

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Teil 1: Einleitung	1
A. Einführung in die Problematik	1
B. Gang der Untersuchung	4
Teil 2: Ökonomische Ausgangssituation	7
A. Gläubiger und ihr Interesse in der Krise	8
I. Die Stellung der Gläubiger	8
1. Differenzierung der Gläubiger	8
a) Forderungsentstehung respektive Freiwilligkeit	8
b) Wichtigkeit der Sicherheitenposition in der Insolvenz	10
2. Besonderheit der Gesellschafter als Gläubiger der Gesellschaft	12
II. Kollektivhandlungsproblem	14
1. Grundzüge des Gefangenendilemmas	15
2. Kollektivhandlungsproblematik der Gläubiger	16
III. Einheitliches Gläubigerinteresse als konsequentes Primärinteresse	17
B. Das Prinzipal-Agenten-Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gläubiger	19
I. Die Grundkonzeption der Prinzipal-Agenten-Theorie	19
1. Merkmale des Auftragsverhältnisses	21
2. Prinzipal-Agenten-Probleme	23
3. Grundsätzliche vertragliche Lösungsansätze von Prinzipal-Agenten- Problemen	25
II. Prinzipal-Agenten-Beziehung zwischen Gesellschafter und Gläubiger	27
1. Kapitalüberlassung als Agentenbeziehung	27
2. Gesellschafter-Gläubiger-Konflikt	29

a) Begrenzte Haftung und individuelle Nutzenmaximierung als Ausgangspunkt	29
b) Ausgangsbeispiel	31
c) Arten der Anreize zur Vermögensverlagerung	32
i. Asset withdrawal and claim dilution	32
ii. Risk shifting und over-investment	34
1) Risikoanreiz bei Entwertung des Eigenkapitals	34
2) Konnexität von Risikoanreiz und Gesellschafterprognose	35
3) Modellbeispiele im Vergleich zum Ausgangsbeispiel	36
4) Relevanz des erhöhten Anreizes zum Risiko	40
3. Ausnutzungsgefahr	42
C. Fremdfinanzierungsbedingter Prinzipal-Agenten-Konflikt im Konzernsachverhalt	44
I. Beseitigung der Interessendivergenz zwischen Gesellschafter und Geschäftsleiter durch Einflussnahmen der Konzernmutter	45
1. Interessendivergenz bei Fremdorganschaft	45
2. Auflösung der Interessendivergenz	47
3. Einflussnahme im Vertragskonzern	48
a) Entstehung des Vertragskonzerns	48
b) Einflussnahme durch Weisungsrecht	49
i. Grundsatz	49
ii. Interessendurchsetzung aufgrund nachteiliger Weisung	51
4. Einflussnahme im faktischen AG-Konzern	52
a) Entstehung des faktischen Konzerns	52
b) Grundsätzliche Möglichkeit der Einflussnahme	53
i. Einflussnahme im Sinne des § 17 AktG	53
ii. Einflussnahme durch Hauptversammlungsentscheidung bezüglich Aufsichtsratsbesetzung	54
1) Bei Mehrheitsbeteiligung	54
2) Bei Minderheitsbeteiligung	55
c) Besondere Einflussnahme durch Vorstandsdoublemandate	56
5. Einflussnahme im faktischen GmbH-Konzern	57
a) Entstehung des faktischen GmbH-Konzerns	58
b) Struktur der Einflussnahme in der GmbH	59
i. Einflussnahme durch Weisungsbefugnis	59
ii. Absicherung der Einflussnahme durch Personalentscheidungsgewalt	60
c) Einflussnahme aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen	61

6. Zwischenfazit	61
II. Die Nutzenmaximierung im Konzerngeflecht	63
1. Berücksichtigung von Konzerneffekten im Rahmen der Nutzenmaximierung	63
2. Nutzenmaximierendes Eigeninteresse der herrschenden Gesellschaft	66
a) Diversität der Konzernstrukturen und Verflechtungen	66
b) Auseinanderfallen von Eigeninteresse der herrschenden Gesellschaft und Konzerninteresse	69
III. Fazit	71

Teil 3: Traditionelle Interessenausrichtung der Unternehmensleitung in Deutschland und England im Vergleich

