

# Inhaltsübersicht

|  |            |
|--|------------|
| Vorwort .....  | VII        |
| Inhaltsverzeichnis .....   | XI         |
| Abkürzungsverzeichnis .....  | XXI        |
| <b>Einleitung .....</b>  | <b>1</b>   |
| <b>§ 1 Gegenstand und Ziel der Untersuchung, Aufbau der Untersuchung .....</b>   | <b>1</b>   |
| A. Gegenstand und Ziel der Untersuchung .....  | 1          |
| B. Aufbau der Untersuchung .....   | 8          |
| <b>1. Teil. Die Bestimmung des Merkmals Vollwertigkeit .....</b>   | <b>11</b>  |
| <b>§ 2 Die Grundlagen des Kapitalschutzsystems und das Merkmal Vollwertigkeit in dessen Gefüge .....</b>   | <b>11</b>  |
| A. Das Stamm- bzw. Grundkapital .....  | 12         |
| B. Die Kapitalaufbringung in der GmbH und der AG .....   | 19         |
| C. Die Kapitalerhaltung in der GmbH und der AG .....   | 27         |
| D. Zusammenfassung .....   | 40         |
| <b>§ 3 Die kapitalschutzrechtliche Behandlung von Gesellschaftsleistungen mit Kreditcharakter unter dem Blickwinkel der Vollwertigkeit .....</b> | <b>43</b>  |
| A. Die Kapitalerhaltung in der GmbH und der AG .....   | 45         |
| B. Die Kapitalaufbringung in der GmbH und der AG .....   | 86         |
| C. Zusammenfassung .....   | 125        |
| <b>§ 4 Die handelsbilanziellen Grundlagen der Forderungsbewertung und deren Anwendung auf das Merkmal Vollwertigkeit .....</b>                   | <b>127</b> |
| A. Informations-, Sicherungs- und Beweisfunktion der Buchführung .....   | 128        |
| B. Die Bilanzierung von Forderungen mit Kreditcharakter .....  | 130        |
| C. Die Folgen der Anwendung handelsbilanzieller Grundsätze zur Beurteilung des Merkmals Vollwertigkeit .....                                     | 156        |
| D. Zusammenfassung .....   | 165        |
| <b>§ 5 Das Merkmal Vollwertigkeit .....</b>  | <b>166</b> |
| A. Die Funktion des Merkmals Vollwertigkeit .....  | 168        |
| B. Der Bedeutungsgehalt des Deckungsgebots für das Merkmal Vollwertigkeit bei Gesellschaftsleistungen mit Kreditcharakter .....                  | 171        |
| C. Das kapitalaufbringungsrechtliche Merkmal Vollwertigkeit .....  | 185        |
| D. Das kapitalerhaltungsrechtliche Merkmal Vollwertigkeit .....  | 229        |
| E. Informationsquellen für die Beurteilung der Solvenz des Gesellschafters/Aktionärs .....   | 263        |
| F. Zusammenfassung .....   | 275        |

|  |     |
|--|-----|
| <b>2. Teil. Die Haftungsrisiken des Geschäftsführers bei (fehlerhafter) Beurteilung des Merkmals Vollwertigkeit</b> .....  | 279 |
| <b>§ 6 Die Verletzung des Kapitalschutzgebots, die Insolvenzverursachungs- haftung, Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung sowie haftungsrechtliche Besonderheiten im Konzern</b> ..... | 279 |
| A. Haftung wegen Sorgfaltpflichtverletzung,<br>§ 43 Abs. 3 Satz 1, § 30 GmbHG, § 93 Abs. 3 Nr. 1, § 57 AktG .....  | 280 |
| B. Insolvenzverursachungshaftung, § 64 Satz 3 GmbHG, § 93 Abs. 3 Nr. 6,<br>§ 92 Abs. 2 Satz 3 AktG .....   | 309 |
| C. Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung, § 826 BGB ....   | 319 |
| D. Die haftungsrechtlichen Besonderheiten im Konzern .....   | 322 |
| E. Zusammenfassung .....   | 346 |
| <b>§ 7 Die Haftung im Rahmen des Gründungsvorgangs</b> .....   | 351 |
| A. Gründungshaftung, § 9a Abs. 1, Abs. 3 GmbHG, § 48 AktG .....  | 351 |
| B. Haftung wegen allgemeiner Sorgfaltpflichtverletzung,<br>§ 43 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG .....  | 353 |
| C. Zusammenfassung .....   | 354 |
| <b>Schluss</b> .....   | 355 |
| <b>§ 8 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b> .....   | 355 |
| A. Die Bestimmung des Merkmals Vollwertigkeit (1. Teil) .....  | 355 |
