

Pflichten der Geschäftsleiter nicht-börsennotierter
Kapitalgesellschaften in Sanierungssituationen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen
vorgelegt von

Svenja Ettensberger
aus Waiblingen

2020
Universitätsbibliothek Tübingen
TOBIAS-lib

Dekan:

Prof. Dr. Wolfgang Forster

1. Berichterstatter:

Prof. Dr. Jens-Hinrich Binder

2. Berichterstatter:
Konrad

Prof. Dr. Christine Osterloh-

Tag der mündlichen Prüfung:

30. Oktober 2020

Vorwort

Im Zuge des Entstehungsprozesses der vorliegenden Arbeit wurde unser Land durch die COVID-19-Pandemie von einer der herausforderndsten wirtschaftlichen Krisen seiner Geschichte getroffen. Um die Geschäftsleiter*innen in den entstandenen Sanierungssituationen schnellstmöglich zu unterstützen, habe ich mich für eine Veröffentlichung über das Universitätsrepositorium der Universität Tübingen entschieden.

Die Arbeit entstand, während ich als Akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Professor Dr. Jens-Hinrich Binder, LL.M. arbeitete. Sie wurde im Jahr 2020 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Mein aufrichtiger Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Jens-Hinrich Binder, LL.M. für seine Förderung und die lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl. Ohne seine Unterstützung wäre diese Arbeit nicht entstanden.

Zudem gilt mein Dank Frau Professorin Dr. Christine Osterloh-Konrad für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

In diesem Zuge möchte ich mich auch bei meinen Lehrstuhlkolleginnen und -kollegen sowie Freundinnen und Freunden für die Unterstützung während des Entstehungsprozesses der Arbeit bedanken, insbesondere bei Vanessa Bühler-Saam, Christiane Hellstern, Natalie Papadopoulou und Dr. Björn Staudinger.

Von Herzen danken möchte ich meinem Verlobten Patrick Eberle, der immer für mich da ist und mir die Kraft gegeben hat, diese Arbeit zu schreiben sowie meiner Schwester Sina Ettensberger, die immer an meiner Seite steht. Abschließend möchte ich ganz besonders meiner Mutter Andrea Wieder danken, die mich stets vollumfänglich unterstützt. Um diesen Dank auszudrücken, ist Ihr diese Arbeit gewidmet.

Remseck am Neckar, im Dezember 2020

Svenja Ettensberger

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	22
A. Einführung	22
B. Untersuchungsgegenstand und Gang der Untersuchung	24
1. Teil: Geschäftsleiterpflichten in Sanierungssituationen	26
1. Abschnitt: Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage	26
§ 2 Problemaufriss	26
§ 3 Gesetzliche Verengung des Handlungsspielraums	30
A. Pflichten zur Einberufung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung	31
I. Einberufungspflichten des Geschäftsführers der GmbH	31
1. Bei Verlust des hälftigen Stammkapitals, § 49 III GmbHG	31
2. Bei Erforderlichkeit im Interesse der Gesellschaft, § 49 II Hs. 2 GmbHG	33
a) Erster Gesichtspunkt: Bedürfnis nach konkreten Maßnahmen	33
b) Zweiter Gesichtspunkt: Ereignisse, die der Befassung der Gesellschafterversammlung bedürfen	34
c) Durchführung der Einberufung	38
II. Einberufungspflichten des Vorstands der AG	39
1. Gesetzliche Einberufungsgründe, § 121 I Var. 1 AktG	39
a) Bei Verlust des hälftigen Grundkapitals, § 92 I Alt. 1 AktG	39

b) Geschriebene und ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten.....	41
2. Bei Erforderlichkeit für das Wohl der Gesellschaft, § 121 I Var. 3 AktG	42
III. Vergleichende Betrachtung.....	44
B. Informationspflichten.....	46
I. Pflichten des Vorstands der AG.....	46
1. Berichte gegenüber dem Aufsichtsrat, § 90 I 1 AktG	46
2. Sonderberichte gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden, § 90 I 3 AktG.....	48
3. Verlustanzeigepflicht gegenüber der Hauptversammlung, § 92 I Alt. 2 AktG	50
4. Stellungnahmegebot gegenüber der Hauptversammlung bei einem Jahresfehlbetrag oder einem das Jahresergebnis wesentlich beeinträchtigenden Verlust, § 176 I 3 AktG.....	50
5. Berichtspflicht nach dem Erwerb oder der Inpfandnahme eigener Aktien zur Schadensabwehr, §§ 71 III 1 Alt. 1, 71e I 1 AktG	51
6. Informationspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung im Zusammenhang mit deren Zuständigkeiten.....	51
II. Pflichten des Geschäftsführers der GmbH	52
1. Informationspflicht gegenüber der Gesellschaftergesamtheit hinsichtlich wichtiger Angelegenheiten der GmbH	52
2. Verlustanzeigepflicht gegenüber den Gesellschaftern	53

3. Pflicht zur periodischen Berichterstattung gegenüber der Gesellschaftergesamtheit?	53
4. Periodische sowie außerordentliche Berichtspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat?	54
5. Informationspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat und der Gesellschaftergesamtheit im Zusammenhang mit deren Zuständigkeiten	54
III. Vergleichende Betrachtung	55
C. Auskunfts- und Einsichtsverweigerung	57
I. Auskunfts- und Einsichtsverweigerung des Vorstands der AG	57
1. Gegenüber den Gesellschaftern	57
a) Auskunftsverweigerungsrecht, § 131 III AktG	57
b) Auskunftsverweigerungspflicht, § 93 I (3) AktG	58
2. Gegenüber dem Aufsichtsrat und dem Aufsichtsratsvorsitzenden	59
II. Auskunfts- und Einsichtsverweigerung des Geschäftsführers der GmbH	59
1. Gegenüber den Gesellschaftern	59
a) Auskunfts- und Einsichtsverweigerungsrecht, § 51a II GmbHG	59
b) Auskunfts- und Einsichtsverweigerungspflicht, § 43 I GmbHG	60
2. Gegenüber dem Aufsichtsrat und dem Aufsichtsratsvorsitzenden	61
III. Vergleichende Betrachtung	61
D. Vermögensbezogene Pflichten	63
I. (Aus-)Zahlungs- sowie Rückzahlungsverbote	63

1. GmbH	63
a) Auszahlungsverbot betreffend das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der GmbH, § 30 I GmbHG.....	63
b) Verbot der Rückzahlung von Nachschüssen bei Erforderlichkeit zur Deckung eines Verlusts am Stammkapital der GmbH, § 30 II GmbHG	64
c) Zahlungen, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, § 64 S. 3 GmbHG....	65
2. AG.....	66
a) Auszahlungsverbot bezüglich aller Zuwendungen außerhalb der gesetzlich normierten Gewinnausschüttung, § 57 AktG.....	66
b) Zahlungen, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, § 92 II 3 AktG	66
3. Vergleichende Betrachtung	67
II. Erwerb und Inpfandnahme eigener Aktien/Geschäftsanteile	69
1. AG, §§ 71, 71e AktG.....	69
2. GmbH, § 33 GmbHG.....	70
3. Vergleichende Betrachtung	72
III. Verwendungsvorgaben für Beträge aus der Auflösung der Kapital- oder Gewinnrücklagen und aus der Kapitalherabsetzung sowie für Gewinne	73
1. AG, §§ 230 ff. AktG	73
2. GmbH, §§ 58b ff. GmbHG	74
3. Vergleichende Betrachtung	75
IV. Kreditgewährung an Führungskräfte und Aufsichtsratsmitglieder	77

1. Verbot der Kreditgewährung aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der GmbH, § 43a GmbHG	77
2. Formalisierte Anforderungen in der AG, §§ 89, 115 AktG	78
3. Vergleichende Betrachtung	79
E. Dogmatische Einordnung.....	80
I. Anwendungsgründe der gesetzlichen Pflichten.....	80
II. Schutzrichtung der Pflichten	81
III. Rechtsfolgen bei Pflichtverletzungen	82
F. Auswirkungen auf die allgemeinen Geschäftsleiterpflichten, § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG..	83
I. Die allgemeine Sorgfaltspflicht	84
1. Ausgestaltung der internen Organisation.....	84
a) Aufgaben des Geschäftsleitungsgremiums	84
b) Auswirkungen auf die Ressortverteilung	86
c) Auswirkungen auf die Delegation an nachgeordnete Mitarbeiter.....	87
d) Zwischenfazit	88
2. Die allgemeine Überwachungspflicht.....	89
3. Pflicht zur Einholung sachverständiger Beratung ..	92
4. Pflicht zur Sicherstellung der langfristigen Ertragskraft	93
II. Die Treuepflicht.....	93
III. Die Verschwiegenheitspflicht	95
G. Folgerungen	97

§ 4 Reaktionsmöglichkeiten auf die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage.....	98
A. Grobe Handlungsoptionen.....	98
I. Die Sanierung	98
II. Die Abwicklung/Liquidation.....	100
III. Die reine Fortführung der Geschäfte.....	101
B. Entscheidungskompetenz.....	101
I. Handlungsmaxime - das „Ob“ der Sanierung.....	101
1. Gesellschaftsinterne Zuständigkeit für die Entscheidung über die einzuschlagende Handlungsoption.....	101
a) Argumente für die Zuständigkeit der Geschäftsleiter	102
b) Argumente für die Zuständigkeit der Gesellschafter	102
c) Stellungnahme.....	104
2. Sanierungsverantwortlichkeit der Geschäftsleiter	105
a) Inhalt der Sanierungsverantwortlichkeit: die Sanierungsbemühenspflicht.....	107
b) Auswirkungen einer aktuellen Entscheidung der Gesellschafter über die einzuschlagende Handlungsoption	109
c) Auswirkungen der Aussichtslosigkeit der Sanierung.....	112
II. Das „Wie“ der Sanierung	114
1. Grobe Bestimmung der weiteren Vorgehensweise: das Sanierungskonzept.....	114
2. Einzelne vorzunehmende Sanierungsmaßnahmen	116

C. Durchführung der Sanierung	117
I. Planung der Krisenbewältigung.....	117
1. Sanierungskonzept und Sanierungsprüfung	117
2. Bindungswirkung des Ausgangs der Sanierungsprüfung hinsichtlich des weiteren Vorgehens?	119
II. Die Wahl der einzelnen Sanierungsmaßnahmen.....	120
1. Untergliederung in gesellschaftsinterne und -externe Maßnahmen	121
2. Untergliederung in Sofortmaßnahmen, mittel- und langfristige Maßnahmen	123
3. Zu empfehlende Vorgehensweisen.....	124
4. Konkretisierung der Sanierungsbemühenspflicht hinsichtlich der Wahl einzelner Sanierungsmaßnahmen	125
5. Inkaufnahme bzw. Herbeiführung einer weiteren Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, um Zugang zu anderen Sanierungsmöglichkeiten zu erhalten?.....	127
6. Vorbereitung einer Sanierung im Insolvenzverfahren	129
a) Anlässe zur Vorbereitung einer Sanierung im Insolvenzverfahren	129
b) Inhalt der Vorbereitung einer Sanierung im Insolvenzverfahren	130
aa) Vorbereitung einer Eigenverwaltung, §§ 270 ff. InsO	130
bb) Vorbereitung eines Insolvenzplans, §§ 217 ff. InsO.....	131

