

# Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| Vorwort   | 7  |
| Inhaltsverzeichnis  | 9  |
| Abkürzungsverzeichnis   | 17 |
| § 1 Einführung  | 21 |
| A. Einleitung   | 21 |
| B. Gegenstand und Zielsetzung   | 23 |
| C. Gang der Untersuchung  | 24 |
| § 2 Vorinsolvenzliche Krise   | 27 |
| A. Grundlagen   | 27 |
| B. Krisenbegriffe   | 28 |
| I. Betriebswirtschaftlicher Krisenbegriff                             | 28 |
| II. Gesellschaftsrechtlicher Krisenbegriff                            | 30 |
| III. Insolvenzrechtlicher Krisenbegriff                               | 32 |
| IV. Strafrechtlicher Krisenbegriff                                    | 33 |
| C. Zusammenfassung  | 34 |
| § 3 Vorinsolvenzliche Pflichten im GmbH-Recht                         | 36 |
| A. Pflichten der Geschäftsführung de lege lata                        | 36 |
| I. Grundlagen   | 36 |
| II. Krisenvermeidung durch Pflichten vor der vorinsolvenzlichen Krise | 38 |
| 1. Aus § 43 Abs. 1 GmbHG folgende Pflichten                           | 38 |
| a) Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung                    | 39 |
| aa) Legalitätspflicht   | 39 |
| bb) Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung im engeren Sinne  | 40 |
|   | 9  |

|   |    |
|---|----|
| b) Pflicht zur Einholung von Rat  | 41 |
| c) Pflicht zur Beobachtung des Unternehmensumfelds  | 42 |
| d) Pflicht zur Vorbereitung der Unternehmenspolitik und Mittelverwendung                      | 44 |
| 2. Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung  | 45 |
| a) § 41 GmbHG   | 45 |
| b) Handels- und bilanzrechtliche Vorgaben   | 47 |
| c) Zwischenergebnis   | 47 |
| 3. Pflicht zur ständigen Überprüfung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens               | 48 |
| a) Pflicht zur Prüfung der gegenwärtigen Solvenz der Gesellschaft                             | 49 |
| b) Pflicht zur Prüfung der prognostischen Solvenz der Gesellschaft                            | 52 |
| aa) Möglichkeiten des Umfangs der Prüfungspflicht   | 53 |
| (1) Modelle   | 53 |
| (2) Insolvenzrechtlicher Maßstab  | 54 |
| bb) Abwägung  | 56 |
| c) Zwischenergebnis   | 57 |
| 4. Pflicht zur Einrichtung eines Früherkennungs- und Überwachungssystems                      |    |
| gem. § 91 Abs. 2 AktG (analog)  | 58 |
| a) Allgemeines  | 59 |
| b) Maßstab der Krisenfrüherkennung  | 59 |
| aa) Enge betriebswirtschaftliche Überwachung als Verschärfung der allgemeinen Leitungspflicht | 60 |
| bb) Weites unternehmerisches Ermessen und damit Teil der allgemeinen Leitungspflicht          | 60 |
| cc) Abwägung  | 61 |
| c) Adressat der Pflicht zur Einrichtung eines Früherkennungssystems                           | 62 |
| aa) Standpunkte   | 62 |
| (1) Einrichtung in jeder GmbH   | 62 |
| (2) Maßstab § 267 HGB   | 62 |
| (3) Maßstab Aktiengesellschaft  | 63 |
| bb) Abwägung  | 63 |
| d) Zwischenergebnis   | 65 |
| 5. Pflicht zur Erhaltung des Stammkapitals  | 66 |
| a) Grundlagen   | 66 |