| B. Die Haftungsrisiken des Geschäftsführers bei (fehlerhafter) Beurteilung<br>des Merkmals Vollwertigkeit (2. Teil) .....  | 359 |
| <b>Literaturverzeichnis</b> .....  | 365 |

# Inhaltsverzeichnis

|  |           |
|--|-----------|
| Vorwort .....  | VII       |
| Inhaltsübersicht .....   | IX        |
| Abkürzungsverzeichnis .....  | XXI       |
| <br>   |           |
| <b>Einleitung .....</b>  | <b>1</b>  |
| <b>§ 1 Gegenstand und Ziel der Untersuchung, Aufbau der Untersuchung .....</b>   | <b>1</b>  |
| A. Gegenstand und Ziel der Untersuchung .....  | 1         |
| B. Aufbau der Untersuchung .....   | 8         |
| <br>   |           |
| <b>1. Teil. Die Bestimmung des Merkmals Vollwertigkeit .....</b>   | <b>11</b> |
| <b>§ 2 Die Grundlagen des Kapitalschutzsystems und das Merkmal Vollwertigkeit in dessen Gefüge .....</b>   | <b>11</b> |
| A. Das Stamm- bzw. Grundkapital als Nennkapital .....  | 12        |
| I. Der Begriff und die Bedeutung von Stamm- und Grundkapital ...   | 12        |
| II. Die Funktionen von Stamm-/Grundkapital als Nennkapital .....   | 13        |
| 1. Garantiefunktion .....  | 14        |
| 2. Betriebsmittelfunktion .....  | 14        |
| 3. Risiko-/Verlustpufferfunktion .....   | 15        |
| 4. Seriositätsschwelle .....   | 16        |
| 5. Rechtfertigung des Haftungsprivilegs .....  | 17        |
| B. Die Kapitalaufbringung in der GmbH und der AG .....   | 19        |
| I. Die Leistung der Einlage zur freien Verfügung des Geschäftsleiters  | 20        |
| II. Die Umgehung des Gebots der realen Kapitalaufbringung .....  | 22        |
| 1. Verdeckte Sacheinlage .....   | 23        |
| 2. Hin- und Herzahlen .....  | 25        |
| C. Die Kapitalerhaltung in der GmbH und der AG .....   | 27        |
| I. Die Vermögensbindung in der GmbH .....  | 29        |
| 1. Die Obergrenze des gebundenen Vermögens .....   | 30        |
| 2. Die gegenständliche Reichweite des gebundenen Vermögens ...   | 32        |
| a) Leistung auf Kosten des Stammkapitals (Auszahlung) .....  | 32        |
| b) Leistung aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses<br>(Drittgeschäft) .....   | 35        |
| II. Die Vermögensbindung in der AG .....   | 37        |
| 1. Die Obergrenze des gebundenen Vermögens .....   | 37        |
| 2. Die gegenständliche Reichweite des gebundenen Vermögens ...   | 39        |
| D. Zusammenfassung .....   | 40        |
| <br>   |           |
| <b>§ 3 Die kapitalschutzrechtliche Behandlung von Gesellschaftsleistungen mit<br/>Kreditcharakter unter dem Blickwinkel der Vollwertigkeit .....</b> | <b>43</b> |
| A. Die Kapitalerhaltung in der GmbH und der AG .....   | 45        |

|   |    |
|---|----|
| I. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum vor der<br>November-Entscheidung (vor 2003) .....   | 45 |
| 1. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) .....   | 46 |
| a) Der Standpunkt der Rechtsprechung .....  | 46 |
| aa) RGZ 133, 393 .....  | 46 |
| bb) RGZ 150, 28 .....   | 47 |
| cc) BGHZ 81, 311 (Helaba-Sonnenring-Entscheidung) .....   | 49 |
| b) Der Standpunkt des Schrifttums .....   | 49 |
| aa) Die „bilanzielle“ Auffassung .....  | 50 |
| bb) Die Substanzschutztheorie .....   | 52 |
| 2. Aktiengesellschaft (AG) .....  | 53 |
| a) Der Standpunkt der Rechtsprechung .....  | 54 |
| b) Der Standpunkt des Schrifttums .....   | 54 |
| 3. Fazit: Keine problemlose Anerkennung einer bilanziellen<br>Betrachtungsweise .....   | 55 |
| II. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum unter<br>dem Eindruck der November-Entscheidung (ab 2003) .....                            | 55 |
| 1. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) .....   | 56 |
| a) BGHZ 157, 72 (November-Entscheidung) .....   | 56 |
