für den das Insolvenzverfahren gestaltend begleitenden Gesellschafter die Frage, wie die Preisfindung und Transaktionsdurchführung bei der übertragenden Sanierung im eigenen Interesse zu einem optimalen Ergebnis zu führen ist. Wann wurde ansonsten ein Betriebsteil zu „günstig“ abgegeben? § 163 InsO stellt zudem die Veräußerung wesentlichen Vermögens und insbesondere ganzer Betriebsteile der Schuldnerin unter den Vorbehalt der Genehmigung durch die Gläubigerversammlung, womit teilweise eine weitere Komplikation des Einigungs- und Veräußerungsverfahrens erfolgen kann.

I. Betriebsübernahme (Asset Deal)

Die Veräußerung des gesamten Betriebes eines krisenbefangenen oder insolventen Rechtsträgers stellt eine Möglichkeit dar, den Betrieb von Altlasten befreit fortzuführen und dabei eine detaillierte Auswahl zwischen gewünschten und unerwünschten Vermögenswerten, aber auch – kaufpreisreduzierend anzusetzenden – Verbindlichkeiten zu treffen.⁷⁶¹ Dabei sind jedoch neben der die Auswahl der Vermögenswerte und Schulden begleitenden betriebswirtschaftlichen *Due Diligence* auch einige gesetzliche Risiken zu beachten.

⁷⁵⁹ Arends/Hofert-von Weiss, BB 2009, 1538, (1539); Pfaffenholz/Kranzusch, Insolvenzplanverfahren, S. 21; Lubos, DStR 1999, 951, (954).

⁷⁶⁰ Sofern nicht bereits vor Insolvenzantragsstellung offene Gehälter stehen geblieben sind, welche bereits zu finanzieren sind.

⁷⁶¹ Taurus/Janner in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 17, Rn. 128; Picot in: Römermann MAH-GmbH-Recht, § 21, Rn. 108 ff; Morshäuser/Falkner, NZG 2010, 881, (883).

Von besonderer Bedeutung sind dabei die mögliche Haftung gegenüber dem Rechtsverkehr für Altverbindlichkeiten gemäß 25 HGB sowie die arbeitsrechtlichen Haftungsregeln des § 613a BGB. Kein Risiko droht aus der (Quoten-)Haftung für offene Steuerverbindlichkeiten gemäß § 74 AO, da diese stets an den Rechtsträger und damit nur das abgebende Unternehmen gebunden ist.

Je nach Ausgestaltung und vor allem dem Durchführungszeitpunkt der Transaktion sehen sich die Parteien – und damit auch der fortführungswillige Gesellschafter – mit unterschiedlichen Szenarien konfrontiert.

Aus finanzieller Perspektive kommt der möglichen Haftung des Erwerbers für Altverbindlichkeiten des abgebenden Rechtsträgers gemäß § 25 HGB die herausragende Bedeutung zu. Auf eine haftungsbegründende Firmenfortführung wird dann zu erkennen sein, wenn der Rechtsverkehr infolge der Art und Weise der Betriebsübernahme und -fortsetzung den Eindruck gewinnen musste, dass der neue Rechtsträger den Betrieb in Kontinuität und weitgehend gleichem Umfang fortsetzen wollte.⁷⁶² Der Erwerber haftet in diesen Fällen nicht nur mit dem erworbenen Betriebsvermögen, sondern mit seinem gesamten Vermögen, worin jedoch bei sinnvoller Gestaltung durch eine individuelle rechtspersönliche Ummantelung des erworbenen Betriebs und der rechtzeitigen handelsregisterlichen Bekanntgabe eines Haftungsausschlusses gemäß § 25 Abs. 2 HGB keine unerwartete zusätzliche Haftungsausweitung zu verorten sein wird.

Die Anwendung der Haftung gemäß § 25 HGB erfolgt nur auf solche Betriebe, die als Handelsgewerbe geführt werden. Auf diese Einschränkung wird an dieser Stelle jedoch nicht weiter einzugehen sein, da die Voraussetzungen für einen überwiegenden Teil der in Frage kommenden Betriebe erfüllt sein werden.

Des Weiteren ist bei der Übernahme eines nach Art und Umfang zumindest erheblichen Betriebsteils darauf zu achten, dass die betroffenen Mitarbeiter des Betriebes einen Übernahmeanspruch zu ihren bestehenden Vertragskonditionen (Tarifvertrag des abgebenden Unternehmens) aus § 613a BGB haben. Aufgrund der in der Vergangenheit bereits intensiv geführten arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten bei Betriebsübergängen von insolventen Unternehmen, hat sich in Deutschland die Praxis der Einrichtung von Transfergesellschaften etabliert,⁷⁶³ die einen für den Erwerber rechtssicheren, da freiwilligen Abbau von Arbeitsplätzen als Teil einer Betriebsintegration oder -sanierung ermöglicht und gleichzeitig

⁷⁶² *Reul/Heckschen/Wienberg* Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, Teil O, Abs. IV.1; *Wamser* in: *Henssler/Strohn* Gesellschaftsrecht, § 25 HGB, Rn. 4.

⁷⁶³ Zu den formalen Voraussetzungen der Gründungs- und Betriebsanforderungen einer Transfergesellschaft siehe *Wellensiek*, NZI 2005, 603, (603 ff); *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (7).

negative Motivationseffekte bei der verbleibenden Belegschaft des Betriebs vermeiden kann. Die erheblichen Konsequenzen eines Scheiterns der Einrichtung einer Transfergesellschaft auf die Durchführbarkeit einer Betriebsfortführung sind im aktuellen Fall Schlecker eK nur zu deutlich geworden.⁷⁶⁴

Kommt die Einrichtung einer Transfergesellschaft jedoch nicht in Betracht, ist für die zumindest haftungsbegrenzende Durchführung des Betriebsübergangs im Zuge eines Insolvenzverfahrens im Wesentlichen der Zeitpunkt der Durchführung entscheidend. Die allgemeine Statthaftigkeit betrieblich bedingter Kündigungen steht dabei nicht in Frage. So hat das BAG⁷⁶⁵ grundsätzlich festgestellt, dass Kündigungen bei einem Betriebsübergang anhand eines Sanierungskonzeptes des Erwerbers zulässig sind, wenn ein detaillierter Sanierungsplan des Erwerbers vorliegt, der eine Reduzierung der Beschäftigten vorsieht. § 613a BGB schützt insofern nur vor der willkürlichen Übernahme einzelner Leistungsträger im Rahmen der Übertragung bei Kündigung der verbleibenden Arbeitnehmer. Wenn dagegen auch nach dem Betriebsübergang eine betriebsbedingte Kündigung zulässig wäre, kann diese auch bereits durch den Insolvenzverwalter ausgesprochen werden.⁷⁶⁶

Ein Wiedereinstellungsanspruch nach Kündigung durch den Insolvenzverwalter mit verkürzter Frist gemäß § 113 Abs. 1 InsO bei anschließender Betriebsübertragung wird mit guter Begründung abgelehnt.⁷⁶⁷ Der – stark wirtschaftspolitisch geprägten – Einzelmeinung⁷⁶⁸, wonach eine sanierungsförderliche Auslegung von § 613a BGB grundsätzlich abzulehnen ist, ist entgegenzuhalten, dass dem folgend offensichtlich Feuer mit Feuer bekämpft werden soll. Die Unterstellung räuberischer Ausbeutungsententionen, die er bei manch einem Investor übertragender Sanierungen vermutet, mag manchmal sogar zutreffend sein. In der Konsequenz aber jeglichen – marktwirtschaftlich unzweifelhaften – Zusammenhang zwischen Arbeitskonditionen und Nachfrage nach Arbeitskraft (und damit der Anzahl zu übernehmender Arbeitskräfte in der übertragenden Sanierung) zu verneinen, legt die stark ideologische Prägung dieser Stellungnahme offen.⁷⁶⁹ Die Stoßrichtung des Gesetzgebers bei der Normsetzung war vielmehr, der – zu Lasten der Arbeitnehmer – gestaltenden Betriebsübernahme zwischen gesunden Rechtsträgern vorzubeugen, denn in der Insolvenz des Rechtsträgers Auffanglösungen zusätzlich zu erschweren. Die Litera-

⁷⁶⁴ Mit deutlicher Kritik am aktuellen Recht durch den Insolvenzverwalter Andreas Geiwitz <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/insolvenz-schlecker-hat-kaum-geld-uebrig-fuer-glaeubiger/7083136.html>.

⁷⁶⁵ BAG, NZA 2003, 1027, (1027 ff).

⁷⁶⁶ *Hamacher* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 128, Rn. 39 ff; *Wellensiek*, NZI 2005, 603, (605); *Fuchs* in: BeckOK BGB, § 613a, Rn. 32.

⁷⁶⁷ *Müller-Glöge* in: MünchKommBGB, § 613a, Rn. 177; *Uhlenbruck*, BB Beilage 2004, 2, (7); *Krieger/Willemsen*, NZA 2011, 1128, (1131).

⁷⁶⁸ *Bichlmeier*, DZWIR 2006, 89, (89 ff).

⁷⁶⁹ *Bichlmeier*, DZWIR 2006, 89, (93).

tur⁷⁷⁰ deutet zu Recht darauf hin, dass hier der Schaden durch eine restriktive Auslegung des § 613a BGB mehr Arbeitsplätze vernichtet als sichert und empfiehlt zustimmungswürdig (auch *de lege ferenda*), den Betriebsübergang bereits in der Insolvenz des Rechtsträgers nicht unter den Begriff des „Verkaufs“ des § 613a BGB zu subsumieren.

1. Durchführung vor Insolvenzantragsstellung

Wird eine übertragende Sanierung im Wege des *Asset Deal* vor Insolvenzantragstellung der Gesellschaft – sozusagen als letzter Ausweg – vereinbart und durchgeführt, setzt sich der Käufer einem nicht zu unterschätzenden Haftungsrisiko für den Fall aus, dass die Gesellschaft anschließend doch noch in Insolvenz fällt.⁷⁷¹ Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung können in diesem Fall einer Prüfung durch den Insolvenzverwalter unterliegen. Obwohl den Insolvenzverwalter dabei sowohl hinsichtlich der unmittelbaren Benachteiligung wie auch hinsichtlich der positiven Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit die Beweislast trifft, droht dem Käufer häufig die Anfechtung des Kaufvertrages und damit die umfassende Rückgewähr der erworbenen Vermögenswerte.⁷⁷² Dies gilt umso mehr, da gerade *Asset Deals* mit krisenbefangenen Gesellschaften in der Praxis mit erheblichen Wertabschlägen auf die veräußerten Vermögenswerte durchgeführt werden. Hinsichtlich seiner Forderung auf Rückgewähr des Kaufpreises ist er dann zumeist Insolvenzgläubiger. Grundsätzlich ist der Erstattungsanspruch zwar Masseforderung, jedoch nur insoweit die Masse noch in Höhe des Kaufpreises bereichert ist. Sofern – wie in der Praxis üblich – der Betrag des Kaufpreises bereits verbraucht ist, bleibt statt der Masseforderung nur die Insolvenzforderung.

Da der Käufer regelmäßig im direkten Anschluss an den Kauf der Vermögenswerte mit der unternehmerischen Integration beginnt, wird die Rückabwicklung des *Asset Deal* außerdem üblicherweise mit zusätzlichen *sunk-costs* verbunden sein, die noch zum Verlust der werthaltigen Kaufpreistrückforderung aufzuaddieren sind.

Es bleibt also festzuhalten, dass die Übertragende Sanierung im Wege des *Asset Deal* vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens für den Investor mit erheblichen und nur schwer zu kontrollierenden Risiken verbunden ist und daher in der Praxis auch keine tatsächliche Rolle spielt. Notverkäufe kurz vor einer drohenden Insolvenz werden üblicherweise im

⁷⁷⁰ Paulus, DStR 2004, 1568, (1570 f).

⁷⁷¹ Einige Beispiele möglicher Risiken bei *Picot* in: Römermann MAH-GmbH-Recht, § 21, Rn. 108 ff; Menke, BB 2003, 1133, (1133).

⁷⁷² Heckschen in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil O, Rn. 46; Tautor/Janner in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 17, Rn. 132; Menke, BB 2003, 1133, (1133 f).

Wege bilanzsanierender Kapitalschnitte mit anschließenden Kapitalerhöhungen durchgeführt.⁷⁷³

2. Durchführung zwischen Insolvenzantragsstellung und Verfahrenseröffnung

Aufgrund der Bestandserhaltungsfunktion des § 21 InsO ist der vorläufige Insolvenzverwalter nach Insolvenzantragsstellung – gleich welcher Insolvenztatbestand zur Antragsstellung geführt hat – verpflichtet, die Insolvenzmasse vor Masseschmälerungen zu schützen und damit das Feld für das eigentliche Verfahren nach Beschluss des zuständigen Insolvenzgerichts zu bereiten.

Zu unterscheiden ist hinsichtlich der möglichen Haftung des Unternehmenskäufers aufgrund unmittelbar nachteiliger Rechtshandlung zwischen der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters als sog. schwachem oder starkem vorläufigem Insolvenzverwalter. Während der schwache vorläufige Insolvenzverwalter nicht bereits die Verwaltungs- und Verfügungsmacht über das Schuldnervermögen erhält, wird dem Schuldner im Falle der Bestellung eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters ein allgemeines Verfügungsverbot gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO auferlegt. Nur der starke vorläufige Insolvenzverwalter kann somit anfechtungsfeste Verfügungen über die Masse vornehmen, während Investoren in Bezug auf Rechtsgeschäfte mit dem Schuldner oder dem schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter weiterhin die Haftungsrisiken, wie unter 1. beschrieben, tragen.⁷⁷⁴ Dies gilt sogar dann, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung auch zum Insolvenzverwalter bestellt wird. Er ist an seine Zustimmung zum Verkauf wesentlicher Vermögenswerte nur dann gebunden, wenn er beim Käufer schutzwürdiges Vertrauen auf den Bestand der Verfügung hervorgerufen hat, was regelmäßig dann nicht der Fall ist, wenn der Käufer um die Eigenschaft des vorläufigen Insolvenzverwalters als nicht Verfügungsberechtigtem Insolvenzverwalter wusste.⁷⁷⁵

Doch auch der starke vorläufige Insolvenzverwalter ist nicht unbeschränkt befugt, Veräußerungen von wesentlichen Vermögenswerten des Unternehmens zu veranlassen. Die Bestandserhaltungsfunktion des § 21 InsO verpflichtet auch den starken vorläufigen Insolvenzverwalter zur möglichst intakten Erhaltung der Insolvenzmasse. In Rechtsprechung⁷⁷⁶

⁷⁷³ Waldner in: Michalski GmbHG, Vorb. zu §§ 58 - 58 f, Rn. 7; Taurus/Janner in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 20, Rn. 26; R.Paulus., DZWIR 2008, 6, (6 f); Kallweit, NZG 2009, 1416, (1417).

⁷⁷⁴ Menke, BB 2003, 1133, (1135); Jedoch besteht auch hier die Anfechtbarkeit aufgrund unmittelbar nachteiliger Rechtshandlung gemäß § 132 InsO bei Verkauf der Vermögensgegenstände unter Wert. Siehe Uhlenbruck, BB Beilage 2004, 6, (2).

⁷⁷⁵ Heckschen in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil O, Rn. 46; Morshäuser/Falkner, NZG 2010, 881, (882 f); Menke, BB 2003, 1133, (1135).

⁷⁷⁶ Noch unter Geltung der Konkursordnung OLG Hamm, ZIP 1995, 50, (52).

und Literatur⁷⁷⁷ unbestritten ist nur seine Befugnis zur Veräußerung nicht fortführungsrelevanter Teilvermögen sowie solcher Vermögenswerte, deren ernsthafter Wertverlust unmittelbar zu befürchten steht.⁷⁷⁸ Inwieweit die Verfügungsbefugnis des starken vorläufigen Insolvenzverwalters auch die Verfügung in Form der Betriebsveräußerung umfasst ist in der Literatur⁷⁷⁹ teilweise streitig, wird jedoch größtenteils verneint. Der starke vorläufige Insolvenzverwalter haftet abseits der vorgenannten Ausnahmen persönlich für die gewissenhafte Erhaltung der Insolvenzmasse. Ist es also in den zuvor genannten Konstellationen das Haftungsrisiko des Käufers, das einen Unternehmenserwerb durch einen *Asset Deal* vor Verfahrenseröffnung verhindert, wird in der hier dargestellten Konstellation das persönliche Haftungsrisiko⁷⁸⁰ den vorläufigen starken Insolvenzverwalter zögern lassen, das Unternehmen ohne weiteren Verzug zu veräußern. Einen absolut anfechtungssicheren Ausweg bietet hier daher nur der direkte Weg über das Insolvenzgericht, mit der Bitte um die spezielle Ermächtigung des vorläufigen Insolvenzverwalters für das genau zu konkretisierende Rechtsgeschäft.⁷⁸¹ In der Praxis wird dieses Ansinnen jedoch häufig scheitern, da es die Insolvenzgerichte aus verfahrensökonomischen Gründen regelmäßig vorziehen, erst über den Antrag auf Verfahrenseröffnung zu entscheiden, statt sich bereits im Vorfeld mit Einzelfragen der Schuldnergesellschaft zu befassen. Es verbleibt in dieser Konstellation folglich als einzig sicher gangbarer Weg das Zuwarten auf die endgültige Entscheidung über die Verfahrenseröffnung.

Die dargestellten Haftungsrisiken lassen eine Unternehmensveräußerung im Wege des *Asset Deal* vor Verfahrenseröffnung im überwiegenden Teil aller Fälle scheitern, unabhängig davon, ob ein schwacher oder starker vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt ist. Die Möglichkeiten einer werterhaltenden, da zügigen Veräußerung des sich in Auflösung befindlichen Unternehmens wird zudem dadurch behindert, dass eine Verfügung zum Verkauf des Unternehmens grundsätzlich der Zustimmung des Insolvenzgerichts bedarf.

3. Durchführung zwischen Verfahrenseröffnung und Berichtstermin

Mit erfolgtem Eröffnungsbeschluss des zuständigen Insolvenzgerichts geht die Verwaltungs- und Verfügungsmacht über die Gesellschaft und deren Vermögen gemäß § 80 Abs.

⁷⁷⁷ Bei drohender erheblicher Entwertungsgefahr bejahend *Menke*, BB 2003, 1133, (1136); *Schmerbach* in: FK-InsO, § 22, Rn. 26.

⁷⁷⁸ Dieses trifft regelmäßig auf verderbliche Waren oder umfangreiche kostspielige Lagerhaltung zu.

⁷⁷⁹ *Ampferl*, Der „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter in der Unternehmensinsolvenz, S. 177 ff; *Laroche*, NZI 2010, 965, (966); *Menke*, BB 2003, 1133, (1135).

⁷⁸⁰ *Morshäuser/Falkner*, NZG 2010, 881, (882 f); *Menke*, BB 2003, 1133, (1137 f); *Ampferl*, Der „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter in der Unternehmensinsolvenz, S. 178.

⁷⁸¹ *Laroche*, NZI 2010, 965, (966); *Menke*, BB 2003, 1133, (1137); Auch die Erwerberseite wird dieses verlangen, wie empfohlen von *Morshäuser/Falkner*, NZG 2010, 881, (883).

1 InsO auf den Insolvenzverwalter über. Dabei besteht grundsätzlich weiterhin die Sicherungspflicht des schuldnerischen Vermögens bis mindestens zum Tage der durch das Insolvenzgericht festgesetzten ersten Gläubigerversammlung (Berichtstermin). Eine direkte Berechtigung zur Veräußerung des Betriebes hat der Insolvenzverwalter dabei nicht, selbst wenn im Laufe des Eröffnungsverfahrens häufig bereits mit dem avisierten Erwerber eine Einigung über die Erwerbskonditionen erzielt wurde und die Veräußerungsabsicht im Gutachten des vorläufigen Insolvenzverwalters für das Insolvenzgericht bereits aufgezeigt wurde.⁷⁸² Die noch Teil des Regierungsentwurfs zur InsO⁷⁸³ gewesene Berechtigung des endgültigen Verwalters, den Betrieb nach Verfahrenseröffnung nicht nur frei entscheidend stilllegen zu können, sondern auch ohne Zustimmung der Gläubigerversammlung oder eines eventuell eingerichteten vorläufigen Gläubigerausschusses veräußern zu dürfen, ist leider nicht in das Gesetz übernommen worden.⁷⁸⁴ Damit trifft den Verwalter im Falle der Ablehnung einer vor dem Berichtstermin durchgeführten und anschließend nicht genehmigten Betriebsveräußerung eine umfassende persönliche Haftung, wobei diese eher theoretischer Natur ist, da sich der Verwalter aufgrund seines Überblicks über die verfügbaren Gebots-Alternativen der verschiedenen Interessenten gut wird exkulpieren können. Dennoch wird dieses potentielle Risiko gerade in wenig öffentlichkeitswirksamen Fällen, in denen kein vergleichsweise deutlicher öffentlicher Druck auf dem Verwalter lastet, häufig zu risikominimierendem Handeln verleiten, ohne dass tatsächlich tragende Gründe des Gläubigerschutzes für die Verzögerung sprechen. Insofern ist *de lege ferenda* zu fordern, die §§ 158 ff InsO doch dahin zu erweitern, dass der Verwalter berechtigt wird, das Unternehmen bereits zwischen Verfahrenseröffnung und Berichtstermin gleichberechtigt stillzulegen wie auch zu veräußern,⁷⁸⁵ um so der schleichenden Entwertung durch Verlust von Mitarbeitern und Kunden vorzubeugen.