|  |    |
|--|----|
| b) § 30 Abs. 1 GmbHG   | 66 |
| c) Zahlungsverbote des Geschäftsführers  | 67 |
| d) Kreditgewährungsverbot gem. § 43a GmbHG   | 68 |
| 6. Insolvenzverursachungsverbot gem. § 64 S. 3 GmbHG                                       | 68 |
| a) Allgemeines   | 68 |
| b) Voraussetzungen   | 69 |
| aa) Zahlung an Gesellschafter  | 69 |
| (1) Zahlungsbegriff  | 69 |
| (2) Gesellschafter als Empfänger   | 70 |
| bb) Zahlungsunfähigkeit  | 70 |
| cc) Kausalzusammenhang zwischen Zahlungsunfähigkeit und Zahlung                            | 73 |
| (1) Kausalzusammenhang   | 73 |
| (2) Prognoseentscheidung   | 74 |
| dd) Verschulden  | 75 |
| c) Zwischenergebnis  | 76 |
| 7. Existenzvernichtungsverbot gem. §§ 826, 830 BGB   | 77 |
| III. Krisenbewältigung durch Pflichten während der vorinsolvenzlichen Krise                | 77 |
| 1. Aus § 43 Abs. 1 GmbHG folgende Pflichten  | 78 |
| a) Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung und Information über den Kriseneintritt | 78 |
| b) Pflicht zur Krisenbeobachtung und Überwachung   | 79 |
| c) Pflicht zur Sanierung   | 81 |
| aa) Vorliegen einer Pflicht zur Sanierung  | 81 |
| (1) Ableitung aus Gläubigerinteressen  | 81 |
| (2) Ableitung aus der Stellung des Geschäftsführers  | 83 |
| bb) Pflicht zur Sanierungsprüfung  | 84 |
| (1) Sanierungsbedürftigkeit  | 84 |
| (2) Sanierungsfähigkeit  | 85 |
| (3) Sanierungswürdigkeit   | 86 |
| cc) Pflicht zur Unternehmenserhaltung  | 87 |
| dd) Zwischenergebnis   | 88 |
| d) Pflicht zur Einholung von Rat   | 88 |
| 2. Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung gem. § 49 GmbHG                   | 89 |
| a) § 49 Abs. 2 GmbHG   | 89 |
| aa) Regelungsbereich   | 89 |
| bb) Zwischenergebnis   | 91 |
| b) § 49 Abs. 3 GmbHG   | 91 |
| aa) Regelungsbereich   | 91 |

|  |     |
|--|-----|
| bb) Zwischenergebnis   | 93  |
| 3. Pflicht zur Verlustanzeige durch Strafbewehrung<br>nach § 84 Abs. 1 GmbHG   | 93  |
| 4. Pflicht zur Einholung von Rat bei Krisenanzeichen   | 94  |
| a) Entlastung trotz Zahlungen nach Insolvenzreife  | 94  |
| b) Das Merkmal der Plausibilitätskontrolle   | 96  |
| 5. Pflicht zur Amtsweiterführung –<br>Keine Amtsniederlegung zur Unzeit  | 96  |
| 6. Pflicht zur ordnungsgemäßen Abführung von<br>Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern   | 99  |
| 7. Pflicht zur Beantragung der Eröffnung eines<br>Insolvenzverfahrens über das Vermögen der<br>Gesellschaft gem. § 15a Abs. 1 InsO | 100 |
| 8. Pflicht zur Massesicherung gem. § 64 S. 1 GmbHG   | 103 |
| IV. Zusammenfassung  | 105 |
| B. Pflichten der Gesellschafter de lege lata   | 106 |
| I. Grundlagen  | 107 |
| II. Krisenvermeidung durch Pflichten vor der<br>vorinsolvenzlichen Krise   | 108 |
| 1. Aus der Kapitalausstattung der Gesellschaft folgende<br>Pflichten   | 108 |
| a) Grundsatz der realen Kapitalaufbringung   | 109 |
| b) Pflicht zur angemessenen Kapitalaufbringung   | 109 |
| aa) Gesetzliche Vorgaben und<br>Nachschusspflicht  | 109 |
| bb) Haftung bei Unterkapitalisierung   | 110 |
| cc) Finanzierungsverantwortung   | 112 |
| c) Grundsätze der Kapitalerhaltung   | 113 |
| d) Haftung wegen Existenzvernichtung   | 114 |
| e) Durchgriffshaftung wegen<br>Vermögensvermischung  | 115 |
| f) Finanzierungsfolgenverantwortung  | 116 |
| g) Zwischenergebnis  | 117 |
| 2. Pflicht zur Prüfung und Überwachung der<br>Geschäftsführung gem. § 46 Nr. 6 GmbHG   | 117 |
| III. Krisenbewältigung durch Pflichten während der<br>vorinsolvenzlichen Krise   | 118 |
| 1. Recht zur Sanierungsentscheidung  | 118 |
| 2. Generelle Pflicht zur Sanierung   | 120 |
| a) Herleitung aus Gesetz   | 120 |
| aa) § 49 GmbHG   | 121 |
| bb) § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG  | 122 |
| cc) Weitere Anknüpfungspunkte  | 122 |