| aa) Der zu entscheidende Sachverhalt .....  | 56 |
| bb) Die zentralen Aussagen des BGH .....  | 57 |
| (1) Keine analoge Anwendung von § 43a GmbHG .....   | 57 |
| (2) Bei Unterbilanz keine Darlehensgewährung an<br>Gesellschafter aus gebundenem Vermögen .....   | 57 |
| (3) Möglichkeit ausnahmsweiser Zulässigkeit .....   | 59 |
| b) Die Reaktionen im Schrifttum auf die November-Entscheidung<br>.....  | 59 |
| aa) Beschränkung auf Darlehensvergabe bei bestehender<br>Unterbilanz .....  | 60 |
| bb) Relevanz des Stehenlassens .....  | 61 |
| cc) Sonderrecht für Cash-Pooling .....  | 61 |
| 2. Aktiengesellschaft (AG) .....  | 63 |
| 3. Fazit: Die November-Entscheidung begründete erhebliche<br>Schwierigkeiten für Cash-Pool-Systeme und Rechtsunsicherheit<br>für die Praxis ..... | 65 |
| III. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum im Hinblick<br>auf die MoMiG-Neuerungen (ab 2006) .....                                   | 65 |
| 1. Die Entwicklungsstufen des MoMiG und die Gesetzesbegründung<br>.....   | 65 |
| 2. Aktiengesellschaft (AG) .....  | 68 |
| a) Der Standpunkt der Rechtsprechung .....  | 69 |
| aa) BGHZ 179, 71 (MPS-Entscheidung) .....   | 69 |
| (1) Der zu entscheidende Sachverhalt .....  | 69 |
| (2) Die zentralen Aussagen des BGH .....  | 69 |
| (a) Nachteilsbegriff i. S. v. § 318 Abs. 2, §§ 317,<br>311 AktG .....   | 69 |
| (b) Verhältnis von §§ 57, 62, 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG zu<br>§ 311 AktG .....   | 71 |

|   |     |
|---|-----|
| (c) Sorgfaltsmaßstab bei Beurteilung der<br>Vollwertigkeit .....  | 71  |
| (d) Kontrollpflicht sowie Informations- und<br>Frühwarnsystem .....   | 72  |
| bb) BGHZ 190, 7 (Dritter-Börsengang-Entscheidung) .....   | 72  |
| (1) Der zu entscheidende Sachverhalt .....  | 72  |
| (2) Die zentralen Aussagen des BGH .....  | 73  |
| b) Der Standpunkt des Schrifttums .....   | 73  |
| 3. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) .....   | 74  |
| a) Der Standpunkt der Rechtsprechung .....  | 74  |
| b) Der Standpunkt des Schrifttums .....   | 76  |
| aa) Die Funktion der Neuregelung in § 30 Abs. 1 Satz 2<br>Alt. 2 GmbHG .....  | 76  |
| bb) Vollwertigkeit .....  | 77  |
| (1) Bilanzielle Betrachtungsweise .....   | 77  |
| (2) Objektiver Beurteilungsmaßstab .....  | 79  |
| (3) Besicherung und Verzinsung .....  | 80  |
| (4) Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt .....  | 81  |
| (5) Alles-oder-nichts-Prinzip .....   | 82  |
| cc) Laufzeit und Kündigungsmöglichkeit .....  | 83  |
| dd) Deckung .....   | 83  |
| ee) Darlegungs- und Beweislast .....  | 84  |
| 4. Fazit: Die MoMiG-Neuerungen bringen vorerst für Recht-<br>sprechung und Schrifttum keine Erleichterung in der Rechts-<br>anwendung ..... | 85  |
| IV. Ergebnis .....  | 85  |
| B. Die Kapitalaufbringung in der GmbH und der AG .....  | 86  |
| I. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum vor dem<br>Inkrafttreten der MoMiG-Neuerungen (vor 2008) .....                        | 88  |
| 1. Aufrechnung und Debt-Equity-Swap .....   | 88  |
| a) Der Standpunkt der Rechtsprechung .....  | 88  |
| b) Der Standpunkt des Schrifttums .....   | 90  |
| 2. Forderungsverrechnung im Cash-Pool .....   | 93  |
| a) Bedeutung und wirtschaftliche Grundlage des Cash-Pooling<br>.....  | 94  |
| b) Der Standpunkt der Rechtsprechung .....  | 95  |
| aa) OLG Hamm und OLG Köln .....   | 95  |
| bb) BGHZ 166, 8 (Cash-Pool) .....   | 98  |
| c) Der Standpunkt des Schrifttums .....   | 99  |
| 3. Abtretung .....  | 103 |
| a) Der Standpunkt der Rechtsprechung .....  | 103 |
| b) Der Standpunkt des Schrifttums .....   | 104 |
| II. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum im Hin-<br>blick auf die MoMiG-Neuerungen (ab 2008) .....                            | 105 |