A. Interessenausrichtung der Unternehmensleitung im deutschen Recht	76
I. Stakeholder vs. Shareholder Value in der prosperierenden AG	76
1. Historisch geprägte Stakeholderorientierung	76
2. Neuausrichtung am Shareholder Value?	78
3. Keine zwingenden Vorgaben durch Corporate Social Responsibility und Deutschen Corporate Governance Kodex	81
4. Zwischenergebnis	83
II. Shareholder Value in der prosperierenden GmbH	84
III. Keine Ausrichtung am Konzerninteresse als Leitungsmaßstab	86
1. Konzerninteresse als Leitungsmaßstab für die herrschende Gesellschaft?	86
2. Berücksichtigung des Konzerninteresses durch die beherrschte Gesellschaft	87
a) Vertragskonzern	87
b) Faktischer AG-Konzern	89
c) Faktischer GmbH-Konzern	89
IV. Interessenausrichtung in der Insolvenz einer Gesellschaft	90
1. Vorrang des Gläubigerinteresses in der Insolvenz	90
2. Vereinzelt Annahmen weitergehender Vorverlagerung der Gläubigerinteressenberücksichtigung	92
B. Interessenausrichtung der Unternehmensleitung im englischen Recht	96
I. Rechtliche Selbstständigkeit der einzelnen Gesellschaften	96
II. Enlightened Shareholder Value als grundsätzliche Leitungsmaxime	98
III. Krisenspezifische Gläubigerinteressenberücksichtigung	100

1. Wrongful Trading	101
a) Tatbestand	101
b) Safe Harbour	104
c) Rechtsfolge	105
2. West Mercia Doctrine	106
a) Bestimmung des Eingriffszeitpunkts	108
b) Rang der Gläubigerinteressen	113
c) Entity Maximisation Model als Alternative?	116
3. Gruppenbezogene Anwendung der Pflichten	118
a) Eingriffsmöglichkeit der Muttergesellschaft durch Weisungen	118
b) Haftung der Muttergesellschaft als shadow director	119
i. Grundkonzeption des shadow directors	120
ii. Anwendbarkeit des shadow directors auf die Muttergesellschaft ...	123
1) Wrongful Trading	124
2) West Mercia Doctrine	124
a. Fiduciary duty als Pflicht des shadow directors	125
b. Konzernrechtliche Unanwendbarkeit durch	
s. 251 (3) CA?	127
IV. Fazit	129

Teil 4: Pflicht zur Gläubigerinteressenberücksichtigung in der Richtlinie und deren Umsetzung in das nationale Recht

A. Richtlinienentwicklung im Spiegel der Unternehmensleiterpflichten	134
I. Empfehlung ohne Unternehmensleiterpflichten als ursprünglicher Rechtsakt	134
II. Zusätzlicher Harmonierungsbedarf bei vorinsolvenzlichen Unternehmensleiterpflichten	136
III. Richtlinie inklusive Unternehmensleiterpflichten	138
1. Aufnahme der Unternehmensleiterpflichten im Richtlinienvorschlag	138
2. Abänderung der Unternehmensleitungspflichten im Gesetzgebungsverfahren	140
B. Ausgestaltung der Unternehmensleitungspflichten in Art. 19 RL	142
I. Pflichtencharakter der normierten Regelungen	142
II. Allgemeiner Anknüpfungspunkt der Pflichten	144
1. Eingriffszeitpunkt der wahrscheinlichen Insolvenz	144