|   |         |
|---|---------|
| b) Herleitung aus Gläubigerinteressen   | 122     |
| c) Herleitung aus der Treuepflicht der<br>Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft             | 124     |
| aa) Treuepflicht der Gesellschafter   | 124     |
| bb) Herleitung einer generellen<br>Sanierungspflicht  | 125     |
| d) Zwischenergebnis   | 129     |
| 3. Pflicht zur Sanierungsmitwirkung   | 130     |
| a) Herleitung einer Pflicht zur<br>Sanierungsmitwirkung   | 130     |
| aa) Treuepflicht der Gesellschafter   | 130     |
| bb) Girmes  | 131     |
| cc) Sanieren oder Ausscheiden   | 132     |
| b) Sanierungsmaßnahmen  | 134     |
| c) Zwischenergebnis   | 135     |
| 4. Pflicht zur Liquidation  | 136     |
| 5. Pflicht zur Beantragung der Eröffnung eines<br>Insolvenzverfahrens gem. § 15a Abs. 1, 3 InsO | 138     |
| IV. Zusammenfassung   | 139     |
| C. Zusammenfassung  | 140     |
| <br>§ 4 Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren  | <br>143 |
| A. Grundlagen   | 143     |
| B. Ausgestaltung eines vorinsolvenzlichen<br>Sanierungsverfahrens de lege ferenda               | 145     |
| I. Die Festlegung eines Einleitungstatbestands  | 146     |
| 1. Zeitliche Abgrenzung zur Insolvenzordnung  | 146     |
| 2. Konkrete Möglichkeiten eines Einleitungstatbestands  | 147     |
| a) Liquiditätsschwierigkeiten   | 147     |
| b) Sanierungsbedürftigkeit  | 147     |
| c) § 32a Abs. 1 GmbHG   | 149     |
| d) Unternehmenskrise  | 150     |
| e) Drohende Zahlungsunfähigkeit   | 151     |
| f) Überschuldung  | 151     |
| 3. Zwischenergebnis   | 152     |
| II. Die Einleitung des Sanierungsverfahrens   | 153     |
| 1. Entscheidungskompetenz durch<br>Entscheidungsfreiheit  | 153     |
| 2. Antragsrecht   | 154     |
| a) Eigenantrag  | 154     |
| b) Fremdantrag  | 156     |

|   |     |
|---|-----|
| c) Zwischenergebnis   | 157 |
| 3. Antragspflicht   | 158 |
| 4. Publizität   | 159 |
| III. Das Sanierungsverfahren  | 160 |
| 1. Kompetenzen eines die Sanierung begleitenden Gerichts                                    | 160 |
| a) Überprüfung der Eröffnungsvoraussetzungen  | 160 |
| b) Weitere Kompetenzen  | 161 |
| 2. Moratorium   | 162 |
| 3. Sanierungsberater  | 163 |
| a) Notwendigkeit eines Sanierungsberaters   | 163 |
| b) Weisungs-, Verwaltungs-, und Verfügungsbefugnis  | 164 |
| aa) Weisungsbefugnis  | 164 |
| bb) Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis   | 166 |
| c) Zwischenergebnis   | 169 |
| IV. Der Sanierungsvergleich   | 169 |
| 1. Inhalt   | 169 |
| 2. Besondere Sanierungsmaßnahmen  | 170 |
| 3. Abstimmung   | 171 |
| 4. Die Problematik der Akkordstörer (während eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens) | 172 |
| a) Inhalts- und Schrankenbestimmung durch ein gesetzliches Sanierungsverfahren              | 173 |
| b) Rechtfertigung eines Eingriffs   | 174 |
| c) Anpassung von Nominalwert an Realwert  | 175 |
| d) Zwischenergebnis   | 176 |
| 5. Zwischenergebnis   | 176 |
| V. Missbrauchshaftung   | 177 |
| VI. Dualismus des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens und der lex lata                  | 179 |
| 1. Insolvenzverursachungsverbot aus § 64 S. 3 GmbHG   | 180 |
| 2. Eintritt eines Insolvenzgrunds während des Sanierungsverfahrens                          | 180 |
| 3. Pflicht zur Massesicherung aus § 64 S. 1 GmbHG   | 181 |
| 4. Anfechtungsmöglichkeiten im folgenden Insolvenzverfahren                                 | 183 |
| VII. Zusammenfassung  | 184 |
| C. Erforderlichkeit eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens                           | 188 |
| I. Grundlagen   | 188 |
| II. Die Sanierung im Insolvenzverfahren und Änderungen durch das ESUG                       | 190 |

