

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

Band 156

**Mitwirkungs- und Kooperationspflichten
von Anteilsinhabern und Gläubigern
von Kapitalgesellschaften in
vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren**

**Zugleich eine Analyse von Eingriffsrechten
in Mitgliedschaftsrechte der Anteilsinhaber
in der Krise der Gesellschaft**

Von

Fabian Brocke



Duncker & Humblot · Berlin

FABIAN BROCKE

Mitwirkungs- und Kooperationspflichten
von Anteilsinhabern und Gläubigern von Kapitalgesellschaften
in vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 156

Mitwirkungs- und Kooperationspflichten von Anteilsinhabern und Gläubigern von Kapitalgesellschaften in vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren

Zugleich eine Analyse von Eingriffsrechten
in Mitgliedschaftsrechte der Anteilsinhaber
in der Krise der Gesellschaft

Von

Fabian Brocke



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-15832-4 (Print)
ISBN 978-3-428-55832-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg als Dissertation angenommen, Rechtsprechung und Literatur konnten bis Dezember 2018 berücksichtigt werden.

Ich bedanke mich an dieser Stelle herzlich bei meinem Doktorvater Prof. Dr. Wolfgang Voit für seine Unterstützung und seinen Rat bei der Erstellung dieser Arbeit. Mein Dank gilt auch Prof. Dr. Johannes Wertenbruch für die Übernahme und sehr schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Auch bei meinen Kollegen, allen voran Herrn Dr. Sven Tischendorf und Herrn Dr. Matthias Müller, ohne die die Erstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre, möchte ich mich herzlich bedanken.

Und ganz besonders möchte ich mich natürlich bei meiner Familie, allen voran meinen Eltern und meiner Ehefrau Raphaela, für die Unterstützung und Motivation während der Anfertigung dieser Arbeit bedanken. Und am wichtigsten, bei meinen Kindern Henry, Lilly und Noah, die an manchem Samstagmorgen auf mich verzichten haben.

Frankfurt am Main, im September 2019

Fabian Brocke

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
I. Gegenstand und Problematik	15
II. Methodik und Gang der Darstellung	19
B. Die Unternehmenskrise als Ausgangspunkt der Sanierung	20
I. Notwendigkeit der Sanierung	20
1. Merkmale einer Krise, Krisenursachen und Krisenstadien	22
a) Begriffsbestimmung einer Krise	22
b) Krisenursachen	24
c) Krisenarten	24
2. Die Sanierung des Krisenunternehmens	26
a) Begriffsbestimmung einer Sanierung	27
b) Begriffsbestimmung Reorganisation und Restrukturierung	28
c) Die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens	29
II. Denkbare Sanierungsmaßnahmen im Rahmen außergerichtlicher Sanierungen	31
1. Verringerung von Finanzverbindlichkeiten	31
a) Schuldenschnitt	32
b) Rangrücktritt	33
c) Debt-Equity Swap	34
d) Stillhalteabkommen	34
e) Sanierende Verschmelzung	35
2. Zuführung von Liquidität	36
a) Finanzierung über Eigenkapital	36
aa) Kapitalschnitt	36
bb) Kreditfinanzierung durch Gesellschafter	36
b) Fremdfinanzierung	37
III. Vor- und Nachteile einer außergerichtlichen Sanierung	37
1. Vorteile der außergerichtlichen Sanierung	38
a) Kürzere Verfahrensdauer	38
b) Größere Flexibilität	39
c) Keine Publizitätswirkung	40
d) Kostenvorteile	41
e) Höhere Erfolgchancen der Sanierung bei frühzeitiger Einleitung	42
aa) Anreize zu einer früheren Einleitung von Sanierungsmaßnahmen	43