2. Keine Beschränkung der Pflichten auf den Zugang in den Restrukturierungsrahmen	146
III. Inhalt der Pflichten des Art. 19 RL	148
1. Grundsatz der Interessenberücksichtigung durch Art. 19 lit. a) RL	149
a) Kein genereller Vorrang der Gläubigerinteressen	149
b) Rangoffenes Grundprinzip	152
2. Allgemeine Schritte zur Insolvenzabwendung bei finanziellen Schwierigkeiten durch Art. 19 lit. b) RL	154
a) Kein Beurteilungsspielraum bezüglich der Einleitung von Schritten	154
b) Finanzielle Schwierigkeiten als spezieller Eingriffszeitpunkt?	156
c) Beurteilungsspielraum bei Auswahl der einzuleitenden Schritte	157
d) Auswirkung der Streichung von Art. 18 lit. a) RL-Vorschlag	159
3. Konkretisierung der Unternehmensleitungspflicht bei Bestandsgefährdung	160
a) Schutz der Bestandsfähigkeit	160
b) Konkretisierter Vorrang der Gläubigerinteressen bei „drohender Insolvenz“	162
i. „Drohende Insolvenz“ als insolvenznaher Zustand	163
ii. Gläubigerinteressenvorrang durch spezielle Adressierung fremdfinanzierter Agency-Probleme	165
4. Zwischenfazit	168
IV. Konnex des Art. 19 RL zum englischen Recht	171
1. Englische Rechtslage als Ausgangspunkt des Art. 19 RL	171
2. Vergleich des Art. 19 RL mit der englischen Rechtslage	173
V. Unternehmensleitung als Adressat der Pflichten	177
C. Richtlinienumsetzung durch StaRUG	180
I. Vorschlag eines gesetzlich implementierten „shift of duties“ im StaRUG-RegE	182
1. Ansatz des Entwurfsfassers in § 2 StaRUG-RegE	182
2. Umfang des intendierten „Paradigmenwechsels“	186
3. Motiv der Streichung im Gesetzgebungsverfahren	188
II. Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement in § 1 StaRUG	191
1. Pflicht zur Krisenfrüherkennung	192
a) Rechtsformneutrale Mindestanforderung	192
b) Pflichtumfang	193
c) Konzerndimensionale Ausstrahlung	197
2. Pflicht zur Krisenbewältigung	199

3. Informationspflicht gegenüber anderen Organen	202
a) Überwachungsorgane in AG und GmbH	202
b) Beseitigung der Informationsasymmetrie bei situativem Warnsignal der bestandsgefährdenden Entwicklungen	203
4. Rechtsfolge einer Pflichtverletzung	206
5. Adressierung von Gläubigerinteressen?	207
III. Implementierung ausdrücklicher Gläubigerinteressenberücksichtigung in §§ 32 Abs. 1 S. 1, 43 Abs. 1 S. 1 StaRUG	210
1. Grundpflichten des laufenden Restrukturierungsverfahrens	210
2. Zusammenspiel von § 32 Abs. 1 S. 1 und § 43 Abs. 1 S. 1 StaRUG	212
3. Wahrung der Gläubigerinteressen	213
a) Grund der Gläubigerinteressenwahrung während der Restrukturierungssache	213
b) Umfang der Pflicht zur Interessenwahrung	215
i. Summe aller Gläubiger als Gläubigergesamtheit	215
ii. Inhaltliche Unbestimmtheit der Gläubigerinteressen	217
4. Auswirkung des verfahrensrechtlichen shift of duties auf das gesellschaftsrechtliche Pflichtengefüge	220
IV. Erfüllung der Richtlinienvorgaben des Art. 19 RL?	221
1. Art. 19 lit. a) RL	222
2. Art. 19 lit. b) RL	224
3. Art. 19 lit. c) RL	224
a) Keine hinreichende Umsetzung durch bestehendes Regelungsregime	225
i. Keine Umsetzung durch verlagerte allgemeine Interessenausrichtung	225
ii. Keine Umsetzung durch gesellschaftsrechtliche Sorgfaltsanforderungen	225
1) Grundlegende Problematik eines unklaren Meinungsbilds hinsichtlich der Eingehung bestandsgefährdender Risiken	226
2) Fehlende rechtssichere Einordnung des Maßstabs aus Art. 19 lit. c) RL	229
b) Diskutierte Lösungsansätze zur Beseitigung des unionsrechtswidrigen Zustands	231
i. Analoge Anwendung des § 43 StaRUG	231
ii. Analoge Anwendung des § 15b InsO	232
iii. Richtlinienkonforme Auslegung	232

iv. Regelungsvorschläge	234
1) Creditor Supremacy vs Sliding Scale	234
2) Kritische Einordnung der Vorschläge	236
V. Vermittelnder Lösungsvorschlag	241
1. De lege ferenda	241
a) „Fortgeschrittene drohende Zahlungsunfähigkeit“ als zeitlicher Anknüpfungspunkt der gläubigerschützenden Pflicht	241
b) Durch Regelbeispiele konkretisierte Vermögenserhaltungspflicht	243
i. Stiftungsrechtlich adaptierte Vermögenserhaltung als Ausgangspunkt	243
ii. Abbildung der RL-Kasuistik durch Regelbeispiele	246
c) Innenhaftung für Gesamtgläubigerschaden	248
d) Ausstrahlungswirkung der Vermögenserhaltungspflicht auf die Sanierungspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StaRUG	249
2. De lege lata	250
VI. Fazit	251

