

Inhaltsverzeichnis

Tabellenverzeichnis	21
Abkürzungsverzeichnis	23
A. Einleitung	27
I. Problemstellung und Ziel der Untersuchung	28
1. Erreichung der im Zusammenhang mit § 18 InsO bestehenden rechtspolitischen Ziele des Gesetzgebers	28
2. Unklarheiten der tatbestandlichen Anforderungen	31
3. Ausgewählte Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung einer drohenden Zahlungsunfähigkeit	32
4. Überschneidungsbereich mit dem Eröffnungstatbestand der Überschuldung gemäß § 19 InsO und verbleibender Anwendungsbereich des § 18 InsO	33
5. Anforderungen an einen fakultativen Insolvenzantrag	34
II. Gang der Untersuchung	34
B. Entstehungshistorie des § 18 InsO	37
C. Normzweck – rechtspolitische Ziele des Gesetzgebers	41
D. Der Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO	45
I. Methodik der Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit	45
II. Alternative Methodik der Rechtsprechung	47
III. Der Finanzstatus	49
1. Verfügbare liquide Mittel	50
2. Fällige Verbindlichkeiten	50

IV. Der Finanzplan	57
1. Grundsätzliche Anforderungen an den (Ertrags- und) Finanzplan	57
2. Mittelzuflüsse (Aktiva II)	59
3. Mittelabflüsse (Passiva II)	59
a) Ausschließliche Berücksichtigung der im Betrachtungszeitpunkt bereits bestehenden Verbindlichkeiten oder auch Einbeziehung der im Planungszeitraum voraussichtlich entstehenden Verpflichtungen?	60
b) Stellungnahme	61
4. Die Länge des Prognosezeitraums	64
V. Das Merkmal der Voraussichtlichkeit nach § 18 Abs. 2 InsO und die Anforderungen an die prognostischen Elemente des Finanzplans	68
1. Grundlagen zur Ermittlung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit	69
a) Keine objektive Wahrscheinlichkeit	70
b) Berücksichtigung subjektiver Elemente	70
c) Keine naturwissenschaftlich-mathematische Berechnungsmethodik	70
d) Ermittlung überwiegender Wahrscheinlichkeit im Wege eines umfassenden Abwägungsprozesses	73
2. Stellungnahme	74
3. Ausnahme von dem Maßstab der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bei Sanierungsmaßnahmen?	76
VI. Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit	77
1. Die Definition der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 Abs. 2 InsO ...	78
a) Zahlungseinstellung i. S. d. § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO	78
b) Zeitliche und quantitative Anforderungen an die Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 17 InsO	80
c) Dauerhafte Liquiditätsunterdeckungen von weniger als 10 %	83
d) Kurzfristige Liquiditätsüberdeckungen im Dreiwochenzeitraum	86

2. Methodik der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO	88
a) Erstellung eines Finanzstatus und eines Finanzplans	88
b) Berechnung der Liquiditätslücke nach Erstellung des Finanzplans	90
c) Retrograde Prüfung der Zahlungsunfähigkeit	95
3. Erforderlichkeit einer Doppelprognose für die Prüfung drohender Zahlungsunfähigkeit	100
a) Ansichten in der Literatur	100
b) Stellungnahme und eigene Methodik	102
VII. Pflicht zur Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit und Dokumentation der Prüfungshandlungen	106
1. Mittelbare Prüfungspflicht aus der (allgemeinen) Überwachungs- und Sanierungspflicht?	106
2. Gesellschaftsrechtliche Überwachungs- und Sanierungspflicht am Beispiel des GmbH-Geschäftsführers	112
3. Zwischenergebnis	114
4. Dokumentation der Prüfungshandlungen	114
E. Ausgewählte Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung einer drohenden Zahlungsunfähigkeit	119
I. Forderungsstundung	120
1. Stundungsvereinbarung	120
2. Pactum de non petendo	122
II. Forderungsverzicht (Erlassvertrag), ggf. mit Besserungsabrede ..	123
1. Handelsbilanzielle Auswirkungen	125
2. Steuerbilanzielle Auswirkungen	130
III. Patronatserklärung	131
1. Arten von Patronatserklärungen	133
a) „Harte“ und „weiche“ Patronatserklärungen	133
b) Interne und externe Patronatserklärungen	134