|   |     |
|---|-----|
| 1. Insolvenzgründe  | 190 |
| a) Zahlungsunfähigkeit  | 191 |
| b) Überschuldung  | 192 |
| c) Drohende Zahlungsunfähigkeit im gesellschaftsrechtlichen Kompetenzgefüge                   | 194 |
| 2. Das dafür festgelegte gesetzliche Maßnahmeninstrumentarium nach dem ESUG                   | 197 |
| a) Grundlegender Ablauf des Insolvenzverfahrens   | 197 |
| b) Sanierung mittels Insolvenzplanverfahrens  | 198 |
| aa) Grundlegender Ablauf des Insolvenzplanverfahrens  | 198 |
| bb) Umsetzung von Forderungen   | 199 |
| (1) Fehlende Einbeziehung von Gesellschaftern in den Insolvenzplan                            | 199 |
| (2) Langwierigkeit der Verfahren  | 200 |
| c) Sanierung mithilfe des Eigenverwaltungsverfahrens  | 202 |
| aa) Grundlegender Ablauf des Eigenverwaltungsverfahrens                                       | 202 |
| bb) Umsetzung von Forderungen   | 203 |
| (1) Mangelnder Einfluss des Schuldners und fehlende Planbarkeit des Verfahrens                | 203 |
| (2) Verspätete Verfahren  | 204 |
| (3) Kostenintensität  | 204 |
| d) Sanierung mithilfe des Sanierungsvorbereitungsverfahrens                                   | 205 |
| aa) Grundlegender Ablauf des Sanierungsvorbereitungsverfahrens                                | 205 |
| bb) Umsetzung von Forderungen   | 206 |
| (1) Verspätete Verfahren, mangelnder Schuldnerinfluss und fehlende Planbarkeit des Verfahrens | 206 |
| (2) Diskretion  | 208 |
| e) „Sanierung“ mittels übertragender Sanierung  | 209 |
| 3. Weitere Aspekte der Erforderlichkeit   | 210 |
| a) Beteiligteninteressen  | 210 |
| aa) Gesellschafter  | 210 |
| bb) Geschäftsführer   | 212 |
| b) Stigmatisierung  | 212 |
| c) Die Problematik der Akkordstörer (während des Insolvenzplanverfahrens)                     | 213 |
| d) Überregulierung  | 213 |
| e) Entwertung   | 214 |

|   |         |
|---|---------|
| f) EuInsVO  | 214     |
| III. Die außergerichtliche Sanierung  | 216     |
| 1. Möglichkeiten der außergerichtlichen Sanierung   | 217     |
| a) Interne Sanierung  | 218     |
| b) Externe Sanierung  | 218     |
| 2. Umsetzung der außergerichtlichen Sanierung   | 219     |
| a) Sanierungsentscheidung   | 219     |
| b) Normative Grundlage  | 220     |
| c) Geschäftsführer- und Gesellschafterpflichten<br>während der Ausarbeitung des<br>Sanierungsvergleichs | 220     |
| d) Die Problematik der Akkordstörer (während der<br>außergerichtlichen Sanierung)                       | 220     |
| IV. Zusammenfassung   | 223     |
| D. Zusammenfassung  | 224     |
| <br>§ 5 Schlussbetrachtung  | <br>227 |
| A. Ergebnis und Ausblick  | 227     |
| B. Zusammenfassung in Thesen  | 230     |
| <br>Literaturverzeichnis  | <br>237 |