bb) Fazit	46
2. Nachteile der außergerichtlichen Sanierung	48
a) Einbindung dissentierender Gesellschafter und Gläubiger	48
b) Rechtliche Hindernisse der vorinsolvenzlichen Sanierung	48
aa) Keine Vollstreckungssperre	48
bb) Fehlende Anreize zur Gewährung von Sanierungsdarlehen und Haftungsrisiken	50
cc) Keine Wahlmöglichkeit bei Abwicklung schwebender Rechtsgeschäfte	52
dd) Keine Kündigungssperre für Miet- oder Pachtverhältnisse	52
ee) Arbeitsrechtliche Hindernisse	53
ff) Weitere insolvenzrechtliche Vorteile des Insolvenzverfahrens	54
c) Haftungsrisiken bei vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren	54
aa) Haftung aufgrund faktischer Organstellung	54
(1) Haftungsrisiken der GmbH-Gesellschafter als faktische Geschäftsführer	56
(2) Haftungsrisiken der Banken als faktische Geschäftsführer	57
bb) Haftung der Banken auf Grund konzernrechtlicher Maßstäbe	58
3. Fazit	61
C. Sanierungsbeiträge der Gesellschafter	62
I. Die Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als Rechtsprinzip	62
1. Entwicklung und dogmatische Herleitung	63
a) Entwicklung der Treuepflicht in der Rechtsprechung	63
aa) Entwicklung der Rechtsprechung	63
bb) Ablehnung durch Flume	66
b) Dogmatische Herleitung der Treuepflicht	68
aa) Gesetzliche Grundlagen	68
bb) Begründung von Rechtsbeziehungen	71
(1) Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zur Gesellschaft	71
(2) Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander	71
cc) Fazit	73
2. Ausprägungen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht	73
a) Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft	74
aa) Rücksichtnahmepflicht	75
bb) Förderpflicht	76
b) Treuepflicht der Gesellschafter untereinander	76
c) Treue- bzw. Aufopferungspflicht der Gesellschafter gegenüber Gläubigern	77
II. Inhalt und Umfang der Treuepflicht in der Sanierung	83
1. Strukturierung des Inhalts der Treuepflicht	83
a) Schutzrichtung	84
b) Verhältnismäßigkeit der Sanierungsmaßnahmen	85

2. Mitwirkungspflichten bei Gesellschafterbeschlüssen	86
a) Schranken- und Förderfunktion bzw. Enthaltung oder Zustimmungspflicht	86
aa) Schrankenfunktion – Beschränkungen des Stimmrechts	88
(1) Ablehnung der Rechtsfigur der wirkungsbezogenen Treuepflicht	88
(2) Schutzrichtung der Treuepflicht bei Stimmenthaltung	89
bb) Förderfunktion	90
b) Fazit	91
III. Sanierungsmaßnahmen und Zustimmungspflichten der Gesellschafter	93
1. Erscheinungsformen und Voraussetzungen von Sperrminoritäten	93
a) Qualifizierte Mehrheitserfordernisse AG	93
b) Qualifizierte Mehrheitserfordernisse GmbH	94
c) Regelungsmöglichkeiten in der Satzung der Gesellschaft	95
aa) Regelungsmöglichkeiten Satzung AG	95
bb) Regelungsmöglichkeiten Satzung GmbH	96
2. Zustimmungspflichten bei Sanierung durch Kapitalschnitt	97
a) Zustimmungspflicht zur Kapitalherabsetzung	98
aa) Vorteile vereinfachter gegenüber ordentlicher Kapitalherabsetzung ..	98
bb) Zweck der vereinfachten Kapitalherabsetzung in der Sanierung	100
cc) Ablauf der vereinfachten Kapitalherabsetzung	102
dd) Kooperations- und Mitwirkungspflichten der Gesellschafter	103
b) Zustimmungspflicht zur Kapitalerhöhung	104
aa) Ordentliche Kapitalerhöhung	105
(1) Vor- und Nachteile der ordentlichen Kapitalerhöhung	105
(2) Ablauf und Mehrheitserfordernisse der ordentlichen Kapitalerhö-	
hung	106
(3) Kooperations- und Mitwirkungspflichten der Gesellschafter	108
(4) Alternativvorschlag: Zustimmungspflicht auch in früheren Kri-	
senstadien?	110
(5) Fazit	111
bb) Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital	111
c) Sonderkonstellation 1: Kapitalherabsetzung auf Null und Kapitalerhöhung	112
d) Sonderkonstellation 2: Debt-Equity Swap	116
aa) Vor- und Nachteile des Debt-Equity Swap in der Sanierungssituation	116
bb) Rechtliche Umsetzung Debt-Equity Swap	118
(1) Forderungen gegen Gesellschaft als Einlagegegenstand und Be-	
wertung	118
(2) Beschlussfassung und weiterer Ablauf	120
cc) Zustimmungspflicht der Altgesellschafter	123
3. Zustimmungspflicht bei der Übertragung vinkulierter Geschäftsanteile	123
a) Vinkulierung von Namensaktien und Geschäftsanteilen	124

