

# Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
B. Die Sanierung einer GmbH	21
I. Sanierungsbedürftigkeit und Krise	21
1. Insolvenzrechtliche Krise (§§ 17 ff. InsO)	22
2. (Gesellschafts-) Rechtliche Krise	23
3. Exkurs: § 32a I GmbHG („Krise der Gesellschaft“)	23
4. Betriebswirtschaftliche Krise	24
5. Zusammenfassung: Krise	25
II. Krisenfrüherkennung	26
III. Sanierungsfähigkeit	28
IV. Mögliche Sanierungsmaßnahmen	29
V. Zusammenfassung: Sanierung einer GmbH	30
C. Die Rolle der Geschäftsführer und Gesellschafter	31
I. Geschäftsführerplichten	31
1. Pflicht zur Krisenfrüherkennung (§ 43 I GmbHG)	32
a) Rechtsgrundlage	32
b) Inhalt der Krisenfrüherkennungspflicht	33
c) Anwendbarkeit der business judgment rule	34
d) Haftung	35
2. Sanierungspflicht	36
a) Rechtsgrundlage	37
b) Voraussetzung	37
c) Inhalt der Sanierungspflicht	37
(1) Sanierungsprüfung	38
(2) Ausarbeitung eines Sanierungskonzepts	38
(3) Sanierungspflicht im engeren Sinne	39
(4) Pflicht zur übertragenden Sanierung?	40
d) Sorgfaltsanforderungen	41
(1) Anwendbarkeit der business judgment rule	41
(2) Einholen externen Sachverständs	41
e) Haftung (§ 43 II GmbHG)	42
f) Zusammenfassung: Sanierungspflicht	42
3. Einberufung der Gesellschafterversammlung	43

a)	Ausdrückliche Regelung der §§ 49 III, 5a IV GmbHG	43
(1)	Voraussetzung	43
(a)	Verlust des hälftigen Stammkapitals (§ 49 III GmbHG)	43
(b)	Drohende Zahlungsunfähigkeit der UG (§ 5a IV GmbHG)	45
(2)	Inhalt der Pflicht	46
(a)	Unverzügliche Einberufung	46
(b)	Verzicht auf die Einberufung	46
(c)	Informationspflicht und Vorlage eines Sanierungsplans	46
(3)	Dispositivität in der Satzung	47
(4)	Haftung und Strafbarkeit	47
b)	Einberufungspflicht aus § 49 II Alt. 2 GmbHG	49
(1)	Voraussetzung: betriebswirtschaftliche Krise	49
(2)	Inhalt der Pflicht	50
(a)	Einberufungsfrist	50
(b)	Verzicht auf die Einberufung	50
(c)	Informationspflicht und Vorlage eines Sanierungsplans	51
(3)	Dispositivität	51
(4)	Haftung (§ 43 II GmbHG)	52
c)	Zusammenfassung: Einberufung der Gesellschafterversammlung	52
4.	Insolvenzantragspflicht (§ 15a I S. 1 InsO)	52
a)	Voraussetzung: Vorliegen eines Insolvenzgrundes	53
(1)	Zahlungsunfähigkeit	53
(2)	Exkurs: Drohende Zahlungsunfähigkeit	54
(3)	Überschuldung	54
(a)	Alte und zukünftige Fassung des § 19 II InsO	55
(b)	Gegenwärtige Fassung des § 19 II InsO	56
b)	Antragsfrist	56
c)	Haftung wegen Insolvenzverschleppung	57
d)	Exkurs: Sanierung im Insolvenzverfahren	58
e)	Zusammenfassung: Insolvenzantragspflicht	59
5.	Zusammenfassung: Geschäftsführerplichten	60
II.	Gesellschafterpflichten	61
1.	Pflicht zur Sanierung	61
a)	Rechtsgrundlage	62
(1)	§ 43 I GmbHG analog	62