(1) Gesellschaftsinterne Zuständigkeit für die Erarbeitung eines Insolvenzplans	132
(2) Pflicht zur Erarbeitung eines Insolvenzplans	133
(3) Inhalt der Vorbereitung eines Insolvenzplans	135
7. Sanierungsmoderation des StaRUG-RegE	137
III. Abwägung der Aussichten und Vorteile des Sanierungsversuchs gegen die mit einem Scheitern des Versuchs einhergehenden Nachteile?	138
D. Folgerungen	139
§ 5 Zwischenergebnis	141
2. Abschnitt: Vorliegen von Insolvenzgründen.....	142
§ 6 Problemaufriss	142
§ 7 Gesetzliche Veränderung des Handlungsspielraums	143
A. Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO	143
I. Insolvenzantragsrecht, § 18 InsO.....	143
1. Gesellschaftsinterne Zuständigkeit für die Entscheidung über die Insolvenzantragstellung	144
a) Argumente für die Zuständigkeit der Geschäftsleiter	144
b) Argumente für die Zuständigkeit der Gesellschafter	146
c) Stellungnahme.....	148
2. Ausübung des Insolvenzantragsrechts	149
II. Recht zur Beantragung der Eigenverwaltung, § 270 II Nr. 1 InsO.....	150

1. Gesellschaftsinterne Zuständigkeit für die Entscheidung über die Stellung eines Antrags auf Eigenverwaltung	152
a) Argumente für die Zuständigkeit der Geschäftsleiter	152
b) Argumente für die Zuständigkeit der Gesellschafter	153
c) Stellungnahme	153
2. Pflicht zur Beantragung der Eigenverwaltung	155
3. Ausübung des Rechts auf Beantragung der Eigenverwaltung	157
III. Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans, § 218 I 1 InsO	158
1. Gesellschaftsinterne Zuständigkeit für die Entscheidung über Erarbeitung und Vorlage eines Insolvenzplans	159
a) Argumente für die Zuständigkeit der Geschäftsleiter	159
b) Argumente für die Zuständigkeit der Gesellschafter	160
c) Stellungnahme	160
2. Pflicht zur Erarbeitung und Vorlage eines Insolvenzplans	162
3. Ausübung des Planinitiativ- und des Planvorlagerechts	164
IV. Pflichten zur Einberufung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung	165
V. Informationspflichten	167
VI. Auskunfts- und Einsichtsverweigerung	169

VII. Vermögensbezogene Pflichten	170
VIII. Auswirkungen auf die allgemeinen Geschäftsleiterpflichten, § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG	171
1. Die allgemeine Sorgfaltspflicht	171
2. Die Treuepflicht.....	174
3. Die Verschwiegenheitspflicht.....	174
IX. Folgerungen	176
B. Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder der Überschuldung (§ 19 InsO), materielle Insolvenz.....	178
I. Insolvenzantragspflicht, § 15a I 1 InsO.....	178
II. Recht zur Beantragung der Eigenverwaltung, § 270 II Nr. 1 InsO.....	183
III. Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans, § 218 I 1 InsO.....	186
IV. Pflichten zur Einberufung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung	187
V. Informationspflichten	188
VI. Auskunft- und Einsichtsverweigerungspflichten ..	189
VII. Vermögensbezogene Pflichten	189
1. Zahlungsverbot und Ersatzpflicht, § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG	189
2. Die übrigen vermögensbezogenen Pflichten	193
VIII. Auswirkungen auf die allgemeinen Geschäftsleiterpflichten, § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG	194
1. Die allgemeine Sorgfaltspflicht	194
a) Ausgestaltung der internen Organisation	194

b) Die allgemeine Überwachungspflicht.....	195
c) Weitere Ausprägungen.....	199
2. Die Treuepflicht.....	201
3. Die Verschwiegenheitspflicht.....	201
IX. Folgerungen	202
C. Formelle Insolvenz	205
I. Verfahrenübergreifende Rechte und Pflichten.....	206
1. Gleichmäßige und bestmögliche Gläubigerbefriedigung, § 1 S. 1 InsO.....	206
2. Pflicht zur Mitarbeit.....	208
3. Recht auf Stellung eines Antrags auf Einstellung des Verfahrens, §§ 212, 213 InsO.....	209
a) Einstellungsantrag gemäß § 212 InsO.....	209
b) Einstellungsantrag gemäß § 213 InsO	210
c) Pflicht zur Antragstellung bzw. zur Hinwirkung auf die Antragstellung	210
II. Insolvenzrechtliches Regelverfahren.....	213
1. Regelverfahren.....	213
a) Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten.....	215
b) Eingriffsmöglichkeiten in den Handlungsspielraum des Insolvenzverwalters, §§ 161 S. 2, 158 II 2, 163 I InsO.....	217
c) Bemühung um die nachträgliche Anordnung der Eigenverwaltung.....	219
d) Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans, § 218 I 1 InsO	220
e) Gesellschaftsrechtliche Pflichten	221

aa) Pflichten zur Einberufung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung	222
bb) Informationspflichten	224
cc) Auskunfts- und Einsichtsverweigerung	226
dd) Vermögensbezogene Pflichten	226
ee) Allgemeine Geschäftsleiterpflichten, § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG	228
(1) Die allgemeine Sorgfaltspflicht	228
(2) Die Treuepflicht	230
(3) Die Verschwiegenheitspflicht	230
f) Folgerungen	230
2. Insolvenzrechtliche Eigenverwaltung	234
a) Grundlagen	235
aa) Aufgaben des Geschäftsführers	235
bb) Erlangung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis	237
cc) Kompetenzverteilung	238
b) Pflicht zur vorläufigen Fortführung des Unternehmens bis zum Berichtstermin	240
c) Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten	242
d) Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans, §§ 218 I 1, 284 I InsO	243
e) Gesellschaftsrechtliche Pflichten	246
aa) In der Rolle als Geschäftsführer der (reinen) Schuldnerin	246

bb) In der Rolle als mittelbarer Eigenverwalter	246
(1) Einberufungspflichten, Informationspflichten und Auskunfts- und Einsichtsverweigerung	246
(2) Vermögensbezogene Pflichten.....	248
(3) Allgemeine Geschäftsleiterpflichten, § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG	250
f) Folgerungen	252
aa) Stellung der Geschäftsleiter	252
bb) Anzuwendender Sorgfaltsmaßstab	253
cc) Anzuwendendes Haftungsregime	254
(1) Gesellschaftsrechtliches Modell	254
(2) Allgemeine zivilrechtliche Regeln.....	255
dd) Interessenausrichtung des Geschäftsleiterhandelns	258
ee) Geschäftsleiterpflichten	261
III. Insolvenzplanverfahren	261
1. Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten	261
2. Pflicht zur Erfüllung des Insolvenzplans	261
3. (Folgen-)Verantwortung für den vorgelegten Insolvenzplan	263
4. Folgepflicht gegenüber dem Insolvenzverwalter?	264
5. Gesellschaftsrechtliche Pflichten.....	265
a) Erarbeitung und Vorlage eines Insolvenzplans	265
aa) Schuldnerplan.....	265

bb) Eigenverwalterplan	266
cc) Fremdverwalterplan	266
dd) Planinhalt	267
b) Insolvenzplanverfahren	267
6. Folgerungen	268
D. Dogmatische Einordnung	269
1. Gesetzliche Veränderung des Handlungsspielraums der Geschäftsleiter	269
2. Schutzrichtung der Pflichten	271
3. Rechtsfolgen bei Pflichtverletzungen	271
§ 8 Reaktionsmöglichkeiten auf das Vorliegen von Insolvenzgründen	272
A. Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO	272
I. Entscheidungskompetenz.....	272
1. Verhältnis außergerichtliche Sanierung – Sanierung im Insolvenzverfahren	273
2. Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags gemäß § 18 InsO.....	277
II. Durchführung der Sanierung	278
III. Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen des StaRUG-RegE	279
B. Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder der Überschuldung (§ 19 InsO), materielle Insolvenz.....	282
I. Entscheidungskompetenz.....	282
II. Durchführung der Sanierung	286
C. Formelle Insolvenz	288

I. Insolvenzrechtliches Regelverfahren.....	290
1. Regelverfahren.....	290
a) Entscheidungskompetenz.....	290
b) Durchführung der Sanierung.....	293
2. Insolvenzrechtliche Eigenverwaltung.....	294
a) Entscheidungskompetenz.....	294
b) Durchführung der Sanierung.....	296
II. Insolvenzplanverfahren	299
1. Entscheidungskompetenz	300
2. Durchführung der Sanierung	301
§ 9 Zwischenergebnis	304
3. Abschnitt: Leitlinien zur Operationalisierung vager Verhaltensmaßstäbe.....	307
2. Teil: Einzelfragen	312
§ 10 Geschäftsleiterpflichten im Insolvenzeröffnungsverfahren	312
A. Problemaufriss	312
B. Gesetzliche Veränderung des Handlungsspielraums.....	314
I. Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten	314
1. Auskunftsspflichten.....	315
2. Mitwirkungspflichten	317
3. Gewährung von Zutritt und Gestattung von Nachforschungen	317
II. Pflicht zur Betriebsfortführung.....	318
1. Reguläres Insolvenzeröffnungsverfahren	318

2. Vorläufige Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren	319
III. Recht zur Beantragung der Eigenverwaltung, § 270 II Nr. 1 InsO.....	322
IV. Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans, § 218 I 1 InsO	322
1. Ohne Schutzschirmverfahren.....	322
2. Mit Schutzschirmverfahren, § 270b InsO.....	323
a) Gesellschaftsinterne Zuständigkeit und Pflicht zur Antragstellung	324
b) Bescheinigung über die Sanierungsfähigkeit, § 270b I 3 InsO	324
aa) Auswahl des Ausstellers	324
bb) Erforderlicher Umfang der Vor- und Zuarbeit des Schuldners	325
c) Erarbeitung und Vorlage eines Insolvenzplans	327
V. Möglichkeiten der Antragsrücknahme	329
1. Verfahrensübergreifende Möglichkeit, § 13 II InsO	329
2. Besonderheiten bei Beantragung der Eigenverwaltung, § 270a II InsO.....	330
VI. Folgepflicht gegenüber dem Insolvenzverwalter? ..	331
VII. Gesellschaftsrechtliche Pflichten.....	331
1. Reguläres Insolvenzeröffnungsverfahren	332
a) Einberufungspflichten, Informationspflichten und Auskunfts- und Einsichtsverweigerung.....	332
b) Vermögensbezogene Pflichten.....	332

c) Allgemeine Geschäftsleiterpflichten, § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG.....	333
2. Vorläufige Eigenverwaltung.....	334
a) In der Rolle als Geschäftsleiter der (reinen) Schuldnerin.....	334
b) In der Rolle als mittelbarer Eigenverwalter	334
aa) Einberufungspflichten, Informationspflichten, Auskunfts- und Einsichtsverweigerung und vermögensbezogene Pflichten	334
bb) Allgemeine Geschäftsleiterpflichten, § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG	335
VIII. Folgerungen.....	337
C. Reaktionsmöglichkeiten im Insolvenzeröffnungsverfahren.....	340
I. Entscheidungskompetenz.....	340
II. Durchführung der Sanierung	341
1. Verbindliche und zu empfehlende Vorgehensweisen	341
2. Das Schutzschirmverfahren	344
D. Zwischenergebnis	346
§ 11 Die Sanierungsmöglichkeiten durch die Restrukturierung von Anleihen nach dem SchVG.....	347
A. Außergerichtliche Restrukturierungsmöglichkeiten.....	347
I. Die Möglichkeiten der Anleiherestrukturierung nach §§ 5 ff. SchVG	348
II. Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungszeitpunkt der Anleiherestrukturierung nach §§ 5 ff. SchVG	349