Teil 5: Die Auswirkungen der unionsrechtlichen Verpflichtung zur Vermögenserhaltung in Konzernstrukturen

253

A. Die unionsrechtliche Vermögenserhaltungspflicht im Gefüge des faktischen GmbH-Konzerns	254
I. Gläubigerschützende Konzeption des existenzvernichtenden Eingriffs	255
1. Entwicklung von Autokran bis zur Existenzvernichtungshaftung bei Verschmelzungen	255
2. GmbH-rechtliche Grundprämisse zum Gläubigerschutz	257
3. Existenzvernichtungshaftung als Fallgruppe des § 826 BGB	259
a) Haftungsbegründender Eingriff	259
i. Kompensationsloser Entzug von Vermögenswerten als grundsätzliche Eingriffsform	259
ii. Spekulieren auf Kosten der Gläubiger als Entzug von Vermögenswerten?	260
b) Insolvenzverursachende Wirkung des Eingriffs	262
c) Selbstständiges Merkmal der Sittenwidrigkeit	263
d) Verschulden	265
II. Einschränkung der Dispositionsfreiheit der Gesellschafter	266
1. Gläubigerschutz als generelle Grenze?	266

a) Grenzziehung im kapitalerhaltungsorientierten Gläubigerschutz	266
b) Einordnung des veränderten Pflichtenmaßstabs	268
i. Krisenüberwachung und Krisenmanagement	268
ii. Richtlinienkonform ausgelegte Vermögenserhaltung	269
2. Existenzgefährdung	270
III. Ergänzende Gesellschafterhaftung für Verletzung der Vermögenserhaltungspflicht	271
1. Ausgangslage	271
2. Gründe für eine ergänzende Gesellschafterhaftung	272
a) Anreizsteuerung	272
b) Unionrechtswidrigkeit	274
3. Dogmatische Grundlage einer Gesellschafterhaftung wegen Verletzung der Vermögenserhaltungspflicht	275
a) Diskutierte Lösungsansätze im Zusammenhang mit der Existenzvernichtungshaftung	276
b) Stellungnahme	277
c) Analoge Anwendung des richtlinienkonform auszulegenden § 43 GmbHG	281
4. Anspruchskonkurrenzen	283
a) Verhältnis zur Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB	283
b) Verhältnis zur richtlinienkonformen Geschäftsleiterhaftung gem. § 43 GmbHG	284
B. Die unionsrechtliche Vermögenserhaltungspflicht im Gefüge des Vertragskonzerns ..	284
I. Bedeutung des Verlustausgleichs nach § 302 AktG für das Vermögen der beherrschten Gesellschaft	285
1. Grundstruktur des Verlustausgleichs	285
a) Korrelation zwischen Leitung und Haftung	285
b) Entstehung und Inhalt des Ausgleichsanspruchs	286
2. Insolvenzvermeidende Wirkung des Verlustausgleichsanspruchs	287
a) Vermeidung der Überschuldung durch den Verlustausgleichsanspruch	287
b) Keine Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit durch den Verlustausgleichsanspruch	288
i. Ansatz der unterjährigen Liquiditätsausstattung	288
ii. Der Jahresfehlbetrag als unverrückbare Maxime des Verlustausgleichsanspruchs	290