2. Berücksichtigung einer Patronatserklärung im Finanzplan zur Vermeidung oder Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit	134
a) „Weiche“ Patronatserklärungen	135
b) „Harte“ externe Patronatserklärungen	136
c) „Harte“ konzerninterne Patronatserklärung	140
3. Besondere vertragliche Vereinbarungen, betragsmäßige Begrenzung und Befristung einer „harten“ Patronatserklärung und ihre Auswirkungen auf den Finanzplan	143
4. Kündigungsmöglichkeit einer „harten“ Patronatserklärung und ihre Auswirkungen auf den Finanzplan	146
5. Der mögliche Regressanspruch des Patrons gegen den Protegé und seine Auswirkungen auf den Finanzplan	152
IV. Rangrücktrittsvereinbarung	154
1. Rechtsnatur, Anforderungen und Wirkung einer qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarung i. S. d. § 19 Abs. 2 InsO	155
2. Kündigung/Aufhebung der Rangrücktrittsvereinbarung	160
3. Handels- und steuerbilanzielle Auswirkungen der qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarung	161
4. Auswirkungen der qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarung auf die Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit	165
V. Zwischenergebnis	165
F. Abgrenzung zu dem Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung gemäß § 19 InsO und Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des § 18 InsO	167
I. Zweck des Insolvenzgrundes der Überschuldung	167
II. Temporäre Suspendierung der Insolvenzantragspflicht gem. § 15a InsO nach Maßgabe des COVInsAG	169
1. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch das COVInsAG ..	169
2. Zeitraum für den Antrag nach Aussetzung der Antragspflicht ...	170
III. Der Tatbestand der Überschuldung gemäß § 19 InsO	171

1. Methodik der Feststellung der Überschuldung	171
2. Die insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose (§ 19 Abs. 2 Satz 1 HS 2 InsO)	173
a) Erforderlichkeit der (Wieder-)Herstellung der Ertragsfähigkeit?	174
b) Subjektiver Fortführungswille als Element des Unternehmenskonzepts	180
c) Unternehmenskonzept als Grundlage der (Ertrags- und) Finanzplanung	183
d) (Ertrags- und) Finanzplanung	184
aa) Anforderungen an den (Ertrags- und) Finanzplan	185
bb) Prognosezeitraum	186
cc) Eintritt der Zahlungsunfähigkeit im Prognosezeitraum – Erforderlichkeit einer Doppelprognose	189
3. Die Überschuldungsbilanz (§ 19 Abs. 2 Satz 1 HS 1 InsO)	190
4. Das Spannungsfeld der Mehrfachprognosen im Rahmen des Überschuldungstatbestands und dessen Folgen für die Rechtsanwendung	196
a) Aktivierbarkeit von Beteiligungen im Rahmen eines Überschuldungsstatus	197
aa) Aktivierung von Beteiligungen dem Grunde nach	197
bb) Aktivierung von Beteiligungen der Höhe nach	197
(1) Übertragung der Grundsätze der Aktivierbarkeit eines Geschäfts- bzw. Firmenwertes im Rahmen eines Überschuldungsstatus auf die Höhe des im Überschuldungsstatus aktivierbaren Wertes einer Beteiligung	198
(2) Voraussetzungen der Aktivierbarkeit eines Geschäfts- bzw. Firmenwertes im Rahmen eines Überschuldungsstatus	199
(3) Stellungnahme	201
(4) Berücksichtigung der Besonderheiten von Beteiligungen	203

b) Sachdienlichkeit der Prüfung des Schuldendeckungspotenzials zur Erreichung des mit § 19 InsO verfolgten Zwecks	203
IV. Feststellung des Überschneidungsbereichs zwischen § 18 InsO und § 19 InsO und seine Auswirkungen auf die Antragsmotivation wegen drohender Zahlungsunfähigkeit	205
V. Vorschlag einer Verzahnung der bestehenden Eröffnungsgründe nach §§ 18, 19 InsO de lege ferenda	210
G. Die drohende Zahlungsunfähigkeit als Eröffnungsgrund i. S. d. § 16 InsO	213
H. Fakultative Insolvenzantragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit	215
I. Die Berechtigung zur Stellung eines Insolvenzantrags im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit	217
I. Natürliche Personen	217
II. Sonderregelungen für Kredit- und Finanzdienstleistungsunternehmen, Versicherungsunternehmen und Krankenkassen nach Maßgabe des KWG, VAG und SGB V	217
III. Juristische Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit	220
1. Anforderungen an die Insolvenzantragstellung im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit im Außenverhältnis	220
a) Antragsrecht bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung nach § 15 InsO	221
b) Antragsrecht bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach §§ 15, 18 Abs. 3 InsO	225
2. Anforderungen an die Insolvenzantragstellung im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit im gesellschaftsrechtlichen Innenverhältnis	227