(2) Treuepflicht	63
(a) Gegenüber den Mitgesellschaftern	63
(b) Gegenüber der Gesellschaft	64
(3) Existenzvernichtungshaftung (§ 826 BGB)	65
(a) Das Existenzvernichtungsverbot in der Rechtsprechung des BGH	65
(b) Keine Existenzvernichtung durch Unterlassen von Sanierungsmaßnahmen	65
(4) Materielle Unterkapitalisierung (§ 826 BGB)	66
(5) § 826 BGB	67
b) Zusammenfassung: Sanierungspflicht der Gesellschafter	67
2. Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter	68
a) Insolvenzantragspflicht als faktischer Geschäftsführer	68
b) Insolvenzantragspflicht bei Führungslosigkeit der GmbH	69
c) Exkurs: Teilnahme an der Insolvenzverschleppung	69
3. Auswirkung des Verhaltens der Gesellschafter auf die Pflichten des Geschäftsführers	70
a) Bis zur Entscheidung durch die Gesellschafter	70
b) Nach der Entscheidung der Gesellschafter	71
(1) Positiver Sanierungsbeschluss	71
(2) Liquidationsbeschluss	71
(3) Ablehnung der Sanierung ohne Liquidationsbeschluss	71
(4) Unzureichender Sanierungsbeschluss	73
c) Bei Untätigkeit der Gesellschafter	73
(1) Grundsätzliche Pflicht zur Fortführung der Gesellschaft	73
(2) Umschlagen in Insolvenzantragspflicht	74
d) Fazit und Bewertung	75
4. Zusammenfassung: Gesellschafterpflichten	76
III. Zwischenergebnis: Die Rolle von Geschäftsführern und Gesellschaftern	76
D. Legitimation einer verstärkten Inpflichtnahme der Gesellschafter	78
I. Interessen der beteiligten Personen	79
1. Interessen im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb	79
2. Interessen in der Krise	80
a) Abzug von Gesellschaftsvermögen / Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen	80
b) Krisen- und Insolvenzverschleppung	81

(1) Auseinanderfallen von Risiko und Gewinnchancen	82
(2) Informationsgefälle	82
(3) Defizite im Gläubigerschutzsystem	83
(4) Möglichkeiten der Abhilfe	84
c) „Gambling for resurrection“	85
d) Zusammenfassung: Interessenlage in der Krise	86
3. Zusammenfassung: Interessenlage der beteiligten Personen	87
II. Auseinanderfallen von Herrschaft und Haftung in der Krise der GmbH	87
1. Die Einheit von Herrschaft und Haftung als rechtspolitischer Grundsatz	88
2. Konflikt mit dem Prinzip der Haftungsbeschränkung	89
a) Grundsatz der beschränkten Haftung	89
b) Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung aus Sicht der Gläubiger	91
c) Keine persönliche Haftung der Geschäftsleiter für unternehmerische Risiken	93
d) Zusammenfassung: Konflikt mit dem Prinzip der Haftungsbeschränkung	94
3. Der Konflikt zwischen Herrschaft und Haftung und Haftungsbeschränkung im Gesellschaftsrecht	94
a) Ausgleich im Personengesellschaftsrecht	95
b) Ausgleich im Recht der Aktiengesellschaft	95
4. Herrschaft und Haftung in der GmbH	98
a) Verteilung von Herrschaft und Haftung im Normalfall	98
b) Verteilung von Herrschaft und Haftung in der Krise der GmbH	100
5. Fazit: Auseinanderfallen von Herrschaft und Haftung	102
III. Wertungen der Finanzierungsfolgenverantwortung	102
1. Wertungen des Eigenkapitalersatzrechts	103
2. Folgerungen für eine verstärkte Inanspruchnahme der Gesellschafter	104
IV. Fazit: Notwendigkeit einer verstärkten Inanspruchnahme der Gesellschafter	105
E. Sanierungspflicht der Gesellschafter	108
I. Beabsichtigte Wirkung einer allgemeinen Sanierungspflicht	108
II. Eckpunkte einer allgemeinen Sanierungspflicht	109
III. Vereinbarkeit mit der Konzeption der GmbH	110
1. Charakter der GmbH als Kapitalgesellschaft	111