| 1. Die Entwicklungsstufen des MoMiG und die Gesetzes-<br>begründung .....   | 105 |
| a) Verdeckte Sacheinlage .....  | 106 |
| b) Hin- und Herzahlen .....   | 107 |
| 2. Der Standpunkt der Rechtsprechung .....  | 108 |

|  |            |
|--|------------|
| 3. Der Standpunkt des Schrifttums .....  | 109        |
| a) Verdeckte Sacheinlage .....   | 109        |
| b) Hin- und Herzahlen .....  | 111        |
| c) Aufrechnung und Debt-Equity-Swap .....  | 116        |
| aa) Aufrechnung, § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG .....  | 116        |
| (1) Aufrechnung durch den Gesellschafter .....   | 117        |
| (2) Aufrechnung durch die Gesellschaft .....   | 117        |
| bb) Die „neue alte“ Diskussion zu Debt-Equity-Swaps .....  | 118        |
| (1) Priester'scher Vollwertigkeitsbegriff .....  | 119        |
| (2) These von der Entbehrlichkeit des Vollwertigkeits-<br>kriteriums .....   | 120        |
| d) Abtretung .....   | 122        |
| III. Ergebnis .....  | 123        |
| C. Zusammenfassung .....   | 125        |
| <b>§ 4 Die handelsbilanziellen Grundlagen der Forderungsbewertung und<br/>deren Anwendung auf das Merkmal Vollwertigkeit .....</b> | <b>127</b> |
| A. Informations-, Sicherungs- und Beweisfunktion der Buchführung .....   | 128        |
| B. Die Bilanzierung von Forderungen mit Kreditcharakter .....  | 130        |
| I. Die Zugangsbewertung von Forderungen .....  | 131        |
| 1. Das Anschaffungskostenprinzip .....   | 131        |
| 2. Die Vereinbarung eines Damnums/Disagios .....   | 134        |
| a) Aktivierung des Auszahlungsbetrags als Anschaffungs-<br>kosten des Disagios .....   | 135        |
| b) Aktivierung des Nennwerts als Anschaffungskosten des<br>Disagios .....  | 136        |
| c) Aktivierung des Rückzahlungsbetrags als Anschaffungs-<br>kosten des Disagios .....  | 137        |
| 3. Anschaffungsnebenkosten .....   | 137        |
| 4. Un- und minderverzinsliche Darlehensforderungen .....   | 138        |
| 5. Das Ausfallrisiko des Darlehensnehmers .....  | 139        |
| II. Die Folgebewertung von Forderungen .....   | 140        |
| 1. Der bilanzielle Ausweis von Forderungen im Anlage- oder<br>Umlaufvermögen .....   | 140        |
| 2. Die Einzelwertberichtigung von Forderungen .....  | 142        |
| a) Un- und minderverzinsliche Darlehensforderungen/Zins-<br>änderungsrisiko .....  | 143        |
| aa) Der beizulegende Wert .....  | 143        |
| bb) Der anzuwendende Abzinsungssatz .....  | 144        |
| cc) Sonderfall: kurzfristige Darlehensforderungen .....  | 145        |
| dd) Berechnungsbeispiel .....  | 145        |
| b) Das Ausfallrisiko des Darlehens .....   | 146        |
| aa) Uneinbringliche und zweifelhafte Darlehensforderungen .....  | 146        |
| bb) Die Berücksichtigung von Sicherheiten .....  | 150        |
| cc) Sonderfall: Kreditversicherung (einschließlich Credit-<br>Default-Swap) .....  | 150        |
| 3. Die Pauschalwertberichtigung von Forderungen .....  | 153        |

|   |     |
|---|-----|
| C. Die Folgen der Anwendung handelsbilanzieller Grundsätze zur Beurteilung des Merkmals Vollwertigkeit .....  | 156 |
| I. Der Schutzzweck der Bilanzierungsregelungen und die Grundsätze von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung .....   | 156 |
| 1. Der Schutzzweck der Bilanzierungsregelungen und die Grundsätze der Kapitalaufbringung .....  | 157 |
| 2. Der Schutzzweck der Bilanzierungsregelungen und die Grundsätze der Kapitalerhaltung .....  | 157 |
| II. Die Grundsätze der Zugangsbewertung von Forderungen als Beurteilungsmaßstab für das Merkmal Vollwertigkeit in Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung ..... | 159 |