a) Keine gesellschaftsrechtlichen Restriktionen bei Eintritt eines zu einem Insolvenzantrag verpflichtenden Eröffnungsgrundes	228
b) Pflicht zur Beteiligung der Gesellschafter aus § 1 StaRUG vor Insolvenzantragstellung wegen § 18 InsO?	229
c) Mechanismen des Insolvenzverfahrens bei Antragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit und ihre Bedeutung für Gesellschafter	231
d) Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses bei der GmbH	234
aa) Keine Erforderlichkeit der Gesellschafterbeteiligung vor Insolvenzantragstellung wegen Qualifizierung als Geschäftsleitungsmaßnahme oder eines Vorrangs der Gläubigerrechte?	238
(1) Gewöhnliche Sanierungsmaßnahme und ausreichender Schutz der Gesellschafter?	238
(2) Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses auch bei Geschäftsleitungsmaßnahmen	239
(3) Ausschluss der Gesellschafterbeteiligung wegen eines Primats der Gläubigerrechte vor Eintritt materieller Insolvenzreife und eines Gebots zügigen Handelns?	239
(a) Keine Entbehrlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses aufgrund des Interesses an einer frühzeitigen Verfahrenseinleitung oder einer Eilbedürftigkeit	240
(b) Kein Primat der Gläubigerinteressen vor Eintritt der materiellen Insolvenzreife	241
(c) Keine grundsätzliche gesetzliche Anordnung des Primats der Gläubigerrechte ab Eintritt drohender Zahlungsunfähigkeit durch das StaRUG	245
(d) Gläubigerschutz vor Eintritt materieller Insolvenzreife durch allgemeine Straf- und Haftungstatbestände und Folgen eines ablehnenden Gesellschafterbeschlusses	247
bb) Mehrheitserfordernisse eines Gesellschafterbeschlusses	249

e) Erforderlichkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses bei der AG	250
f) Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses bei der OHG mit natürlicher Person als persönlich haftender Gesellschafter	253
g) Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses bei der KG mit natürlicher Person als persönlich haftender Gesellschafter	256
h) Erforderlichkeit eines (doppelstufigen) Gesellschafterbeschlusses bei der GmbH & Co. KG	258
i) Haftungsrisiken der nach §§ 15, 18 Abs. 3 InsO Antragsbefugten bei Missachtung der gesellschaftsrechtlichen Anforderungen im Innenverhältnis	259

J. Erreichung der mit § 18 InsO verfolgten rechtspolitischen

Ziele des Gesetzgebers	267
I. Gründe in der Person der organschaftlichen Vertreter	270
II. Bestehende Alternativen zu einer Insolvenzantragstellung	271
1. Wesentliche Elemente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens für Unternehmen nach dem StaRUG	272
a) Instrumente des StaRUG, Anzeige des Restrukturierungsvorhabens	272
b) Pflichtenkreis des Schuldners und seiner Organe	274
aa) Kein uneingeschränkter <i>shift of fiduciary duties</i> ab Anzeige des Restrukturierungsvorhabens	275
bb) Gläubigerschutz durch allgemeine Haftungsregeln	278
c) Kernelement des StaRUG: Der Restrukturierungsplan	279
d) Die gerichtliche Planabstimmung	287
e) Die gerichtliche Vorprüfung	288
f) Stabilisierungsanordnung	288
g) Gerichtliche Planbestätigung	289
h) Der Restrukturierungsbeauftragte	290
i) Der Gläubigerbeirat	294