Kein Risiko hinsichtlich einer möglichen Rückabwicklung des Betriebserwerbs trifft dagegen den Käufer, da die Verfügungen des endgültigen Insolvenzverwalters im Außenverhältnis grundsätzlich bindend sind. Wird zudem die Rechtskraft des Erwerbs erst in den Zeitraum nach Eröffnung des Hauptverfahrens gelegt, entsteht zudem der Vorteil des Wegfalls einer Haftung des Erwerbers für Altverbindlichkeiten aus Pensionsansprüchen der übernommenen Arbeitnehmer aufgrund teleologischer Reduktion des § 613a BGB.⁷⁸⁶ Trotz der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 613a BGB hinsichtlich der Übernahme-

⁷⁸² Andres in Andres/Leithaus InsO Kommentar, § 158, Rn. 6 ff; Heckschen in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil O, Rn. 49 f.

⁷⁸³ Abschließende Begründung in BT-Drs. 12/2443, S. 173.

⁷⁸⁴ Menke, BB 2003, 1133, (1137 f); Durch das Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens ist die rechtssichere Durchführung zusätzlich erschwert worden kritisiert Heckschen in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil O, Rn. 49.

⁷⁸⁵ So auch Menke, BB 2003, 1133, (1139).

⁷⁸⁶ BAG, NJW 2007, 820, (821); Steffan in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, § 613a BGB, Rn. 235

und Fortsetzungsansprüche wird die Rückwirkung der Haftung auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung / Betriebsübernahme begrenzt. Auch eine mögliche Haftung für Alt-Verbindlichkeiten aufgrund Fortführung der Firma gemäß § 25 HGB kommt ab dem Datum der Hauptverfahrenseröffnung nicht mehr in Betracht.⁷⁸⁷ Begründet wird dies mit der andernfalls indirekt erreichten Ungleichbehandlung der Gläubigergesamtheit des insolventen Rechtsträgers. Ließe man eine Haftung des Betriebsübernehmers aus § 25 HGB zu, erfolgte eine künstliche Zweiteilung der Gesellschaftspassiva. Die Passiva mit direkter Zuordnung zum übertragenen Betrieb würden durch den Übernehmer bedient, wodurch diese Passiva bei der Ermittlung des Kaufpreises des Betriebs durch den Erwerber voll in Abzug gebracht würden und somit der Insolvenzmasse für den Betrieb nur ein deutlich reduzierter Ertrag zufließen würde.⁷⁸⁸ Im Sinne der Gläubigergleichbehandlung scheidet eine Haftung gemäß § 25 HGB nach Eröffnung des Hauptverfahrens damit grundsätzlich aus.

4. Durchführung nach dem Berichtstermin

Erfolgt die Betriebsveräußerung erst im Anschluss an die Durchführung der ersten Gläubigerversammlung, welche im Zuge des Berichtstermins der vorgeschlagenen Veräußerung zugestimmt hat, kann hinsichtlich der Haftungsverhältnisse und Verbindlichkeit im Außenverhältnis vorverwiesen werden auf die Veräußerung direkt nach Eröffnung des Hauptverfahrens. Eine enthaftende Wirkung entfaltet die Einholung der Genehmigung durch den Gläubigerausschuss (im Nichtbestehensfall tritt an dessen Stelle die Gläubigerversammlung) einzig für den Insolvenzverwalter, da die Verwertung nun schließlich in direkter Umsetzung der Beschlüsse der Gläubigergesamtheit erfolgt.⁷⁸⁹ Es ist daher nachvollziehbar, dass in der Praxis nur wenige Insolvenzverwalter vor Einsetzung zumindest eines vorläufigen Gläubigerausschusses einen verbindlichen Betriebsveräußerungsvertrag schließen werden.⁷⁹⁰ Zu gering ist regelmäßig die Kenntnis des individuellen Marktes und der Preisfindung für den zu veräußernden Betrieb.

Der Vorteil der allseitigen Rechtssicherheit nach Zustimmung der Gläubigervertretung wird jedoch zu dem Preis erkauft, dass zwischen Hauptverfahrenseröffnung und Berichtstermin zumeist erneut 6 - 8 Wochen Zeit verstreichen, in denen der fortgeführte Betrieb weiterhin in Unsicherheit über die Fortbestandsperspektiven existiert – mit all den damit verbunde-

⁷⁸⁷ BGH, NJW-RR 2009, 820; (820); BAG, NJW 2007, 942, (943); *Morshäuser/Falkner*, NZG 2010, 881, (886).

⁷⁸⁸ *Wamser* in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 25 HGB, Rn. 6; *Arends/Hofert-von Weiss*, BB 2009, 1538, (1541); *Menke*, BB 2003, 1133, (1138).

⁷⁸⁹ *Heckschen* in: Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Teil O, Rn. 51; *Morshäuser/Falkner*, NZG 2010, 881, (881 f); *Menke*, BB 2003, 1133, (1139 f).

⁷⁹⁰ Dies wird von *Arends/Hofert-von Weiss*, BB 2009, 1538, (1541) ausdrücklich begrüßt, wobei die deutliche Verfahrenslähmung im vermeintlichen Interesse der Gläubiger in Kauf genommen wird.

nen negativen Konsequenzen auf die Marktaußenwirkung sowie die Motivation und Einsatzbereitschaft der Leistungsträger im Unternehmen. Wenn letztlich die absolute Rechtssicherheit für alle verfahrensbeteiligten Entscheidungsträger zu dem Preis einer weitgehenden Entwertung der betrieblichen Aktiva erkaufte wird, muss zumeist anerkannt werden, dass zu lange zugewartet wurde.⁷⁹¹

II. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium

Dem Wesen des Gegenstands dieses Abschnitts entsprechend betreffen die eigentlichen Einflussnahme- und Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne der Gesellschafter den Prozess der Abwicklung einer sanierenden Betriebsübertragung im Vorfeld der Insolvenz und entscheidender im eigentlichen Hauptverfahren selbst.

Unabhängig davon können die Rahmenbedingungen, aus denen heraus ein sanierungs- und fortführungsinteressierter Gesellschafter seine Teilnahme am Bieterverfahren für die zur Veräußerung stehenden Betriebsteile gestalten kann, auch im Vorfeld der Insolvenz, ja bereits in der Gründungsstrukturierung der Gesellschaft positiv beeinflusst werden. Grundlage einer solchen Strukturierung ist die – häufig auch aus steuerlichen Gründen gewählte – Aufspaltung des Unternehmens in eine Besitzgesellschaft, welche die wesentlichen Vermögenswerte des Unternehmens hält und eine Betriebsgesellschaft, welche im Markt auftritt, Mitarbeiter beschäftigt, um den Betrieb zu führen und die dafür notwendigen Aktiva von der Besitzgesellschaft mietet. Damit erfolgt regelmäßig auch eine Aufteilung der Passiva in die langfristige Aktiva-Finanzierung der Besitzgesellschaft sowie die kurzfristige Finanzierung des Umlaufvermögens in der Betriebsgesellschaft. Führt dann eine wirtschaftliche Schieflage der Betriebsgesellschaft, welche nicht die komplette Geschäftsidee des Unternehmens in Frage stellt, zu einer Insolvenz der Betriebsgesellschaft, kann das Unternehmen aufgrund der weitgehenderen Unbefangenheit der Besitzgesellschaft von der Insolvenz durch Übernahme der fortzuführenden Betriebsteile der alten Betriebsgesellschaft in eine neu zu gründende Betriebsgesellschaft (sog. Auffanggesellschaft) mit mehr Kontrolle der Gesellschafter über das Verfahren fortgeführt werden.⁷⁹² Hier nicht näher zu thematisieren, jedoch kritisch anzumerken, sind die zu erwartenden negativen Reaktionen aus dem Markt und seitens des Insolvenzverwalters auf eine solcherart „zum Scheitern geborenen“ Unternehmensstruktur. Deutlich sichtbare vertrauensschaffende Maßnahmen gegenüber dem Markt und eine gewisse Großzügigkeit gegenüber dem In-

⁷⁹¹ Reul/Heckschen/Wienberg *Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis*, Teil O, Abs. VI.

⁷⁹² Die Modelle und Möglichkeiten der Auffanggesellschaft bei Nerlich/Rhode in: Nerlich/Kreplin *Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz*, § 4, Rn. 144; Sinz in: *MünchKommInsO*, § 249, Rn. 16 f; Lieder, *DZWIR* 2004, 452, (452 ff).

solvenzverwalter der alten Betriebsgesellschaft sind damit der betriebswirtschaftliche Preis des höheren Maßes an Einflussnahmemöglichkeiten.

Auf juristischer Seite ist beim Erwerb wesentlicher betrieblicher Aktiva durch die neue Betriebsgesellschaft § 162 InsO zu beachten. Vor dem Hintergrund des seitens des Gesetzgebers erkannten Risikos einer nicht marktkonformen Preisfindung bei der Veräußerung an der Insolvenzschuldnerin nahe stehende (juristische) Personen⁷⁹³, wird der Veräußerungsvorgang für seine Wirksamkeit ausdrücklich an die Zustimmung der Gläubigerversammlung geknüpft.

III. Risiken in der Insolvenz

Beschließen der oder die Gesellschafter der Insolvenz-Schuldnerin durch Gründung einer Auffanggesellschaft für den Erwerb des Betriebes und die Fortführung des Unternehmens zu bieten und erhalten dafür die Zustimmung der Gläubigerversammlung, § 162 InsO, erwächst ihnen insbesondere im Falle der Durchführung und Kommunikation der Transaktion vor Eröffnung des Hauptverfahrens der Insolvenz ein besonderes Haftungsrisiko aus der Haftung für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft nach § 25 HGB. Die Identität der Handelnden der neuen Gesellschaft mit denen der „alten“ Insolvenzschuldnerin, gepaart mit der möglicherweise namentlich weitgehenden Identität der Firma, begründen eher ein schutzwürdiges Vertrauen im Markt. Es sollte daher ein besonderes Augenmerk auf die detaillierte Kommunikation des Wechsels des Rechtsträgers und auf den Ausschluss der Haftung für Altverbindlichkeiten gerichtet werden. Neben einer klaren Mitteilung an alle Geschäftspartner des Unternehmens und der kurzfristig erfolgenden Eintragung im Handelsregister kommt die ergänzende Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger in Betracht⁷⁹⁴ um sicherzustellen, dass keine betriebliche Kontinuität im Sinne des § 25 HGB erkannt werden kann und so der Haftungsausschluss des § 25 Abs. 2 HGB wirksam wird.

Des Weiteren muss die betriebliche Kontinuität jedoch auch in einem weiteren Punkt durchbrochen werden, der in der Praxis häufig unbeachtet bleibt, jedoch – je nach Breite und Spezialität der Kundenstruktur des Unternehmens – ebenfalls ein erhebliches finanzielles und auch wettbewerbsrechtliches Risiko in sich trägt. Wird mit dem Insolvenzverwalter nicht der Erwerb des (Immaterialgüterrecht-ähnlich geschützten) Kundenstamms vereinbart, was gerade im Falle von Betriebsaufspaltungen in mehrere selbstständige wirtschaftliche und rechtliche Einheiten teilweise unterbleibt, ist die Fortnutzung der bekann-

⁷⁹³ *Andres* in *Andres/Leithaus InsO Kommentar*, § 162, Rn. 1; *Heckschen* in: *Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis*, Teil O, Rn. 51.

⁷⁹⁴ So auch *Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis*, Teil O, Abs. IV.1.

ten Kontakte nur eingeschränkt zulässig. Wird in dieser Konstellation ohne Rücksprache mit dem Eigentümer des Kundenportfolios aggressive Alt-Kundenansprache betrieben, droht nach § 4 Nr. 10 UWG (wenn auch schwierig der Höhe nach beweisbarer) Schadenersatz bis hin zur Wettbewerbssperre infolge Klage des Eigentümers oder des Insolvenzverwalters. Während der Insolvenzverwalter allerdings regelmäßig primär an einer Ablösezahlung interessiert sein wird, kann die – eher im Interesse eines nun rechtlich selbstständigen anderen ehemaligen Teilbetriebs liegende – Wettbewerbssperre ein erhebliches Kostenrisiko des Erwerbers begründen. Eine diskrete Kommunikation der gesellschaftsrechtlichen Veränderungen am Markt und vor allem die rechtlich sensibilisierende Schulung des Vertriebspersonals sind daher dringend notwendig um sicherzustellen, dass die Ansprache der Kunden im Wege einer „künstlichen Erstansprache“ erfolgt.

Treten der oder die Gesellschafter der insolventen Gesellschaft dagegen nicht selbst im Interesse einer Fortführung des Unternehmens unter eigener Herrschaft als Kaufinteressenten der wesentlichen Betriebsteile auf, sondern entscheiden sich für eine abschließende Zerschlagung und Verwertung der Gesellschaft, werden sie regelmäßig an einem möglichst hohen Verwertungserlös zumal der zur Sicherung dritter Gläubiger übereigneten Aktiva der Gesellschaft interessiert sein. Wie zuvor dargestellt, ist trotz absehbar sinkenden Erlöspotentialen der betrieblichen Aktiva im Zeitablauf vor Eröffnung des Hauptverfahrens durch das Insolvenzgericht zumeist nicht mit der Finalisierung der entsprechenden Verträge durch den Insolvenzverwalter und die interessierten Bieter zu rechnen, da die jeweiligen Haftungsrisiken dem im Wege stehen. Die teleologische Reduktion der Haftung aus § 613a BGB auf den Ausschluss der Haftung für Altverbindlichkeiten und dabei insbesondere Pensionsansprüche sowie die Enthftung für Altverbindlichkeiten aufgrund Fortführung der Firma gemäß § 25 HGB greift schließlich erst für solche Transaktionen, die nach Eröffnung des Hauptverfahrens vereinbart werden.⁷⁹⁵ Um dennoch einer unerwünschten Entwertung der Aktiva durch Zeitablauf entgegenzuwirken, empfiehlt es sich einerseits, bereits im Vorfeld der Hauptverfahrenseröffnung belastbare Vorverträge zwischen dem vorläufigen Insolvenzverwalter und einem konkreten Bieter unter Einschluss einer Vertragsstrafe für den Fall der einseitigen Aufkündigung (sog. *breakup fee*) schließen zu lassen. Andererseits sollte gerade auch in solchen Fällen auf die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses gedrängt werden, in denen infolge Nichterfüllung der wirtschaftlichen Kennzahluntergrenzen⁷⁹⁶ keine zwingende Einsetzung (§ 22a Abs. 1 In-

⁷⁹⁵ Thiessen in: MünchKommHGB, § 25, Rn. 36; Wamser in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, § 25 HGB, Rn. 6; Menke, BB 2003, 1133, (1138).

⁷⁹⁶ Diese Bedingungen erfüllen in Orientierung an den handelsrechtlichen Größenklassen alle Gesellschaften ab der Einstufung als „mittelgroße Kapitalgesellschaft“.

sO) erfolgt, um so im direkten Anschluss an die Hauptverfahrenseröffnung tätig werden zu können, statt auf den Berichtstermin zu warten zu müssen.

C. Unternehmensfortführung durch Insolvenzplan

Der wirtschaftliche Wandel typischer unternehmerischer Betätigung weg von der industriellen Instrumentalisierung immobilien und mobilen Sachanlagevermögens und hin zu einer intensiveren Verwertung immaterieller Vermögenswerte durch Dienstleistungsunternehmen ist als der Nukleus des ständig fortschreitenden Rückgangs der Liquidationserlöse und der Befriedigungsquoten in Unternehmensinsolvenzen zu verstehen.⁷⁹⁷ Dass sich die Rechtsordnung vor diesem Hintergrund von der Aufrechterhaltung der rein liquidationsorientierten Insolvenzpraxis wird lösen müssen, liegt auf der Hand. Wo immaterielle Vermögenswerte aufgrund ihrer speziellen Eigenschaften nur in der Unternehmensfortführung einen Vermögenswert haben, müssen folglich Wege gefunden werden, eine Gläubigerbefriedigung in der Unternehmensfortführung zu bewerkstelligen.⁷⁹⁸

In Fällen, da dem Betrieb des Schuldners also grundsätzlich eine zukünftig erfolgreiche wirtschaftliche Betätigung zugetraut wird und insofern eine Maximierung der Gläubigerbefriedigung durch die Erhaltung des Betriebs, anstelle seiner Liquidation zu erreichen sein wird, können zudem Gründe vorliegen, die einer hier ansonsten nahe liegenden übertragenden Sanierung durch Betriebsveräußerung entgegenstehen. Zu nennen sind hierbei insbesondere existierende Verlustvorträge, die bei dem Betriebsübergang durch den Wechsel des Steuerschuldners verloren gehen würden, wie auch Patente und Lizenzen, die an die Person des Schuldners gebunden sein können.⁷⁹⁹ Hier können dann die grundsätzlichen wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine Unternehmensfortführung unter Erhalt der Rechtspersönlichkeit des Insolvenzschuldners vorliegen. Das zu diesem Zweck geschaffene Insolvenzplanverfahren bildet den Kern der aktuellen Novellierung des Insolvenzrechts in Deutschland.⁸⁰⁰ Grundsätzlich am amerikanischen Verfahren nach Chapter 11 BC angelehnt, hat das Verfahren zum Ziel, in Bedrängnis geratenen Unternehmen eine gesetzlich begünstigte Restrukturierungsmöglichkeit zu bieten.⁸⁰¹ Ziel ist die Erhaltung des überlebensfähigen Teils der insolventen wirtschaftlichen Einheit mitsamt ihren Arbeitsplätzen, wenn dieses zugleich dem übergeordneten Ziel der Maximierung der Gläubigerbe-

⁷⁹⁷ Paulus, DStR 2002, 1865, (1866).

⁷⁹⁸ Eidenmüller/Engert, ZIP 2009, 541, (541); Paulus, ZGR 2005, 309, (314).

⁷⁹⁹ Zu weiteren relevanten Sachverhalten, die für eine Erhaltung der Alt-Gesellschaft sprechen vgl. Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 43 f.; Schwalme, DZWIR 2004, 230, (230); Eidenmüller, ZGR 2001, 680, (699).

⁸⁰⁰ BT-Drs. 12/2443, S. 9 f., „Ziele des Insolvenzverfahrens“.

⁸⁰¹ Wittig/Tetzlaff in: MünchKommInsO, vor §§ 270-285, Rn. 11; Gogger, Insolvenzgläubiger-Handbuch, § 2, Rn. 472; Wellensiek, BB 2000, 1, (5).

friedigung dient.⁸⁰² Grundsätzlich kann zwar im Rahmen eines Insolvenzplanes auch eine übertragende Sanierung angestrebt werden,⁸⁰³ etwa dann, wenn Eingriffe in die Rechte der absonderungsberechtigten Gläubiger für notwendig erachtet werden. Die klare gesetzgeberische Fokussierung dieses Instruments liegt jedoch auf der Erhaltung des Insolvenzschuldners.

Neben einer insgesamt positiven Aufnahme des neuen insolvenzrechtlichen Sanierungsinstruments in der Literatur und dessen zunehmender Verfeinerung durch den Gesetzgeber im Zuge des ESUG erfährt insbesondere eine zu unternehmerfreundliche Ausgestaltung in Anlehnung an das amerikanische Vorbild auch Kritik.⁸⁰⁴ So wird in der Literatur auch vor einer zu weitgehenden Adaption des „weichen“ Insolvenzrechts der USA gewarnt, dass die Insolvenz zu einer gläubigerfeindlichen Konsolidierungsstrategie mache, da nur wenig bedrohliche Konsequenzen für die Gesellschafter zu befürchten sind.⁸⁰⁵ In der Folge könnten so Ineffizienzen bei der Kreditvergabe auftreten, da sich Fremdkapitalgeber besser absichern müssen und letztendlich gesunde Unternehmen kranke mitfinanzieren.⁸⁰⁶

Diese Kritik muss vor dem Hintergrund der einleitend dargestellten, stark abweichenden Sanierungskultur und der klassisch sehr viel stärker auf die Gläubigerseite fokussierten Literatur verstanden werden.⁸⁰⁷ Nicht nur ist diese Kritik im Rahmen der Fokussierung dieser Arbeit unbeachtlich, auch hat der Gesetzgeber spätestens seit ESUG die gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfungs- und Werterhaltungspotentiale betont, die durch Insolvenzpläne zu erzielen sind.⁸⁰⁸

I. Vorüberlegungen (Share Deal)

Die Wahl des Insolvenzplanverfahrens sollte im Wettbewerb der Verfahrensformen erfolgen, wenn die Haftungsverwirklichung im Wesentlichen in einem zukünftigen Wertschöpfungspotential einer erhaltenen Gesellschaft gesehen wird. Zunächst ist für einen möglichst ausgeglichenen Informationsstand aller beteiligten Gläubigergruppen Sorge zu tragen, um so möglichst umfassend den natürlichen Diskrepanzen hinsichtlich der Kenntnis

⁸⁰² *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 18; *Kießner* in: Braun InsO, Einf., Rn. 16; *Uhlenbruck/Vallender*, NZI 2009, 1, (4); *Fritze*, DZWIR 2007, 89, (89).

⁸⁰³ *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 159, Rn. 41; *Nerlich* in: *Michalski GmbHG*, § 60, Rn. 182; *Beck* in: *Beck/Dempré Praxis der Insolvenz*, § 1, Rn. 140.

⁸⁰⁴ *Römermann* in: *Nerlich/Römermann Insolvenzordnung*, Vorb. zu §§ 217 - 269, Rn. 52; *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 29.

⁸⁰⁵ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 29.

⁸⁰⁶ *Ehricke* in: *MünchKommInsO*, § 38, Rn. 11.

⁸⁰⁷ Siehe Teil I.B.II.