| III. Die Grundsätze der Folgebewertung von Forderungen als Beurteilungsmaßstab für das Merkmal Vollwertigkeit in Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung .....  | 161 |
| D. Zusammenfassung .....  | 165 |
| § 5 Das Merkmal Vollwertigkeit .....  | 166 |
| A. Die Funktion des Merkmals Vollwertigkeit .....   | 168 |
| I. Die Funktion des Merkmals Vollwertigkeit im Recht der Kapitalaufbringung .....   | 168 |
| II. Die Funktion des Merkmals Vollwertigkeit im Recht der Kapitalerhaltung .....  | 169 |
| B. Der Bedeutungsgehalt des Deckungsgebots für das Merkmal Vollwertigkeit bei Gesellschaftsleistungen mit Kreditcharakter .....                                 | 171 |
| I. Keine oder nur eine eingeschränkte Geltung des Deckungsgebots für Gesellschaftsleistungen mit Kreditcharakter .....  | 173 |
| 1. Der Wortlaut der Neuregelungen spricht gegen die Geltung eines Deckungsgebots für Gesellschaftsleistungen mit Kreditcharakter .....                          | 173 |
| 2. Das Deckungsgebot dient zuvörderst der Erfassung stiller Reserven und gilt daher nicht für Gesellschaftsleistungen mit Kreditcharakter .....                 | 174 |
| 3. Der bilanziellen Betrachtungsweise ist ein als Drittvergleich zu verstehendes Deckungsgebot bereits immanent .....   | 176 |
| 4. Die Begründung zum Regierungsentwurf des MoMiG spricht gegen die Geltung eines Deckungsgebots für aufsteigende Darlehen .....                                | 176 |
| 5. Der Gesetzgeber hat bewusst von der Geltung des Deckungsgebots für aufsteigende Darlehen abgesehen .....   | 178 |
| 6. Das Deckungsgebot gilt nicht für Darlehen zur Erleichterung des Cash-Pooling .....   | 178 |
| 7. Gegen die Geltung des Deckungsgebots für Gesellschaftsleistungen mit Kreditcharakter spricht dessen untergeordnete Bedeutung .....                           | 179 |
| 8. Das Deckungsgebot ist nur auf der Haftungsebene der Geschäftsleitung relevant .....  | 180 |
| II. Das Deckungsgebot als Angemessenheitsprüfung für Gesellschaftsleistungen mit Kreditcharakter .....  | 182 |

|   |     |
|---|-----|
| 1. Die systematische Verortung des Deckungsgebots .....   | 183 |
| 2. Der Inhalt des Deckungsgebots .....  | 183 |
| C. Das kapitalaufbringungsrechtliche Merkmal Vollwertigkeit .....   | 185 |
| I. Die (Bestimmung der) zu deckende(n) Leistung an den<br>Gesellschafter/Aktionär .....   | 187 |
| II. Der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt für das Merkmal<br>Vollwertigkeit .....   | 188 |
| III. Die Werthaltigkeit des Rückgewähranspruchs .....   | 191 |
| 1. Bezugspunkt der Werthaltigkeitsprüfung .....   | 192 |
| 2. Objektiver Beurteilungsmaßstab der Werthaltigkeit .....  | 194 |
| 3. Die Durchsetzbarkeit des Rückgewähranspruchs .....   | 195 |
| 4. Die Solvenz des Gesellschafters/Aktionärs .....  | 198 |
| 5. Die Verzinsung des Rückgewähranspruchs .....   | 202 |
| 6. Die Bestellung von Sicherheiten .....  | 202 |
| 7. Fazit .....  | 205 |
| IV. Die Angemessenheit der Gegenleistung .....  | 206 |
| V. Das Alles-oder-nichts-Prinzip .....  | 207 |
| 1. Nichtanerkennung eines nur teilweise vollwertigen Rückge-<br>währanspruchs .....   | 207 |
| 2. Sachliche Rechtfertigung eines Alles-oder-nichts-Prinzips .....  | 208 |
| VI. Der Inhalt der „bilanziellen Betrachtungsweise“ .....   | 209 |
| VII. Die Europarechtskonformität von § 27 Abs. 4 AktG .....   | 211 |
| 1. Vereinbarkeit von § 27 Abs. 4 AktG mit Art. 9 Abs. 1 KapRL ...   | 213 |
| 2. Vereinbarkeit von § 27 Abs. 4 AktG mit Art. 10ff. KapRL/<br>KapRL (neu) .....  | 215 |
| 3. Vereinbarkeit von § 27 Abs. 4 AktG mit Art. 23<br>Abs. 1 KapRL (neu); Verhältnis zu § 71a Abs. 1 Satz 1 AktG ....  | 216 |