III. Durchführung der Anleiherestrukturierung nach §§ 5 ff. SchVG	352
1. Vorbereitung der Anleiherestrukturierung	352
2. Einberufung der Gläubigerversammlung bzw. Aufforderung zur Stimmabgabe	354
3. Abhaltung der Gläubigerversammlung und Umsetzung der Beschlüsse	355
B. Restrukturierungsmöglichkeiten im Insolvenzverfahren	356
I. Anleiherestrukturierung im Insolvenzplan, §§ 217 ff. InsO.....	356
II. Anleiherestrukturierung nach §§ 5 ff. SchVG.....	357
C. Zwischenergebnis	359
3. Teil: Fazit	361
§ 12 Vorbemerkung	361
§ 13 Die wesentlichen Ergebnisse in Thesen.....	363
A. Geschäftsleiterpflichten bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage	363
B. Geschäftsleiterpflichten bei Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit	372
C. Geschäftsleiterpflichten bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und bzw. oder der Überschuldung...	375
D. Geschäftsleiterpflichten im Insolvenzeröffnungsverfahren	378
E. Geschäftsleiterpflichten im Insolvenzverfahren	382
Literaturverzeichnis	391
Internetquellenverzeichnis.....	431

§ 1 Einleitung

A. Einführung

Die Geschäftsleiter „stehen bei Scheitern einer Krisenbewältigung erkennbar ‚mit einem Bein im Gefängnis und mit einem Bein im Schuldenturm‘.“¹ Wird von den Geschäftsleitern auf der einen Seite Unternehmergeist verlangt, droht auf der anderen Seite der Makel der Insolvenz² mit hohem Reputations- sowie Karriererisiko, drohender Strafbarkeit und drohender persönlicher Haftung.³ Nach dem Prinzip der persönlichen Verantwortung wurde⁴ und wird ein wirtschaftlicher Zusammenbruch dem Schuldner und, wenn es sich bei diesem um eine Gesellschaft handelt, dessen Geschäftsleitern zugerechnet. Sie sind es, die Rechenschaft für eine Eskalation der wirtschaftlichen Lage ablegen müssen.⁵ Managementfehler stellen auch die häufigste Ursache für Krisen von Gesellschaften und deren Insolvenzen dar.⁶

Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft geht mit einer Veränderung des Pflichtenprogramms der, dem Gesellschaftsinteresse⁷ verschriebenen, Geschäftsleiter der GmbH und

¹ Ehlers, BB 2013, 1539, 1540.

² Vgl. Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, S. 25; Paulus, ZGR 2005, 309 ff.

³ Vgl. Seibt, BB 2019, 2563, 2564; Uhlenbruck, WiB 1996, 409.

⁴ Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 4.01; Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, S. 25; ferner Kübler, ZHR 168 (2004), 216 ff.

⁵ Vgl. Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, S. 29; ferner Bubrowski, Steiler Aufstieg - tiefer Fall, Stand: 12.10.2015; für die GmbH: vgl. Bellen/Stehl, BB 2010, 2579; Knittel, GmbH-StB 2015, 138.

⁶ Vgl. Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, S. 25; Haas, WM 2006, 1417; o.V., Studie: Managementfehler sind häufigste Insolvenzursache, Stand: 27.9.2006.

⁷ Das Gesellschaftsinteresse wird durch die beteiligten natürlichen Personen gemittelt, welche Personen relevant sind, ist umstritten: interessenmonistischer Ansatz (Shareholder Value), für die AG: Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 76 Rn. 29, 34, 37; Hölter/Weber AktG § 76 Rn. 19 ff.; Groh, DB 2000, 2153 ff.; für die GmbH: MüKo GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 16 ff.; Bork/Schäfer GmbHG/Klöhn, § 43 Rn. 2 ff.; Baumbach/Hueck/Noack GmbHG § 43 Rn. 27 f.; interessenpluraler Ansatz (Stakeholder Value), für die AG: OLG Frankfurt, Urt. v. 17.8.2011 - 13 U 100/10 = ZIP 2011, 2008, 2009 ff.; Hüffer/Koch/Koch AktG § 76 Rn. 28, 30 ff.; KK-AktG/Mertens/Cahn, § 76 Rn. 15 ff.; Kort, AG 2012, 605 ff.; Schäfer/Missling, NZG 1998, 441, 444; für die GmbH: OLG Naumburg, Urt. v. 30.11.1998 - 11 U 22/98 = NZG 1999, 353, 354; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 150.

der AG einher. GmbHG, AktG und InsO reagieren mit der Normierung von Geschäftsleiterpflichten. Von Gesetzes wegen treten insbesondere gläubigerschützende Vorgaben hinzu. Das Gesetz mit seinen punktuellen Verhaltensge- und -verbote gibt jedoch nur ansatzweise vor, wie sich die Geschäftsleiter zwischen den einzelnen Regelungen und gerade in konkreten Entscheidungssituationen zu verhalten haben. Rechtsprechung und Literatur stellen insbesondere durch die Konkretisierung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gemäß § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG verbindliche Handlungsanweisungen auf. Außerdem finden sich Regelwerke wie die IDW Standards. Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage bringt aber nicht nur eine Verengung des Handlungsspielraums der Geschäftsleiter mit sich, sondern geht auch mit neuen Handlungsmöglichkeiten einher, mit denen die Geschäftsleiter umgehen müssen. So bieten neben GmbHG, AktG und InsO auch das Schuldverschreibungs-gesetz und voraussichtlich ab dem 01.01.2021 das StaRUG Instrumente, die der Krisenbewältigung gewidmet sind. Einer Krise ist schließlich nicht nur der drohende Untergang der Gesellschaft immanent, sondern stets auch die Chance für eine Kehrtwende.⁸ Der Verwirklichung dieser Chance, das Unternehmen wieder dauerhaft stabil, wettbewerbsfähig und gewinnorientiert aufzustellen,⁹ dient die Sanierung. Die Formulierung von Verhaltensvorgaben erfordert eine Gesamtschau der Bestimmungen des Gesellschaftsrechts und des Insolvenzrechts. Allein die Geschäftsleiter, die die ihnen zur Verfügung stehenden Rechte und die sie treffenden Pflichten kennen und von diesen Gebrauch machen bzw. diesen nachkommen, können bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage und bei Vorliegen von Insolvenzgründen in und außerhalb des Insolvenzverfahrens ihrem Amt gerecht werden. In diesem Zusammenhang dient die vorliegende Arbeit der Darstellung der Pflichten des Geschäftsleiters ab Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage bis hinein in das Insolvenzverfahren.

⁸ *Sinz* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 1.3; vgl. *Beutel/Sistermann*, in: Lüdiche/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, § 17 Rn. 3; MAH Insolvenz/*Kreplin* § 1 Rn. 5; MAH GmbH-Recht/*Schluck-Amend* § 23 Rn. 3; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 10; *Seefelder*, Unternehmenssanierung, S. 18.

⁹ *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 185.

B. Untersuchungsgegenstand und Gang der Untersuchung

Gegenstand der Arbeit sind die Pflichten der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften in Sanierungssituationen. Betrachtet werden die Geschäftsführer der GmbH und der Vorstand der AG. Die Folgen, die eine Börsennotierung mit sich bringt, werden weitestgehend ausgeklammert.¹⁰ Betrachtet wird der Wandel der Stellung des Geschäftsleiters im Kompetenzgefüge der Gesellschaft, der Interessenausrichtung seines Handelns und seiner Pflichten¹¹. Die Darstellung reicht über die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage und den Eintritt von Insolvenzgründen bis hinein in das Insolvenzverfahren. Die Geschäftsleiterpflichten werden in den verschiedenen Krisenstadien aufgezeigt. Das Herzstück der Arbeit, der 1. Teil, beginnt im 1. Abschnitt mit der Beschreibung des Zustands der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage. Hierfür findet eine Auseinandersetzung mit dem Begriff der „Krise“ statt. Anschließend wird die gesetzliche Verdichtung des Handlungsspielraums der Geschäftsleiter dargestellt, indem die Pflichten, die GmbHG und AktG für die Geschäftsleiter bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage vorsehen, beschrieben und miteinander verglichen werden. Das Gesetz sieht Einberufungspflichten, Informationspflichten, Regeln zur Auskunft- und Einsichtsverweigerung sowie vermögensbezogene Pflichten vor. Außerdem werden die Auswirkungen der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage auf die allgemeinen Geschäftsleiterpflichten aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG dargestellt. Hieraus werden Schlüsse für die Rolle des Geschäftsleiters gezogen. Darauf folgend werden die Reaktionsmöglichkeiten auf diesen Zustand durch eine Vorstellung der möglichen Handlungsoptionen – Sanierung, Abwicklung/Liquidation und reine Fortführung der Geschäfte – und die Darstellung der Entscheidungskompetenzen für das „Ob“ und das „Wie“ der Sanierung sowie die Durchführung der Sanierung beschrieben. Abschließend wird der Einfluss der Verschlechterung der

¹⁰ Nicht Teil dieser Arbeit sind die kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten der Geschäftsleiter in Krise und Insolvenz der Gesellschaft, vgl. dazu *Häller*, Kapitalmarktrecht und Unternehmenssanierung in der Insolvenz, 2015.

¹¹ Zu typischerweise einschlägigen Straftatbeständen, vgl. *Seefelder*, Unternehmenssanierung, S. 72 ff.

wirtschaftlichen Lage auf die Stellung, die Interessenausrichtung und die Pflichten des Geschäftsleiters beurteilt.

Der 2. Abschnitt ist dem Vorliegen von Insolvenzgründen gewidmet. Nach der Vorstellung der insolvenzrechtlichen Krise werden die gesetzlichen Veränderungen des Handlungsspielraums der Geschäftsleiter bei drohender Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO, bei materieller Insolvenz wegen Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und bzw. oder Überschuldung (§ 19 InsO) sowie in der formellen Insolvenz dargestellt. Die formelle Insolvenz beinhaltet das insolvenzrechtliche Regelverfahren mit dem regulären Regelverfahren und der Eigenverwaltung ebenso wie das Insolvenzplanverfahren. Im ersten Schritt werden die neu hinzutretenden insolvenzrechtlichen Rechte und Pflichten aufgezeigt. Anschließend wird die Veränderung der gesellschaftsrechtlichen Einberufungspflichten, der Informationspflichten, der Regeln zur Auskunft- und Einsichtsverweigerung, der vermögensbezogenen Pflichten und der allgemeinen Geschäftsleiterpflichten im Hinblick auf die Sanierung aufgezeigt. Im Folgenden werden die Reaktionsmöglichkeiten auf das Vorliegen von Insolvenzgründen in den einzelnen Stadien jeweils durch die Beschreibung der Entscheidungskompetenz und der Durchführung der Sanierung dargelegt. Abschließend findet eine Auseinandersetzung mit der Stellung, der Interessenausrichtung und den Pflichten des Geschäftsleiters statt. Im 3. Abschnitt werden Leitlinien zur Operationalisierung vager Verhaltensmaßstäbe vorgestellt.

Der 2. Teil widmet sich mit der Sanierung im Insolvenzeröffnungsverfahren und den Sanierungsmöglichkeiten durch die Restrukturierung von Anleihen nach dem SchVG Einzelfragen. Der 3. Teil schließt die Arbeit mit einer Gesamtbetrachtung und der Darstellung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen ab.

1. Teil: Geschäftsleiterpflichten in Sanierungssituationen

1. Abschnitt: Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage

§ 2 Problemaufriss

Fraglich ist, ob und, wenn ja, welche Veränderungen die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage für die Pflichten des Geschäftsleiters und seine Stellung sowie die Interessenausrichtung mit sich bringt. Bei der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage handelt es sich um eine wirtschaftliche Notlage. Ihr Eintritt kann nur durch die Beurteilung der Gesamtsituation im Einzelfall festgestellt werden. Sie beginnt bereits vor dem Eintritt einer Krise und umfasst alle vorinsolvenzlichen Krisenstadien. Der Begriff der „Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage“ soll in der vorliegenden Arbeit gerade als Oberbegriff für die verschiedenen Verständnisse des Begriffs der „Krise“ dienen.