⁸⁰⁸ BT-Drs. 17/5712, S. 24.

der Lage des Unternehmens und seiner Entwicklungsszenarien entgegenzuwirken. Die für die Gläubiger zunächst mit erweiterten Unwägbarkeiten verbundene Fortführung des Rechtsträgers werden diese nur unterstützen, wenn sie vorab in der Lage waren, zur eigenen Zufriedenheit geprüft zu haben, dass eine Erfolg versprechende Unternehmensfortführung vorliegt und nicht schlicht ein aussichtsloser Kampf fortgesetzt wird.⁸⁰⁹ Dabei ist jedoch nicht zwingend auf nur einen der Gläubigerversammlung und dem Insolvenzgericht zur Annahme und Umsetzung vorgelegten Insolvenzplan abzustellen. Möglich und gewünscht ist ein Wettbewerb alternativer Pläne, die sowohl vom Schuldner, von Gläubigern als auch vom Insolvenzverwalter selbst erarbeitet und vorgelegt werden können.⁸¹⁰ In der Realität finden zudem bereits vor der offiziellen Vorlage informelle Abstimmungen zwischen den wesentlichen Verfahrensbeteiligten statt.⁸¹¹ Der Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung sah ursprünglich sogar noch einen umfassenderen Kreis an Vorlageberechtigten vor,⁸¹² dieser wurde jedoch in der abschließenden Gesetzgebung zusammengestrichen, um eine Verfahrensstraffung zu erreichen. Die Literatur⁸¹³ argumentiert jedoch richtig, dass einer Verfahrensstraffung im Wege stehende, rein egoistisch getriebene Pläne nicht zu erwarten waren, da stets der volle (finanzielle) Erstellungsaufwand beim Vorliegenden liegt, die Vorteile aber allen zuteilwerden und zudem das Gericht aussichtslose Pläne sollte verwerfen können.

Erhebliche Dissonanzen zwischen den unterschiedlichen Plänen sind dennoch zu erwarten. Insbesondere durch gesicherte, absonderungsberechtigte Gläubiger erstellte Pläne werden regelmäßig in ihrem Gestaltungsinhalt von jenen der Schuldnerseite abweichen, da die absonderungsberechtigten Gläubiger in der Fortführung weniger zu gewinnen haben als die einfachen, ungesicherten Insolvenzgläubiger. Bei Risikogewichtung der Entwicklungschancen wird der erwartete künftige Unternehmenswert häufig unter dem Wert der aktuellen sicherungsübereigneten Aktiva liegen. So können eigentlich sinnvolle Fortführungen vereitelt werden.⁸¹⁴ Das Problem ist dabei die Verknüpfung der Frage nach der Verfahrenswahl mit der Frage der zukünftigen Aufteilung des Verwertungserlöses – also dem künftigen Unternehmenswert – wodurch sich die Gläubiger zuvorderst an ihren persönlichen Befriedigungserwartungen orientieren, anstelle der Massemehrung des Ge-

⁸⁰⁹ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 58; Buchalik, NZI 2000, 294, (296); Gogger, Insolvenzgläubiger-Handbuch, § 2, Rn. 486.

⁸¹⁰ Braun in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 218, Rn. 50 ff; Braun/Frank in: Braun InsO, § 218, Rn. 12; Lüer in: Uhlenbruck, § 218, Rn. 28 ff.

⁸¹¹ Paulus, ZGR 2005, 309, (322).

⁸¹² BT-Drs. 12/2443, S. 50 „Ein Fünftel der Stimmrechte in der Gläubigerversammlung“.

⁸¹³ Gogger, Insolvenzgläubiger-Handbuch, § 2, Rn. 478; Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 63.

⁸¹⁴ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 71.

samtverfahrens.⁸¹⁵ Neben den Möglichkeiten der moderierenden Gläubigergruppenbildung wird im Rahmen dieses Abschnitts auch auf Konzepte der Entkopplung einzugehen sein.⁸¹⁶

Daneben sind weitere Faktoren bei der Wahl des Insolvenzplanverfahrens zu berücksichtigen. Entgegen der weitreichenden Möglichkeiten der Enthftung des fortgeführten Betriebes im Rahmen des *Asset Deals* bleibt die Haftung des fortbestehenden Schuldners beim Share Deal erhalten. Dies ist zuvorderst hinsichtlich Unmöglichkeit einer Beschränkung der (Quoten-)Haftung gemäß § 25 HGB bei Firmenfortführung mangels Anwendbarkeit zu beachten. Auch die (Quoten-)Haftung für offene Steuerverbindlichkeiten nach § 74 AO besteht fort, wie ebenfalls die Haftung für Ansprüche von Arbeitnehmern im Falle einer möglicherweise angestrebten Betriebsaufspaltung mit Betriebsübergang nach § 613a BGB.⁸¹⁷

Im Gegenzug ist die Sicherung zumeist bestehender, steuerlich beachtlicher Verlustvträge in jedem Fall dann möglich, wenn in der Neugestaltung der Eigentumsverhältnisse an der insolventen Gesellschaft kein steuerschädlicher Fall des *change of control* erkannt wird. Ein solcher, der angloamerikanischen Rechtssystematik nicht nur sprachlich entliehener, *change of control* liegt dann vor, wenn Änderungen der Eigentumsverhältnisse an der Gesellschaft das Ausscheiden eines beherrschenden Gesellschafters oder einer assoziierten, gemeinsam beherrschenden Gesellschaftergruppe mit der Übernahme dieser Stellung durch einen neuen Gesellschafter oder eine assoziierte Gesellschaftergruppe verbinden.⁸¹⁸ Zwar wird durch den neu eingefügten § 225a Abs. 4 S. 1 InsO jede vertragliche Vereinbarung für unwirksam erklärt, die zur Änderung oder Kündigung von Verträgen aufgrund einer Änderung der Gesellschafterverhältnisse berechtigt, sofern diese Änderung durch einen Insolvenzplan vorgenommen wird,⁸¹⁹ jedoch ist noch unklar, inwiefern diese Bestimmung auch im Steuerrecht Anwendung finden wird. Dies ist jedoch umso mehr von Bedeutung, als mit dem Wegfall des Sanierungsprivilegs in § 3 Nr. 66 EStG der Sanierungsgewinn grundsätzlich voll steuerpflichtig geworden ist. Im Rahmen der steuerlich maßgeblichen bilanziellen Betrachtung begründet schließlich jede zur Entschuldung des Rechtsträgers beitragende Maßnahme eine eigenkapitalwirksame Verschiebung des Verhältnisses von Aktiva zu Passiva, die die Gesellschaft grundsätzlich als außerordentlichen

⁸¹⁵ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 73; Pfaffenholz/Kranzusch, Insolvenzplanverfahren, S. 27.

⁸¹⁶ Eine vollständige Entkopplung diskutiert etwa *Bebchuk*, NBER Working Paper Series 1998, 1, (1 ff).

⁸¹⁷ *Althaus* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 19, Rn. 3; *Picot* in: Römermann MAH-GmbH-Recht, § 21, Rn. 107; *Lubos*, DStR 1999, 951, (954).

⁸¹⁸ *IASB*, IFRS 3 „Business Combinations“.

⁸¹⁹ BT-Drs. 17/7511, S. 49; *Braun/Frank* in: Braun InsO, § 225a, Rn. 23; *Römermann*, NJW 2012, 645, (651).

Ertrag zu buchen hat. Bei Vorhandensein von Verlustvorträgen in ausreichender Höhe wäre dies irrelevant, andernfalls könnte die Besteuerung eine eintretende Illiquidität hervorrufen, da die Sanierungsgewinne des Insolvenzplans absorbiert werden.⁸²⁰ Die bereits 1998 erfolgte Streichung wurde zwar inzwischen auf dem Wege der ministeriellen Dienst-anweisung faktisch wieder eingeführt, Unsicherheiten in der Anwendung verbleiben jedoch.⁸²¹

II. Planentwicklung

Die Insolvenzpraxis seit der das Insolvenzplanverfahren einführenden Insolvenzrechtsnovelle zeigt, dass ein Plan, der erst nach Insolvenzantragsstellung entwickelt wird, zumeist wenig Aussicht auf Erfolg hat, da der unternehmerische Verfall bis zum Beginn der Kommunikation und Umsetzung des Plans bereits zu lange angehalten hat.⁸²² Wird eine sog. Planinsolvenz dagegen im Vorfeld gut vorbereitet und eventuell bereits mit den wesentlichen Gläubigern diskutiert, steigen die Erfolgchancen erheblich. Zur Verfügung stehen teilweise auch Maßnahmen der öffentlichen Förderung⁸²³ bei der Erstellung dieser *pre-packaged plans*, also der Vorbereitung einer möglichst zügigen Verfahrensdurchführung, da hier der große Vorteil der Vermeidung einer Verunsicherung der Geschäftspartner erzielt werden kann.⁸²⁴ Findet die Anhörung von Gläubigerausschuss und Schuldner und die gerichtliche Bestätigung des Planes direkt im Anschluss an die Verfahrenseröffnung statt, kann zeitgleich mit der Auflösungseintragung im Handelsregister die Fortführung eingetragen werden und das Insolvenzverfahren in deutlich kürzerer Frist beendet werden.⁸²⁵

In der Verfahrenspraxis haben Insolvenzplanverfahren bis zur ESUG-Novelle nur eine äußerst geringfügige Rolle gespielt.⁸²⁶ Wenngleich noch keine verlässlichen Aussagen zum Einfluss der neuen Instrumente durch ESUG getroffen werden können, deuten die

⁸²⁰ Eidenmüller in: MünchKommInsO, § 217, Rn. 83; Buchalik, NZI 2000, 294, (299); Körner, NZI 2007, 270, (275).

⁸²¹ Nur Paulus, ZGR 2005, 309, (320).

⁸²² So etwa Wellensiek, BB 2000, 1, (6); Mit gleichen Tenor Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, Teil O, Abs. VI.

⁸²³ So etwa der Strukturfonds des Landes Sachsen „Krisenbewältigung und Neustart“ der auch die Kosten einer Insolvenzplanerstellung finanziert.

http://www.smwa.sachsen.de/de/Foerderung/Strukturfonds_in_Sachsen/Krisenbewaeltigung_und_Neustart/145569.html.

⁸²⁴ Grauke/Youdelman in: MünchKommInsO, Vereinigte Staaten von Amerika, Rn. 43; Braun in: Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, § 68, Rn. 1; Paulus, ZGR 2005, 309, (322).

⁸²⁵ Buchalik, NZI 2000, 294, (300); In diesem Zusammenhang sind auch die aktuellen wirtschaftspolitischen Diskussionen interessant, die den als „systemrelevant“ erkannten Finanzinstituten auftragen wollen, einen Plan für die eigene geordnete Abwicklung zu erstellen. Gesprochen wird hier mit reichlich makaberem Unterton von einem Testament.

⁸²⁶ Lediglich 1% der Insolvenzverfahren der Jahre seit Einführung der InsO wurden durch Insolvenzplan saniert, Römermann, GmbHR 2012, 421, (422).

ersten öffentlichkeitswirksamen Verfahren seit Inkrafttreten des neuen Rechts doch eine positive Entwicklung an.

1. Vorlageberechtigung

Den Regelfall der Ausarbeitung und Vorlage eines Insolvenzplans stellt die Vorlage durch den Schuldner selbst, vertreten durch sein Leitungsorgan, dar, eventuell im Eröffnungsverfahren unterstützt durch den vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 218 Abs. 1 S. 1 InsO). Die eigenständige Vorlageberechtigung des Schuldners besteht damit ausdrücklich auch bereits bei Insolvenzantragstellung. Gerade diese Ausgestaltung als *prepackaged plan* bietet zumeist im Ergebnis für gut vorbereitete und entsprechend beratene Schuldner die größten Chancen einer erfolgreichen und zügigen Planverwirklichung.⁸²⁷ Eine Stimme der Literatur⁸²⁸ sieht dabei das Vorlagerecht des Schuldners sogar solcherart erweitert, dass nicht nur die Gesellschaft selbst, vertreten durch die Organe, einen Plan vorlegen kann, sondern auch das Organmitglied, welches den Antrag eingereicht hat, sogleich im Rahmen einer „Not-Vertretung“⁸²⁹ einen Plan vorlegen kann. Nicht zu vergessen ist bei der Einwicklung eines solchen vorgefertigten Planes jedoch, dass jeder Insolvenzplan der Annahme durch die Gläubigerversammlung bedarf⁸³⁰ und hier leicht der negative Eindruck einer orchestrierten, strategischen Insolvenz entstehen kann. Die notwendige Kompromissbereitschaft in der Verhandlung mit den Gläubigern kann den vermeintlich planbaren Prozess der Reorganisationssteuerung dabei leicht konterkarieren. Es empfiehlt sich daher stets, mehrere Alternativpläne zu entwickeln, um in der Verhandlung Möglichkeiten und Grenzen aufzeigen zu können.⁸³¹ Wenn auch diese Alternativepläne offiziell erst eingebracht werden können sobald der eigentliche Hauptplan abgelehnt wurde,⁸³² bietet das Vorhandensein der Alternativen die Möglichkeit in den Verhandlungen schnell und fundiert reagieren zu können. Schließlich wäre es realitätsfern zu glauben, einen Insolvenzplan in der Gläubigerversammlung „durchpeitschen“ zu können.

Neben der eigenständigen Planvorlage durch den Schuldner spielt vor allem die Beauftragung des Insolvenzverwalters mit der Planerstellung durch die Gläubigerversammlung eine praktische Rolle. Gemäß §§ 157, 284 Abs. 1 InsO wird hierbei von einem sog. deriva-

⁸²⁷ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 55; Römermann in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, Vorb. §§ 217 bis 269 InsO, Rn. 204; Buchalik, NZI 2000, 294, (296).

⁸²⁸ Vogl, DZWIR 2004, 490, (491); anders dagegen Braun in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 222, Rn. 10.

⁸²⁹ Vogl, DZWIR 2004, 490, (491).

⁸³⁰ Uhlenbruck in: Uhlenbruck, § 159, Rn. 41; Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 55; Gogger, Insolvenzgläubiger-Handbuch, § 2, Rn. 460.

⁸³¹ Auch „Eventualplan“, vgl. Vogl, DZWIR 2004, 490, (493).

⁸³² Eidenmüller in: MünchKommInsO, § 218, Rn. 128; Lüer in: Uhlenbruck, § 218, Rn. 1; Vogl, DZWIR 2004, 490, (493).

tiven Verwalterplan gesprochen.⁸³³ Daneben ist der Insolvenzverwalter grundsätzlich auch nach § 218 Abs. 1 S. 1 InsO eigenständig vorlageberechtigt, kann also aus eigener Initiative einen Insolvenzplan entwickeln. Inwiefern eine Vorlageberechtigung eines solchen Planes auch dann vorliegt, wenn der so erstellte Plan inhaltlich in Konkurrenz zu einem derivativen Verwalterplan steht, wird in der Literatur⁸³⁴ aufgrund der Unschärfe der gesetzlichen Regelung bezweifelt. Der Wortlaut des § 218 Abs. 1 InsO spricht von der Vorlageberechtigung „eines“ Planes und wird von dieser Ansicht als Beschränkung auf einen Plan je Vorlageberechtigtem (hier dem Verwalter) interpretiert. Somit ist nach dieser Literaturmeinung die Vorlageberechtigung eines eigenständig entwickelten Planes gesperrt, sofern der Insolvenz- oder Sachwalter bereits von der Gläubigerversammlung mit der Erstellung eines derivativen Verwalterplanes beauftragt wurde.⁸³⁵ Ist diese Beauftragung jedoch noch nicht erfolgt, sondern etwa nur angedeutet, steht es dem Insolvenzverwalter frei, einen entwickelten Plan vorzulegen. Eine Verpflichtung zuzuwarten besteht nicht, wobei eine Konkurrenz zwischen Gläubigerversammlung und dem in ihrem Interesse tätig werdenden Insolvenzverwalter in der Praxis nur eine weit untergeordnete Rolle spielen wird.

Nehmen mehrere Parteien ihr Entwicklungsrecht in Anspruch und legen ihren Plan dem Insolvenzgericht und der Gläubigerversammlung zur Abstimmung vor, ist zu klären, in welcher Reihenfolge diese Pläne verhandelt werden. Obgleich die ersten Gesetzesentwürfe der Insolvenzrechtsnovelle noch eine Regelung der gleichzeitigen Verhandlung aller Pläne vorsahen,⁸³⁶ läuft die letztendliche Gesetzesfassung auf die Entscheidung der Rangfolge durch das Insolvenzgericht bezüglich der Erfolgsaussichten hinaus, welches in der Literatur⁸³⁷ kritisch gesehen wird, da den Gerichten der ökonomische Sachverstand für die Beurteilung der Erfolgsaussichten der Planvarianten nicht zugetraut wird. Die enormen Unwägbarkeiten in den Planannahmen der Finanz- und Leistungsplanung stellen zumeist bereits für ausgewiesene Fachleute eine Herausforderung dar, womit denjenigen Meinungen zuzustimmen ist, die die ordentlichen Gerichtsbarkeiten hier für überfordert erkennen.

⁸³³ *Andres* in *Andres/Leithaus InsO Kommentar*, § 218, Rn. 4; *Eidenmüller* in: *MünchKommInsO*, § 218, Rn. 14.

⁸³⁴ *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 157, Rn. 12; *Eidenmüller*, *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, S. 62 ff; *Andres* in *Andres/Leithaus InsO Kommentar*, § 218, Rn. 4.

⁸³⁵ *Eidenmüller*, *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, S. 64; *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 157, Rn. 12; Anders, aber auf die diesbezügliche Unschärfe des Gesetzes hinweisend *Braun* in: *Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch*, § 67, Rn. 18 f.

⁸³⁶ *Lüer* in: *Uhlenbruck*, § 218, Rn. 28; *Braun* in: *Nerlich/Römermann Insolvenzordnung*, § 218, Rn. 24; *Eidenmüller*, *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, S. 68.

⁸³⁷ *Braun* in: *Nerlich/Römermann Insolvenzordnung*, § 218, Rn. 49; *Eidenmüller*, *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, S. 84; So auch *Lüer* in: *Uhlenbruck*, § 218, Rn. 32.

Der seitens der Gläubigerversammlung letztendlich beschlossene Insolvenzplan muss vor Inkrafttreten abschließend durch das Insolvenzgericht gemäß §§ 248 ff InsO bestätigt werden. Bei bedingten Plänen gemäß § 249 InsO, die seitens der Gläubigerversammlung etwa an bestimmte (Einlage-)Leistungen der Gesellschafter geknüpft wurden, erfolgt diese Bestätigung grundsätzlich erst nach Eintritt der Bedingung.⁸³⁸ Gegen diese Planbestätigung steht dem Schuldner ein Widerspruchsrecht zu sofern er glaubhaft machen kann, durch den Plan schlechter gestellt zu werden und wenigstens ein Gläubiger einen Wert erhält, der den nominalen Betrag seiner Forderung übersteigt. Andernfalls wird die Zustimmung des Schuldners kraft § 247 Abs. 2 InsO trotz möglichem Widerspruch fingiert.

2. Darstellender Teil

Ausgangspunkt des Insolvenzplans ist der sog. darstellende Teil, der die relevanten Informationen zur Lage der Gesellschaft umfassend darstellen soll. Entgegen dem ursprünglichen Regierungsentwurf wurde die Verpflichtung zur umfassenden Darstellung nicht gesetzlich weiter konkretisiert.⁸³⁹ Letztendlich fordert nun § 220 Abs. 2 InsO abstrakt die Darstellung aller „erheblichen“ Informationen. Da gerade planvorlegenden Schuldnern an einer einseitigen Gewichtung der Informationsgabe gelegen sein wird, ist die Anforderung gerichtlich in jedem Fall weit auszulegen.⁸⁴⁰ Diese Straffung der Anforderungskriterien erfolgte mit dem Ziel mehr Freiheit in der Darstellungsgestaltung zu ermöglichen und den Erstellungsaufwand zu reduzieren. Jedoch wird dem in der Literatur⁸⁴¹ auch widersprochen, mit Verweis auf die enorme Bedeutung einheitlich strukturierter Plandarstellungsformen für einen effizienten und kurzfristig erzielbaren Abbau des Informationsgefälles zwischen Schuldner und Gläubigern, um so die Trennung guter von schlechten Fortführungen zu ermöglichen.

Es hat sich trotz Fehlens dieser gesetzlich normierten festen Struktur jedoch eine *Best Practice* erheblicher Informationen und eine daran angepasste Struktur des darstellenden Teils etabliert, die so auch inzwischen von den Insolvenzgerichten und regelmäßig verfahrensbeteiligten Parteien erwartet wird.⁸⁴² Danach umfasst der erste Abschnitt des Insolvenzplans die Darstellung der aktuellen Lage der Gesellschaft mit einer Maßnahmenbe-

⁸³⁸ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 56; Wellensiek/Schluck-Amend in: Römermann MAH-GmbH-Recht, § 23, Rn. 310; Smid, DZWIR 2005, 234, (234 f).

⁸³⁹ BT-Drs. 12/2443, S. 194 f; Braun in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 219, Rn. 8.

⁸⁴⁰ Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 59; Mit deutlicher Kritik an der gesetzgeberisch zu knappen Formulierung der Anforderungen Maus in: Uhlenbruck, § 220, Rn. 1; Eilenberger in: MünchKommInsO, § 220, Rn. 69.

⁸⁴¹ Zu den Strukturierungsvorstellungen sowohl der juristischen als auch der betriebswirtschaftlich beratenden Zünfte Braun in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 219, Rn. 9, 16 f; Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 61.