| a) Der Anwendungsbereich von § 71a Abs. 1 Satz 1 AktG,<br>Art. 23 KapRL (neu): derivativer Aktienerwerb sowie<br>originärer Aktienerwerb bei Kapitalerhöhung .....                        | 218 |
| aa) Wortlaut und Systematik von § 71a Abs. 1 Satz 1 AktG,<br>Art. 23 KapRL (neu) .....  | 218 |
| bb) Auslegung unter Berücksichtigung englischen Rechts ...  | 219 |
| cc) Merkmal „durch einen Dritten“, Art. 23 KapRL (neu) ...  | 220 |
| b) Das Hin- und Herzahlen bei Kapitalerhöhungsmaßnahmen<br>als finanzielle Unterstützung im verbleibenden<br>Anwendungsbereich von § 71a Abs. 1 Satz 1 AktG,<br>Art. 23 KapRL (neu) ..... | 222 |
| VIII. Ergebnis .....  | 224 |
| IX. Exkurs: Stellungnahme zur aktuellen Diskussion<br>zu Debt-Equity-Swaps .....  | 227 |
| D. Das kapitalerhaltungsrechtliche Merkmal Vollwertigkeit .....   | 229 |
| I. Die (Bestimmung der) zu deckende(n) Leistung an den<br>Gesellschafter/Aktionär .....   | 230 |
| 1. Grundsätzliches zur Gesellschaftsleistung mit Kreditcharakter ..   | 231 |
| 2. „Stehenlassen“ als Leistung an den Gesellschafter/Aktionär ...   | 231 |
| a) Darlehensgewährung aus freiem Vermögen bei nachträgli-<br>cher Unterbilanz und jederzeit gegebener Vollwertigkeit ....   | 233 |



|   |     |
|---|-----|
| b) Darlehensgewährung aus freiem Vermögen bei nachträglicher Unterbilanz und nachträglichem Verlust der Vollwertigkeit .....                              | 234 |
| aa) Kein relevantes „Stehenlassen“ bei der AG .....   | 235 |
| bb) Kein relevantes „Stehenlassen“ bei der GmbH .....   | 235 |
| c) Darlehensgewährung aus (grundsätzlich) gebundenem Vermögen bei nachträglichem Verlust der Vollwertigkeit ....  | 236 |
| II. Der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt für das Merkmal Vollwertigkeit .....  | 238 |
| III. Die Werthaltigkeit des Rückgewähr- und des Gegenleistungsanspruchs .....   | 239 |
| 1. Bezugspunkt der Werthaltigkeitsprüfung .....   | 240 |
| 2. Objektiver Beurteilungsmaßstab der Werthaltigkeit .....  | 240 |
| 3. Die Durchsetzbarkeit des Rückgewähr- und des Gegenleistungsanspruchs .....   | 241 |
| 4. Die Solvenz des Gesellschafters/Aktionärs .....  | 242 |
| 5. Die Verzinsung des Rückgewähranspruchs .....   | 245 |
| 6. Die Bestellung von Sicherheiten .....  | 246 |
| 7. Fazit .....  | 247 |
| IV. Die Angemessenheit der Gegenleistung .....  | 248 |
| V. Das Alles-oder-nichts-Prinzip .....  | 249 |
| VI. Der Inhalt der „bilanziellen Betrachtungsweise“ .....   | 252 |
| VII. Die Europarechtskonformität von § 57 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 AktG ..  | 253 |
| 1. Der Anwendungsbereich von Art. 15 Abs. 1 KapRL: offene und verdeckte Gewinnausschüttungen .....  | 255 |
| 2. Vereinbarkeit von § 57 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 AktG mit Art. 15 Abs. 1 KapRL .....  | 257 |
| VIII. Ergebnis .....  | 259 |
| E. Informationsquellen für die Beurteilung der Solvenz des Gesellschafters/Aktionärs .....  | 263 |
| I. Die offensichtlichen Anhaltspunkte fehlender Schuldnersolvvenz ..  | 263 |
| II. Jahresabschluss-/Bilanzanalyse zur Solvenzbeurteilung .....   | 264 |
| 1. Solvenzbeurteilung bezogen auf den Zeitpunkt der Darlehens-<br>valutierung .....   | 265 |
| 2. Solvenzbeurteilung bezogen auf den Zeitpunkt der Fälligkeit<br>des Rückgewähr- und im Kapitalerhaltungsrecht auch des<br>Gegenleistungsanspruchs ..... | 267 |
| III. Credit-Default-Swaps zur Solvenzbeurteilung .....  | 269 |
| IV. Externes Rating als Nachweis der Solvenz des Gesellschafters/<br>Aktionärs .....  | 270 |
| 1. Ratingmethodik .....   | 271 |
| 2. Kritik an der Verwendung eines externen Ratings und Erwide-<br>rung auf die Kritik .....   | 272 |
| V. Weitere Informationsquellen für die Beurteilung der Solvenz<br>des Gesellschafters/Aktionärs (natürliche Personen) .....                               | 275 |