j) Missbrauch des StaRUG durch Vermögensverschiebungen im Vorfeld der Restrukturierungsanzeige?	294
2. Mögliche Auswirkungen des StaRUG auf die Nutzung des Insolvenzverfahrens als Sanierungsinstrument im Stadium drohender Zahlungsunfähigkeit	295
III. Überschneidung mit dem Eröffnungsgrund der insolvenzrechtlichen Überschuldung gemäß § 19 InsO	298
IV. Mangelnde Anreize für eine frühzeitige Insolvenzantragstellung ..	299
1. Eingrenzung der zivil- und strafrechtlichen Haftungsrisiken der organschaftlichen Vertreter	300
2. Reduzierung von Insolvenzanfechtungsrisiken	301
3. Gesetzliche Restschuldbefreiung	302
4. Die gesetzlichen Sanierungsinstrumente	302
a) Vorläufige Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren .	303
b) Insolvenzgeld und Insolvenzgeldvorfinanzierung	308
aa) Kritik	312
bb) Stellungnahme	313
c) Herausgabesperre im eröffneten Insolvenzverfahren	316
d) Quotale Befriedigung der Insolvenzgläubiger	319
e) Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf Vertragsverhältnisse	322
aa) Erfüllungswahlrecht nach § 103 InsO	323
bb) Sonderkündigungsrechte bei von der Verfahrenseröffnung unberührten Vertragsverhältnissen	327
(1) Kündigung eines Immobilienmiet- oder Immobilienpachtverhältnisses	328
(2) Kündigung von Dienstverhältnissen	329
f) Sonderregelungen für betriebliche Änderungen i. S. d. § 111 BetrVG	331
g) Insolvenzsicherung betrieblicher Versorgungszusagen	335
h) Besonderheiten bei der übertragenden Sanierung aus der Insolvenz	341
aa) Haftung nach § 75 AO	342
bb) Haftung nach § 25 HGB	344

cc) Besonderheiten des Betriebsübergangs nach § 613a BGB	348
(1) Teleologische Reduktion des § 613a BGB	350
(2) Herstellung der Veräußerungsfähigkeit des Betriebs und Kündigung nach Erwerberkonzept	351
i) Zusammenfassende Bewertung der vorstehend erörterten gesetzlichen Sanierungsinstrumente als Anreiz zur frühzeitigen Umsetzung der Sanierung in einem Insolvenzverfahren	352
j) Das Eigenverwaltungsverfahren	353
aa) Wesentliche Aspekte des Eigenverwaltungsverfahrens nach §§ 270 ff. InsO	355
(1) Zugang zur Eigenverwaltung und vorläufiges Eigenverwaltungsverfahren	355
(2) Das vorläufige Eigenverwaltungsverfahren nach § 270c InsO	360
(3) Die Schutzschirmordnung nach § 270d InsO	364
(4) Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung	366
(5) Anordnung der Eigenverwaltung	368
bb) Die Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und den nach Maßgabe der § 266a StGB und § 69 AO haftungsbewehrten Zahlungspflichten in der vorläufigen Eigenverwaltung	370
(1) Problemstellung nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des SanInsFoG	371
(2) Strafbarkeit nach § 266a StGB im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren?	373
(3) Haftung aus § 69 AO im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren?	376
(4) Lösungsansätze in der rechtlichen Sanierungsberatung	378
(a) Einholung von Verzichts- oder Stundungserklärungen	378
(b) Übernahme der Kassenführung durch den vorläufigen Sachwalter gemäß §§ 270a Abs. 1 Satz 2, 275 Abs. 2 InsO a. F.	379

(c) Zustimmungsvorbehalt gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO	379
(d) Gerichtliche Anordnung eines Zahlungsverbots	380
(e) Zwischenergebnis	380
(5) Rechtssicherheit durch den mit dem SanInsFoG eingeführten § 15b InsO?	381
(a) Grundsystematik des § 15b InsO	381
(b) Auswirkungen des § 15b Abs. 8 InsO auf die Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und haftungsbewehrten Zahlungspflichten in der vorläufigen Eigenverwaltung	383
(6) Zusammenfassende Bewertung des § 15b InsO und dessen Auswirkungen auf die Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und haftungsbewehrten Zahlungspflichten	387
cc) Zusammenfassende Bewertung der Eigenverwaltung als Anreiz zur frühzeitigen Umsetzung der Sanierung in einem Insolvenzverfahren	388
k) Das Insolvenzplanverfahren	390
aa) Grundzüge des Insolvenzplanverfahrens	391
(1) Darstellender Teil	391
(2) Gruppenbildung	394
(3) Gestaltender Teil	395
(4) Plananlagen	397
(5) Verfahrensgang bis zum Erörterungs- und Abstimmungstermin	397
(6) Erforderliche Mehrheiten und Obstruktionsverbot ..	398
(7) Verfahrensgang ab dem Erörterungs- und Abstimmungstermin	406
(8) Umsetzung der ESUG-Evaluation im Bereich des Insolvenzplanrechts?	408