⁸⁴² Ein Muster bei Frege/Keller/Riedel, Handbuch der Rechtspraxis - Band 3 Insolvenzrecht, Teil 4, Rn. 2015.

schreibung der nach Insolvenzantragstellung bereits beschlossenen und eingeleiteten finanzwirtschaftlichen und leistungswirtschaftlichen Sanierungsschritte (§ 220 InsO) sowie Stand und Prognose der Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage (§§ 229, 230 InsO). Eine gute Orientierung bietet dabei der weitgehend standardisierte Aufbau eines Lageberichts nach den Vorgaben des IDW⁸⁴³ oder auch die einschlägigen Kommentierungen.⁸⁴⁴

3. Gestaltender Teil

Wesentlicher Gehalt des darstellenden Teils des Insolvenzplans ist die detaillierte Beschreibung der avisierten Änderungen der Rechtsstellungen der verfahrensbeteiligten Parteien und Gläubigergruppen (§ 221 InsO).⁸⁴⁵ Als ein wesentlicher Hemmschuh des alten Konkursregimes erkannt, wurde in § 245 InsO das Obstruktionsverbot eingeführt, welches eine vereinfachte Mehrheitenbildung ermöglicht, da nur noch eine Mehrheit an Gläubigergruppen und nicht mehr eine Mehrheit der Gläubiger dem Insolvenzplan und den darin geplanten Maßnahmen zustimmen muss. Der Planarchitekt entscheidet also vorrangig bei der Gläubigergruppenbildung über Erfolg und Misserfolg des Insolvenzplanes.⁸⁴⁶ Die Eingruppierung muss jedoch nachvollziehbar aufgrund unterschiedlicher wirtschaftlicher Interessen erfolgen (§ 222 Abs. 2 InsO) und erfolgt somit nicht vollständig frei, jedoch ist Raum für Verhandlungen gewünscht und geschaffen.⁸⁴⁷

Eine Gläubigergleichbehandlung hinsichtlich des Eingriffs in ihre Rechtspositionen gegenüber dem Schuldner erfolgt nur innerhalb der gebildeten Gruppen. So können zumeist besonders die absonderungsberechtigten Gläubiger durch deutlich höhere Quoten überhaupt erst im Rahmen der Verhandlung des *prepackaged plans* zur Teilnahme bewegt werden.⁸⁴⁸ Jedoch ist bei der Gruppenbildung – insbesondere bei der sog. Mischgruppenbildung, also Gruppen in denen Gläubiger trotz partiell divergierender wirtschaftlich abgrenzender Faktoren zusammengefasst werden – darauf zu achten, dass die Werthaltigkeit vorhandener Sicherungsrechte dieser entscheidenden Gruppe der absonderungsberechtigten Gläubiger detailliert geprüft wird. Der Rechtsprechung des BGH⁸⁴⁹ folgend ist nämlich im Rahmen eines Insolvenzplans die Bildung einer Gruppe, die Gläubiger mit

⁸⁴³ Eine ausführliche Darstellung vermittelt das IDW etwa in seinem WP Handbuch 2012, Band I.

⁸⁴⁴ Etwa *Braun* in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, § 219, Rn. 19; *Eilenberger* in: MünchKommInsO, § 220, Rn. 4.

⁸⁴⁵ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 58; *Maus* in: Uhlenbruck, § 221, Rn. 1; *Andres* in: Andres/Leithaus InsO Kommentar, § 221, Rn. 7.

⁸⁴⁶ *Buchalik*, NZI 2000, 294, (294); *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 80.

⁸⁴⁷ BGH, BeckRS 2005, 10212; *Flessner* in: HK-InsO, § 222, Rn. 3.

⁸⁴⁸ *Wellensiek/Schluck-Amend* in: Römermann MAH-GmbH-Recht, § 23, Rn. 297 f; *Braun/Frank* in: Braun InsO, § 223, Rn. 1 ff; *Smid*, DZWIR 2009, 133, (144).

⁸⁴⁹ BGH, BeckRS 2005, 10212.

werthaltigen und nicht werthaltigen Absonderungsrechten in sich vereint, grundsätzlich unzulässig. Stattdessen ist vergleichbar der Lage in mehrstufigen Grundpfandrechtsgläubigersituationen wie etwa den sog. *single asset real estate cases* eine weitere Unterteilung der Gläubiger gleicher Rangordnung in Untergruppen vorzunehmen (§ 222 Abs. 2 Satz 1).⁸⁵⁰

Die intensive Beschäftigung der Gerichte mit den determinierenden Faktoren der Gruppenbildung unterstreicht die zentrale Funktion dieses Instruments innerhalb der Insolvenzplan-Gestaltung. Die Realität des Wirtschaftsgeschehens zeigt zudem, dass Grenzfälle und Überschneidungen zwischen den Interessengruppen das Bild ergänzen. So ist ein Gläubiger der Gesellschaft eventuell auch Zulieferbetrieb des Unternehmens und daher neben dem Erhalt seiner Forderungen auch an dem Überleben des Kerngeschäfts des Schuldners selbst interessiert, um nicht für die Zukunft einen Kunden zu verlieren.⁸⁵¹ In der Folge wird in der Literatur die umfassende Prüfung beschlossener Insolvenzpläne durch die Insolvenzgerichtsbarkeit dafür kritisiert, dass komplexe, wirtschaftlich geprägte Fragestellungen niemals erschöpfend durch ein diesbezüglich nicht zwingend kompetentes Gericht beurteilt und entschieden werden könnten.⁸⁵²

III. Obstruktionsverbot

In der über die Annahme oder Ablehnung eines Insolvenzplanes und dabei speziell den Zuteilungsschlüssel zukünftiger Erträge an die Gläubigergruppen beratenden Gläubigerversammlung treffen grundsätzlich im Wesentlichen zwei Gruppen von Akteuren aufeinander. Neben denjenigen Gläubigern, die aufgrund wirtschaftlicher oder industrieller Logik ein Interesse am Fortbestand des Unternehmens haben, stehen häufig diejenigen Gläubiger, die an einer zwar bestmöglichen Verwertung, aber vor allem kurzfristigen Auskehr ihres Erlösanteils interessiert sind. Dazu können sich jedoch zudem solche Gläubiger gesellen, die eine anvisierte, den Fortbestand sichernde, Plansanierung nutzen wollen, um ihre Unterstützung gegen individuelle Besserstellungen anzubieten (sog. Akkordstörer). Die Strategien der beiden letztgenannten Akteursgruppen sind als der Grund dafür zu erachten, dass ein *par conditio creditorum* unter allen Gläubigergruppen eines fortzuführenden Insolvenzschuldners unter Geltung der KO die absolute Ausnahme gewesen ist.

⁸⁵⁰ *Andres* in *Andres/Leithaus InsO Kommentar*, § 222, Rn. 2; *Römermann* in: *Nerlich/Römermann Insolvenzordnung*, Vorb. §§ 217 bis 269 InsO, Rn. 209 f; *Smid*, *DZWIR* 2009, 133, (144 f).

⁸⁵¹ *Buchalik*, *NZI* 2000, 294, (301); *Eidenmüller*, *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, S. 53.

⁸⁵² *Eidenmüller*, *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, S. 85.

Das Obstruktionsverbot des § 245 InsO bietet dem Planarchitekten nun jedoch dann eine vereinfachte Mehrheitenbildung, wenn bei der Planerstellung einige Bedingungen der Wahrung der Gläubigerrechte Berücksichtigung finden. Ziel der Regelung ist dabei zuvorderst, die Probleme durch Störpotentiale einzelner Gläubiger sowie durch Trittbrettfahrer möglichst weitgehend einzugrenzen,⁸⁵³ indem bewusst obstruierende Einzel- oder Gruppenforderungen in den Korridor der gesetzlich definierten angemessenen wirtschaftlichen Beteiligung zurückgeführt werden. Mindestvoraussetzung der gerichtlichen Genehmigung einer solchen Zustimmungsfiktion ist jedoch immer die Erlangung einer Planzustimmung einer einfachen Mehrheit der Einzelgruppen. Gegenüber der Erlangung einer Kopfmehrheit der Einzelgläubiger oder gar einer Summenmehrheit der Gläubigeransprüche ist diese „Eintrittskarte“ verhältnismäßig einfacher zu erreichen, wenn auch die Voraussetzung gegenüber der noch im RegE InsO geforderten Zustimmung nur einer Gläubigergruppe deutlich verschärft wurde.⁸⁵⁴

Durch die ESUG-Novelle ist zudem eine für den Gesellschafterkreis erhebliche Erweiterung des Anwendungsbereichs des Obstruktionsverbots in Kraft getreten, die nun speziell die Anteilsverhältnisse an der fortzuführenden Gesellschaft stärker in die Disposition des Planarchitekten einbezieht.⁸⁵⁵ Zwar sah auch die bisherige Fassung des § 230 Abs. 2 InsO aF den *Debt-Equity-Swap* als Sanierungsinstrument vor, es bedurfte jedoch der Zustimmung der Gesellschafter in der (zumeist neben den gesetzlichen Regelungen) satzungsgemäß vorgegeben Kapitalbeteiligungsquote, also in der Regel 75% des Grundkapitals. Nach den neuen Regelungen des ESUG werden die Alt-Gesellschafter nun als eigene Gruppe behandelt.⁸⁵⁶ Weitgehend entsprechend den Vorschriften für die Gläubiger ist die Zustimmung der Gruppe der Gesellschafter gegeben, sofern die Beteiligungsquote der zustimmenden Gesellschafter mehr als die Hälfte der Summe der Beteiligungsquote der abstimmenden Gesellschafter ausmacht, § 222 Abs. 1 Nr. 4, § 244 Abs. 3 InsO. Dabei ist zu beachten, dass satzungsrechtliche Abreden über von der Beteiligungsquote am Grundkapital abweichende Stimmrechtsgewichtungen unbeachtlich bleiben (§ 238a InsO), auch eine Mehrheit nach Köpfen ist nicht erforderlich. Gegenüber der Situation vor der ESUG-Novelle wurde damit das Obstruktionspotential der Gesellschafterseite reduziert und den Gesellschaftern damit ein Instrument zur Wahrung der Kontrollverhältnisse genommen.

⁸⁵³ *Madaus*, ZGR 2011, 749, (750 f); *Drukarcyk* in: MünchKommInsO, § 245, Rn. 9; *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 3.

⁸⁵⁴ *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 86; *Drukarcyk* in: MünchKommInsO, § 245, Rn. 16 f.

⁸⁵⁵ *Braun/Frank* in: Braun InsO, § 245, Rn. 17 ff; *K.Schmidt*, ZGR 2012, 566, (566 f); *Nerlich* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 24, Rn. 116a ff.

⁸⁵⁶ *Nerlich* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 24, Rn. 116c; *Madaus*, ZGR 2011, 749, (750); *K.Schmidt*, ZGR 2012, 566, (568 f).

Angesichts der geringen Anzahl an Insolvenzplanverfahren überhaupt,⁸⁵⁷ kann jedoch keine Aussage dazu getroffen werden, inwiefern eine obstruierende Strategie in der Vergangenheit jedoch überhaupt in erheblichem Umfang zu Anwendung kam. Kommt jedoch eine Mehrheit selbst nach der nun gesenkten Zustimmungsschwelle nicht zustande, kann diese Zustimmung aufgrund der Erweiterung des Obstruktionsverbots in § 245 Abs. 3 InsO nun auch fingiert werden. Dafür ist es notwendig, dass die Gläubiger-Gruppen mit einer Mehrheit für den Plan stimmen, die Gruppe der Gesellschafter wirtschaftlich angemessen an der Reorganisation durch den Insolvenzplan beteiligt wird und sie durch den Plan nicht schlechter gestellt wird, als sie ohne einen Plan stünde. Diese Neuregelung ist bezüglich der Reichweite ihres Eingriffs in die Eigentumsverhältnisse der Gesellschafter beachtlich. Konsequenterweise finden sich bereits erste Stimmen in der Literatur, die für den Fall einer wenig restriktiven Auslegung und Anwendung gute Klageaussichten vor dem BVerfG prognostizieren.⁸⁵⁸

Aber auch abseits dieser Fragestellung sollte in der Erweiterung des Obstruktionsverbots durch ESUG nicht der große Wurf der Novelle verortet werden. Vielmehr sollte m.E. die Einbeziehung der Gesellschafter als „optisches“ Gegengewicht zu dem klar gesellschafterfreundlichen Schutzschirmverfahren verstanden werden. Infolge der unfraglichen Entwertung der Gesellschaftsanteile an der Insolvenzsuldnerin werden diese, rein als Vermögenswert betrachtet, selten einen erheblichen, fortführungsentscheidenden Aktivposten begründen.⁸⁵⁹

Die unfreiwillige Unterwerfung der Forderungen der Gläubiger-Gruppe sowie der Anteils- und Kontrollrechte der Gesellschafter-Gruppe unter einen Fortführungsplan wie zuvor skizziert, stellt einen wesentlichen Beschwerdegrund einzelner Gläubiger im Insolvenzverfahren dar. Die sofortige Beschwerde gegen Entscheidungen des Insolvenzgerichts ist dabei unter den Voraussetzungen des § 6 InsO zulässig. Der Beschwerdeführer muss unmittelbar selbst in seinen Rechten materiell beschwert sein und ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis haben, welches voraussetzt, dass der Beschwerdeführer im Verfahren sein Teilhaberecht und Minderheitenschutzrechte (§ 251 InsO) bereits genutzt hat.⁸⁶⁰ Dadurch wird ergänzend eine von Störungsabsichten getriebene Handlungsstrategie zumindest deutlich erschwert. Auch ist grundsätzlich die Populärbeschwerde aufgrund von

⁸⁵⁷ Lediglich 1% der Insolvenzverfahren der Jahre seit Einführung der InsO wurden durch Insolvenzplan saniert, siehe vor Teil 3.C.II.

⁸⁵⁸ *Madaus*, ZGR 2011, 749, (770 ff).

⁸⁵⁹ Diese Einschätzung auch bei *Röck*, Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung, S. 53; Zur Eigenkapitalbewertung im Liquidationsfall *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 92.

⁸⁶⁰ BGH, BeckRS 2010, 17861; *Smid*, DZWIR 2005, 364, (369).

Verfahrensfehlern oder der Beschwer dritter Verfahrensteilnehmer unzulässig.⁸⁶¹ Dennoch behindert die zulässige Beschwerde einzelner Gruppen den Verfahrenslauf weiterhin erheblich. Die offenkundigen, betriebswirtschaftlich geprägten Schwierigkeiten bei der gerichtsfesten Setzung der Grenzen dieses Korridors – und dabei insbesondere der Untergrenze – begründen dabei die wesentlichen Fallstricke in der Plangestaltung. Konsequenterweise stehen im Rahmen dieses Abschnitts vor allem die theoretische Konzeption sowie die betriebswirtschaftliche Abgrenzung im Mittelpunkt.

1. Transaktionskostenminimierung

Entsprechend der Zielgewichtung der Insolvenzordnung gemäß § 1 InsO, der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung bei möglichst weitgehender Erhaltung des schuldnerischen Unternehmens, findet die Einschränkung der Rechte obstruierender Gläubiger dort eine Grenze, wo die Zustimmungsfiktion und damit die zwangsweise Prolongation der Forderungen zu einer Schlechterstellung der Gläubigergruppe gegenüber dem Barwert einer Verwertung des schuldnerischen Vermögens ohne Insolvenzplan führen würde.⁸⁶² In der Praxis dienen dazu einerseits die Fortführungswerte der Unternehmens-Aktiva, sofern eine übertragende Sanierung im Zuge einer Betriebsveräußerung in Betracht kommt, oder die Zerschlagungswerte – also die erzielbaren Verkaufserlöse der individuellen Aktiva auf dem Markt – wenn einzig eine zerschlagende Liquidation in Betracht kommt. Der Erlös- und Verteilungsplan der besseren der beiden Alternativen dient als betriebswirtschaftliches Fundament der Ermittlung der Wertuntergrenzen, an denen sich der auf heutige Barwerte abgezinste Planerlös orientieren muss.⁸⁶³

Wenn somit sichergestellt ist, dass das wesentliche Ziel des Insolvenzverfahrens erreicht wird, begründet die zwangsweise Teilnahme der ablehnenden Gläubigergruppen, nach dem Gedanken des Gesetzgebers, nicht mehr eine unangemessene Benachteiligung. Sie ermöglicht jedoch eine deutliche Effizienzsteigerung bei der Erreichung eines Quorums zugunsten der Gesellschaftsführung. Die entsprechend dem gesetzlich definierten Zielkorridor für alle Gläubigergruppen gleich strukturierte Verhandlung der angebotenen Erlöswerte nach Barwerten ist mit deutlich geringeren Transaktionskosten verbunden als die freie unstrukturierte Verhandlungsform.⁸⁶⁴ Anreize zur Verwendung des Insolvenzplans für Verteilungsänderungen aufgrund individueller wirtschaftlicher Macht werden dabei ver-

⁸⁶¹ *Smid*, DZWIR 2005, 364, (366).

⁸⁶² BGH, BeckRS 2010, 17861; Zustand der Pareto-Effizienz, siehe dazu *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 53; *Lüer* in: Uhlenbruck, § 245, Rn. 6 f.

⁸⁶³ *Drukarczyk* in: MünchKommInsO, § 245, Rn. 9; *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 60 ff.

⁸⁶⁴ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 77 f; *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 53 f.

hindert, indem Struktur und Rangfolge der Befriedigungsrechte der Gläubiger durch Gleichbehandlung nur gleicher Gruppen weiter erhalten wird.⁸⁶⁵

2. Angemessene wirtschaftliche Beteiligung

Das gesetzliche Verlangen nach einer angemessenen wirtschaftlichen Beteiligung aller Gläubigergruppen entsprechend ihrer Stellung im Kreise der Insolvenzgläubiger setzt die obere Grenze des Verhandlungskorridors für die Zuweisung der Planmehrerlöse an die Gläubigergruppen. Naturgemäß findet auch die Ertragsprognose des Insolvenzplans in einer Situation absoluter Knappheit der zur Verteilung an die Insolvenzgläubiger verfügbaren Planerlöse statt. Eine seriöse Planung der zukünftigen Erträge der sanierten Gesellschaft wird – trotz der natürlich theoretisch rechnerisch darstellbaren 100% Quote – die Erlösauskehr auf einen überschaubaren Zeitraum beschränken, da nur so die alten und neuen Gesellschafter des Unternehmens eine Zukunftsperspektive gewinnen.

Diese so ermittelten Planerlöse sind entsprechend der Stellung der Insolvenzgläubiger auf diese zu verteilen, wobei Mehrererlöse gegenüber der planlosen Verwertung nicht zunächst ausschließlich den vorrangigen Gläubigern zukommen, sondern gleichmäßig auf alle nicht als Anteilseigner nachrangig gestellten Gläubiger zu verteilen sind. Der sich aus dem Vergleich der beiden Gesamterlösmassen mit und ohne Plan ergebende Mehrerlös wird also als prozentualer Aufschlag auf die Verwertungserlösgrenze (ohne Plan) aufgeschlagen und somit paritätisch verteilt.⁸⁶⁶

Eine Gewährung vorteilhafterer Bedingungen für eine einzelne Gläubigergruppe ist nicht zulässig. Der Verstoß dagegen berechtigt denjenigen Gläubiger, der eine unangemessene Übervorteilung vermutet, Beschwerde gegen die gerichtliche Bestätigung auf Basis der Zustimmungsfiktion des § 245 InsO zu erheben. Die gerichtliche Entscheidung der so angezweifelte angemessene Beteiligung ist jedoch kompliziert und im eigentlich gewünscht engen zeitlichen Rahmen des Insolvenzplanverfahrens mit hohen direkten Verfahrenskosten und zeitlichen Verzögerung zumeist sehr teuer erkaufte.⁸⁶⁷ So wurde argumentiert, dass die Prüfung der Nicht-Schlechterstellung des Beschwerde einlegenden, durch Obstruktionsverbot gezwungenen Gläubigers in jedem Einzelfall ökonomisch hoch komplex sei, da die Ermittlung auf dem Vergleich höchst unwägbarer Szenarien von Liquidation und Fortführung anhand von Planrechnungen basiere. Die mangelnde Entkopplung des Verfahrensfortschritts von dem individuellen Rechtsschutz gewähre erneut Störpoten-

⁸⁶⁵ BGH, BeckRS 2005, 10212; *Lüer* in: Uhlenbruck, § 222, Rn. 9 f; *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 79.

⁸⁶⁶ *Drukarczyk* in: MünchKommInsO, § 245, Rn. 15; *Lüer* in: Uhlenbruck, § 245, Rn. 24.