b) Zustimmungspflicht	125
4. Pflicht zur Übertragung des eigenen Anteils	127
5. Zustimmungspflicht bei sanierender Verschmelzung	130
a) Hintergrund und Zweck der sanierenden Verschmelzung	130
b) Zustimmungspflicht zur sanierenden Verschmelzung	131
aa) Zustimmungspflicht der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft	132
bb) Zustimmungspflicht der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft	133
6. Weitere Mitwirkungs- und Kooperationspflichten	133
IV. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Treuepflicht	134
1. Stimmrechtsausübung	135
a) Anfechtungs- und positive Beschlussfeststellungsklage	136
b) Leistungsklage	137
c) Einstweiliger Rechtsschutz	138
aa) Einstweiliger Rechtsschutz im Vorfeld der Beschlussfassung	139
bb) Einstweiliger Rechtsschutz nach erfolgter Beschlussfassung	139
cc) Fazit	140
d) Schadensersatzpflichten	141
2. Weitere Treuepflichtverstöße	141
V. Zusammenfassung und Bewertung	141
D. Eingriffsrechte in Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter	146
I. Ausschlussklauseln in Gesellschaftsverträgen	146
1. Zwangseinziehung von Aktien in der AG	147
2. Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen in der GmbH	148
3. Nachteile der Zwangseinziehung in der Sanierungssituation	149
II. Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund	150
E. Sanierungsbeiträge von Gläubigern	152
I. Akkordstörer als Sanierungshindernis	152
1. Rechtsprechung des BGH – Akkordstörer-Entscheidung	153
2. Ansichten in der Literatur	154
II. Vorschläge zur Lösung der Akkordstörer-Problematik	155
1. Eingriff in Gläubigerrechte aufgrund Kooperationspflichten der Gläubiger	155
a) Dogmatische Grundlage von Kooperationspflichten	157
b) Kritik an dem Konzept von Eidenmüller und Stellungnahme	159
c) Entstehung, Voraussetzungen und Inhalt von Kooperationspflichten	163
aa) Zeitpunkt der Entstehung von Kooperationspflichten	163
bb) Inhalt und Umfang von Kooperationspflichten	163
(1) Verhandlungspflichten	164
(2) Stillhaltepflichten	165

d) Rechtliche Durchsetzbarkeit von Kooperationspflichten	166
e) Fazit	166
2. Vollstreckungsrechtlicher Schutz	167
3. Kreditversorgungspflichten der Banken in der Krise	168
a) Darlehensbelassungspflichten	169
aa) Schranken der ordentlichen Kündigung	169
(1) Kündigung zur Unzeit	169
(2) Rechtsmissbräuchliche Kündigung	170
bb) Schranken der außerordentlichen Kündigung	171
cc) Fazit	171
b) Darlehensgewährungspflichten	171
4. Prepackaged Plan	173
a) Zulässigkeit Pre-Voted Plan	174
b) Zulässigkeit schuldrechtlicher Stimmbindungsverträge	175
c) Möglichkeiten und Vorteile eines Post-Voted Plan	175
d) Fazit	176
III. Zusammenfassung und Bewertung	177
F. Gesamtergebnis und Fazit	181
Literaturverzeichnis	183
Stichwortverzeichnis	209