Eine einheitliche, universal geltende Definition der „Krise“ existiert weder innerhalb noch außerhalb des Gesetzes.¹² Es kann zunächst zwischen der betriebswirtschaftlichen und der (gesellschafts-)rechtlichen Ausprägung dieses Begriffs unterschieden werden.

Als *Krise im betriebswirtschaftlichen Sinn* wird überwiegend ein „Zustand, der die Lebensfähigkeit eines Unternehmens, d.h. seine Existenz bedroht, indem wesentliche Ziele und Werte des Unternehmens unmittelbar gefährdet sind“¹³, verstanden.¹⁴ Indizien sind

¹² Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 34; Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 9; vgl. Gottwald/Haas/Drukarczyk/Schöntag, Insolvenzrechts-Handbuch § 2 Rn. 3; Beck PersGes-HB/Eberhard § 12 Rn. 8; MAH GmbH-Recht/Schluck-Amend § 23 Rn. 2; Sinz in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 1.10; Schulz, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 25; Reuter in BB 2003, 1797; ferner Pelz, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 31 Rn. 1; Krystek, Unternehmungskrisen, S. 3 ff.

¹³ Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 34.

¹⁴ Vgl. Beck Hdb GmbH/Axhausen/Rieser, § 15 Rn. 1; Beutel/Sistermann, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, § 17 Rn. 3; Beck PersGes-HB/Eberhard § 12 Rn. 1; Pelz, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 31 Rn. 1; Picot Hdb Wirtschaftsrecht/Picot/Aleth, Teil VIII. Rn. 2; MAH GmbH-Recht/Schluck-

unter anderem (angedrohte) Kündigungen von Krediten von Seiten der Banken, erfolglose Kreditverhandlungen und die absehbare Nichtbegleichung von Rechnungen sowie Löhnen und Gehältern.¹⁵ Anhand der Krisenursachen kann in endogene und exogene Krisen unterteilt werden.¹⁶ Erstere ist gegeben, wenn die Wurzeln der Krise in der Gesellschaft selbst, Letztere wenn sie außerhalb dieser zu finden sind.¹⁷ Der vom Institut der Wirtschaftsprüfer veröffentlichte IDW S 6 grenzt sechs Stadien ab, in welchen jeweils der Handlungsspielraum schrumpft und die Anzeichen sowie der Handlungsdruck wachsen, namentlich die Stakeholderkrise, die Strategiekrise, die Produkt- und Absatzkrise, die Erfolgskrise, die Liquiditätskrise und schließlich die Insolvenz.¹⁸ Diese Stadien sind nicht stets eindeutig voneinander abgrenz- und isolierbar, sondern können sich auch über-

Amend § 23 Rn. 3; *Sinz* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 1.2; *Steffan* in Oppenländer/Trölitisch, GmbH-Geschäftsführung, § 37 Rn. 3; *Zabel*, in: Kübler, HRI, § 3 Rn. 4; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 34; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 9 f.; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 84; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 28; *Bork* in ZIP 2011, 101; *Ehlers*, ZInsO 2005, 169; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 376; ferner MAH Insolvenz/*Kreplin* § 1 Rn. 5; *Bea/Kötzle*, DB 1983, 565; *Gross*, DStR 1991, 1572.

¹⁵ *Ehlers*, ZInsO 2005, 169.

¹⁶ *Hess* Kap. 2 Rz. 42, 45 ff.; MAH GmbH-Recht/*Schluck-Amend* § 23 Rn. 4; vgl. *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 11; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 31.

¹⁷ Beck Hdb GmbH/*Axhausen/Rieser*, § 15 Rn. 4; *Hess* Kap. 2 Rz. 40, 42, 45 ff.; *Krystek/Moldenhauer*, Hdb Krisen- und Risikomanagement, S. 42 ff.; MAH GmbH-Recht/*Schluck-Amend* § 23 Rn. 4; *Zabel*, in: Kübler, HRI, § 3 Rn. 36 ff.; *Böckenförde*, Unternehmenssanierung, S. 18, 27 ff.; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 11 f.; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 31; vgl. Beck PersGes-HB/*Eberhard* § 12 Rn. 2; *Brewer*, Gabler Wirtschaftslexikon: Sanierung, Stand: o.A.

¹⁸ IDW Standard: Anforderungen an Sanierungskonzepte (IDW S 6), Stand: 16.5.2018, IDWLife 2018, 813, 818 Rn. 31 ff.; vgl. Beck Hdb GmbH/*Axhausen/Rieser*, § 15 Rn. 2; *Sinz* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 1.2; *Steffan* in Oppenländer/Trölitisch, GmbH-Geschäftsführung, § 37 Rn. 3; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 10, 13; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 85; ferner Beck PersGes-HB/*Eberhard* § 12 Rn. 2; *Hess* Kap. 2 Rz. 43, 53 ff.; *Pelz*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 31 Rn. 2; MAH GmbH-Recht/*Schluck-Amend* § 23 Rn. 4; *Zabel*, in: Kübler, HRI, § 3 Rn. 9 f., 18 ff.; *Böckenförde*, Unternehmenssanierung, S. 18 ff.; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 29 ff.; *Bork*, ZIP 2011, 101; *Gross*, DStR 1991, 1572.

schneiden.¹⁹ Je nach Fortschritt der Krise kann diese als potentiell, latent, akut beherrschbar oder akut nicht beherrschbar eingeordnet werden.²⁰

Die (*gesellschafts-*)*rechtliche Krise* wurde 1998 in § 32a I 1 GmbHG a.F. als „Zeitpunkt, in dem ihr [(der Gesellschaft)] die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten“ definiert und Kreditunwürdigkeit²¹ getauft. Sie fand auch auf die AG Anwendung.²² § 32a GmbHG a.F. wurde im Jahr 2008 ersatzlos gestrichen. Weder das GmbH- noch das Aktiengesetz erwähnen in der heute geltenden Fassung den Begriff der „Krise“. Das HGB nennt in § 289 HGB „Risiken“ und das AktG in § 87 II 1 AktG die Verschlechterung der Lage der Gesellschaft sowie in § 91 II AktG „den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen“.

Neben der Fortgeltung der Definition aus § 32a I 1 GmbHG a.F.²³ kommt für die Begriffsbestimmung auch die Anknüpfung an den Moment der Anwendbarkeit des Sanierungsprivilegs von

¹⁹ *Sinz* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 1.2; *Zabel*, in: Kübler, HRI, § 3 Rn. 10; vgl. *Kraus* in *Buth/Hermanns*, RStL, § 4 Rn. 8; a.A. *Gross*, DStR 1991, 1572.

²⁰ *Krystek*, Unternehmungskrisen, S. 29 ff.; so auch Beck Hdb GmbH/Axhausen/Rieser, § 15 Rn. 4; *Zabel*, in: Kübler, HRI, § 3 Rn. 16; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 11 ff.; anders *Krystek/Moldenhauer*, Hdb Krisen- und Risikomanagement, S. 39 f.; gröber MAH GmbH-Recht/Schluck-Amend § 23 Rn. 4; *Böckenförde*, Unternehmenssanierung, S. 18.

²¹ Diese ist gegeben, „wenn ein außenstehender Dritter nicht mehr zu marktüblichen Bedingungen ohne Besicherung des Kredits durch die Gesellschafter den Kredit gewährt und die Gesellschaft ohne Zuführung dieser Mittel liquidiert werden müsste“, MAH GmbH-Recht/Schluck-Amend § 23 Rn. 11; vgl. BGH, Urt. v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11 = BGHZ 198, 64 Rz. 28 = ZIP 2013, 1579, 1582 Rz. 28; BGH, Urt. v. 3.4.2006 - II ZR 332/05 = ZIP 2006, 996, 997 Rz. 7; BGH, Urt. v. 12.7.1999 - II ZR 87/98 = ZIP 1999, 1524, 1525 f.; Beck PersGes-HB/Eberhard § 12 Rn. 7; *Loose/Maier*, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, 1. Auflage 2008, § 17 Rn. 4; *Picot* Hdb Wirtschaftsrecht/*Picot/Aleth*, Teil VIII. Rn. 3, 7; *Sinz* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 1.13; *Steffan* in *Oppenländer/Trörlitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 37 Rn. 4; *Zabel*, in: Kübler, HRI, § 3 Rn. 6; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 14; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 87 f.; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 25 f.; *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260.

²² *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 15; vgl. BGH, Urt. v. 26.3.1984 - II ZR 171/83 = BGHZ 90, 381 ff. = NJW 1984, 1893 ff.

²³ *Hölzle*, ZIP 2013, 1846, 1847; vgl. MAH GmbH-Recht/Schluck-Amend § 23 Rn. 5; *Pelz*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 31 Rn. 1.

§ 39 I Nr. 5, IV 2 InsO a.F.,²⁴ die Anknüpfung an eine Unterbilanz (§ 30 GmbHG)²⁵ oder an den Verlust der Hälfte des Stammkapitals/Grundkapitals gemäß § 49 III GmbHG/§ 92 I 1 Alt. 1 AktG,²⁶ die sog. qualifizierte Unterbilanz,²⁷ in Betracht (*starre normbezogene Krisendefinitionen*). Kein starres, sondern ein bewegliches Verständnis liegt dem Krisenbegriff zugrunde, der eine rechtliche Krise annimmt, „wenn die betriebswirtschaftliche Krise so weit gediehen ist, dass Rechtsfolgen ausgelöst werden.“²⁸ Zunächst werden hierfür § 57 I 1 AktG, § 230 AktG, § 30 GmbHG und die materielle sowie noch die nominelle Unterkapitalisierung angeführt.²⁹ Konkreter wird das Eingreifen der „spezifisch gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzvorschriften“³⁰, namentlich der §§ 30, 31 GmbHG, § 49 III GmbHG, § 268 III HGB und des Verbots existenzvernichtender Eingriffe gefordert.³¹ Teilweise wird von mehreren an die jeweiligen gesetzlichen Tatbestände anknüpfenden, gesellschaftsrechtlichen Krisenzeitpunkten ausgegangen,³² die dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dienende Rechtspflichten auslösen und verschärfen.³³ Hierunter sollen fallen „die Unterbilanz [...] gem. §§ 30, 31 GmbHG, der Verlust der Hälfte des Stammkapitals i.S.d. § 49 Abs. 3 GmbHG/[§ 92 I Alt. 1 AktG], die bilanzielle Überschul-

²⁴ Für die GmbH: Beck Hdb GmbH/Axhausen/Rieser, § 15 Rn. 6.

²⁵ Für die GmbH: Schulz, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 28, 31.

²⁶ Für die GmbH: Beck Hdb GmbH/Axhausen/Rieser, § 15 Rn. 6; vgl. Westermann, DZWIR 2006, 490, 490; Schulz, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 28, 31; für die AG: Liese, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 7 Rn. 36; Ihrig/Schäfer, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014, Rn. 1430; für GmbH und AG: vgl. Picot/Aleth, DSWR 1997, 260 f.

²⁷ Ihrig/Schäfer, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014, Rn. 1430.

²⁸ Steffan in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 37 Rn. 4; vgl. Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 13; Uhlenbruck, GmbHR 1999, 313, 315; ders., BB 1998, 2009, 2010; kritisch Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 35; siehe auch Ehlers, BB 2013, 1539; anders als Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 90, annimmt, handelt es sich hierbei nicht um eine „von den bestehenden Vorschriften“ „losgelöst[e]“ Definition, da mit den gesellschaftsrechtlichen Krisenzeitpunkten gerade auf Vorschriften Bezug genommen wird.

²⁹ Uhlenbruck, GmbHR 1999, 313, 315 f.; ders., BB 1998, 2009, 2010.

³⁰ Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 23.

³¹ Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 23.

³² Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 35; vgl. Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 15; Bork in ZIP 2011, 101.