⁸⁶⁷ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 83; Die geäußerte Kritik wird zunehmend in der Rechtsprechung gehört und schlägt sich in der Einräumung eines erweiterten tatrichterlichen Entscheidungsraumes nieder, siehe BGH, BeckRS 2012, 00009.

tiale, da die gerichtliche Entscheidung der Einzelfälle – sofern die Insolvenzgerichte dazu fachlich überhaupt in der Lage seien – eine erhebliche Zeitspanne in Anspruch nähme.⁸⁶⁸ Zur Lösung dieser Problematik wurden in der Vergangenheit alternative Maßnahmen des Rechtsschutzes diskutiert, die nun teilweise Eingang in die ESUG-Novelle gefunden haben, § 251 Abs. 3 InsO. War nach der alten Gesetzesfassung die Beschwerde aufgrund unangemessener wirtschaftlicher Beteiligung Hinderungsgrund einer gerichtlichen Bestätigung des beschlossenen Insolvenzplans, ist dies nun nur noch dann der Fall, wenn für im Erfolgsfall der Beschwerde zu beanspruchende Mehrerlösansprüche nicht durch angemessene Rückstellungsbildung Vorsorge getroffen wurde.⁸⁶⁹ Eine solche vorsorgliche Rückstellungsbildung durch den Planarchitekten bewirkte in der Vergangenheit gerade nicht die Aufrechterhaltung der Bestätigungsmöglichkeit durch das Insolvenzgericht, wodurch der Rechtsschutz auf Gleichstellungsgarantie und der Verfahrenslauf schlechterdings nicht entkoppelt werden konnten.⁸⁷⁰

Inzwischen dagegen höchstrichterlich ablehnend beschieden ist eine mögliche Umgehungsform der Verfahrensbehinderung durch beschwerdeführende Gläubiger(-Gruppen). Die Erzielung von Zustimmung oder die Verhinderung der Beschwerdeführung innerhalb einzelner Gruppen durch nur teilweisen Aufkauf der Forderungen durch einen Verfahrensbeteiligten mit dem Ziel der Erlangung der Stimmenmehrheit, hat der BGH als unlauter erkannt, da hierin ein Verstoß gegen den Grundsatz *par conditio creditorum* vorliege.⁸⁷¹ Die Entscheidung des BGH lässt jedoch m.E. dann noch gewisse Spielräume, wenn darauf geachtet wird, dass das Kaufangebot allen Gläubiger(-Gruppen) unterbreitet wird oder etwa im Wege einer umgekehrten Auktion stattfindet, womit ebenfalls die Konzentration ausstehender Forderungen durchführbar wäre, ohne zwingend den kompletten ausstehenden Forderungsbestand übernehmen zu müssen. Es bleibt abzuwarten, inwiefern künftige Entscheidungen die Linie des BGH hier konkretisieren werden.

3. Zuwendungen an den Schuldner

Im Einzelfall für den Alt-Gesellschafter der insolventen Schuldnerin problematisch ist § 245 InsO. Absatz 2 Nr. 2. Diese Bestimmung verlangt, dass das Obstruktionsverbot seine

⁸⁶⁸ *Andres* in *Andres/Leithaus* InsO Kommentar, § 253, Rn. 10; *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 85 f; Dieselben verfahrensökonomischen Risiken bei jedoch positiverer Prognose Verfahrensbeherrschung durch die Gerichte sieht *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 68 ff.

⁸⁶⁹ BT-Drs. 17/5712, S. 53.

⁸⁷⁰ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 93 f; *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 71; *Braun/Frank* in: *Braun* InsO, § 245, Rn. 23.

⁸⁷¹ BGHZ 162, 283, (290); Dieses Urteil besprochen bei *Smid*, DZWIR 2005, 234, (236); Die grundsätzliche Position des BGH auch bei *Markgraf*, Der Grundsatz *par conditio creditorum* im Spannungsverhältnis zu der strafprozessualen Vermögensabschöpfung, S. 29.

Wirkung nur dann entfaltet, wenn dem Schuldner aufgrund des Plans keinerlei wirtschaftliche Werte zugebilligt werden. Es liegt jedoch im Wesen der Reorganisation im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens, dass die Gesellschaft als eigenständiger Wert erhalten bleibt und nicht wie im Falle der Liquidation aufgelöst wird.⁸⁷² Ob jedoch die fortzuführende Gesellschaft vor der Kapitalrestrukturierung durch den Insolvenzplan – und damit die Kapitalanteile der Alt-Gesellschafter – tatsächlich einen wirtschaftlichen Wert größer Null hat und so dem Schuldner ein „Mehr“ gegenüber der Liquidation zufließt, welches die Anwendung des Obstruktionsverbots ausschließen würde, ist im Einzelfall schwierig zu beurteilen.⁸⁷³

Mit ESUG ist hier zwar ein Ausweg zum Nachteil der Alt-Gesellschafter geschaffen worden, wobei der Eigentumsschutz der Alt-Gesellschafter nun einerseits dahingehend eingeschränkt wurde, dass Kapitalmaßnahmen bis hin zur Anteilsübertragung zu dulden sind, § 225a Abs. 3 InsO. Darüber hinaus wurden die Obstruktionsmöglichkeiten gegen eine solche Plangestaltung gemäß § 245 Abs. 3 InsO so eingeschränkt, dass der betroffene Alt-Gesellschafter keine unangemessene wirtschaftliche Beteiligung mehr beanstanden kann, sofern die Alternative das Scheitern der Sanierung und damit die vollständige Entwertung der Anteile ist.⁸⁷⁴ Da sich die Abfindung einer solchen vollständigen Enteignung an dem Restwert der Kapitalanteile ohne Insolvenzplan, also dem Liquidationswert, orientiert und somit regelmäßig Null sein wird, ist für den Fall der vollständigen Enteignung das Nicht-Zuteilungsproblem des § 245 Abs. 2 Nr. 2 InsO als gelöst zu betrachten. Für Fälle solcher Plan-Entwürfe, da die Alt-Gesellschafter auch (Teil-)Gesellschafter der fortgeführten Gesellschaft bleiben sollen, werden in der Literatur⁸⁷⁵ verschiedene Modelle diskutiert, die im Sinne einer maximalen Gläubigerbefriedigung die Wertzuwendung an die Alt-Gesellschafter im Zuge eines Reorganisationsverfahrens ausschließen.

a) Erfolgleses Übernahmeangebot

Der Theorie effizienter Märkte entsprechend vertritt die herrschende Meinung⁸⁷⁶ in Übereinstimmung mit der RegE InsO,⁸⁷⁷ dass jedenfalls dort keine Wertzuwendung zu vermuten ist, wo kein Dritter, trotz Angebots, bereit wäre, die Eigenkapitalposition von den Alt-

⁸⁷² *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 91; *Eidenmüller*, ZGR 2001, 680, (681).

⁸⁷³ *Braun/Frank* in: *Braun InsO*, § 245, Rn. 11; *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 93; *Eidenmüller*, ZGR 2001, 680, (702).

⁸⁷⁴ *Römermann*, NJW 2012, 645, (651); *Braun/Frank* in: *Braun InsO*, § 245, Rn. 17 ff.

⁸⁷⁵ *Eidenmüller*, ZGR 2001, 680, (708); Ausführlich *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 94 ff; *Braun/Frank* in: *Braun InsO*, § 245, Rn. 10.

⁸⁷⁶ *Braun*, NZI 1999, 473, (477); *Eidenmüller*, ZGR 2001, 680, (698 f); *Eidenmüller* in: *MünchKommInsO*, § 230, Rn. 4.

⁸⁷⁷ BT-Drs. 12/2443, S. 209.

Gesellschaftern zu einem Preis größer Null zu übernehmen. So verlockend die Nutzung vermuteter Marktmechanismen hier ist, wird dem doch zu Recht entgegengehalten, dass sich gerade im Falle der Bewertung insolventer Unternehmen durch den Markt regelmäßig Unterbewertungen zeigen, die auf der mangelhaften Information der Marktteilnehmer gründen.⁸⁷⁸ Hinreichend ist dieses Indiz folglich in der Praxis nicht.

b) New Value Exception

Eine Möglichkeit, den geforderten Wertzuwendungsausschluss des § 245 Abs. 2 Nr. 2 InsO zu gewährleisten und damit die Anwendbarkeit des Obstruktionsverbots zu erhalten, könnte die – anhand einer Entscheidung des *U.S. Supreme Court*⁸⁷⁹ – entwickelte Regel der sog. *New Value Exception* eröffnen. Danach liegt jedenfalls dann kein Wertzuwachs zugunsten der Alt-Gesellschafter durch die Annahme des Insolvenzplans vor, wenn zumindest der Teil der Insolvenzmasse, der auf den Wert des Schuldnerunternehmens nach Plandurchführung entfällt, durch die Alt-Gesellschafter als Begünstigte zugunsten der Masse ersetzt wird.⁸⁸⁰

So zwingend die Logik dieser Argumentation ist, so entscheidend kommt es im Einzelfall auf die Ausgestaltung und Formulierung des Plans an. Nur eine im Anschluss an eine Unternehmensbewertung ermittelte Zuwendung der Alt-Gesellschafter in mindestens gleicher Höhe, die eine direkte Erhöhung der Insolvenzquoten der Gläubiger zur Folge hat, bewirkt die Vermeidung der Qualifikation einer Wertzuwendung. Würde die Zuwendung dagegen schlicht als Kapitaleinlage in das insolvente Unternehmen eingebracht, erhöht sie wiederum den Residualwert des Unternehmens, womit per Saldo kein vollständiger Ausgleich der Wertzuwendung erreicht wird.

Weiterhin in der Praxis problematisch kann eine zeitgleich eintretende Vermögenslosigkeit von Gesellschaft und Gesellschaftern sein.⁸⁸¹ Wären diese willens und in der Lage gewesen, die Gesellschaft vor der Insolvenz zu bewahren, hätten sie vermutlich bereits zuvor zusätzliches Eigenkapital eingebracht. Wenn dies jedoch zuvor nicht erfolgt ist, ist nur schwer vorstellbar – von den vereinzelt Fällen strategischer Insolvenzen abgesehen – warum sich diese Situation kurzfristig geändert haben sollte. Dennoch bietet das Konzept

⁸⁷⁸ *Bebchuk*, NBER Working Paper Series 1998, 1, (10); *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 36 f.; *Braun/Frank* in: Braun InsO, § 245, Rn. 11; Ähnlich auch der Ansatz „Valuation Sale“ bei *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 135 f.

⁸⁷⁹ Entscheidung im Fall *Bank Of America National Trust And Savings Association v. 203 North Lasalle Street Partnership*, 119 S. Ct. 1411, 1419 [1999].

⁸⁸⁰ *Lüer* in: Uhlenbruck, § 245, Rn. 26 f.; *Eidenmüller*, ZGR 2001, 680, (705); *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, S. 176 ff.

⁸⁸¹ Die sog. Doppelinsolvenz stellt bei vollhaftenden Personengesellschaften die Regel dar, kann aber auch bei der GmbH durch eingegangene Verpflichtungen des Gesellschafters oder Wegfall der Erwerbsgrundlage eintreten, *Kreplin* in: Nerlich/Kreplin Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 26, Rn. 105.

der *New Value Exception* bei entsprechender Ausgestaltung am ehesten eine den Anforderungen des Obstruktionsverbots entsprechende Möglichkeit, beschwerdebegründende Zuwendungen an den Schuldner zu vermeiden.

IV. Gestaltungsempfehlungen im Gründungsstadium

Umfassende strategische Vorbereitungsmöglichkeiten auf ein zukünftiges Insolvenzplanverfahren bereits im Gründungsstadium der Gesellschaft sind, anders als im Falle der Antizipation einer künftigen übertragenden Sanierung durch Gründung von Auffanggesellschaften oder gesellschaftsrechtlicher Trennung von Aktiva und Betrieb, nur in geringem Maße vorstellbar und sinnvoll, da gerade die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse erhalten werden sollen.

Primär im Hinblick auf die Gruppe der absonderungsberechtigten Gläubiger, womit zu meist primär Fremdkapital zur Verfügung stellende Dritte sowie Vermieter von Grund und Boden angesprochen sind, kann jedoch bereits bei Vertragsschluss der Boden für eine zukünftig vereinfachte Einigung im Zuge der Verhandlung eines Insolvenzplanes bereitet werden. Indem in die Verträge bereits Neuverhandlungsmechanismen oder strukturierte Einigungsmechanismen, wie etwa die Unterwerfung unter eine Mehrheitsentscheidung ab Erreichung eines gewissen Quorums (*Collective Action Clauses*) aufgenommen werden, wird das Konfliktpotential einer zukünftigen Restrukturierung bereits deutlich gemindert.⁸⁸² Die Literatur vergleicht die Verankerung von Zustimmungsklauseln in Kredit- und allgemeinen Lieferverträgen – hier zwar mit direktem Bezug auf solche Klauseln, mit denen Gläubiger im Falle einer zukünftig möglicherweise eintretenden Insolvenz einem außgerichtlichen Sanierungsverfahren zustimmen – zwar mit der „Operationszustimmung eines gesunden Patienten“⁸⁸³. Die Vorteilhaftigkeit im Interesse der Transaktionskostenminimierung im Zuge einer Restrukturierung ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, wenn auch die so gebundenen Gläubiger dafür nachvollziehbar Zugeständnisse an anderer Stelle fordern werden.

V. Risiken in der Insolvenz

In Fällen, da die Existenz des Unternehmens aufgrund unerwarteter Krisen oder struktureller Probleme in einer solchen Form gefährdet ist, dass nicht zugleich das Geschäftskonzept als eigenständiges Unternehmen am Markt in Frage zu stellen ist – etwa weil eine

⁸⁸² CAC spielen vorrangig in Vertragswerken öffentlich begebener Anleihen sowie syndizierter Unternehmenskredite eine Rolle, womit derartige Neuverhandlungsmechanismen primär in Krisenfällen von Großunternehmen Anwendung finden.

⁸⁸³ *Uhlenbruck*, BB 2001, 1641, (1647).

kritisches Absatzvolumen nicht oder nicht mehr erreicht wird und daher marktspezifische Skalenvorteile nicht genutzt werden können – sondern schlicht Altlasten abgebaut werden müssen, um dem Unternehmen einen *fresh start* zu ermöglichen, sollten Gesellschafter und Geschäftsführung möglichst frühzeitig handeln, wenn die Sanierung im Zuge eines Insolvenzplanverfahrens in Betracht gezogen wird. Nicht nur wird ohne eine für die kurzfristige Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs ausreichende Liquidität die auch nur vorübergehende Betriebseinstellung der Umsetzung eines Insolvenzplanes immer im Wege stehen. Auch dient die insolvenzgerichtliche Anerkennung des Eröffnungsgrundes der nur drohenden Zahlungsunfähigkeit der Gläubigerversammlung als Zeichen einer doch noch verlässlichen und vorausschauenden Unternehmensführung.

In einem ersten Schritt ist die Frage zu beantworten, inwiefern besondere Gründe vorliegen, die der Fortsetzung des Insolvenzschuldners den Vorzug vor der übertragenden Sanierung innerhalb einer Auffanggesellschaft den Vorzug einräumen. Eine bedeutende Rolle kommt dabei der Bilanzstruktur der Gesellschaft zu. Ein hohes Maß an betriebsnotwendigen immateriellen Vermögensgegenständen, wie etwa an den Schuldner gebundene vorteilhafte Lizenzen oder auch zukünftig absehbar wieder steuerlich nutzbare Verlustvorträge, können für die Fortsetzung des Schuldners sprechen. Entgegengesetzt wird zu berücksichtigen sein, dass einige Passiva des Insolvenzschuldners nicht grundsätzlich Gegenstand einer Restrukturierung im Insolvenzplanverfahren sein können. Von besonderer Bedeutung sind hier die Verpflichtungen aus erhaltenen öffentlichen Subventionen, deren mögliche Rückforderung erst noch durch die Erfüllung zukünftiger Förderbedingungen vermieden werden kann. Eine Praxis der risikobegrenzenden Gewährung von *Comfort Letters* wie dies in anderen Rechtsordnungen der Fall ist, existiert in Deutschland noch nicht. Somit muss im Einzelfall mit der subventionsgewährenden Stelle eine individuelle Vereinbarung erzielt werden.⁸⁸⁴ Zudem leben bei Erhaltung des Insolvenzschuldners auch die gesetzlichen Gewährleistungsverpflichtungen fort, sofern die Leistungsverpflichtungen erst in der Zukunft eintreten. Derartige rechtliche Risiken aus der Passivseite der schuldenrischen Bilanz müssen im Rahmen einer *judicial due diligence* genau überprüft werden.⁸⁸⁵

Daneben sollte eine Vergleichsrechnung zwischen dem im Zuge der übertragenden Sanierung notwendigen Kapital zur Ablöse der betriebsnotwendigen Aktiva und der erwarteten Ausgleichszahlung zur Erhaltung der Gesellschafterposition in der fortgesetzten Gesellschaft Basis der Überlegungen sein.

⁸⁸⁴ Reul/Heckschen/Wienberg *Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis*, Teil O, Abs. I.

⁸⁸⁵ Depré/Dobler in: Beck/Dempré *Praxis der Insolvenz*, § 43, Rn. 113 f; Reul/Heckschen/Wienberg *Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis*, Teil O, Abs. II; Arends/Hofert-von Weiss, BB 2009, 1538, (1539).

Wird schließlich der Entschluss gefasst, eine Planinsolvenz anzustreben, empfiehlt es sich im Wege des *prepackaged plan* den Insolvenzplan bereits bei Antragstellung in weitreichendem Detaillierungsgrad mit einzureichen sowie verschiedene Planalternativen auszuarbeiten, die auf die antizipierten Interessenlagen unterschiedlicher Gläubigergruppen eingehen, um so einerseits bereits für die Verhandlungen mit dem Gläubigerausschuss und der Gläubigerversammlung vorbereitet zu sein und zudem dem wichtigen motivationalen Aspekt Rechnung zu tragen, dass die Gläubigergesamtheit in die Lage versetzt werden sollte, das letzte Wort sprechen zu können, anstatt den Eindruck zu gewinnen, hier einen abschließend gestalteten Plan schlicht abnicken zu sollen.

Zudem sollte trotz aller vorbereitenden Planung nicht aus den Augen verloren werden, dass der eingereichte Insolvenzplan oder gar die Planinsolvenz als Ganzes abgelehnt wird. Auch für diesen Fall sollten konkrete alternative Perspektiven evaluiert werden, damit nicht das Scheitern des Insolvenzplanverfahrens zu einem Auseinanderbrechen der unternehmerischen Organisation und der damit verbundenen Entwertung der betrieblichen Aktiva gegenüber dem *Going Concern* - Szenario führt.

Jedoch selbst wenn ein eingereicherter Insolvenzplan aufgrund von fehlender Akzeptanz in der Gläubigerversammlung fällt, bleibt für den nach Willen der Gesellschafter fortzuführenden unternehmerischen Geschäftsbetrieb ein praktischer Vorteil regelmäßig erhalten. So stellt die neue gesetzliche Regelung des § 188 Abs. 3 SGB III in vielen Fällen unsicherer Fortführungsszenarien ein erhebliches Sanierungshindernis dar. Während der Geltung der Konkursordnung war es wesentlich einfacher, Konkursausfallgeld vorzufinanzieren, weil es die Zustimmungserfordernisse der Bundesagentur für Arbeit nicht gab.⁸⁸⁶ Zwar bietet auch das dreimonatige Insolvenzausfallgeld Entlastung von den Personalkosten und damit die Rückgewinnung strategischen Spielraums,⁸⁸⁷ jedoch ist für die sofortige Zahlungsaufnahme die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit notwendig, die nur erteilt wird, falls im Zuge des Insolvenzverfahrens die begründete Vermutung gegeben ist, dass eine zumindest weitgehende Arbeitsplatzsicherung durch Fortführung oder übertragende Sanierung erreicht werden kann.⁸⁸⁸ Bei Beantragung eines Insolvenzplanverfahrens wird diese Zustimmung verhältnismäßig leichter zu erzielen sein, ist schließlich das gesamte

⁸⁸⁶ Buchalik, NZI 2000, 294, (298); Smid, BB 1999, 1, (3); Wellensiek, BB 2000, 1, (3).

⁸⁸⁷ Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus in: Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus Insolvenzrecht, Kap. 9, Rn. 15 ff; Paulus, ZGR 2005, 309, (320); Wellensiek, BB 2000, 1, (3).

⁸⁸⁸ Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus in: Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus Insolvenzrecht, Kap. 9, Rn. 21; Wellensiek, BB 2000, 1, (3); Paulus, ZGR 2005, 309, (320).

Verfahren bereits wesentlich auf den Unternehmens- und damit Betriebserhalt ausgerichtet.⁸⁸⁹

D. Qualität und Effizienz der Insolvenzverfahrensführung

Von jenen Unternehmensinsolvenzen abgesehen, bei denen der Insolvenzantrag den Schlusspunkt einer erfolglosen Geschäftsidee und damit die endgültige Abstandnahme der Gesellschafter darstellt, sollte die Insolvenz des Unternehmens seitens der Gesellschafter als ein kritischer Wendepunkt wahrgenommen und angenommen werden. Sie bietet die Möglichkeit, das unternehmerische Geschäftskonzept grundlegend auf den Prüfstand zu stellen und, befreit von einigen schuld- und gesellschaftsrechtlichen Hürden, neu aufzustellen. Hohe Motivation und intensive Einbringung in einer – auch aufgrund der Öffentlichkeitswirksamkeit – schwierigen Zeit sind der Preis, der dafür aufzubringen ist. Den Insolvenzverwalter dabei nicht als Partner eines intensiven Austausches und Berater bei der Neuausrichtung anzunehmen, schmälert die Erfolgchancen in der Praxis erheblich. Zwei Faktoren bestimmen den Erfolg einer Restrukturierung unter dem Mantel des Insolvenzverfahrens dabei zentral: das Engagement der Gesellschafter gerade auch in Eigenverwaltung eines Insolvenzplanverfahrens und die Qualität der Leistung des Insolvenzverwalters / Sachwalters.

Die Eigenverwaltung des Unternehmens im Insolvenzverfahren belässt die Verfügungsgewalt in den Händen der durch die Gesellschafter bestellten Geschäftsleitung, zumeist ergänzt um einen sanierungserfahrenen Spezialisten, während sich der Insolvenzverwalter auf die Funktion des begleitend überwachenden Sachwalters beschränkt.⁸⁹⁰ Der Vorteil dieser Konstellation liegt in der Kontinuität der Unternehmensführung und der zumeist größeren Marktkenntnis der Geschäftsleitung gegenüber dem Insolvenzverwalter. Es gab und gibt jedoch auch starke Bedenken gegenüber dieser Kontinuität mit dem Argument, dass hier „der Bock zum Gärtner gemacht wird“.⁸⁹¹ Trotz dieser Bedenken hat jedoch bereits der Gesetzgeber mit der ersten Insolvenzrechtsnovelle die Eigenverwaltung zugelassen⁸⁹² und inzwischen im Zuge des ESUG sogar zum Regelfall erhoben, auch weil im internationalen Vergleich insbesondere Finanzinvestoren den Insolvenzstandort wegen der

⁸⁸⁹ Siehe Teil 3.C.I.