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BayOLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BB	Betriebsberater
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Deutscher Bundestag Drucksache
bzw.	beziehungsweise
CDDA	Companies Directors Disqualifications Act
CF	Corporate Finance
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Drucks.	Drucksachen
DStR	Deutsches Steuerrecht
DSWR	Zeitschrift für Praxisorganisation, Betriebswirtschaft und elektronische Datenverarbeitung
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende/fortfolgende
FMSStBG	Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH Rundschau
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch

IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IfM	Institut für Mittelstandsforschung
InsO	Insolvenzordnung
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
Kap.	Kapitel
KO	Konkursordnung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement
Mio.	Million
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
SchVG	Schuldverschreibungsgesetz
Sect.	Section
SoA	Scheme of Arrangement
SpruchG	Spruchverfahrensgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
UmwG	Umwandlungsgesetz
URG	Unternehmensreorganisations-Gesetz
USA	United States of America
VerglO	Vergleichsordnung
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz

WpÜG-AngV	WpÜG-Angebotsverordnung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A. Einleitung

I. Gegenstand und Problematik

Knapp zehn Jahre nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 1. Januar 1999 entschied sich der Gesetzgeber zu einer weiteren Reform der Insolvenzordnung (InsO). Am 23. Februar 2011 brachte das Bundeskabinett durch einen Regierungsentwurf das überwiegend am 1. März 2012 in Kraft getretene *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)* auf den Weg, insbesondere, um die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für die Sanierung¹ reformbedürftiger und -fähiger Unternehmen zu erleichtern.² Der Gesetzgeber hat sich beim ESUG-Reformgesetz jedoch bewusst gegen die Implementierung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens – etwa nach englischem Vorbild des sogenannten *Scheme of Arrangement (SoA)*³ oder des *procédure de sauvegarde*⁴ nach französischem Recht – entschieden.⁵ Die vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren nach englischem und französischem Recht bieten sanierungsbedürftigen Unternehmen vor Eintritt der Insolvenz – und im Falle des englischen SoA sogar unabhängig von einer Krise der Gesellschaft – die Möglichkeit, ein für alle Beteiligte verbindliches Sanierungskonzept zu entwickeln und sich mit den Gesellschaftern und Gläubigern per Mehrheitsentscheidung⁶ auf erforderliche Sanierungsmaßnahmen zu einigen. Die Einbindung von Gläubigern und Anteilsinhabern in ein Sanierungskonzept unter

¹ Etymologisch entstammt der Begriff *Sanierung* dem lateinischen Verb „sanare“ (= heilen, bessern bzw. gesund machen), vgl. hierzu *Portisch*, in: Finanzierung im Unternehmenslebenszyklus, S. 541; *Hess/Groß*, Sanierungshandbuch, S. 14.

² Begr. RegE ESUG, BT Drucks. 17/5712, S. 17.

³ Das *Scheme of Arrangement* ist in Sect. 895–901 Companies Act 2006 geregelt, abrufbar unter <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> (letzter Abruf 10. November 2017).

⁴ Die *procédure de sauvegarde* ist in Art. L620-1 ff. des *Code de Commerce* geregelt, abrufbar unter <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20150828> (letzter Abruf 10. November 2017).

⁵ Die Regelungen des englischen *Scheme of Arrangement* haben – vor Inkrafttreten des ESUG – etwa die deutschen Unternehmen Tele Columbus GmbH, Rodenstock GmbH und Primacom Holding GmbH erfolgreich durchlaufen. Die *procédure de sauvegarde* wurde beispielsweise im Rahmen der Restrukturierung der Betreibergesellschaft für den Kanaltunnel zwischen Frankreich und Großbritannien, Eurotunnel, im Jahre 2005 erfolgreich angewandt. Die Umschuldung wurde mit einer knappen Zweidrittelmehrheit der Insolvenzforderungen von beiden Gläubigerausschüssen und der Hauptversammlung aller Inhaber von Schuldverschreibungen gebilligt.

