

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, Rimpach  
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 verzichtet haben.

Frankfurt am Main, im September 2019

*Fabian Brocke*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	15
I. Gegenstand und Problematik .....	15
II. Methodik und Gang der Darstellung .....	19
<b>B. Die Unternehmenskrise als Ausgangspunkt der Sanierung</b> .....	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 Erfolgschancen 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 Haf- tungsrisiken .....	50
cc) Keine Wahlmöglichkeit bei Abwicklung schwiegender 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 Ge- schäftsführer .....	56
(2) Haftungsrisiken der Banken als faktische Geschäftsführer .....	57
bb) Haftung der Banken auf Grund konzernrechtlicher Maßstäbe .....	58
3. Fazit .....	61
<b>C. Sanierungsbeiträge der Gesellschafter .....</b>	<b>62</b>
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
 <b>D. Eingriffsrechte in Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter</b> .....	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
 <b>E. Sanierungsbeiträge von Gläubigern</b> .....	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) Stillhaltepflchten .....	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
<b>F. Gesamtergebnis und Fazit .....</b>	<b>181</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>183</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>209</b>

## 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
FMStBG	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 Sanierung<sup>1</sup> reformbedürftiger und -fähiger Unternehmen zu erleichtern.<sup>2</sup> 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)*<sup>3</sup> oder des *procédure de sauvegarde*<sup>4</sup> nach französischem Recht – entschieden.<sup>5</sup> 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 Mehrheitsentscheidung<sup>6</sup> auf erforderliche Sanierungsmaßnahmen zu einigen. Die Einbindung von Gläubigern und Anteilsinhabern in ein Sanierungskonzept unter

---

<sup>1</sup> 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.

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

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> Neben Kosten- und Effizienzvorteilen ist mangels Publizität<sup>8</sup> besonders ein deutlich geringerer Reputationsverlust des jeweiligen Unternehmens im Vergleich zum Insolvenzfall entscheidend.<sup>9</sup> 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, unterschiedlichen Interessen verfolgenden Beteiligten können die auftretenden Kollektivhandlungshindernisse<sup>10</sup> den Erfolg eines außergerichtlichen Sanierungsverfahrens gefährden.<sup>11</sup> Sofern ein Unternehmen sanierungsfähig ist und für die Gläubiger gleichzeitig die Aussicht auf eine höhere Befriedungsquote 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 finanziierenden 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.<sup>12</sup> Eines der zentralen Hindernisse vorinsolvenzlicher Sanierungsverfahren besteht darin, dass es nach Ansicht des Bundesge-

<sup>7</sup> Vgl. etwa *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, S. 263 f.; 331 ff.; *Uhlenbruck*, BB 2001, 1641 (1643 ff.); *Uhlenbruck*, in: *Knops/Bamberger/Maier-Reimer*, Recht der Sanierungsfinananzierung, § 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).

<sup>8</sup> 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.

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

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Vgl. ebenfalls *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, S. 264.

<sup>12</sup> Vgl. zur Interessenslage 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.<sup>13</sup> Die fehlende Möglichkeit einer Majorisierung dissentierender Gläubiger führt regelmäßig zu einem Phänomen, das in der Spieltheorie unter dem Begriff *Gefangenendilemma* zusammengefasst wird.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> Im Insolvenzplanverfahren stellt sich diese Problematik insbesondere auf Grund des Obstruktionsverbots gemäß § 245 InsO nicht in der gleichen Art und Weise.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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.

---

<sup>13</sup> BGHZ 116, 319 ff. sowie Gliederungspunkt D. in dieser Arbeit.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> *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.

<sup>16</sup> 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).

<sup>17</sup> *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, S. 551 ff.