⁸⁹⁰ Eine umfassende Abgrenzung der Kompetenzen des Sachwalters im Gegensatz zum Insolvenzverwalter veranschaulicht etwa *Böhm* in: Schulze/Braun Insolvenzjahrbuch 2007, S. 15 f; Ergänzend *Hofmann*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 25.

⁸⁹¹ *Römermann*, GmbHR 2012, 421, (422); *Hofmann*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 32.

⁸⁹² *Hofmann*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 33; *Wittig/Tetzlaff* in: MünchKommInsO, vor §§ 270-285, Rn. 5.

mangelnden effektiven Nutzung der Eigenverwaltung kritisiert haben.⁸⁹³ In den USA etwa stellt die Eigenverwaltung, also der *debtor in possession* für Insolvenzplanverfahren nach Chapter 11 BC bereits seit längerem die Regel dar.⁸⁹⁴ Nichtsdestotrotz stehen die deutschen Insolvenzgerichte der Eigenverwaltung weiterhin häufig kritisch gegenüber, da der Eindruck des Eingriffs in ihre Wahlfreiheit und die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters / Sachwalters entstehen kann.⁸⁹⁵ Auch die Insolvenzverwalter selbst taktieren aus nahe liegenden persönlichen Interessen immer wieder gegen die Anordnung der Eigenverwaltung.⁸⁹⁶ Es gilt daher für den an einer Eigenverwaltung interessierten Gesellschafter nicht nur die Gläubigerversammlung, sondern zunächst bereits den vorläufigen Insolvenzverwalter und das Insolvenzgericht konzeptionell zu überzeugen,⁸⁹⁷ wobei neben einem lückenlosen Sanierungskonzept auch die Eignung der eigenverwaltenden Unternehmensleitung zur Interessenwahrung der unternehmensfremden Gläubiger zweifelsfrei darzulegen ist. Eine überzeugende Maßnahme in diesem Sinne wird gerade für den Gesellschafter-Geschäftsführer die Übertragung der eigenen Anteile an einen dritten Treuhänder sein. Möglichen Bedenken hinsichtlich der Unabhängigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers kann so zuvorgekommen werden und zugleich eine mögliche Beschränkung der Eingriffsbefugnisse in die unternehmerischen Entscheidungen aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Bindung häufig vermieden werden⁸⁹⁸ und damit auch die Lähmung der Eigenverwaltung. Letztlich dürfen aber auch die positiven finanziellen Aspekte der Eigenverwaltung nicht aus den Augen verloren werden. Eine gegenüberstellende Kostenrechnung zwischen den Verwaltergebühren und den geringeren Kosten einer Eigenverwaltung wird häufig auch ein gewichtiges Argument zugunsten des an Eigenregie und möglichst professioneller Umsetzung interessierten Gesellschafters sein.⁸⁹⁹

Neben dem Engagement des Gesellschafters bestimmt die Professionalität der Verwaltung und Begleitung des Insolvenzverfahrens den Erfolg der Restrukturierung. Ein hohes Maß an Sachkenntnis nicht nur der rechtlichen Rahmenbedingungen – deren Einhaltung die Ausrichtung der Verwaltungstätigkeit auf eine möglichst weitgehende Gläubigergleichbe-

⁸⁹³ Vallender, GmbHR 2012, 445, (450); Uhlenbruck/Vallender, NZI 2009, 1, (6 f); Wittig/Tetzlaff in: MünchKommInsO, vor §§ 270-285, Rn. 18b.

⁸⁹⁴ Hofmann, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 27; Wittig/Tetzlaff in: MünchKommInsO, vor §§ 270-285, Rn. 7.

⁸⁹⁵ Uhlenbruck/Vallender, NZI 2009, 1, (6); Riggert in: Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, Vorb. §§ 270 bis 285 InsO, Rn. 5 f.

⁸⁹⁶ Hofmann, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 32 f; Vallender, GmbHR 2012, 445, (446); Wittig/Tetzlaff in: MünchKommInsO, vor §§ 270-285, Rn. 18a.

⁸⁹⁷ Die motivationale Bedeutung dafür von *prepacked plans* in der Praxis unterstreicht Wehdeking, DZWIR 2006, 451, (451 f).

⁸⁹⁸ Hofmann, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 188; Wittig/Tetzlaff in: MünchKommInsO, vor §§ 270-285, Rn. 7a ff; Buchalik, NZI 2000, 294, (296).

⁸⁹⁹ Hofmann, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 30; Wehdeking, DZWIR 2006, 451, (453).

handlung sicherstellen soll – sondern gerade auch der wirtschaftlichen und industriellen Logik des jeweiligen Marktes ist der Garant einer solchen professionellen Verwalterleistung. Um dies zu erreichen, hat sich einerseits der Verband der Insolvenzverwalter einen Kodex der Berufsgrundsätze gegeben, an dem sich die Insolvenzverwalter orientieren,⁹⁰⁰ andererseits prüfen auch die befassen Insolvenzgerichte anhand eines umfassenden Anforderungsprofils die Qualifikation der Kandidaten vor Aufnahme in die bei Gericht geführte Liste akkreditierter Insolvenzverwalter.⁹⁰¹ Nach Einschätzung vieler gehen diese Maßnahmen jedoch nicht weit genug.⁹⁰² Gerade eine weiter verfeinerte Auswahl und Verfahrenszuweisung auf bestimmte Branchen spezialisierter Verwalter erfolgt gerade in der Praxis kleiner und mittlerer Verfahren nicht immer. So wird in der Branche selbst – selbstverständlich nicht autoritativ – die Kritik geäußert, dass ein effektiver Austausch zwischen Insolvenzgericht und Verwalter bezüglich der Qualität der Leistung nicht stattfindet, da seitens der Gerichte die Sorge vor Klagen der Verwalter wegen Nichtbeachtung bei der Verfahrensvergabe groß ist, sollten diese vom Gericht negatives Feedback erhalten haben. Umgekehrt wird aus gleicher Sorge keine Kritik geäußert, da die Verwalter selbst an der Verfahrenszuweisung durch die Gerichte hängen.

Auch mangelt es an einer fachlichen Aufsicht und Erfolgsbeurteilung über die Tätigkeit der Insolvenzverwalter. Die direkte Kontrolle obliegt in Deutschland nur verfahrensindividuell dem Gläubigerausschuss und dem befassen Insolvenzgericht, wobei der Gläubigerausschuss nur bei großen Insolvenzverfahren effektiv zustande kommt. In England dagegen erfolgt zudem im Wege des *peer review* eine Überwachung der Branche vergleichbar der Selbstkontrolle der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften.⁹⁰³ Auf diesem Wege könnte eine effektivere Aufsicht durch konkurrierende Parteien erreicht werden, die ein deutlich höheres Maß an Motivation mit sich bringen würde.⁹⁰⁴ Erste Bestrebungen in Richtung von Zertifizierungsprozessen für Insolvenzverwaltungsgesellschaften finden in der Literatur Anklang.⁹⁰⁵ Ein weiterer Schritt könnte zudem die Zulassung auch juristischer Personen und damit auch der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sein, um so die professionelle Organisation gerade großer Verfahren auf „breitere Schultern“ zu legen.⁹⁰⁶

⁹⁰⁰ VID Berufsgrundsätze der Insolvenzverwalter, ZIP 2006, 2147, (2147 f); Empfehlungen der Uhlenbruck-Kommission, ZInsO 2007, 760, (761 f).

⁹⁰¹ Graeber in: MünchKommInsO, § 56, Rn. 12 ff; Holzer in: Beck/Dempré Praxis der Insolvenz, § 3, Rn. 31; Stapper, NJW 1999, 3441, (3444).

⁹⁰² Neubert, GmbHR 2012, 439, (444) kritisiert dabei vor allem die schwierige rechtspraktische Griffigkeit der verlangten Qualifikationen.

⁹⁰³ Liersch/Kind in: Schulze/Braun Insolvenzjahrbuch 2009, S. 27 f.

⁹⁰⁴ Paulus, ZGR 2005, 309, (324 f).

⁹⁰⁵ Uhlenbruck/Vallender, NZI 2009, 1, (4); Holzer in: Beck/Dempré Praxis der Insolvenz, § 3, Rn. 32; Hinsichtlich der Eigeninitiative Blümle in: Braun InsO, § 56, Rn. 2.

⁹⁰⁶ Vorgeschlagen von Stapper, NJW 1999, 3441, (3444).

Ebenfalls wünschenswert wäre eine frühzeitigere und intensivere Einbindung der Gläubiger in die Auswahl des Insolvenzverwalters. Die aktuell zunächst alleinige Entscheidungsmacht des Insolvenzgerichts wird daher als Standortnachteil Deutschlands etwa gegenüber England kritisiert.⁹⁰⁷ Die in der Praxis vorherrschende Auffassung vieler Insolvenzgerichte, wonach eine Vorbefassung von Sanierungsberatern diese bei der Auswahl durch das Gericht gemäß § 27 InsO als spätere Insolvenzverwalter ausschließt, wird in der Literatur seit längerem angegriffen.⁹⁰⁸ Seit ESUG ist zwar eine Vorbefassung eines Rechtsberaters nicht mehr zwingend Ausschlussgrund für die Bestellung als Insolvenzverwalter. Dem steht aber zumindest nach Auffassung einiger das Berufsrecht (§ 45 BRAO) als *lex specialis* entgegen, wonach eben jede anwaltliche Beratung eine spätere anderweitige Mandatierung in gleicher Sache ausschließt.⁹⁰⁹ Eine klarere Leitlinie seitens des Gesetzgebers erscheint daher angebracht, insbesondere, da zweifelsfrei davon ausgegangen werden darf, dass die verfahrensbeherrschende und dann auch auswählende Gläubigerversammlung mögliche Interessenkonflikte bereits im Eigeninteresse umfassend prüfen wird und somit ein reduziertes Schutzbedürfnis vorliegt.

⁹⁰⁷ Schröder in: Schulze/Braun Insolvenzjahrbuch 2008, S. 24; Vallender, NZI 2007, 129, (136); Paulus, NZI 2008, 705, (709).

⁹⁰⁸ Paulus, NZI 2008, 705, (707); Zur neuen Rechtslage unter ESUG auch Frings/Bernsen, NJW-Spezial 2012, 405, (405 f); Schmidt/Hölzle, ZIP 2012, 2238, (2238 ff).

⁹⁰⁹ Römermann, NJW 2012, 645, (648), oder auch Römermann/Praß, GmbHR 2012, 425, (430); Frings/Bernsen, NJW-Spezial 2012, 405, (406).

Ergebnisthesen: Gestaltungsempfehlungen und Risiken

Ein einheitliches Fazit zu den Gestaltungsmöglichkeiten und Haftungsbegrenzung des unternehmerischen Risikos im Insolvenzverfahren zu ziehen, ist vor dem Hintergrund der Bandbreite ineinandergreifender rechtlicher Bestimmungen und betriebswirtschaftlicher Notwendigkeiten kaum möglich. Wie so häufig besteht die Welt aus Licht und Schatten. Wichtig ist jedoch, dass die Gesamtlage des Falles im Blick behalten wird und somit Grundlage einer globalen Gestaltung (meist auf dem Verhandlungswege mit den wesentlichen Gläubigern und dem Insolvenzverwalter) wird, bei der starke und schwache Positionen zu einer insgesamt für den Unternehmer optimalen Lösung zusammengeführt werden. Einen Überblick gewährt die nachfolgende Darstellung der wesentlichen Erkenntnisse der Arbeit in Ergebnisthesen.

1) Mit der **ESUG-Novelle** werden dem fortführungswilligen Gesellschafter effektive, neue Instrumente wie etwa das Schutzschirmverfahren oder die höhere Durchsetzungswahrscheinlichkeit einer Eigenverwaltung an die Hand gegeben. Allerdings sind auch die mit MoMiG eingeführten Risiken für Gesellschafter-Geschäftsführer weiter intensiviert worden.⁹¹⁰

2) Die Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung aufgrund insolvenzrechtlicher **bilanzieller Überschuldung** ist aufgrund der vorläufigen Rückkehr zur zweistufigen modifizierten Überschuldungsprüfung weiterhin ohne erhebliche Bedeutung für die Eröffnungspraxis. Das Risiko einer sanktionierten Insolvenzverschleppung kann durch Erstellung eines qualifizierten Sanierungsgutachtens verlässlich kontrolliert werden.⁹¹¹

3) In der Phase der Vorgründungsgesellschaft und der Vor-GmbH entstehende **Gründungskosten** können bei entsprechender Gestaltung trotz des gesetzgeberischen Leitbilds des unbelasteten Starts der Gesellschaft belastet werden, wenn eine steuerliche Nutzbarkeit im privaten Bereich der Gesellschafter nicht gegeben ist.⁹¹²

4) Obwohl mit MoMiG Regelungslücken in der gesetzlichen Systematik der **Verhinderung von Umgehungsversuchen der Gesellschaftsfinanzierung durch Eigenkapital** entstanden sind, ist die Verstrickung des funktionalen Eigenkapitals wirksam. Gestaltungen instrumentalisieren primär das Kleinbeteiligungsprivileg,⁹¹³ oder – unter Einschränkung

⁹¹⁰ Siehe Teil 1.C.V.

⁹¹¹ Siehe Teil 1.C.IV.

⁹¹² Siehe Teil 2.A.II.

⁹¹³ Siehe Teil 2.B.II.2.b).

aufgrund noch ausstehender höchstrichterlicher Entscheidung – Gestaltungen anhand von darlehensnehmenden Besitzgesellschaften, die sodann Anlagevermögen entgeltlich zur Nutzung an die Betriebsgesellschaft überlassen.⁹¹⁴

5) Sind dennoch **Gesellschafter-Bürgschaften** gezeichnet worden, sollte frühzeitig die Verhandlung mit den Kreditgebern gesucht werden, um bei zureichender weiterer Sicherung eine Entlassung aus der Bürgschaft vor Freiwerden durch Gesellschaftsleistung zu erreichen. Die fachkundige Überprüfung der getroffenen Sicherungsvereinbarungen auf eine mögliche **sittenwidrige anfängliche Übersicherung** eröffnet hier Verhandlungsspielräume.⁹¹⁵

6) Im Bereich der Kreditsicherung müssen insbesondere Gesellschaften, die in angemieteten Räumlichkeiten arbeiten, ein besonderes Augenmerk auf die Vorrangigkeit der Sicherungsabreden über mobiles Anlagevermögen legen, um eine die Verwertung lähmende Kollision mit dem **gesetzlichen Vermieterpfandrecht** zu vermeiden.⁹¹⁶

7) Für andernfalls schwierige **Kreditsicherungen durch eigene Gesellschaftsanteile** des Sicherungsgebers bieten die Ansätze des Debt-Equity-Swap durch Optionsmodelle (*Bebchuk*) effektive, vertraglich zu fixierende Leitlinien.⁹¹⁷

8) Die Haftung des Gesellschafters für **existenzvernichtende Eingriffe** auf Basis von § 826 BGB kann nur kontrolliert werden, wenn auf eine ausführliche Dokumentation der Drittvergleichbarkeit (*dealing at arm's length*) geachtet wird, um so der Beweislast des Gesellschafters nachzukommen.⁹¹⁸ Eine Haftung infolge materieller Unterkapitalisierung scheidet weiterhin aus.⁹¹⁹

9) Die **Haftung der Geschäftsleitung** wurde im Kontext der europäischen Harmonisierung weiter ausgebaut und nähert diese in vielen Bereichen an die Haftung der Gesellschafter an.⁹²⁰

⁹¹⁴ Siehe Teil 2.B.III.

⁹¹⁵ Siehe Teil 2.C.III.

⁹¹⁶ Siehe Teil 2.C.I.2.

⁹¹⁷ Siehe Teil 2.C.I.4.

⁹¹⁸ Siehe Teil 2.D.III.

⁹¹⁹ Siehe Teil 2.D.II.2.

⁹²⁰ Siehe Teil 2.E.III.

10) Betriebsaufspaltungen und -fortführungen mittels **übertragender Sanierungen** bleiben, aufgrund der verhältnismäßig hohen Rechtssicherheit des Erwerbers, auch nach MoMiG und – soweit absehbar – ESUG weiterhin die häufigste Form der Sanierung im Insolvenzverfahren.⁹²¹ Übertragungen vor dem Berichtstermin bleiben schwierig, können jedoch durch die Vereinbarung von bedingten *breakup fees* vorab weitgehend fixiert werden. Rechtliche Risiken aus der wirtschaftlichen Nachfolge des übernommenen Betriebs müssen eng überwacht werden.⁹²²

11) Gesellschaftsfortführungen durch **Insolvenzplanverfahren** sind durch MoMiG und ESUG deutlich vereinfacht worden. Die – zwar verfahrenszuträgliche – Einschränkung des Eigentumsschutzes der Alt-Gesellschafter nimmt ihnen dabei jedoch eine gewichtige Verhandlungsmasse.⁹²³ Eine vergleichende Kapitalanalyse zwischen den Varianten Gesellschaftsfortführung und übertragende Sanierung in eine Auffanggesellschaft ist für den sanierungswilligen Gesellschafter im Vorfeld einer möglichen Planentwicklung Pflicht.

⁹²¹ Siehe Teil 3.B.

⁹²² Siehe Teil 3.B.III.

⁹²³ Siehe Teil 3.C.III.

Literaturverzeichnis

- Achsnick, Jan
Options-Modelle im Insolvenzplanverfahren
Berlin 2002
- Aghion, Philippe
Hart, Oliver
Moore, John
The Economics of Bankruptcy Reform
in: Journal of Law, Economics and Organization 1992
S. 523-546
- Ahrendt, Christian
Plischkaner, Uta
Der modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff –
Rückkehr mit Verfallsdatum
in: NJW 2009, S. 964-966
- Altmeppen, Holger
Zur Insolvenzanfechtung einer Gesellschaftersicherheit bei
Doppelsicherung
in: ZIP 2011, S. 741-749
- Altmeppen, Holger
Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis
in: NJW 2008, S. 3601-3607
- Altmeppen, Holger
Abschied vom „Durchgriff“ im Kapitalgesellschaftsrecht
in: NJW 2007, S. 2657-2660
- Ampferl, Hubert
Der „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter in der Unter-
nehmensinsolvenz
Köln 2002
- Andres, Dirk
Leithaus, Rolf
Insolvenzordnung (InsO), Kommentar
2. Auflage
München 2011
- Andres, Dirk
Grund, Andreas
Die Flucht vor deutschen Insolvenzgerichten nach England
– Die Entscheidungen in dem Insolvenzverfahren Hans
Brochier Holdings Ltd.
in: NZI 2007, S. 137-143
- Arbeitskreis der
Insolvenzverwalter
Deutschland e.V.
Vorschläge zur Änderung des Unternehmensinsolvenz-
rechts
in: NZI 2002, S. 3-15
- Arends, Volker
Hofert-von Weiss, Sebastian
Distressed M&A - Unternehmenskauf aus der Insolvenz
in: Betriebsberater 2009, S. 1538-1544
- Ascheid, Reiner
Preis, Ulrich
Schmidt, Ingrid
Kündigungsrecht Großkommentar
4. Auflage
München 2012
- Bamberger, Heinz /
Roth, Herbert (Hrsg.)
Beck'scher Online-Kommentar BGB
22. Auflage
München 2012

- Ziemons, Hildegard /
Jaeger, Carsten (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar GmbHG
13. Auflage
München 2012
- Baumbach, Adolf /
Hueck, Alfred (Hrsg.) Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, Kommentar
20. Auflage
München 2013
- Bayer, Walter Moderner Kapitalschutz
in: ZGR 2007, S. 220-240
- Bebchuk, Lucian Arye Chapter 11 – Working Paper 6473
in: NBER Working Paper Series 1998, S. 1-17
- Beck, Siegfried (Hrsg.)
Dempré, Peter (Hrsg.) Praxis der Insolvenz
2. Auflage
München 2010
- Becker, Christoph Insolvenzrecht
2. Auflage
München 2008
- Bellen, Francis
Stehl, Indra Pflichten und Haftung der Geschäftsführung in der Krise
der GmbH - ein Überblick
in: Betriebsberater 2010, S. 2579-2585
- Berger, Christian (Hrsg.)
Kayser, Godehard (Hrsg.)
Pannen, Klaus (Hrsg.) Sanierung, Insolvenz, Berufsrecht der Rechtsanwälte und
Notare
Festschrift für Hans Gerhard Ganter
1. Auflage
München 2010
- Bichlmeier, Wilhelm § 613a BGB und der Wiedereinstellungsanspruch in der
Insolvenz
in: DZWIR 2006, S. 89-94
- Bitter, Georg
Hommerich, Christoph
Reiß, Nicole Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs
in: ZIP 2012 S. 1201-1210
- Blechinger, Doris Die neue Rechtsform der Unternehmergeinschaft (haf-
tungsbeschränkt): Eine erste Zwischenbilanz
in: Statistische Analysen und Studien NRW 2009, Band
62, S. 3-6
- Bley, Erich
Mohrbutter, Jürgen Vergleichsordnung Großkommentar
4. Auflage
Berlin 1979
- Böcker, Philipp Die Überschuldung im Recht der Gesellschaft mit be-
schränkter Haftung
Baden-Baden 2002