⁶ Für eine Mehrheitsentscheidung gemäß SoA ist regelmäßig eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit erforderlich, während für eine *procédure de sauvegarde* eine $\frac{2}{3}$ -Mehrheit ausreichend ist.

deutschem Recht ist im Vorfeld einer Insolvenz demgegenüber deutlich schwieriger. Dennoch entspricht es weit verbreiteter Ansicht in Praxis und Forschung, dass sich in der Krise befindliche Unternehmen in vorinsolvenzlichen, außergerichtlichen Sanierungsverfahren häufig effektiver und erfolgreicher restrukturieren lassen als in insolvenzrechtlichen Sanierungsverfahren, die den Regelungen der Insolvenzordnung unterliegen.⁷ Neben Kosten- und Effizienzvorteilen ist mangels Publizität⁸ besonders ein deutlich geringerer Reputationsverlust des jeweiligen Unternehmens im Vergleich zum Insolvenzfall entscheidend.⁹ Andererseits gibt es zahlreiche Hindernisse, die die Vorteile eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens aufwiegen und die Implementierung eines tragfähigen Sanierungskonzepts vereiteln können. Insbesondere bei Sanierungsverfahren mit vielen, unterschiedliche Interessen verfolgenden Beteiligten können die auftretenden Kollektivhandlungshindernisse¹⁰ den Erfolg eines außergerichtlichen Sanierungsverfahrens gefährden.¹¹ Sofern ein Unternehmen sanierungsfähig ist und für die Gläubiger gleichzeitig die Aussicht auf eine höhere Befriedigungsquote besteht, ist es Aufgabe insbesondere der Geschäftsleitung eines Unternehmens, die Gläubiger für die Unterstützung eines Sanierungsverfahrens und damit einhergehend zur Leistung von Sanierungsbeiträgen zu gewinnen. Die Gläubiger des bedrohten Unternehmens, allen voran die finanzierenden Banken, verfolgen im Vorfeld einer Unternehmensinsolvenz eigene Interessen und sind im Falle einer Insolvenz an einer möglichst hohen Befriedigungsquote interessiert und regelmäßig nur unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere bei Stellung neuer Sicherheiten, bereit, weitere Darlehen zu gewähren und damit neues Kapital zuzuführen.¹² Eines der zentralen Hindernisse vorinsolvenzlicher Sanierungsverfahren besteht darin, dass es nach Ansicht des Bundesge-

⁷ Vgl. etwa *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, S. 263 f.; 331 ff.; *Uhlenbruck*, BB 2001, 1641 (1643 ff.); *Uhlenbruck*, in: Knops/Bamberger/Maier-Reimer, Recht der Sanierungsfinanzierung, § 5, Rn. 11 ff.; *Maus*, in: Römermann, Hdb Steuerberater, Rn. 86; *Braun*, Die vorinsolvenzliche Sanierung von Unternehmen, S. 24; *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929 (1929).

⁸ Im gerichtlichen Insolvenzeröffnungsverfahren ist das zuständige Gericht gemäß § 30 Abs. 1 InsO verpflichtet, die Verfahrenseröffnung öffentlich bekannt zu machen; darüber hinaus hat das Gericht gemäß § 23 Abs. 1 InsO Verfügungsbeschränkungen des Schuldners nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO sowie die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters öffentlich bekannt zu machen. Bei börsennotierten Aktiengesellschaften ist die Ad-hoc-Publizitätspflicht gemäß § 15 WpHG zu beachten, im Einzelfall muss ein Antrag auf Befreiung von der Publizitätspflicht bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) gestellt werden, vgl. hierzu ausführlich *Schneider*, BB 2001, 1214 ff.; *Kocher/Widder*, NZI 2010, 925 ff.

⁹ So auch *Uhlenbruck*, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 2.1.

¹⁰ Der Begriff des Kollektivhandlungshindernisses wurde besonders von *Eidenmüller* geprägt, der darunter das Risiko versteht, dass kollektiv nützliche Maßnahmen auf Grund opportunistischen Verhaltens Einzelner scheitern und die Ausfälle der Betroffenen deshalb noch höher sind, als sie im besten Fall sein müssten, vgl. *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, S. 634.

¹¹ Vgl. ebenfalls *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, S. 264.