³³ Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 35.

dung i.S.d. § 268 Abs. 3 HGB, die Kreditunwürdigkeit i.S.d. §§ 32a, b GmbHG [a.F.] und die materielle Unterkapitalisierung³⁴ (*bewegliche normbezogene Krisendefinitionen*). Vertreten wird mit einer Ausrichtung am Grad der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Insolvenz und der Unterteilung in die drei Phasen drohende, präsen- und aktue Unternehmenskrise außerdem noch eine *wahrscheinlichkeitsbezogene Krisendefinition*.³⁵

All diese Definitionen sind vom Begriff der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft erfasst. Die Bedeutung der verschiedenen Stadien der Krise im betriebswirtschaftlichen Sinn und die der verschiedenen Begriffsverständnisse der Krise im (gesellschafts-)rechtlichen Sinn für die Geschäftsleiterpflichten wird bei den jeweiligen Pflichten dargestellt. Wird im Folgenden allein von einer „Krise“ gesprochen, ohne dass ein Verweis auf eine der wiedergegebenen Definitionen erfolgt, ist hierunter schlicht eine verschärfte wirtschaftliche Notlage zu verstehen.

§ 3 Gesetzliche Verengung des Handlungsspielraums

Verschlechtert sich die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, greifen gesetzliche Pflichten. Es kommt von Gesetzes wegen zu einer Verengung des Handlungsspielraums der Geschäftsleiter. Pflichten, die erst durch die verschlechterte wirtschaftliche Lage ausgelöst werden, und solche, die zwar unabhängig von der wirtschaftlichen Lage greifen, aber in dieser Situation über eine besondere Bedeutung (für die Sanierung) verfügen, werden im Folgenden dargestellt.

³⁴ Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 35; vgl. Litzberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 15.

³⁵ Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 107 ff., 341 f.

A. Pflichten zur Einberufung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung

I. Einberufungspflichten des Geschäftsführers der GmbH

1. Bei Verlust des hälftigen Stammkapitals, § 49 III GmbHG

§ 49 III GmbHG verpflichtet zur unverzüglichen Einberufung der Gesellschafterversammlung, wenn sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. Eine Fortführungsprognose entscheidet über den Ansatz zu Fortführungs- oder Liquidationswerten.³⁶ Die Pflicht dient als Krisenwarnsignal,³⁷ um die Gesellschafter früh zu informieren und ihnen als Vorstufe der Insolvenzantragspflicht³⁸ die Möglichkeit zu gewähren, rechtzeitig auf die Situation der Gesellschaft zu reagieren.³⁹ Die Gesellschaft und bzw. oder

³⁶ Für die GmbH: H.M., siehe Ulmer/Hüffer/Koch/Schürnbrand GmbHG § 49 Rn. 26; MüKo GmbHG/Liebscher, § 49 Rn. 58; Michalski GmbHG/Römermann, § 49 Rn. 108; Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 44; vgl. Beck Hdb GmbH/Axhausen/Rieser, § 15 Rn. 145 f.; a.A. Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, 8. Aufl., § 49 Rn. 13; Scholz GmbHG/Seibt, § 49 Rn. 24; a.A. Neuberger, ZIP 2020, 153, 156 ff.; im Rahmen der § 30, 43a GmbHG sind stets die fortgeführten Buchwerte relevant, zu § 30 GmbHG: Michalski-Heidinger, GmbHG, § 30 Rn. 27, 57; vgl. BGH, Urt. v. 11.12.1989 - II ZR 78/89 = BGHZ 109, 334, 337 = NJW 1990, 1109; MüKo GmbHG/Ekkenga, § 30 Rn. 89; Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG § 30 Rn. 17, 32 f.; Müller, DStR 1997, 1577, 1578; grundsätzlich, BeckOK-GmbHG/Schmolke, § 30 Rn. 9, 59, 62; Scholz GmbHG/Verse, § 30 Rn. 58 ff.; zu § 43a GmbHG: vgl. Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 43a Rn. 4; BeckOK-GmbHG/Heidinger, § 43a Rn. 21; Michalski GmbHG/Lieder, § 43a Rn. 35; Ulmer/Paefgen GmbHG § 43a Rn. 31.

³⁷ BeckOK-GmbHG/Schindler, § 49 Rn. 4, 44; Scholz GmbHG/Seibt, § 49 Rn. 23; Haese, Unternehmensleitung und Überwachung in der GmbH, S. 80; vgl. MüKo GmbHG/Liebscher, § 49 Rn. 55; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 49 Rn. 22; Michalski GmbHG/Römermann, § 49 Rn. 8; Haas, Gutachten E 66. DJT, E 109; Müller, ZGR 1985, 191, 193.

³⁸ MüKo GmbHG/Liebscher, § 49 Rn. 58; vgl. Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, 8. Aufl., § 49 Rn. 11.

³⁹ Vgl. Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 49 Rn. 17; MüKo GmbHG/Liebscher, § 49 Rn. 7, 55, 59; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, 8. Aufl., § 49 Rn. 11; BeckOK-GmbHG/Schindler, § 49 Rn. 5, 44; Scholz GmbHG/Seibt, § 49 Rn. 23; Beck Hdb GmbH/Axhausen/Rieser, § 15 Rn. 142; Nowotny in FS Semler, 231, 236; Haese, Unternehmensleitung und Überwachung in der GmbH, S. 81; Litzberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 15; ferner Veil, ZGR 2006, 374, 375.

die Gesellschafter werden vorrangig,⁴⁰ die Gläubiger und die Allgemeinheit nur reflexiv⁴¹ geschützt.

Die Einberufung muss die Mitteilung der finanziellen Lage⁴² und die für die Versammlung nötigen Informationen, wie eine aktuelle Bilanz bzw. einen aktuellen Zwischenabschluss,⁴³ und kann Vorschläge für Reaktionsmaßnahmen⁴⁴ beinhalten, vgl. § 51 GmbHG. In der Gesellschafterversammlung sind die Verlustmitteilung vorzutragen und gegebenenfalls geeignete Reaktionsmöglichkeiten zu behandeln.⁴⁵ Die Anforderung der Unverzüglichkeit im Sinne von § 121 I 1 BGB⁴⁶ betrifft die Einladung zur Gesellschafterversammlung und deren Terminierung,⁴⁷ die gegebenenfalls nötige Erstellung einer Zwischenbilanz⁴⁸ sowie die Informationsversorgung der Gesellschafter.⁴⁹ Eine Pflichtverletzung kann zur Haftung aus § 43 II GmbHG führen.⁵⁰

⁴⁰ Vgl. MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 7; Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 23; *Haese*, Unternehmensleitung und Überwachung in der GmbH, S. 86; anders Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 49 Rn. 17; Michalski GmbHG/*Römermann*, § 49 Rn. 10, 134; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 47.

⁴¹ Vgl. *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 49 Rn. 14; Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 23, 35; *Priester*, ZGR 1999, 533, 536; vgl. Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 49 Rn. 17, 26; MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 7, 65, 71; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 46; teilw. a.A. Henssler/*Strohn/Hillmann* GmbHG § 49 Rn. 16 f.; Beck Hdb GmbH/*Axhausen/Rieser*, § 15 Rn. 148.

⁴² Michalski GmbHG/*Römermann*, § 49 Rn. 122; Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 23, 30.

⁴³ Vgl. MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 62; Michalski GmbHG/*Römermann*, § 49 Rn. 122; ferner Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 23, 30.

⁴⁴ Stärker Michalski GmbHG/*Römermann*, § 49 Rn. 123.

⁴⁵ Vgl. Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 30.

⁴⁶ H.M. Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 49 Rn. 20; Henssler/*Strohn/Hillmann* GmbHG § 49 Rn. 13; MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 62; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* GmbHG § 49 Rn. 21; Michalski GmbHG/*Römermann*, § 49 Rn. 125; a.A. Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 29.

⁴⁷ Henssler/*Strohn/Hillmann* GmbHG § 49 Rn. 13; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* GmbHG § 49 Rn. 21; Michalski GmbHG/*Römermann*, § 49 Rn. 126; vgl. BeckOK-GmbHG/*Schindler*, § 49 Rn. 45; Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 29.

⁴⁸ Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 49 Rn. 20.

⁴⁹ MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 62.

⁵⁰ Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 49 Rn. 22; Henssler/*Strohn/Hillmann* GmbHG § 49 Rn. 17; MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 65; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* GmbHG § 49 Rn. 23; Michalski GmbHG/*Römermann*, § 49 Rn. 133; Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 35; Beck Hdb GmbH/*Axhausen/Rieser*, § 15 Rn. 148; *Zeilinger*, GmbHR 2001, 541, 551.

2. Bei Erforderlichkeit im Interesse der Gesellschaft, § 49 II Hs. 2 GmbHG

Gemäß § 49 II Hs. 2 GmbHG ist die Gesellschafterversammlung zu berufen, wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint. Diese Pflicht soll gewährleisten, dass die gesellschaftsinterne Willensbildung mit der Gesellschafterversammlung an der Spitze gewahrt bleibt.⁵¹ Sie greift, wenn ein Bedürfnis für besondere konkrete *Maßnahmen* entsteht (erster Gesichtspunkt) oder ein besonderes *Ereignis* ein Informationsbedürfnis sowie ein Bedürfnis nach Befassung der Gesellschafterversammlung weckt (zweiter Gesichtspunkt).⁵²

a) Erster Gesichtspunkt: Bedürfnis nach konkreten Maßnahmen

Der erste Gesichtspunkt ist in drei Fallgruppen zu unterteilen. Die Einberufungspflicht besteht, wenn über die Thematik nach der gesetzlichen oder statutarischen Kompetenzverteilung die Gesellschafterversammlung zu entscheiden hat (geschriebene Zuständigkeit) oder, wenn sie zwar grundsätzlich in die Zuständigkeit des Geschäftsführers fällt, wegen ihres außergewöhnlichen Charakters oder der ökonomischen Relevanz jedoch der Gesamtheit der Gesellschafter zuzuordnen ist (wertungsmäßige Zuständigkeit)^{53,54} Einzuberufen ist auch bei solchen Maßnahmen, denen die Gesellschafter zu widersprechen drohen.⁵⁵

Unter den ersten Gesichtspunkt fallen bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der GmbH insbesondere Maßnahmen, die als

⁵¹ BeckOK-GmbHG/*Schindler*, § 49 Rn. 3; Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 20; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 134; vgl. MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 6, 43; Michalski-*Römermann*, GmbH, § 49 Rn. 6.

⁵² Angelehnt an Roth/*Altmeppen/Roth*, GmbHG, 8. Aufl., § 49 Rn. 9; vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 111.

⁵³ Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 20 ff.

⁵⁴ Vgl. Henssler/*Strohn/Hillmann* GmbHG § 49 Rn. 9; siehe auch MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 48 ff.; Michalski-*Römermann*, GmbH, § 49 Rn. 84 ff.; Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 20 ff.; *Bork*, ZIP 2011, 101, 109; ferner Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 49 Rn. 14; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* GmbHG § 49 Rn. 17.

⁵⁵ MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 52; *Zeilinger*, GmbHR 2001, 541, 544; vgl. Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 49 Rn. 14; BeckOK-GmbHG/*Schindler*, § 49 Rn. 40 f.