- Bork, Reinhard Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des
Insolvenzrechts?
in: ZGR 2007, S. 250-270
- Braun, Dominik Der grenzüberschreitende Rechtsformwechsel von
Gesellschaften im Lichte des Konzepts und der Dogmatik
der Niederlassungsfreiheit
in: DZWIR 2012, S. 411-415
- Braun, Eberhard (Hrsg.) Insolvenzordnung, Kommentar
5. Auflage
München 2012
- Braun, Eberhard (Hrsg.) Insolvenzjahrbuch 2009
Frankfurt am Main 2008
- Braun, Eberhard (Hrsg.) Insolvenzjahrbuch 2007
Frankfurt am Main 2006
- Braun, Eberhard Das Obstruktionsverbot in der Praxis: Ein überzeugender
Start
in: NZI 1999, S. 473-478
- Bredow, Günther
Vogel, Hans-Gert Kreditverkäufe in der Praxis – Missbrauchsfälle und
aktuelle Reformansätze
in: BKR 2008, S. 271-281
- Brox, Hans (Hrsg.)
Walker, Wolf-Dietrich (Hrsg.) Zwangsvollstreckungsrecht
8. Auflage
München 2008
- Buchalik, Robert Faktoren einer erfolgreichen Eigenverwaltung
in: NZI 2000, S. 294-301
- Büchel, Helmut Kapitalaufbringung, insbesondere Regelung der verdeck-
ten Sacheinlage nach dem Regierungsentwurf des MoMiG
in: GmbHR 2007, S. 1065-1071
- Buck, Christian Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken
1. Auflage
Baden-Baden 2006
- Buschmann, Marco Finanzplankredit und MoMiG
in: NZG 2009, S. 91-93
- Cranshaw, Friedrich Aktuelle Fragen zur europäischen Insolvenzverordnung vor
dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH
in: DZWIR 2009, S. 353-362
- Desch, Wolfram Schutzschirmverfahren nach dem RegE-ESUG in der Pra-
xis
in: Betriebsberater 2011, S. 841-846

- Desch, Wolfram Haftung des Geschäftsführers einer GmbH nach § 64 S. 3 GmbHG bei Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen
in: Betriebsberater 2010, S. 2586-2590
- Diekmann, Hans Reichweite der über den Ersatz des Quotenschadens hinausgehenden Insolvenzverschleppungshaftung
in: NZG 2006, S. 255-257
- Drews, Ernesto
Götze, Andreas Der Gesellschafterverzicht in der Sanierung als Steuerfalle für Private Equity Investoren?
in: DStR 2009, S. 945-948
- Eidenmüller, Horst
Engert, Andreas Reformperspektiven einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (Debt-Equity Swap) im Insolvenzplanverfahren
in: ZIP 2009, S. 541-554
- Eidenmüller, Horst Effizienz als Rechtsprinzip
3. Auflage
Tübingen 2005
- Eidenmüller, Horst Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen: Zuständigkeitskonflikte unter der EulnsVO
in: NJW 2004, S. 3455-3459
- Eidenmüller, Horst Gesellschafterstellung und Insolvenzplan
in: ZGR 2001, S. 680-711
- Eidenmüller, Horst Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz
Köln 1999
- Erlei, Mathias
Leschke, Martin
Sauerland, Dirk Neue Institutionenökonomik
2. Auflage
Stuttgart 2007
- Wimmer, Klaus (Hrsg.) Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
7. Auflage
München 2013
- Fastrich, Lorenz Optimierung des Gläubigerschutzes bei der GmbH – Praktikabilität und Effizienz
in: DStR 2006, S. 656-663
- Fischer, Gero Krisenbewältigung durch Insolvenzrecht
in: ZGR 2006, S. 403-418
- Fezer, Karl-Heinz Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach
in: JZ 1986, S. 817-824
- Fleischer, Holger Zur Einschränkung der Geschäftsführerhaftung in der GmbH
in: Betriebsberater 2011, S. 2435-2440

- Fleischer, Holger Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung
in: NJW 2009, S. 2337-2343
- Fölsing, Philipp Unzulässige Privilegierung des Steuergläubigers in der
Insolvenz?
in: NZI 2009, S. 794-795
- Frank, Achim OLG Düsseldorf: Kein Eingriff in Gesellschafterrechte
durch Insolvenzplanverfahren
in: GWR 2009, S. 455-455
- Frind, Frank Prüfstand: Neue Vorschläge zur Steigerung der Effizienz
des Insolvenzverfahrens
in: ZInsO 2011, S. 1569-1576
- Frind, Frank Das „zahnlose“ Insolvenzgericht? Rechtsprechung und
Realität der insolvenzgerichtlichen Ermittlungs- und
Zwangsmittel – eine Bestandsaufnahme
in: NZI 2010, S. 749-757
- Frings, Daniel
Bernsen, Jan-Georg Die Bestellung des Beraters zum Insolvenzverwalter?
NJW-Spezial 2012, S. 405-406
- Frings, Daniel Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-
Geschäftsführers in der Insolvenz
Hamburg 2008
- Fritze, Marc Sanierung von Groß- und Konzernunternehmen durch In-
solvenzpläne – Der Fall Senator Entertainment AG
in: DZWIR 2007, S. 89-93
- Frege, Michael
Keller, Ulrich
Riedel, Ernst Handbuch der Rechtspraxis
Band 3 - Insolvenzrecht
7. Auflage
München 2008
- Frege, Michael Grundlagen und Grenzen der Sanierungsberatung
in: NZI 2006, S. 545-552
- Geibel, Stefan Entscheidungsanmerkung zum Urteil des BGH vom
28.04.2008 - II ZR 264/06 „GAMMA“
in: ZJS 2008, S. 549-550
- Gehrlein, Markus Banken – vom Kreditgeber zum Gesellschafter – neue
Haftungsfallen? (Debt-Equity-Swap nach ESUG)
in: NZI 2012, S. 257-262
- Gehrlein, Markus Das Eigenkapitalersatzrecht im Wandel seiner gesetzli-
chen Kodifikationen
in: Betriebsberater 2011, S. 3-11
- Gehrlein, Markus Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das
MoMiG
in: Betriebsberater 2008, S. 846-854

- Geldmacher, Christoph Das präventive Sanierungsverfahren als Teil eines reformierten Insolvenz- und Sanierungsrechts in Deutschland Köln 2012
- Gessner, Timm Die Gesellschafterinanspruchnahme bei Doppelbesicherungen in der Gesellschaftsinsolvenz
in: NZI 2012, S. 350-355
- Goette, Wulf Aktuelle Rechtsprechung des II. Zivilsenats zum Gesellschafts- und Insolvenzrecht
ZInsO 2007, S. 1177-1183
- Gogger, Martin Insolvenzgläubiger-Handbuch
3. Auflage
München 2011
- Gottwald, Peter (Hrsg.) Insolvenzrechts-Handbuch
4. Auflage
München 2010
- Greulich, Sven
Bunnemann, Jan Geschäftsführerhaftung für zur Zahlungsunfähigkeit führende Zahlungen an die Gesellschafter nach § 64 II 3 GmbHG-RefE - Solvenztest im deutschen Recht?
in: NZG 2006, S. 681-687
- Grochowski, Christian Internationales Privatrecht und Geschäftsführerhaftung bei Insolvenzen von Auslandsgesellschaften
Frankfurt am Main 2012
- Grundlach, Ulf
Frenzel, Volkhard
Schmidt, Nikolaus Die Rechtsstellung des obligatorisch Aussonderungsberechtigten
in: DZWIR 2001, S. 95-99
- Gruschinske, Nancy Haftung für Schulden des nahen Angehörigen?
in: GmbHR 2012, S. 551-558
- Haag, Maximilian
Veith, Amos Das MoRaKG und seine Auswirkungen für Wagniskapital in Deutschland - oder was von einem Private-Equity-Gesetz geblieben ist
in: BB 2008, S. 1915-1922
- Haarmeyer, Hans
Wutzke, Wolfgang
Förster, Karsten Handbuch der vorläufigen Insolvenzverwaltung
1. Auflage
München 2011
- Haarmeyer, Hans
Beck, Julian Die Praxis der Abweisung mangels Masse oder der Verlust der Ordnungsaufgabe des Insolvenzrechts
in: ZInsO 2007, S. 1065-1080
- Haarmeyer, Hans Berliner Sumpf oder: Wie das Insolvenzgericht Charlottenburg sich vor Arbeit schützt und die Rechte tausender Gläubiger dabei auf der Strecke bleiben
in: ZInsO 2006, S. 449-451

- Haas, Ulrich § 64 S. 3 GmbHG – Erste Eckpunkte des BGH
in: NZG 2013, S. 41-46
- Haas, Ulrich Nutzungsüberlassung des Gesellschafters in der GmbH-
Insolvenz
in: NZI 2012, S. 601-604
- Haas, Ulrich Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG
in: ZInsO 2007, S. 617-629
- Schmidt, Andreas (Hrsg.) Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht
4. Auflage
Köln 2012
- Henckel, Wolfram Anfechtung im Insolvenzrecht
Berlin 2008
- Henssler, Martin Gesellschaftsrecht, Kommentar
Strohn, Lutz 1. Auflage
München 2011
- Hermreck, Christina Doppelbesicherte Drittdarlehen in der Insolvenz
in: NJW-Spezial 2011, S. 597-598
- Herrmann, Harald Gutgläubenserwerb und Gesellschafterdarlehen bei Finan-
zinvestitionen
in: DZWIR 2009, S. 265-274
- Herweg, Christian Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung
Köln 2009
- Hess, Harald (Hrsg.) Insolvenzrecht, Kommentar
4. Auflage
Heidelberg 2007
- Hess, Harald (Hrsg.) Kommentar zur Konkursordnung
5. Auflage
Berlin 1995
- Himmelsbach, Rainer Investments in Krisenunternehmen im Wege
Achsnick, Jan sanierungsprivilegierter debt-equity-swaps
in: NZI 2006, S. 561-564
- Hirte, Heribert Stellungnahme zum RegE eines Gesetzes zur Modernisie-
rung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Miss-
bräuchen (MoMiG) für den Deutschen Bundestag
in: ZInsO 2008, S. 146-149
- Hirte, Heribert IFRS und Insolvenzrecht
in: ZGR 2008, S. 284-293
- Hofmann, Matthias Die Eigenverwaltung in der Insolvenz
Frankfurt am Main 2006

- Hölzle, Gerrit Existenzvernichtungshaftung als Fallgruppe des § 826 BGB - Alte Haftung in neuem Gewand?
in: DZWIR 2007, S. 397-407
- Hörstel, Reinhard Der Ausschluß des GmbH-Gesellschafters durch Kaduzierung
in: NJW 1994, S. 965-968
- IASB International Financial Reporting Standards (IFRS)
6. Auflage
Weinheim 2012
- Ihrig, Hans-Christoph Einzelfragen zur Existenzvernichtungshaftung als Binnenhaftung
in: DStR 2007, S. 1170-1174
- Jauernig, Ottmar (Hrsg.) Jauernig BGB, Kommentar
14. Auflage
München 2011
- Kallweit, Dominik Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt: Kann die aufgelöste GmbH fortgesetzt werden?
in: NZG 2009, S. 1416-1419
- Kampf, Achim Handelsvertreter und Insolvenz
Mainz 2004
- Kebekus, Frank IAS/IFRS und Insolvenzrecht
in: ZGR 2008, S. 275-283
- Kestler, Matthias
Striegel, Andreas
Jesch, Thomas Distressed Debt Investments – Insolvenzrechtliche Instrumentarien der Unternehmenssanierung über Fremdkapital
in: NZI 2005, S. 417-424
- Kiethe, Kurt Mezzanine-Finanzierung und Insolvenzrisiko
in: DStR 2006, S. 1763-1768
- Kleindiek, Detlef Materielle Unterkapitalisierung, Existenzvernichtung und Deliktshaftung – GAMMA
in: NZG 2008, S. 686-690
- Knof, Béla Der Ordre-public-Vorbehalt nach Art. 26 EuInsVO - eine Allzweckwaffe gegen forum shopping im europäischen Insolvenzrecht?
in: ZInsO 2007, S. 629-637
- Knof, Béla
Mock, Sebastian Das MoMiG und die Auslandsinsolvenz haftungsbeschränkter Gesellschaften - Herausforderung oder Sisyphismus des modernen Gesetzgebers?
in: GmbHR 2007, S. 852-858
- Knop, Jan Gesellschaftsstatut und Niederlassungsfreiheit
Göttingen 2008

- Kocher, Dirk Zur Reichweite der Business Judgment Rule
in: CCZ 2009, S. 215-221
- Kolkmann, Johannes Die Verpfändung von Geschäftsanteilen und die Sicherung
des Pfandrechts (Einziehung, Zusammenlegung, Auflö-
sung)
in: MittRhNotK 1992, S.1-17
- Kölbl, Angela Die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs: Gesi-
cherte Erkenntnisse und Entwicklungen seit Trihotel
in: Betriebsberater 2009, S. 1194-1201
- Körner, Martin Die Eigenverwaltung in der Insolvenz als bestes Abwick-
lungsverfahren?
in: NZI 2007, S. 270-276
- Kreft, Gerhart (Hrsg.) Heidelberger Kommentar Insolvenzordnung
6. Auflage
Heidelberg 2011
- Krieger, Steffen
Willemsen, Eva Maria Der Wiedereinstellungsanspruch nach Betriebsübergang
in: NZA 2011, S. 1128-1134
- Kuhn, Alfred
Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.) Konkursordnung Kommentar
11. Auflage
München 1994
- Kümpel, Siegfried Bank- und Kapitalmarktrecht
4. Auflage
Köln 2011
- Küting, Karlheinz
Eidel, Ulrike Marktwertansatz contra Ertragswert- und Discounted Cash
Flow-Verfahren
in: Finanz Betrieb 1999, S. 225-231
- Laroche, Peter Einzelermächtigung zur Begründung von Masseverbind-
lichkeiten durch den „schwachen“ vorläufigen Insolvenz-
verwalter
in: NZI 2010, S. 965-973
- Lenger, Norman Keine Insolvenzanfechtung bei Doppelbesicherung durch
Gesellschafts- und Gesellschaftersicherheiten bei Verwer-
tung nach Verfahrenseröffnung
in: NZI 2011, S. 251-254
- Lieder, Jan Zur Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs
in: DZWIR 2005, S. 309-319
- Lieder, Solveig Die Auffanggesellschaft in der Insolvenz – verkannt und
kriminalisiert
in: DZWIR 2004, S. 452-456

- Liersch, Oliver Deutsches Internationales Insolvenzrecht
in: NZI 2003, S. 302-311
- Löwisch, Gottfried Eigenkapitalersatzrecht
München 2007
- Lubos, Günter Besonderheiten bei der Übernahme von Krisenunternehm-
en - Praxisprobleme bei Due Diligence, Risiko- und
Kaufpreisermittlung
in: DStR 1999, S. 951-956
- Lutter, Marcus
Banerjea, Nirmal Die Haftung wegen Existenzvernichtung
in: ZGR 2003, S. 402-440
- Luttermann, Claus Juristische Analyse von Ökonomie, Staat und Gesellschaft
in: ZRP 2010, S. 1-4
- Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.) Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Rixecker, Roland (Hrsg.) Band 1, 5
6. Auflage
München 2012
- Fleischer, Holger (Hrsg.) Münchner Kommentar zum GmbHG
Goette, Wulf (Hrsg.) Band 3
1. Auflage
München 2011
- Schmidt, Karsten (Hrsg.) Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch
Band 1
3. Auflage
München 2010
- Kirchhof, Hans-Peter (Hrsg.) Münchner Kommentar zur Insolvenzordnung
Lwowski, Hans-Jürgen (Hrsg.) Band 1-3
Stürner, Rolf (Hrsg.) 2. Auflage
München 2008
- Gummert, Hans (Hrsg.) Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts
Weipert, Lutz (Hrsg.) Band 2
3. Auflage
München 2009
- Knoche, Joachim
Biersack, Cornelia Das zwangsvollstreckungsrechtliche Prioritätsprinzip und
seine Vereitelung in der Praxis
in: NJW 2008, S. 476-481
- Kröpelin, Andrea Die massearme Insolvenz
Köln 2003
- Nerlich, Jörg (Hrsg.) Münchner Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz
Kreplin, Georg (Hrsg.) 1. Auflage
München 2006

Madaus, Stephan	Keine Reorganisation ohne die Gesellschafter in: ZGR 2011, S. 749-775
Mahler, Franziska	Verstoß gegen § 64 S.3 GmbHG bei „Upstream-Securities“ – Gleichlaufende Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 266 StGB? in: GmbHR 2012, S. 504-508
Markgraf, Jochen	Der Grundsatz par conditio creditorum im Spannungsver- hältnis zu der strafprozessualen Vermögensabschöpfung Hamburg 2008
Maus, Karl-Heinz	Schuldnerstrategien in der Unternehmensinsolvenz (Teil II) in: DStR 2002, S. 1104-1107
Menke, Thomas	Der Erwerb eines Unternehmens aus der Insolvenz - das Beispiel der übertragenden Sanierung in: Betriebsberater 2003, S. 1133-1141
Meyer-Cording, Ulrich	Konkursverzögerung durch erfolglose Sanierungsversuche in: NJW 1981, S. 1242-1245
Meyer-Löwy, Bernd Bruder, Florian	Beratung der Gläubiger einer GmbH in Krise und Insolvenz nach dem ESUG in: GmbHR 2012, S. 432-439
Michalski, Lutz (Hrsg.)	GmbHG, Kommentar Band 2 2. Auflage München 2010
Miguens, Hector Esser, Philipp	Wirkungen eines deutschen Insolvenzverfahrens bei Vermögen im Ausland - Unterschiedliche Regelungsansät- ze im Internationalen Insolvenzrecht am Beispiel Argenti- niens in: NZI 2011, S. 277-279
Mikolajczak, Christian	Die Haftung des Gesellschafters für Doppelbesicherte Dar- lehen in: ZIP 2011, S. 1285-1292
Morshäuser, Ralf Falkner, Tobias	Unternehmenskauf aus der Insolvenz in: NZG 2010, S. 881-888
Morshäuser, Ralf Falkner, Tobias	Der Insolvenzplan als Sanierungschance für Portfolio- Unternehmen von Private-Equity-Investoren nach einem Debt-Push-Down in: NZG 2009, S. 526-530
Müller-Driver, Andreas	Grenzüberschreitende Restrukturierungen von Kapitalge- sellschaften zwischen Deutschland und England Frankfurt am Main 2002

- Ring, Gerhard (Hrsg.)
Grziwotz, Herbert (Hrsg.)
Keukenschrijver, Alfred (Hrsg.)
- NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch
Band 3: Sachenrecht
2. Auflage
Baden-Baden 2008
- Nash, John
- Non-Cooperative Games (Online-Ausgabe)
Princeton 1950
- Nerlich, Jörg (Hrsg.)
Römermann, Volker (Hrsg.)
- Nerlich / Römermann Insolvenzordnung, Kommentar
22. Ergänzungslieferung
München 2011
- Neubert, Klaus
- Das neue Insolvenzeröffnungsverfahren nach dem ESUG
in: GmbHR 2012, S. 439-445
- Nobbe, Gerd
- Konsequenzen aus dem Beschluss des Großen Senats für
Zivilsachen des BGH zur Sicherheitenfreigabe
in: Festschrift für Herbert Schimansky 1999, S. 433-456
- Nodoushani, Manuel
- Weniger Satzungsstrenge für geschlossene Gesellschaften?
in: NZG 2008, S. 452-453
- Oltmanns, Martin
- Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen
– Die Business Judgement Rule im deutschen und amerikanischen Recht
Bonn 2000
- Oppenländer, Frank
Trölitersch, Thomas
- GmbH-Geschäftsführung
2. Auflage
München 2011
- Paape, Anna
- Die Regeln des Eigenkapitalersatzes beim Debt-Equity-Swap
in: DZWIR 2009, S. 9-14
- Palandt
- Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar
71. Auflage
München 2012
- Pape, Gerhard (Hrsg.)
Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.)
Voigt-Salus, Joachim (Hrsg.)
- Insolvenzrecht
2. Auflage
München 2010
- Paulus, Christoph
- Insolvenzverwalter und Gläubigerorgane
in: NZI 2008, S. 705-710
- Paulus, Christoph
- Die Insolvenz als Sanierungschance – ein Plädoyer
in: ZGR 2005, S. 309-326
- Paulus, Christoph
- Grundlagen des neuen Insolvenzrechts Liquidations- und Planverfahren
in: DStR 2004, S. 1568-1575

- Paulus, Christoph Grundlagen des neuen Insolvenzrechts
in: DStR 2002, S. 1865-1870
- Paulus, Roman Die ausländische Sanierung über einen Debt-Equity-Swap
als Angriff auf das deutsche Insolvenzrecht?
in: DZWIR 2008, S. 6-14
- Pfaffenholz, Guido
Kranzusch, Peter Insolvenzplanverfahren – Sanierungsoption für
mittelständische Unternehmen
1. Auflage
Bonn 2007
- Pleißke, Claudia Die Satzungsstrenge im Aktienrecht – Mehr Gestaltungs-
freiheit für die kapitalmarktferne Aktiengesellschaft
Bern 2007
- Redeker, Rouven Kontrollerwerb an Krisengesellschaften: Chancen und Ri-
siken des Debt-Equity-Swap
in: Betriebsberater 2007, S. 673-680
- Reul, Adolf
Heckschen, Heribert
Wienberg, Rüdiger Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis
1. Auflage
München 2012
- Reul, Adolf
Heckschen, Heribert
Wienberg, Rüdiger Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis
1. Auflage
München 2006
- Riewe, Anne Aktuelles Internationales und ausländisches Insolvenz-
recht
in: NZI 2011, S. 627-630
- Rittscher, Hauke Cash-Management-Systeme in der Insolvenz
Baden-Baden 2007
- Röck, Sarah Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung
Tübingen 2011
- Röhricht, Volker Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher
Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubiger-
schutz
in: Festschrift 50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, S. 83-100
- Römermann, Volker Neues Insolvenz- und Sanierungsrecht durch das ESUG
in: NJW 2012, S. 645-652
- Römermann, Volker
Praš, Jan-Philipp Beratung der GmbH als Schuldnerin in Krise und Insolvenz
nach dem ESUG
in: GmbHR 2012, S. 425-431
- Römermann, Volker Insolvenzverwalter kann bei Doppelbesicherung Zahlung
an Drittgläubiger nach Insolvenzeröffnung analog § 135 II
InsO anfechten
in: GWR 2011, S. 319-319