¹² Vgl. zur Interessenlage der Banken z.B. *Wittig*, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 2.230 f.

richtshofs nicht möglich ist, opponierende Gläubiger durch Mehrheitsentscheidungen im Rahmen des außergerichtlichen Sanierungsverfahrens zu überwinden.¹³ Die fehlende Möglichkeit einer Majorisierung dissentierender Gläubiger führt regelmäßig zu einem Phänomen, das in der Spieltheorie unter dem Begriff *Gefangenendilemma* zusammengefasst wird.¹⁴ Jeder von der Insolvenz Betroffene, also sowohl Repräsentanten des Unternehmens, Anteilsinhaber und Gläubiger des Unternehmens, sind sich darüber bewusst, dass im Rahmen der Reorganisation Sanierungsbeiträge geleistet werden müssen, um noch größere Verluste abzuwenden, die bei einer Liquidation des Unternehmens entstünden. Allerdings hofft ein Großteil der Beteiligten darauf, dass die erforderlichen Sanierungsbeiträge von den jeweils anderen erbracht werden, während man selbst keine Einbußen hinnehmen muss. Dieses jeweils für sich rationale, aber kollektiv schädliche opportunistische Taktieren erweist sich häufig als eines der Haupthindernisse für eine erfolgreiche vorinsolvenzliche Sanierung von Unternehmen.¹⁵ Im Insolvenzplanverfahren stellt sich diese Problematik insbesondere auf Grund des Obstruktionsverbots gemäß § 245 InsO nicht in der gleichen Art und Weise.¹⁶ Ein Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit soll – wie der Titel schon sagt – auf möglichen Mitwirkungspflichten von Gläubigern im Rahmen vorinsolvenzlicher Sanierungsverfahren bzw. der Frage liegen, wie diese Problematik gelöst und die außergerichtliche Reorganisation von Unternehmen durch effektive Einbindung von Akkordstörern optimiert werden kann. Hierzu soll insbesondere der Begründungsansatz von Eidenmüller, der besondere Kooperationspflichten von Gläubigern begründet hat, aufgegriffen und näher beleuchtet werden.¹⁷ Nach Ansicht von Eidenmüller bestehen zwischen den Beteiligten einer außergerichtlichen Unternehmenssanierung schuldrechtliche Sonderverbindungen, die in einer Sanierungssituation gesellschaftsähnliche Verbindungen begründen und sich zu Verhandlungs- und Zustimmungspflichten verdichten können. Auf diese Weise könne sichergestellt werden, dass die Umsetzung eines für die Gesamtheit der Gläubiger bestmöglichen außergerichtlichen Sanierungsplans nicht durch das opportunistische Verhalten einzelner Gläubiger verhindert werde.

¹³ BGHZ 116, 319 ff. sowie Gliederungspunkt D. in dieser Arbeit.

¹⁴ Zum Gefangenendilemma vgl. *Luce/Raiffa*, Games and Decisions, S. 94 ff.; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 63 ff.; *Holler/Illing*, Spieltheorie, S. 2 ff.

¹⁵ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, S. 564; *Bitter*, ZGR 2010, 147 (148); vgl. hierzu mit Blick auf die U.S.A. auch *Adler/Baird/Jackson*, Bankruptcy, S. 23 f.

¹⁶ Im Insolvenzrecht, das auf die kollektive Rechtsverfolgung der Gläubiger abzielt, gibt es neben dem Obstruktionsverbot weitere Mechanismen, die eigennütziges Verhalten einzelner Beteiligter zulasten des Kollektivs vermeiden sollen, insbesondere das Verbot von Einzelzwangsvollstreckungen (§ 89 Abs. 1 InsO), die Regelung, Sicherungseigentum nicht herausverlangen zu können (§ 51 Abs. 1 i.V.m. § 166 Abs. 1 InsO) oder die Möglichkeit, in Mitgliedschaftsrechte der Anteilsinhaber unter gewissen Voraussetzungen durch einen Debt-Equity Swap eingreifen zu können (§ 225a Abs. 2 S. 1 InsO).

¹⁷ *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, S. 551 ff.