Reaktion auf die Krise vorgenommen werden sollen. Zur Fallgruppe der geschriebenen Gesellschafterzuständigkeiten können insbesondere Kapitalmaßnahmen (§§ 55 ff., 58 ff. GmbHG) und andere Satzungsänderungen (§ 53 I GmbHG), Strukturmaßnahmen nach UmwG, außerordentliche Beschlüsse (beispielsweise gemäß § 46 (Nr. 5, 6, 8) GmbHG) oder Maßnahmen außerhalb des Unternehmensgegenstands zählen.⁵⁶ Auch die Auflösung nach § 60 I Nr. 2 GmbHG ist in diesem Zusammenhang anzuführen. Die zweite Fallgruppe kann Neuausrichtungen der betriebenen Geschäftspolitik, Geschäfte denen wegen der finanziellen Situation eine Existenzgefährdung immanent ist⁵⁷, und die Übertragung respektive Veräußerung wesentlicher Vermögenswerte umfassen.⁵⁸ Insbesondere in der Krise droht Konfliktpotential zwischen den Gesellschaftern und zwischen diesen und der Geschäftsleitung. Aus der dritten Fallgruppe können bei der zweiten Konstellation Einberufungspflichten folgen.

b) Zweiter Gesichtspunkt: Ereignisse, die der Befassung der
Gesellschafterversammlung bedürfen

Der zweite Gesichtspunkt verpflichtet zur Einberufung, wenn spezielle Entwicklungen oder Risiken die Beteiligung der Gesellschafter notwendig erscheinen lassen.⁵⁹ Es stellt sich die Frage, ob und wenn ja welche Ereignisse bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage ein Informations- und Befassungsbedürfnis wecken und damit eine Einberufungspflicht begründen.

⁵⁶ Vgl. MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 49; BeckOK-GmbHG/*Schindler*, § 49 Rn. 38; Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 21; ferner Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 49 Rn. 14.

⁵⁷ In der Situation der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der GmbH kommt die Vornahme besonders risikoreicher Geschäfte in Betracht, um die Gesellschaft wieder in die „schwarzen Zahlen“ zu führen, vgl. das sog. „gambling for resurrection“, hierzu *Kuhn*, ZGR 2005, 753, 768.

⁵⁸ Vgl. MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 51; Michalski-*Römermann*, GmbH, § 49 Rn. 91; BeckOK-GmbHG/*Schindler*, § 49 Rn. 40; Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 22.

⁵⁹ Henssler/*Strohn/Hillmann* GmbHG § 49 Rn. 9; Michalski-*Römermann*, GmbH, § 49 Rn. 88; Roth/*Altmeppen/Roth*, GmbHG, 8. Aufl., § 49 Rn. 9; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 111; ferner MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 53.

Der Wortlaut von § 49 II Hs. 2 GmbHG spricht von einer Einberufungspflicht, wenn es das *Gesellschaftsinteresse* erfordert. Laut Definition des Erfordernisses für das Wohl der Gesellschaft müssen der GmbH ohne die Abhaltung einer Versammlung „nicht unerhebliche Nachteile drohen“⁶⁰. Es könnte folglich gerade darauf ankommen, welchen voraussichtlichen Nutzen die Gesellschafterversammlung für die Reaktion auf die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage mit sich bringt. Vorteile zieht die Gesellschaft aus der Gesellschafterversammlung, wenn die Gesellschafter zur Unterstützung aktiv werden, insbesondere, wenn sie Maßnahmen zur Vermeidung respektive Bewältigung der Krise beschließen. Ob dies erwartet werden kann, ist eine Frage des Einzelfalls.

Die Einberufung der Gesellschafterversammlung in der Krise ist gemäß § 49 III GmbHG ausdrücklich erst bei dem Verlust der Hälfte des Stammkapitals gesetzlich vorgesehen und damit erst zu einem Zeitpunkt, in dem die Krise bereits fortgeschritten ist. Für eine zeitlich früher greifende Einberufungspflicht gemäß § 49 II Hs. 2 GmbHG spricht die mit der Krise gegebene Gefahr für die Existenz der Gesellschaft und damit des in ihr verkörperten Kapitals. Es sollte den Gesellschaftern als wirtschaftlichen Eigentümern der Gesellschaft⁶¹ ermöglicht werden, die ihnen zustehenden Befugnisse, wie beispielsweise das Weisungsrecht, die Abberufung des Geschäftsleiters (§ 46 Nr. 5 Var. 2 GmbHG) und bzw. oder des Aufsichtsrats (§ 52 I GmbHG i.V.m. § 103 I 1, 2 AktG), die Vornahme von Kapitalmaßnahmen oder die Auflösung der Gesellschaft, informiert und zeitnah auszuüben.⁶² Zu berücksichtigen ist aber, dass die Gesellschafter bereits auf Basis der vom Geschäftsführer zu erstattenden Berichte beispielsweise über § 50 I GmbHG selbst aktiv werden können.⁶³

Außerdem sind mit der Einberufung Kosten verbunden und führt sie je nach Zusammensetzung des Gesellschafterkreises zur Veröffentli-

⁶⁰ Ulmer/Hüffer/Koch/Schürmbrand GmbHG § 49 Rn. 21; vgl. Henssler/Strohn/Hillmann GmbHG § 49 Rn. 9; MüKo GmbHG/Liebscher, § 49 Rn. 48; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 49 Rn. 17; Haese, Unternehmensleitung und Überwachung in der GmbH, S. 67 f.; vgl. BeckOK-GmbHG/Schindler, § 49 Rn. 37.

⁶¹ BeckOK-GmbHG/Schindler, § 49 Rn. 39.

⁶² Vgl. Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 133.

⁶³ Vgl. § 3 B. II.

chung der angeschlagenen Lage der Gesellschaft. Diese Publizität kann insbesondere zu einem Reputationsverlust, einer Flucht der Arbeitnehmer, Scheu der Geschäftspartner sowie der Stärkung der Konkurrenz führen (sog. Dominoeffekt).⁶⁴ Das marktweite Bekanntwerden des Krisenbeginns kann die Krise rasant verschlimmern. Während für das gesetzliche Leitbild der GmbH als Rechtsform der kleineren sowie mittelständischen Unternehmen⁶⁵ die Gefahr der Publizität durch Informierung der Gesellschafter eher gering sein wird, beschränkt sich der Einsatzbereich der GmbH nicht auf diese.⁶⁶ Jedoch wird durch die Erfüllung der Berichtspflichten des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern bereits eine solide Informationsgrundlage geschaffen.⁶⁷ Die Gesellschafter müssen jedenfalls dann ohnehin beteiligt und die Gesellschafterversammlung einberufen werden, wenn als Reaktion auf die verschlechterte wirtschaftliche Lage Maßnahmen vorgenommen werden sollen, die in deren Zuständigkeitsbereich fallen (erster Gesichtspunkt). Aus diesen Gründen relativiert sich die Publizitätsgefahr.

Es kann kein konkreter Zeitpunkt identifiziert werden, in dem bei jeder GmbH stets das Interesse der Gesellschafter an Kenntnis und Mitwirkung und der Nutzen, das heißt die Vorteile, der Abhaltung einer Gesellschafterversammlung deren Nachteile, die Kosten und die Publizitätsgefahr, übersteigen. Je nach Einzelfall kann eine Einberufung zu einem bestimmten Zeitpunkt für die eine GmbH von Vorteil sein, während sie einer anderen nicht nutzt oder sogar schadet. Der Geschäftsführer muss das Ereignis identifizieren, an welchem das Wohl der Gesellschaft im Einzelfall die Einberufung erfordert. Anhaltspunkte und Orientierungsmöglichkeiten bieten Ereignisse, die das Gesetz hervorhebt oder denen anderweitig eine besondere Bedeutung zuzusprechen ist. Hierbei handelt es sich zunächst um Ereignisse, welchen eine Existenzgefährdung immanent ist oder sein kann. Beispielhaft angeführt werden können der Eintritt

⁶⁴ Vgl. MüKo InsO/Kern, § 270 Rn. 35; Frege, NZI 2006, 545, 546; Klinck, ZIP 2013, 853, 854; Kußmaul/Steffan, DB 2000, 1849, 1850; Madaus, NZI 2011, 622, 623; Schluck-Amend/Walker, GmbHR 2001, 375, 378; ferner Oberle in FS Wellensiek, 73, 74; Litzberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 60, 64 ff.

⁶⁵ Raiser/Veil, Kapitalgesellschaftsrecht, § 4 Rn. 10.

⁶⁶ Baumbach/Hueck/Fastrich, Einleitung Rn. 12 ff.

⁶⁷ Vgl. § 3 B. II.

der Insolvenz eines bedeutenden Vertragspartners,⁶⁸ abrupte dramatische Verluste, das Abspringen von Hauptkunden oder der Verlust des Hauptgeschäftsfeldes.⁶⁹ Des Weiteren können das Vorliegen einer Bestandsgefährdung,⁷⁰ allgemein der Eintritt einer Krise,⁷¹ genauer eine betriebswirtschaftliche Krise⁷² oder eine präsen- te Unternehmenskrise⁷³ zur Einberufung verpflichten. Anlässe können auch der Eintritt einer (materiellen) Unterkapitalisierung,⁷⁴ einer (drohenden⁷⁵) Unterbilanz nach § 30 I GmbHG, der Kreditwürdigkeit (§ 32a I GmbHG a.F.) oder einer drohenden⁷⁶ oder bilanziellen Überschuldung nach § 268 III HGB⁷⁷ sein.⁷⁸ Eine Einberufungspflicht kommt auch bei Wirkungslosigkeit von Reaktionsmaßnahmen, die aus einer Gesellschafterversammlung gemäß § 49 III GmbHG herrühren, in Betracht.⁷⁹ Die Identifikation ist anhand folgender Kriterien vorzunehmen: Zusammensetzung des Gesellschafterkreises (Unternehmer-⁸⁰ oder Anlegergesellschaft⁸¹), bisherige Übung der Einbeziehung der Gesellschafter, Bekanntheits-

⁶⁸ Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 49 Rn. 13; MüKo GmbHG/Liebscher, § 49 Rn. 53; Zeilinger, GmbHR 2001, 541, 544.

⁶⁹ Scholz GmbHG/Seibt, § 49 Rn. 23; ferner Kühnberger, DB 2000, 2077.

⁷⁰ Sinz in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 1.10; vgl. Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 49 Rn. 19, 28.

⁷¹ Veil, ZGR 2006, 374, 381 f.; vgl. Habersack/Casper/Löbbe/Paura GmbHG § 5a Rn. 53; ferner Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 49 Rn. 13; Michalski-Römermann, GmbH, § 49 Rn. 102.

⁷² Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 76 f.; Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 49 f., 52.

⁷³ Ist der Eintritt eines Insolvenzgrundes in absehbarer Zeit überwiegend wahrscheinlich, was durch eine im Vergleich 50 % unterschreitende Eigenkapitalquote und/oder eine 15 Jahre überschreitende fiktive Schuldentilgungsdauer indiziert wird, ist eine präsen- te Unternehmenskrise gegeben, Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 109, 133 ff., 342.

⁷⁴ Vgl. Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 49 Rn. 28.

⁷⁵ Ehlers, BB 2013, 1539, 1540.

⁷⁶ Haese, Unternehmensleitung und Überwachung in der GmbH, S. 84.

⁷⁷ Herrmann, ZGR 1989, 273, 299.

⁷⁸ Vgl. unter zusätzlichen Voraussetzungen, Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 111, 115 f.

⁷⁹ Scholz GmbHG/Seibt, § 49 Rn. 31.

⁸⁰ Begriff nach Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 1 Rn. 36.