- Römermann, Volker (Hrsg.) Münchner Anwaltshandbuch GmbH-Recht
2. Auflage
München 2009
- Röpke, Katarina Gläubigerschutzregime im europäischen Wettbewerb der
Gesellschaftsrechte
1. Auflage
Berlin 2007
- Roth, Günter
Altmeppen, Holger Kommentar GmbHG
7. Auflage
München 2012
- Rümker, Dietrich Bankkredite als kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen
unter besonderer Berücksichtigung der Sanierungssituati-
on
in: ZIP 1982, S. 1385-1396
- Saenger, Ingo /
Aderhold, Lutz /
Lenkaitis, Karlheinz /
Speckmann, Gerhard (Hrsg.) Handels- und Gesellschaftsrecht, Kommentar
2. Auflage
Baden-Baden 2011
- Saenger, Ingo /
Inhester, Michael (Hrsg.) GmbH-Gesetz Kommentar
1. Auflage
Baden-Baden 2010
- Schäfer, Berthold Insolvenzanfechtung - anhand von Rechtsprechungsbei-
spielen
Köln 2008
- Schäfer, Hans-Bernd /
Ott, Claus Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts
4. Auflage
Berlin 2005
- Schäfer, Thiemo Der Eröffnungsgrund der Überschuldung
Baden-Baden 2012
- Schanze, Erich
Jüttner, Andreas Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und
Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung "Inspire
Art"
in: Die Aktiengesellschaft 2003, S. 661-671
- Schall, Alexander Kapitalgesellschaftlicher Gläubigerschutz
München 2009
- Schaub, Bernhard Die GmbH in der Krise – Kriterien für die Feststellung von
Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung und Kreditunwürdig-
keit
in: DStR 1993, S. 1483-1489

- Schilling, Simon Das englische Insolvenzeröffnungsverfahren im Anwendungsbereich der EulnsVO und im Vergleich mit dem deutschen Insolvenzeröffnungsverfahren
in: DZWIR 2006, S: 143-149
- Schimansky, Herbert /
Bunte, Hermann-Josef /
Lwowski, Hans-Jürgen (Hrsg.) Bankrechts-Handbuch
4. Auflage
München 2011
- Schmidt, Andreas
Hölzle, Gerrit Der Verzicht auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters
in: ZIP 2012, S. 2238-2244
- Schmidt, Jens
Schreiber, Jan-Philip Kein Rückgriff des Insolvenzverwalters wegen Freiwerdens einer Gesellschaftersicherheit nach Forderungstilgung mit Mitteln der GmbH
in: GWR 2011, S. 96-96
- Schmidt, Karsten Debt-to-Equity-Swap bei der (GmbH & Co.) Kommanditgesellschaft
in: ZGR 2012, S. 566-584
- Schmidt, Karsten Insolvenzeröffnung mit Massekostenvorschuss - Vor einer neuerlichen Änderung des § 26 InsO
in: NJW 2011, S. 1255-1259
- Schmidt, Karsten (Hrsg.)
Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.) Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz
4. Auflage
Köln 2009
- Schmidt, Karsten GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer?
Zum (Un-)Gleichgewicht zwischen Gesellschaftsrisiko und Geschäftsführerrisiko im Entwurf eines MoMiG und in der BGH-Rechtsprechung
in: GmbHR 2008, S. 449-454
- Schmidt, Karsten Gesellschafterbesicherte Drittkredite nach neuem Recht
in: Betriebsberater 2008, S. 1966-1972
- Schmidt, Karsten Reform der Kapitalsicherung und Haftung in der Krise nach dem Regierungsentwurf des MoMiG
in: GmbHR 2007, S. 1072-1080
- Scholz, Franz (Hrsg.) GmbHG Kommentar
Band 1-3
11. Auflage
Köln 2012
- Schreiber, Werner
Flitsch, Michael Geltendmachung von Forderungen nach Aufhebung des Insolvenzplanverfahrens
in: BB 2005, S. 1173-1179

- Schwalme, Sebastian Die Stellung des Anteilseigners in der Unternehmensinsolvenz
in: DZWIR 2004, S. 230-234
- Smid, Stefan Struktur und systematischer Gehalt des deutschen Insolvenzrechts in der Judikatur des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (VII, Teil 2)
in: DZWIR 2009, S. 133-146
- Smid, Stefan Existenzvernichtungshaftung, Insolvenzabwicklung und Sanierung
in: DZWIR 2008, S. 265-270
- Smid, Stefan Zu den Grenzen der sofortigen Beschwerde gegen einen Insolvenzplan
in: DZWIR 2005, S. 364-369
- Smid, Stefan Unlauteres Herbeiführen eines Insolvenzplans
in: DZWIR 2005, S. 234-236
- Smid, Stefan Das neue Insolvenzrecht - Probleme, Widersprüche, Chancen
in: Betriebsberater 1999, S. 1-6
- Spickhoff, Andreas (Hrsg.) Soergel Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar
§§ 241-432
13. Auflage
Stuttgart 2005
- Spickhoff, Andreas (Hrsg.) Soergel Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar
§§ 823-853
13. Auflage
Stuttgart 2005
- Spliedt, Jürgen MoMiG in der Instanz - ein Sanierungsversuch
in: ZIP 2009, S. 149-161
- Stapper, Florian Die Haftung des Geschäftsführers in Krise und Insolvenz
Jacobi, Christopf in: NJ 2010, S. 309-311
- Stapper, Florian Neue Anforderungen an den Insolvenzverwalter
in: NJW 1999, S. 3441-3444
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 826-829
13. Auflage
Berlin 2011
- Steffek, Felix Wrongful Trading - Grundlagen und Spruchpraxis
in: NZI 2010, S. 589-596
- Stöber, Kurt (Hrsg.) Zwangsversteigerungsgesetz, Kommentar
19. Auflage
München 2009

- Stöhr, Alexander Kreditunwürdigkeit im Sinne des Eigenkapitalersatzrechts
in: NZG 2012, S. 62-64
- Strohn, Lutz Existenzvernichtungshaftung - Vermögensvermischungshaftung - Durchgriffshaftung
in: ZinsO 2008, S. 706-713
- Thonfeld, Henning Der „instabile Überschuldungsbegriff“ des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes
in: NZI 2009, S. 15-19
- Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.) Insolvenzordnung, Kommentar
13. Auflage
München 2010
- Uhlenbruck, Wilhelm
Vallender, Heinz Zehn Jahre Insolvenzordnung – eine kritische Zwischenbilanz
in: NZI 2009, S. 1-11
- Uhlenbruck, Wilhelm Fünf Jahre Insolvenzordnung - Meilensteine in der Praxis
in: Betriebsberater Beilage 2004, S. 2-8
- Uhlenbruck, Wilhelm Gerichtliche oder außergerichtliche Sanierung? - Eine Schicksalsfrage Not leidender Unternehmen
in: Betriebsberater 2001, S. 1641-1648
- Vallender, Heinz Das neue Schutzschirmverfahren nach dem ESUG
in: GmbHR 2012, S. 450-455
- Vallender, Heinz Die Eigenverwaltung im neuen Gewand nach dem ESUG
in: GmbHR 2012, S. 445-450
- Vallender, Heinz Insolvenzkultur gestern, heute und morgen
in: NZI 2010, S. 838-844
- Vallender, Heinz Gefahren für den Insolvenzstandort Deutschland
in: NZI 2007, S. 129-137
- Vallender, Heinz Die Insolvenz von Scheinauslandsgesellschaften
in: ZGR 2006, S. 425-460
- Veil, Rüdiger Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und materieller Unterkapitalisierung
in: NJW 2008, S. 3264-3266
- Veil, Rüdiger Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht – Verlust des halben Kapitals, Pflicht zu ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung
in: ZGR 2006, S. 374-397
- Vogl, Thorsten Die Einreichung mehrerer Insolvenzpläne durch den Schuldner
in: DZWIR 2004, S. 490-493

- Wazlawik, Thomas
Existenzvernichtung und kein Ende – Ein Nachruf auf die Konzernhaftung und andere offengebliebene Fragen
in: NZI 2009, S. 291-297
- Weber, Thomas
Sieber, Florian
"Gamma" – Neues zur Existenzvernichtungshaftung und zum Durchgriff wegen materieller Unterkapitalisierung
ZinsO 2008, S. 952-957
- Wehdeking, Silke
Eigenverwaltung der insolventen Aktiengesellschaft
in DZWIR 2006, S. 451-455
- Wellensiek, Jobst
Probleme bei der Betriebsveräußerung aus der Insolvenz
in: NZI 2005, S. 603-606
- Wellensiek, Jobst
Ein Jahr Insolvenzordnung – Erste Praxiserfahrungen mit dem neuen Recht
in: Betriebsberater 2000, S. 1-8
- Weller, Marc-Philippe
Solvenztest und Existenzvernichtungshaftung – Zwei grundverschiedene Gläubigerschutzfiguren
in: DStR 2007, S. 116-122
- Weller, Marc-Philippe
Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis
ZIP 2007, S. 1681-1689
- Westermann, Harm
Banken als Kreditgeber und Gesellschafter
in: ZIP 1982, S. 379-391
- Westpfahl, Lars
Goetker, Uwe
Wilkens, Jochen
Grenzüberschreitende Insolvenzen
Köln 2008
- Westpfahl, Lars
Janjuah, Riaz
Zur Modernisierung des deutschen Sanierungsrechts
in: Beilage zu Heft 3 ZIP 2008, S. 1-28
- Willemsen, Reinhard
Rechel, Janine
Kommentar zum ESUG - Die Änderungen der InsO
Frankfurt am Main 2012
- Williamson, Oliver
The Economic Institutions of Capitalism, Firms, Markets, Relational Contracting
New York 1985
- Wimmer, Klaus
Das neue Insolvenzrecht nach der ESUG-Reform
Köln 2012
- Zeuner, Mark
Durchsetzung von Gläubigerinteressen im Insolvenzverfahren
in: NJW 2007, S. 2952-2957
- Zipperer, Helmut
Das Vermieterpfandrecht, ein Fallstrick bei der Unternehmensfortführung?
in: NZI 2005, S. 538-542

Ohne Verfasser

VID Berufsgrundsätze der Insolvenzverwalter
in: ZIP 2006, S. 2147-2148

Ohne Verfasser

Zusammenfassung der Empfehlungen der Kommission zur
Vorauswahl und Bestellung von InsolvenzverwalterInnen
sowie Transparenz, Aufsicht und Kontrolle im Insolvenz-
verfahren ("Uhlenbruck-Kommission")
in: ZInsO 2007, S. 760-764

Rechtsprechungsverzeichnis

- EuGH Urteil vom 30. September 2003 - C-167/01 - „VALE“
in: DZWIR 2012, S. 363-365
- EuGH Urteil vom 13. Dezember 2005 - C-411/03 - „SEVIC“
in: EuGH Slg. 2005, I-10805
- EuGH Urteil vom 30. September 2003 - C-167/01 - „Inspire Art“
in: EuGH Slg. 2003, I-10155
- EuGH Urteil vom 5. November 2002 - C-208/00 - „Überseering“
in: EuGH Slg. 2002, I-9919
- EuGH Urteil vom 9. März 1999 - C-212/97 - „Centros“
in: EuGH Slg. 1999, I-1459
- EuGH Urteil vom 27. September 1988 - C-81/87 - „Daily Mail“
in: EuGH Slg. 1988, I-5483
- BVerfG Urteil vom 19. Oktober 1983 - 2 BvR 485/80, 2 BvR 486/80
in: BVerfGE 65, S. 182-196
- BGH Urteil vom 9. Oktober 2012 - II ZR 298/11
in: NZG 2012, S. 1379-1382
- BGH Urteil vom 1. Dezember 2011 - IX ZR 11/11
in: NJW 2012, S. 156-159
- BGH Urteil vom 3. November 2011 - IX ZA 86/11
in: BeckRS 2012, 00009
- BGH Urteil vom 12. Juli 2011 - II ZR 28/10
in: BeckRS 2011, 22672
- BGH Urteil vom 17. Februar 2011 - IX ZR 131/10
in: NJW 2011, S. 1503-1506
- BGH Urteil vom 20. September 2010 - II ZR 296/08
in: NJW 2010, S. 3442-3445
- BGH Urteil vom 15. Juli 2010 - IX ZB 65/10
in: BeckRS 2010, 17861
- BGH Urteil vom 19. März 2010 - V ZR 52/09
in: NJW-RR 2010, S. 1529-1531
- BGH Urteil vom 10. Dezember 2009 - IX ZR 1/09
in: NJW-RR 2010, S. 558-560
- BGH Urteil vom 8. Oktober 2009 - IX ZR 227/06
in: ZIP 2009, S. 2385-2386

- BGH Urteil vom 14. Mai 2009 - IX ZR 63/08
in: BGHZ 181, S. 132-144
- BGH Urteil vom 27. April 2009 - II ZR 253/07
in: ZIP 2009, S. 1220-1222
- BGH Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 260/07 - „Gut Buschow“
in: BGHZ 179, S. 249-260
- BGH Urteil vom 24. September 2008 - VIII ZR 192/06
in: NJW-RR 2009, S. 820-821
- BGH Urteil vom 14. Juli 2008 - II ZR 202/07
in: NJW 2008, S. 3361-3362
- BGH Urteil vom 29. Mai 2008 - IX ZB 102/07
in: NJW-RR 2008, S. 1443-1446
- BGH Urteil vom 28. April 2008 - II ZR 264/06 - „GAMMA“
in: BGHZ 176, S. 204-221
- BGH Urteil vom 16. Dezember 2007 - IX ZR 113/06
in: BeckRS 2008, 01033
- BGH Urteil vom 29. November 2007 - IX ZR 30/07
in: BGHZ 174, S. 297-310
- BGH Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04 - „Trihotel“
in: BGHZ 173, S. 246-269
- BGH Urteil vom 16. November 2006 - IX ZR 239/04
in: NJW 2007, S. 436-437
- BGH Urteil vom 9. Oktober 2006 - II ZR 303/05
in: BeckRS 2006, 13001
- BGH Urteil vom 30. Januar 2006 - II ZR 357/03
in: NJW-RR 2006, S. 1272-1273
- BGH Urteil vom 21. November 2005 - II ZR 277/03
in: BGHZ 165, S. 106-113
- BGH Urteil vom 14. November 2005 - II ZR 178/03
in: NJW 2006, S. 1344-1347
- BGH Urteil vom 25. Juli 2005 - II ZR 390/03
in: BGHZ 164, S. 50-63
- BGH Urteil vom 7. Juli 2005 - IX ZB 266/04
in: BeckRS 2005, 10212
- BGH Urteil vom 24. Mai 2005 - IX ZR 123/04
in: BGHZ 163, S. 134-153

- BGH Urteil vom 3. März 2005 - IX ZB 153/04
in: BGHZ 162, S. 283-294
- BGH Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 206/02
in: ZIP 2005, S. 117-119
- BGH Urteil vom 24. November 2003 - II ZR 171/01 - „November“
in: BGHZ 157, S. 72-79
- BGH Urteil vom 17. Juli 2003 - IX ZB 530/02
in: ZIP 2003, S. 1613-1613
- BGH Urteil vom 7. Juli 2003 - II ZR 241/02
in: NZG 2003, S. 923-924
- BGH Urteil vom 7. Juli 2003 - II ZR 235/01
in: BGHZ 155, S. 329-342
- BGH Urteil vom 18. Juli 2002 - IX ZR 480/00
in: NJW 2002, S. 3252-3255
- BGH Urteil vom 24. Juni 2002 - II ZR 300/00 - „KBV“
in: BGHZ 151, S. 181-187
- BGH Urteil vom 18. September 2001 - IX ZB 51/00
in: NJW 2002, S. 960-962
- BGH Urteil vom 17. September 2001 - II ZR 178/99 - „Bremer Vulkan“
in: BGHZ 149, S. 10-28
- BGH Urteil vom 5. April 2001 - IX ZR 276/98
in: NJW 2001, S. 2327-2330
- BGH Urteil vom 8. Januar 2001 - II ZR 88/99
in: NJW 2001, S. 1280-1284
- BGH Urteil vom 9. Dezember 1999 - IX ZR 102/97
in: BGHZ 143, S. 246-255
- BGH Urteil vom 28. Juni 1999 - II ZR 272/98
in: BGHZ 142, S. 116-126
- BGH Urteil vom 27. November 1997 - GSZ 1/97
in: BGHZ 137, S. 212-236
- BGH Urteil vom 21. April 1997 - II ZR 175/95 - „ARAG“
in: BGHZ 135, S. 244-257
- BGH Urteil vom 5. Dezember 1996 - IX ZR 53/96
in: NJW 1997, S. 522-524
- BGH Urteil vom 28. März 1996 - XI ZR 77/95
in: NJW 1996, S. 2035-2037

- BGH Urteil vom 21. März 1995 - XI ZR 189/94
in: NJW 1995, S. 1483-1484
- BGH Urteil vom 7. November 1994 - II ZR 270/93
in: ZIP 1994, S. 1934-1942
- BGH Urteil vom 11. Juli 1994 - II ZR 162/92
in: BGHZ 127, S. 17-35
- BGH Urteil vom 28. April 1994 - IX ZR 248/93
in: ZIP 1994, S. 939-941
- BGH Urteil vom 14. Dezember 1992 - II ZR 298/91
in: BGHZ 121, S. 31-47
- BGH Urteil vom 13. Juli 1992 - II ZR 269/91 - „Dornier“
in: BGHZ 119, S. 201-216
- BGH Urteil vom 12. Februar 1992 - XII ZR 7/91
in: BGHZ 117, S. 200-213
- BGH Urteil vom 11. Juli 1991 - IX ZR 230/90
in: ZIP 1991, S. 1014-1018
- BGH Urteil vom 5. Dezember 1989 - VI ZR 335/88
in: BGHZ 109, S. 297-314
- BGH Urteil vom 16. Oktober 1989 - II ZR 307/88
in: BGHZ 109, S. 55-67
- BGH Urteil vom 14. Oktober 1985 - II ZR 280/84
in: NJW 1986, S. 429-431
- BGH Urteil vom 11. Juli 1985 – IX ZR 178/84
in: BGHZ 95, S. 256-274
- BGH Urteil vom 21. September 1981 - II ZR 104/80
in: BGHZ 81, S. 311-322
- BGH Urteil vom 13. Juli 1981 - II ZR 256/79
in: BGHZ 81, S. 252-271
- BGH Urteil vom 26. November 1979 - II ZR 104/77
in: BGHZ 75, S. 334-352
- BGH Urteil vom 4. Mai 1977 - VIII ZR 298/75
in: BGHZ 68, S. 312-323
- BGH Urteil vom 14. Dezember 1959 - II ZR 187/57
in: BGHZ 31, S. 258-279
- BAG Urteil vom 20. September 2006 - 6 AZR 215/06
in: NJW 2007, S. 820-821

BAG	Urteil vom 20. März 2003 - 8 AZR 97/02 in: NZA 2003, S. 1027-1029
BAG	Urteil vom 13. Dezember 1978 - GS 1/77 in: BAGE 31, S. 176-236
BFH	Urteil vom 14. Juli 2010 - X R 34/08 in: BeckRS 2010, 24004112
RG	Urteil vom 29. Juni 1942 - II 22/42 in: RGZ 169, S. 240-249
OLG Schleswig	Urteil vom 13. Januar 2012 - 4 U 57/11 in: BeckRS 2012, 11027
OLG Hamm	Urteil vom 7. April 2011 - I-27 U 94/10 in: BeckRS 2011, 15231
OLG Hamm	Urteil vom 29. Dezember 2010 - I-8 U 85/10 in: NZI 2011, S. 251-253
OLG München	Urteil vom 6 Mai 2010 - 23 U 1564/10 in: ZIP 2010, S. 1236-1238
OLG Hamm	Urteil vom 23. November 2009 - 31 U 323/06 in: BeckRS 2010, 02549
OLG Saarbrücken	Urteil vom 6. Mai 2008 - 4 U 484/07 in: mangels Nachweis Juris-Datenbank
OLG Köln	Urteil vom 5. Juli 2007 - 18 U 74/06 in: mangels Nachweis Juris-Datenbank
OLG Schleswig	Urteil vom 27. Januar 2005 - 5 U 22/04 in: ZIP 2005, S. 1827-1831
OLG Hamburg	Urteil vom 19. November 2004 - 11 U 45/04 in: ZIP 2004, S. 2431-2435
OLG Schleswig	Urteil vom 27. Mai 2004 - 5 U 132/03 in: ZIP 2004, S. 1358-1363
BayObLG	Urteil vom 12. Januar 1995 - 3Z BR 314/94 in: NJW-RR 1996, S. 417-417
OLG Hamm	Urteil vom 7. Dezember 1994 - 31 U 92/94 in: ZIP 1995, S. 50-53
FG Hamburg	Urteil vom 4. April 2011 - 2 K 33/10 in: mangels Nachweis Juris-Datenbank
U.S. Supreme Court	Bank Of America National Trust And Savings Association v. 203 North Lasalle Street Partnership, 119 S. Ct. 1411, 1419 [1999] in: List of United States Supreme Court cases, volume 526