| F. Zusammenfassung .....  | 275 |

|   |     |
|---|-----|
| 2. Teil. Die Haftungsrisiken des Geschäftsleiters bei (fehlerhafter)<br>Beurteilung des Merkmals Vollwertigkeit .....   | 279 |
| § 6 Die Verletzung des Kapitalschutzgebots, die Insolvenzverursachungs-<br>haftung, Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung sowie<br>haftungsrechtliche Besonderheiten im Konzern ..... | 279 |
| A. Haftung wegen Sorgfaltpflichtverletzung,<br>§ 43 Abs. 3 Satz 1, § 30 GmbHG, § 93 Abs. 3 Nr. 1, § 57 AktG .....   | 280 |
| I. Pflichtverletzung, § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, § 93 Abs. 3<br>Nr. 1 AktG .....   | 281 |
| 1. Die allgemeinen Sorgfaltsanforderungen vor Darlehens-<br>ausreichung .....   | 283 |
| a) Qualifikation der Entscheidung: gebundene Entscheidung<br>versus Ermessensentscheidung, gerichtliche Prüfungsdichte .  | 283 |
| aa) Direkte Anwendbarkeit der Business Judgment Rule? ...   | 285 |
| (1) Die Geltung der Business Judgment Rule im GmbH-<br>und im Aktienrecht .....   | 285 |
| (2) Die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule auf<br>die Vollwertigkeitsbeurteilung .....  | 286 |
| bb) Keine analoge Anwendung der Business Judgment Rule<br>auf die Vollwertigkeitsbeurteilung, aber nur einge-<br>schränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum .....                                   | 290 |
| b) Die Grenzen des Beurteilungsspielraums .....   | 294 |
| c) Die Anforderungen an die Entscheidungs-/Informations-<br>grundlage .....   | 295 |
| d) Exkurs: Das Eingehen von Klumpenrisiken als Sorgfalts-<br>pflichtverletzung .....  | 298 |
| e) Eigene Verpflichtung und Aufgabendelegation (intern und<br>extern) .....   | 299 |
| 2. Die besonderen Sorgfaltsanforderungen im Nachgang der Dar-<br>lehensausreichung, insbesondere im Hinblick auf ein relevantes<br>„Stehenlassen“ .....   | 300 |
| a) Einordnung der Prüf- und Kontrollpflicht: § 43<br>Abs. 3 GmbHG, § 93 Abs. 3 AktG versus § 42<br>Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 AktG .....   | 301 |
| b) Informationssystem zur Solvenzkontrolle .....  | 303 |
| aa) Die allgemeine Funktion von covenants .....   | 303 |
| bb) Die Vereinbarung von information covenants und<br>financial covenants .....   | 304 |
| c) Reaktionsmöglichkeiten im Fall eines event of default .....  | 305 |
| II. Verschulden, § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG .....  | 307 |
| III. Exkurs: Keine Haftung wegen Verletzung des Kreditvergabe-<br>verbots, § 43a GmbHG (analog), § 89 Abs. 5, Abs. 1 AktG (analog) ...  | 307 |
| B. Insolvenzverursachungshaftung, § 64 Satz 3 GmbHG, § 93 Abs. 3 Nr. 6,<br>§ 92 Abs. 2 Satz 3 AktG .....  | 309 |
| I. Verhältnis von § 64 Satz 3 GmbHG und § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG<br>zu § 30 Abs. 1 GmbHG und § 57 Abs. 1 AktG .....  | 310 |
| II. Pflichtverletzung, § 64 Satz 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG ..  | 311 |

|   |     |
|---|-----|
| 1. Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen .....  | 311 |
| 2. Zahlung an einen Gesellschafter/Aktionär .....   | 313 |
| 3. Herbeiführung von Zahlungsunfähigkeit .....  | 313 |
| a) Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit .....   | 313 |
| b) Die Kausalität zwischen der Zahlung und dem Eintritt der<br>Zahlungsunfähigkeit .....  | 314 |
| aa) Monokausalitätserfordernis? .....   | 314 |
| bb) Die Zahlungs-(un-)fähigkeitsprognose des Geschäfts-<br>leiters .....  | 315 |
| (1) Die anzuwendende Bewertungsmethode zur<br>Ermittlung der Zahlungs-(un-)fähigkeit .....  | 315 |
| (2) Die relevante Zeitspanne und der erforderliche<br>Wahrscheinlichkeitsgrad für die Ermittlung der<br>Zahlungs-(un-)fähigkeit ..... | 316 |