⁸¹ Begriff nach Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 1 Rn. 37. Hiervon erfasst werden Gesellschafter, die ihre Beteiligung als Kapitalanlage ansehen. Der Schwerpunkt liegt für diese auf der Inanspruchnahme der mitgliedchaftlichen Vermögensrechte.

grad der Krise, Gefährlichkeit und Dringlichkeit⁸² der Situation, Bedürfnis der Unterstützung durch die Gesellschafter bzw. Möglichkeit einer gesellschafterunabhängigen Rettung, Aussicht auf Unterstützung, Bedarf nach einer mündlichen Berichterstattung⁸³ und Erfordernis eines offenen Austausches – in Abgrenzung zum bloßen Bedarf an Informationen⁸⁴. Je weiter fortgeschritten die Krise ist, desto eher kommt eine Einberufungspflicht in Betracht. Die von *Mohaupt*⁸⁵ definierte präsenste Unternehmenskrise wird regelmäßig der Schnittpunkt sein, ab welchem eine Einberufung vorzunehmen ist. Die Einberufungspflicht kann sich auch bei Ereignissen, die nach dem Verlust des hälftigen Stammkapitals liegen, manifestieren. Auch die Häufigkeit und Frequenz der Einberufung ist im Einzelfall zu ermitteln.⁸⁶

c) Durchführung der Einberufung

Die Gesellschafterversammlung ist insbesondere unter Nennung des Gesellschaftsinteresses sowie der zugrundeliegenden Tatsachen einzuberufen.⁸⁷ Hinsichtlich der Einberufungsfrist verfügt der Geschäftsführer über einen gewissen Beurteilungsspielraum.⁸⁸ Konkrete Ideen für Reaktionsmöglichkeiten, die der Geschäftsführer für geeignet hält, sollten schon in der Einberufung vorgeschlagen werden, vgl. § 51 IV GmbHG.⁸⁹ Ein Verstoß gegen die Einberufungspflicht

⁸² Vgl. Ulmer/Hüffer/Koch/Schürnbrand GmbHG § 49 Rn. 21.

⁸³ Vgl. Ulmer/Hüffer/Koch/Schürnbrand GmbHG § 49 Rn. 21; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 133.

⁸⁴ Vgl. Ulmer/Hüffer/Koch/Schürnbrand GmbHG § 49 Rn. 21; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 133.

⁸⁵ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 109, 133 ff., 342.

⁸⁶ A.A. *Leinekugel/Skauradzun*, GmbHR 2011, 1121, 1128, die eine Einberufungspflicht für alle GmbHs in Abhängigkeit vom Fortschritts und Grad der Zuspitzung der Krise in immer kleineren Abständen (prophylaktische Ladungen im Wochenabstand) annehmen, um die Beteiligung der Gesellschafter zu intensivieren.

⁸⁷ Vgl. Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 49 Rn. 8; MüKo GmbHG/Liebscher, § 49 Rn. 62; Michalski-Römermann, GmbH, § 49 Rn. 120 f.; Scholz GmbHG/Seibt, § 49 Rn. 27, 30.

⁸⁸ *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 50.

⁸⁹ Michalski-Römermann, GmbH, § 49 Rn. 123.

des § 49 II Hs. 2 GmbHG kann zu einer Haftung aus § 43 II GmbHG führen.⁹⁰

II. Einberufungspflichten des Vorstands der AG

1. Gesetzliche Einberufungsgründe, § 121 I Var. 1 AktG

Gemäß § 121 I Var. 1 AktG ist die Hauptversammlung in den durch Gesetz bestimmten Fällen einzuberufen. Eine solche gesetzliche Bestimmung ist gegeben, wenn Einberufungspflichten ausdrücklich im Gesetz normiert oder wenn geschriebene oder ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten einschlägig sind.⁹¹

a) Bei Verlust des hälftigen Grundkapitals, § 92 I Alt. 1 AktG

Verschlechtert sich die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, kommt im Rahmen der ersten Variante eine Einberufungspflicht gemäß § 92 I Alt. 1 AktG für den Fall in Betracht, dass sich bei Aufstellung der Jahres- oder einer Zwischenbilanz ergibt oder bei pflichtmäßigem Ermessen anzunehmen ist, dass ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals besteht. § 92 I Alt. 1 AktG bezweckt die rechtzeitige⁹² Information der Hauptversammlung sowie die Herstellung der Handlungsfähigkeit⁹³ der Aktionäre.⁹⁴ Die Einberufungspflicht dient als Krisenwarnsignal.⁹⁵

⁹⁰ Roth/Altmeyden/Altmeyden, GmbHG, § 49 Rn. 15; Henssler/Strohn/Hillmann GmbHG § 49 Rn. 17; MüKo GmbHG/Liebscher, § 49 Rn. 61, 65; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 49 Rn. 23; Michalski-Römermann, GmbH, § 49 Rn. 7, 133; Scholz GmbHG/Seibt, § 49 Rn. 35; Zeilinger, GmbHR 2001, 541, 551.

⁹¹ Grigoleit/Herrler, AktG, § 121 Rn. 4; MüKo AktG/Kubis, § 121 Rn. 6 f.; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 121 Rn. 6 f.; vgl. Hölter/Drinhausen AktG § 121 Rn. 6 ff.; anders KK-AktG/Noack/Zetsche, § 121 Rn. 21.

⁹² Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 92 Rn. 2; Habersack/Foerster in Großkomm AktG, § 92 Rn. 2; vgl. MüKo AktG/Spindler, § 92 Rn. 2; Reuter, BB 2003, 1797, 1801.

⁹³ Plagemann, NZG 2014, 207; ferner Art. 19 Richtlinie 2012/30/EU, ABl. EU Nr. L 315 v. 14.11.2012, S. 81; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 92 Rn. 4; Habersack/Foerster in Großkomm AktG, § 92 Rn. 2; wohl auch MüKo AktG/Spindler, § 92 Rn. 2; ferner Kühnberger, DB 2000, 2077 f.; (vorrangig) Möglichkeit zur Krisenabwehr, K. Schmidt/Lutter AktG/Sailer-Cocant, § 92 Rn. 1; Münch. Hdb. GesR IV/Hoffmann-Becking, § 25 Rn. 99; vgl. Spindler/Stilz/Hoffmann, AktG, § 92 Rn. 4; Hüffer/Koch/Koch AktG § 92 Rn. 1; Hölter/Müller-Michaels AktG § 92 Rn. 1.

§ 92 I Alt. 1 AktG verpflichtet zur unverzüglichen Einberufung und damit zum Tätigwerden ohne schuldhaftes Zögern gemäß § 121 I 1 BGB.⁹⁶ Dieses Kriterium bezieht sich auf die Einberufung und die Terminierung.⁹⁷ Der Vorstand muss entscheiden, ob über die Verlustanzeige hinaus die Hauptversammlung auch Reaktionsmaßnahmen beschließen soll und welche Maßnahmen in Betracht kommen.⁹⁸ Die Verlustanzeige sowie etwaige Reaktionsmaßnahmen sind bereits bei der Einberufung als Tagesordnungspunkte anzuführen, vgl. § 124 IV AktG.⁹⁹ Kommt der Vorstand dieser Pflicht nicht nach, droht eine Haftung gegenüber der Gesellschaft gemäß § 93 II AktG¹⁰⁰ und § 823 II BGB¹⁰¹ sowie eine Strafbarkeit aus § 401 AktG.

Fraglich ist, ob und, falls ja, in welchen Fällen eine weitere Hinauszögerung oder ein vollständiges Absehen von der Erfüllung der Pflicht zulässig ist. Der Gesetzgeber hat zwar keine Ausnahme- oder

⁹⁴ Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 92 Rn. 4; Habersack/Foerster in Großkomm AktG, § 92 Rn. 2; Hölters/Müller-Michaels AktG § 92 Rn. 1; K. Schmidt/Lutter AktG/Sailer-Coceani, § 92 Rn. 1; MüKo AktG/Spindler, § 92 Rn. 2; Münch. Hdb. GesR IV/Hoffmann-Becking, § 25 Rn. 99; Reuter, BB 2003, 1797, 1801; vgl. BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1831; Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 92 Rn. 2, 4; Göcke, AG 2014, 119, 122.

⁹⁵ Reuter, BB 2003, 1797, 1801.

⁹⁶ Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 92 Rn. 10; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 92 Rn. 7; Hüffer/Koch/Koch AktG § 92 Rn. 5; Hölters/Müller-Michaels AktG § 92 Rn. 9; K. Schmidt/Lutter AktG/Sailer-Coceani, § 92 Rn. 8; MüKo AktG/Spindler, § 92 Rn. 15; Münch. Hdb. GesR IV/Hoffmann-Becking, § 25 Rn. 102; Göcke, AG 2014, 119, 120; Plagemann, NZG 2014, 207.

⁹⁷ Habersack/Foerster in Großkomm AktG, § 92 Rn. 27; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 92 Rn. 7; Hüffer/Koch/Koch AktG § 92 Rn. 5; Göcke, AG 2014, 119, 120; vgl. Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 92 Rn. 10; Hölters/Müller-Michaels AktG § 92 Rn. 9; MüKo AktG/Spindler, § 92 Rn. 15; Kühnberger, DB 2000, 2077, 2085.

⁹⁸ Vgl. K. Schmidt/Lutter AktG/Sailer-Coceani, § 92 Rn. 8; Reuter, BB 2003, 1797, 1802.

⁹⁹ K. Schmidt/Lutter AktG/Sailer-Coceani, § 92 Rn. 8; vgl. Habersack/Foerster in Großkomm AktG, § 92 Rn. 27; MüKo AktG/Spindler, § 92 Rn. 18; zu Ersterer Hüffer/Koch/Koch AktG § 92 Rn. 5; Hölters/Müller-Michaels AktG § 92 Rn. 9.

¹⁰⁰ Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 92 Rn. 16; Habersack/Foerster in Großkomm AktG, § 92 Rn. 31; Hüffer/Koch/Koch AktG § 92 Rn. 7; Hölters/Müller-Michaels AktG § 92 Rn. 14; K. Schmidt/Lutter AktG/Sailer-Coceani, § 92 Rn. 12; MüKo AktG/Spindler, § 92 Rn. 21.

¹⁰¹ Habersack/Foerster in Großkomm AktG, § 92 Rn. 31; Hüffer/Koch/Koch AktG § 92 Rn. 7.

Befreiungsregel,¹⁰² aber auch keine sofortige, sondern eine unverzügliche Einberufungspflicht normiert. Der Unverzüglichkeit des § 121 I 1 BGB ist ein Spielraum inhärent. Auf diese Weise kann dem Wohl der Gesellschaft, dem § 92 I AktG verpflichtet ist,¹⁰³ Rechnung getragen werden. Da § 92 I AktG als Vorstufe des § 15a I 1 InsO anzusehen ist, kann dessen Höchstfrist in den Spielraum des § 121 I 1 BGB im Rahmen des § 92 I AktG erst recht hineingelesen werden. Ein Aufschub ist folglich ebenfalls um höchstens drei Wochen zulässig.¹⁰⁴ Ebenso wie die Höchstfrist des § 15a I 1 InsO zur Beseitigung der Insolvenzzureife einzusetzen ist, darf die in § 92 I AktG hineinzulesende Drei-Wochen-Frist nur zur Beseitigung des Verlusts des hälftigen Grundkapitals eingesetzt werden. Ein dementsprechendes Zuwarten geschieht ohne schuldhaftes Zögern.¹⁰⁵

b) Geschriebene und ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten

Bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der AG kommen Hauptversammlungszuständigkeiten, die zu einer Einberufung verpflichten, insbesondere in Form von Reaktionsmaßnahmen in Betracht. Unter geschriebene Kompetenzen fallen Kapitalmaßnahmen (§§ 182 ff., 229 ff. AktG), Reorganisationen nach dem Umwandlungsgesetz, die Zustimmung zu einer Vermögensübertragung im Ausmaß des § 179a I 1 AktG, der Vertrauensentzug gegenüber Vorstandsmitgliedern (§ 84 III 2 AktG), die Bestellung von Sonderprüfern (§ 142 I AktG) sowie die Auflösung der AG (§ 262 I Nr. 2 AktG). Als ungeschriebene Hauptversammlungskom-

¹⁰² Vgl. Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 12; Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 92 Rn. 7; *Habersack/Foerster* in Großkomm AktG, § 92 Rn. 28; Hüfffer/*Koch/Koch* AktG § 92 Rn. 6; Hölters/*Müller-Michaels* AktG § 92 Rn. 10; MüKo AktG/*Spindler*, § 92 Rn. 16; *Göcke*, AG 2014, 119, 121; ferner *Kühnberger*, DB 2000, 2077, 2085.