a) Grundsätzliche Trennung von Eigentum und Geschäftsführung	111
b) Einschränkung des potentiellen Gesellschafterkreises	114
c) Fazit: Vereinbarkeit mit dem Charakter der GmbH als Kapitalgesellschaft	116
2. Fehlen einer Nachschusspflicht	116
3. Wertungskonflikt zu anderen Haftungskonstruktionen	117
a) Konflikt mit der Existenzvernichtungshaftung	117
b) Fehlen einer Haftung für materielle Unterkapitalisierung	119
4. Schwächung der Anreizfunktion der Haftungsbeschränkung	122
5. Rechtspolitische Erwägungen	123
a) Zerschlagungsautomatismus	123
b) Wettbewerb der Rechtsordnungen	124
IV. Fazit: Ablehnung einer generellen Sanierungspflicht	126
F. Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter	127
I. Beabsichtigte Wirkung einer allgemeinen Insolvenzantragspflicht	128
1. Verhinderung der Insolvenzverschleppung	128
2. Selbstinformation der Gesellschafter und Schaffung eines Sanierungsanreizes	129
II. Vereinbarkeit mit der Konzeption der GmbH	130
1. Charakter der GmbH als Kapitalgesellschaft	131
2. Schwächung der Anreizfunktion der Haftungsbeschränkung	132
3. Rechtspolitische Argumente	133
a) Zerschlagungsautomatismus	134
b) Wettbewerb der Rechtsordnungen	134
4. Fazit zur Vereinbarkeit mit der Konzeption der GmbH	135
III. Die Insolvenzantragspflicht im Einzelnen	135
1. Tatbestand	136
2. Persönlicher Anwendungsbereich	136
a) Gesellschaftergesamtheit oder jeder Gesellschafter	136
b) Tatbestandliches Kleinbeteiligungsprivileg	137
(1) Hintergrund von Kleinbeteiligungsprivilegien	137
(2) Kleinbeteiligungsprivilegien im Recht der GmbH	138
(3) Schlussfolgerungen für das Kleinbeteiligungsprivileg i.R.d. neuen Insolvenzantragspflicht	140
(4) Fazit: Tatbestandliches Kleinbeteiligungsprivileg	142
c) GmbH mit Aufsichtsrat	142
(1) Bei fakultativem Aufsichtsrat	142
(2) Bei obligatorischem Aufsichtsrat	144

(3) Fazit: GmbH mit Aufsichtsrat	145
d) Zusammenfassung: Persönlicher Anwendungsbereich	145
3. Inhalt der Insolvenzantragspflicht	145
a) Antragsfrist	145
b) Beginn der Antragsfrist	146
4. Haftung für Insolvenzverschleppung	148
a) Gläubiger der Insolvenzverschleppungshaftung	148
(1) Haftung gegenüber den Gläubigern	148
(2) Haftung gegenüber der Gesellschaft	149
(3) Fazit: Gläubiger der Insolvenzverschleppungshaftung	150
b) Verschuldensmaßstab	150
(1) Rechtlicher Maßstab: Fahrlässigkeit (§ 276 II BGB)	150
(2) Konkrete Anhaltspunkte zur Ermittlung der erforderlichen Sorgfalt	152
(a) Kompetenzverteilung und Informationsfluss in der GmbH	152
(b) Bedeutung der Beteiligungshöhe	153
(c) Beteiligungscharakter	154
(d) Leitungsentscheidungen und Zugriffe auf das Gesellschaftsvermögen	154
(e) Krisenszenarien	155
(f) Einholen externen Sachverständes	156
(3) Zusammenfassung: Verschuldensmaßstab	156
c) Beweislastverteilung	157
d) Geltendmachung der Insolvenzverschleppungshaftung	158
e) Zusammenfassung: Haftung für Insolvenzverschleppung	158
5. Haftung für verfrühte Insolvenzantragsstellung	159
a) Mögliche Konstellationen verfrühter Antragsstellung	159
b) Gläubiger der Haftung für verfrühte Insolvenzantragsstellung	159
(1) Haftung gegenüber den Gläubigern	160
(2) Haftung gegenüber der Gesellschaft	161
(3) Haftung gegenüber den Mitgesellschaftern	161
c) Fazit: Haftung für verfrühte Insolvenzantragsstellung	163
6. Verhältnis zur Insolvenzantragspflicht und Haftung des Geschäftsführers	163
IV. Einzelprobleme	165
1. Gesellschaftsinterne Zuständigkeit	165

2. Verfahrensrechtliche Verhinderung missbräuchlicher Insolvenzanträge	167
3. Minderjährige Gesellschafter	168
4. Anwendbarkeit auf Scheinauslandsgesellschaften	170
a) Kollisionsrechtliche Einordnung der Insolvenzantragspflicht	170
b) Vereinbarkeit der Insolvenzantragspflicht mit der Niederlassungsfreiheit	172
c) Voraussetzungen der analogen Anwendung	174
d) Fazit: Anwendbarkeit auf Scheinauslandsgesellschaften	176
V. Formulierungsvorschlag	176
1. Notwendige Folgeänderungen	176
2. Konkreter Formulierungsvorschlag	177
G. Zusammenfassung und Ausblick	178
Literaturverzeichnis	181