c) Einzelfallabhängige Verhinderung eines insolvenznahen Zeitpunkts im Sinne der fortgeschrittenen drohenden Zahlungsunfähigkeit	291
II. Beschränkung der konzernrechtlichen Leitungsmacht	292
1. Legalitätspflicht	293
a) Grundsätzliche Bindung an gesetzliche Vorgaben	293
b) Konzernprivilegierte Kapitalerhaltung	294
c) Richtlinienkonform ausgelegte Vermögenserhaltung	295
2. Existenzgefährdung	297
III. Sorgfaltshaftung des herrschenden Unternehmens für rechtswidrige Weisungen	298
1. Spezialgesetzliche Haftung der Geschäftsleiter des herrschenden Unternehmens	298
2. Sorgfaltshaftung des herrschenden Unternehmens für rechtswidrige Weisungen	299
C. Die unionsrechtliche Vermögenserhaltungspflicht im Gefüge des faktischen AG-Konzerns	300
I. Das Leerlaufen der Nachteilsausgleichssystematik des § 311 AktG	300
1. Grundsätzliche Funktionsweise der Nachteilsausgleichspflicht	300
a) Einzelausgleichskonzept	300
b) Veranlassung zu einem Rechtsgeschäft oder einer Maßnahme	301
2. Entfall des gestreckten Nachteilsausgleichs gem. § 311 Abs. 2 AktG	302
a) Nachteilsbegriff	302
b) Spannungsverhältnis zwischen zwingender Vermögenserhaltung und Nachteilsausgleichssystematik nach § 311 AktG	304
c) Verstoß gegen die Vermögenserhaltungspflicht als nicht ausgleichsfähiger Nachteil	306
II. Haftung des herrschenden Unternehmens wegen eines Verstoßes gegen die Vermögenserhaltungspflicht nach § 317 AktG	307
1. Bedeutung und Grund der Haftung nach § 317 AktG	307
2. Verstoß gegen die Vermögenserhaltungspflicht als haftungsbegründender Tatbestand	309
3. Spezialgesetzliche Haftung der Geschäftsleiter des herrschenden Unternehmens gem. § 317 Abs. 3 AktG	310

Teil 6: Die Auswirkungen der verfahrensrechtlichen Gläubigerinteressenberücksichtigung gem. §§ 32, 43 StaRUG auf Konzernstrukturen	311
A. Auswirkung der verfahrensrechtlichen Pflicht zur Gläubigerinteressenberücksichtigung im faktischen GmbH-Konzern	312
I. Gläubigerinteresse als Grenze der Dispositionsmaxime der Gesellschafter	312
1. Ausgangslage	312
2. Gläubigerschützende Einschränkung der Weisungsbefugnis	313
3. Die Stellung von Gesellschafter und Geschäftsführer aufgrund des verfahrensrechtlichen shift of fiduciary duties	315
a) Doppelrolle der Gesellschafter	315
b) Haftungsfälle für den Geschäftsführer	317
II. Sorgfaltshaftung des Gesellschafters analog § 43 StaRUG?	319
1. Kein Grund zur Haftungserweiterung durch Unionsrecht	319
2. Keine Haftung als Ausgleich für die bestehende Eingriffsbefugnis	320
3. Schutz des Geschäftsführers als zusätzliches Kriterium für einen Analogieschluss?	320
4. Anreizbedingte Rechtfertigung der fehlenden Gesellschafterhaftung	321
B. Auswirkung der verfahrensrechtlichen Pflicht zur Gläubigerinteressenberücksichtigung im Vertragskonzern	322
I. Fortbestehen der Leitungsmacht im Restrukturierungsverfahren	322
1. Eingeschränktes Kündigungsrecht	323
2. Wegfall der Leitungsmacht in der Insolvenz	325
3. Fortbestehen des Beherrschungsvertrags im Restrukturierungsverfahren	326
II. Folgen des fortbestehenden Beherrschungsvertrags für die Leitungsmacht und Haftung des herrschenden Unternehmens	329
1. Beschränkung der konzernrechtlichen Leitungsmacht im Restrukturierungsverfahren	329
2. Sorgfaltshaftung des herrschenden Unternehmens für Gläubigerinteressen verletzende Weisungen	330
C. Auswirkung der verfahrensrechtlichen Pflicht zur Gläubigerinteressenberücksichtigung im faktischen AG-Konzern	330
I. Haftung des herrschenden Unternehmens gem. §§ 311, 317 AktG	330
II. Grundsatzproblem der fehlenden Feststellbarkeit der veranlassten Nachteile	331

Teil 7: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse 335

Literaturverzeichnis 345