| (3) Der Beurteilungsspielraum bei Abgabe der<br>Zahlungs-(un-)fähigkeitsprognose .....  | 317 |
| III. Verschulden .....  | 318 |
| C. Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung, § 826 BGB .....   | 319 |
| I. Verantwortlichkeit des darlehensnehmenden Gesellschafters/<br>Aktionärs .....  | 320 |
| II. Verantwortlichkeit des Geschäftsführers .....   | 321 |
| D. Die haftungsrechtlichen Besonderheiten im Konzern .....  | 322 |
| I. Die Haftung bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags .....   | 322 |
| 1. Die Haftung des Geschäftsführers der beherrschten<br>Gesellschaft, § 310 Abs. 1 AktG (analog) .....                                | 323 |
| a) Das Verhältnis von § 310 Abs. 1 AktG zu den allgemeinen<br>Haftungstatbeständen .....  | 323 |
| b) Die Anwendbarkeit von § 310 Abs. 1 AktG im Hinblick auf<br>§ 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG .....                 | 324 |
| c) Pflichtverletzung, § 310 Abs. 1 Satz 1 AktG .....  | 326 |
| aa) Grenzen des Weisungsrechts des herrschenden<br>Unternehmens .....   | 327 |
| bb) Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers der abhängigen<br>Gesellschaft .....  | 329 |
| d) Verschulden .....  | 333 |
| 2. Die Haftung des Geschäftsführers des herrschenden Unterneh-<br>mens, § 309 Abs. 2 AktG (analog) .....                              | 334 |
| 3. Die Europarechtskonformität von § 291 Abs. 3, § 57 Abs. 1<br>Satz 3 Alt. 1 AktG (Aktienvertragskonzern) .....                      | 335 |
| II. Die Haftung im faktischen Konzernverhältnis .....   | 337 |
| 1. Die Haftung im faktischen Aktienkonzern .....  | 338 |
| a) Die Haftung des Geschäftsführers des herrschenden Unter-<br>nehmens, § 317 Abs. 3, Abs. 1, § 311 AktG .....                        | 339 |
| aa) Kreditgewährung aus gebundenem Vermögen der<br>abhängigen Gesellschaft als Nachteil .....   | 339 |
| bb) Nachteilsausgleich oder Begründung eines Rechtsan-<br>spruchs hierauf .....   | 340 |
| cc) Veranlassung zur nachteilhaften Kreditgewährung .....   | 341 |

|  |            |
|--|------------|
| b) Die Haftung des Geschäftsführers der beherrschten Gesellschaft .....  | 342        |
| aa) Haftung wegen Verletzung der Berichtspflicht, § 318 Abs. 1, § 317 Abs. 3, Abs. 1, §§ 311, 312 AktG .....           | 342        |
| bb) Haftung wegen Verletzung (konzernspezifischer) Sorgfaltspflichten, § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG .....                   | 342        |
| c) Die Europarechtskonformität des faktischen Aktienkonzernprivilegs .....   | 344        |
| 2. Die Haftung im faktischen GmbH-Konzern .....  | 345        |
| E. Zusammenfassung .....   | 346        |
| <b>§ 7 Die Haftung im Rahmen des Gründungsvorgangs .....</b>   | <b>351</b> |
| A. Gründungshaftung, § 9a Abs. 1, Abs. 3 GmbHG, § 48 AktG .....  | 351        |
| I. Pflichtverletzung, § 9a Abs. 1 GmbHG, § 48 Satz 1 AktG .....  | 352        |
| II. Verschulden, § 9a Abs. 3 GmbHG, § 48 Satz 2, § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG .....   | 352        |
| B. Haftung wegen allgemeiner Sorgfaltspflichtverletzung, § 43 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG .....              | 353        |
| C. Zusammenfassung .....   | 354        |
| <b>Schluss .....</b>   | <b>355</b> |
| <b>§ 8 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....</b>   | <b>355</b> |
| A. Die Bestimmung des Merkmals Vollwertigkeit (1. Teil) .....  | 355        |
| B. Die Haftungsrisiken des Geschäftsführers bei (fehlerhafter) Beurteilung des Merkmals Vollwertigkeit (2. Teil) ..... | 359        |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>  | <b>365</b> |