bb) Flankierung der Sanierungswirkung des Insolvenzplans durch die Regelungen über die Besteuerung von Sanierungsgewinnen	409
(1) Grundzüge der Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des § 3a EStG	410
(2) Inkrafttreten des § 3a EStG und verbleibende Fragestellungen der Sanierungsbesteuerung	412
(a) Keine Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV	413
(b) Verbindliche Auskunft als Handlungsoption? ..	416
cc) Anwendungsfelder und Anreizfunktion des Insolvenzplanverfahrens	418
dd) Der Insolvenzplan als Impulsgeber auf Gesellschafterebene für eine Eigensanierung der Gesellschaft in der Insolvenz?	419
(1) Die Interessenlage der am Schuldner beteiligten Personen	420
(2) Die Rechtsstellung der am Schuldner beteiligten Personen im Insolvenzplanverfahren	423
(3) Insolvenzzrechtliche Rechtfertigung für den Eingriff in Anteilsrechte	426
(4) Grenzen der insolvenzzrechtlichen Gestaltungsfreiheiten	428
(a) Verfassungsrechtlicher Schutz der Anteilseigner und Gläubiger	428
(b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in den Schutzbereich der Art. 9 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG	429
(c) Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung bei vorhandenen mildernden Mitteln	436
(d) Entschädigung bei Eingriff in die grundrechtlich geschützten Rechte der Anteilseigner	438
(aa) Ausnahme von der Entschädigungspflicht	439
(bb) Quantifizierung des Entschädigungsanspruchs	440

(e) Schutz eines Minderheitsgesellschafters im Insolvenzplanverfahren nach §§ 251, 253 InsO	441
(f) Grundsätzlich erforderliche Beteiligung der sanierungswilligen und leistungsfähigen Anteilseigner bei Kapitalerhöhungen	444
ee) Durchführung eines Investorenprozesses im Eigenverwaltungsverfahren als Grundlage für die Vergleichsrechnung im Insolvenzplan	446
(1) Die Interessen der Verfahrensbeteiligten	447
(2) Wesentliche Vor- und Nachteile des Dual-Track	447
(3) Stellungnahme	449
ff) Zusammenfassende Bewertung der Anreizwirkung des Insolvenzplanverfahrens zur frühzeitigen Verfahrenseinleitung auf Gesellschafterebene	452
5. Zwischenergebnis: keine ausreichenden Anreize für eine frühzeitige Verfahrenseinleitung	453
V. Zwischenergebnis: keine Erreichung der mit der Einführung des § 18 InsO verbundenen rechtspolitischen Ziele	454

K. Entwicklung von Gestaltungsanregungen für die Legislative

459

L. Zusammenfassung in Thesen

463

I. Rechtspolitische Ziele des Gesetzgebers bei Implementierung des § 18 InsO in die InsO	463
II. Der Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO	463
1. Prüfungsmethodik: Erstellung eines Finanzstatus und eines Finanzplans	463
2. Prognosezeitraum	464
3. Das Merkmal der Voraussichtlichkeit nach § 18 Abs. 2 InsO	464
4. Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO ...	465
a) Kriterien der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO	465

b) Heranziehung der Kriterien der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO für die Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO: eigene Prüfungsmethodik	467
5. Pflicht zur Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit und Dokumentation der Prüfungshandlungen	468
III. Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung einer drohenden Zahlungsunfähigkeit	468
IV. Abgrenzung zu dem Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung gemäß § 19 InsO und Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des § 18 InsO	469
V. Anforderungen an die Insolvenzantragstellung im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit	470
VI. Erreichung der mit § 18 InsO verfolgten rechtspolitischen Ziele des Gesetzgebers	471
1. Gründe in der Person der organschaftlichen Vertreter	472
2. Bestehende Alternativen zu einer Insolvenzantragstellung	472
3. Überschneidung mit dem Eröffnungsgrund der insolvenzrechtlichen Überschuldung gemäß § 19 InsO	473
4. Mangelnde Anreize für eine frühzeitige Insolvenzantragstellung	474
VII. Entwicklung von Gestaltungsanregungen für die Legislative	474
Literaturverzeichnis	477