¹⁰³ Vgl. KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 92 Rn. 3, 14.

¹⁰⁴ *Habersack/Foerster* in Großkomm AktG, § 92 Rn. 28; vgl. Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 12; *Göcke*, AG 2014, 119, 121.

¹⁰⁵ Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 12; strenger *Habersack/Foerster* in Großkomm AktG, § 92 Rn. 28; Hüfffer/*Koch/Koch* AktG § 92 Rn. 6; ferner *Reuter*, BB 2003, 1797, 1802; anders KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 92 Rn. 14; ferner *Mertens*, AG 1983, 173, 176 f.

petenzen kommen in dieser Lage Beteiligungsveräußerungen, denen quantitativ eine überragende Bedeutung zuzusprechen ist,¹⁰⁶ sowie Veräußerungen wesentlicher Aktiva¹⁰⁷ in Betracht. Die Betriebsstilllegung eines Teils des Unternehmens, der 35 % bis 40 % des gesamten Unternehmens darstellt, begründet ebenfalls eine Hauptversammlungskompetenz.¹⁰⁸ Die Unterlassung der Einberufung trotz gegebener Pflicht kann zur Haftung gemäß § 93 II AktG führen.¹⁰⁹

2. Bei Erforderlichkeit für das Wohl der Gesellschaft, § 121 I Var. 3 AktG

§ 121 I Var. 3 AktG verpflichtet zur Einberufung der Hauptversammlung, wenn das Wohl der Gesellschaft es fordert. Zunächst ist zu unterscheiden, ob mit diesem Einberufungsgrund eine *Beschlussfassung* der Hauptversammlung herbeigeführt werden oder ob dieser eine *beschlusslose* Hauptversammlung rechtfertigen soll.

Ist eine Beschlussfassung intendiert, ist diesem Einberufungsgrund jegliche Bedeutung abzusprechen.¹¹⁰ Alle denkbaren Anwendungsfälle werden bereits vollumfänglich durch § 121 I Var. 1, 2 AktG abgedeckt.¹¹¹ Die der Norm teilweise zugesprochene Bedeutung in Einzelfällen¹¹² oder darüber hinaus¹¹³ überzeugt nicht. Keiner der vorgeschlagenen Anwendungsfälle bedarf und rechtfertigt die Anwendung des § 121 I Var. 3 AktG. Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der AG bringt hinsichtlich der unterschiedlichen

¹⁰⁶ Spindler/Stilz/Hoffmann, AktG, § 119 Rn. 30g; vgl. MüKo AktG/Kubis, § 119 Rn. 68; a.A. BGH, Beschluss v. 20.11.2006 – II ZR 226/05 = ZIP 2007, 24; Hölter/Drinhausen AktG § 119 Rn. 21; Grigoleit/Herrler, AktG, § 119 Rn. 27; Hüffer/Koch/Koch AktG § 119 Rn. 22.

¹⁰⁷ Spindler/Stilz/Hoffmann, AktG, § 119 Rn. 31 f.; vgl. MüKo AktG/Kubis, § 119 Rn. 69; a.A. Grigoleit/Herrler, AktG, § 119 Rn. 27.

¹⁰⁸ Spindler/Stilz/Hoffmann, AktG, § 119 Rn. 32.

¹⁰⁹ Hölter/Drinhausen AktG § 121 Rn. 13; Grigoleit/Herrler, AktG, § 121 Rn. 3; MüKo AktG/Kubis, § 121 Rn. 13; KK-AktG/Noack/Zetzsche, § 121 Rn. 30; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 121 Rn. 98.

¹¹⁰ MüKo AktG/Kubis, § 121 Rn. 9; vgl. Grigoleit/Herrler, AktG, § 121 Rn. 6; Hüffer/Koch/Koch AktG § 121 Rn. 5; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 121 Rn. 10.

¹¹¹ Vgl. Werner in Großkomm AktG, 4. Aufl., § 121 Rn. 17; ferner Hüffer/Koch/Koch AktG § 121 Rn. 5; Huber, ZIP 1995, 1740, 1742.

¹¹² Hölter/Drinhausen AktG § 121 Rn. 10; Werner in Großkomm AktG, 4. Aufl., § 121 Rn. 16 f.; vgl. Butzke in Großkomm AktG, § 121 Rn. 15; K. Schmidt/Lutter AktG/Ziemons, § 121 Rn. 12.

¹¹³ KK-AktG/Noack/Zetzsche, § 121 Rn. 18 ff., 27.

Verständnisse des § 121 I Var. 3 AktG keine Besonderheiten mit sich. Die angeführten Anwendungsfälle stellen sich auch und insbesondere in dieser Lage.

Für sog. geplant beschlusslose Hauptversammlungen,¹¹⁴ welche allein der Information der und bzw. oder der Erörterung, Beratung sowie Diskussion unter den Aktionären und bzw. oder dem Erhalt eines Meinungsbildes hinsichtlich eingetretener Ereignisse, möglicher Maßnahmen oder entwickelten Planungen dienen,¹¹⁵ könnte sich aber eine Einberufungspflicht aus § 121 I Var. 3 AktG ergeben. Das Recht, eine solche Hauptversammlung einzuberufen, besteht, wenn der Vorstand im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens¹¹⁶ unter Abwägung der Vor- und Nachteile zu dem Ergebnis kommt, dass diese dem Gesellschaftswohl dient.¹¹⁷ Dieses Recht verdichtet sich zur Pflicht, wenn die Einberufung dem Wohl der Gesellschaft nicht mehr nur *dient*, sondern wenn das Gesellschaftswohl die Einberufung *erfordert*, § 121 I Var. 3 AktG.¹¹⁸ Wie auch für die GmbH können (bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage) keine pauschalen Ereignisse und Umstände genannt werden, in der eine Einberufung für jede AG, insbesondere unabhängig von ihrer Größe, der Branche, in der sie tätig ist, sowie der Zusammensetzung der Aktionäre, im Wohle der Gesellschaft stets erforderlich ist. Stattdessen muss der Vorstand im Einzelfall¹¹⁹ prüfen, ob und

¹¹⁴ Huber, ZIP 1995, 1740; vgl. Butzke in Großkomm AktG, § 121 Rn. 15.

¹¹⁵ Vgl. Hölters/Drinhausen AktG § 121 Rn. 11; Grigoleit/Herrler, AktG, § 119 Rn. 3; Hüffer/Koch/Koch AktG § 119 Rn. 4; MüKo AktG/Kubis, § 121 Rn. 10; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 121 Rn. 11 f.; Werner in Großkomm AktG, 4. Aufl., § 121 Rn. 17.

¹¹⁶ Vgl. Butzke in Großkomm AktG, § 121 Rn. 16; Hüffer/Koch/Koch AktG § 119 Rn. 4, § 121 Rn. 5; Werner in Großkomm AktG, 4. Aufl., § 121 Rn. 16.

¹¹⁷ Hölters/Drinhausen AktG § 121 Rn. 11; für die Zulässigkeit einer beschlusslosen Hauptversammlung: H.M. Hölters/Drinhausen AktG § 121 Rn. 11; Grigoleit/Herrler, AktG, § 119 Rn. 3; Hüffer/Koch/Koch AktG § 119 Rn. 4; MüKo AktG/Kubis, § 121 Rn. 10; KK-AktG/Noack/Zetzsche, § 121 Rn. 28; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 121 Rn. 11; K. Schmidt/Lutter AktG/Ziemons, § 121 Rn. 13; Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 135 f.; Göcke, AG 2014, 119, 120; a.A. KK-AktG/Zöllner, 1. Aufl. 1985, § 121 Rn. 16.

¹¹⁸ Eine Verdichtung des Einberufungsrechts zur Pflicht für möglich haltend, K. Schmidt/Lutter AktG/Ziemons, § 121 Rn. 14; vgl. Grigoleit/Herrler, AktG, § 121 Rn. 6; Werner in Großkomm AktG, 4. Aufl., § 121 Rn. 17; Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 136; Huber, ZIP 1995, 1740, 1742; zweifelnd MüKo AktG/Kubis, § 121 Rn. 10; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 121 Rn. 10 f.

¹¹⁹ Vgl. Huber, ZIP 1995, 1740, 1742.

wenn ja zu welchem Zeitpunkt das Wohl der von ihm geführten Gesellschaft eine Einberufung der Hauptversammlung erfordert. Eine Einberufungspflicht kann greifen bei einer entstehenden Krise¹²⁰ oder bei Sachverhalten, die den gesetzlich vorgesehenen informierenden Hauptversammlungen gleich- oder vorgelagert sind¹²¹. Für die Bestimmung des Zeitpunkts kann im Einzelfall auf die für die ereignisbezogene Einberufungspflicht des § 49 II Hs. 2 GmbHG erarbeiteten Anhaltspunkte bzw. Orientierungsmöglichkeiten und Kriterien¹²² zurückgegriffen werden. Praktisch wird in den meisten Fällen eine Einberufung der Hauptversammlung für die AG mehr Nach- als Vorteile mit sich bringen. Im Falle kleiner AGs kann sich aber bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage entsprechend der Ausführungen zur nach dem gesetzlichen Leitbild typischerweise personalistischeren GmbH eine Pflicht zur Einberufung einer beschlusslosen Hauptversammlung ergeben. Eine überflüssige Einberufung¹²³ sowie ein Verstoß gegen diese Pflicht kann eine Schadenersatzpflicht gemäß § 93 II AktG begründen.¹²⁴

III. Vergleichende Betrachtung

Verschlechtert sich die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, können ihre Geschäftsleiter zur Einberufung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung verpflichtet sein, wenn ein Bedürfnis, eine konkrete *Maßnahme* vorzunehmen, aufkommt oder ein besonderes *Ereignis* eintritt. Liegt die Entscheidung über die Vornahme einer Maßnahme in der Zuständigkeit der Gesellschaftergesamtheit, verpflichten § 49 II Hs. 2 GmbHG, § 121 I Var. 1, 2 AktG zur Einberu-

¹²⁰ Vgl. Casper, EBLR (2015), 203, 205, 207; a.A. gegen eine Pflicht zur Beteiligung bei einer Unternehmenskrise, vgl. MüKo AktG/Spindler, § 92 Rn. 15; Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 136; Schuster, ZGR 2010, 325, 332.

¹²¹ Huber, ZIP 1995, 1740, 1742.

¹²² Vgl. § 3 A. I. 2. b).

¹²³ Hüffer/Koch/Koch AktG § 119 Rn. 4; vgl. Butzke in Großkomm AktG, § 121 Rn. 20; anders als in der Voraufgabe, Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 121 Rn. 99; a.A. MüKo AktG/Kubis, § 121 Rn. 13;

¹²⁴ Butzke in Großkomm AktG, § 121 Rn. 19 f.; Hölters/Drinhausen AktG § 121 Rn. 13; Grigoleit/Herrler, AktG, § 121 Rn. 3; MüKo AktG/Kubis, § 121 Rn. 13; KK-AktG/Noack/Zetsche, § 121 Rn. 30; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 121 Rn. 98; K. Schmidt/Lutter AktG/Ziemons, § 121 Rn. 19.

fung. Unter geschriebene Zuständigkeiten können in diesem Zustand bei beiden Gesellschaftsformen Reaktionsmaßnahmen fallen, bei denen es sich um Kontrollmaßnahmen, Gegenmaßnahmen und die Auflösung der Gesellschaft handeln kann. Die Gesellschafterversammlung der GmbH kann intensivere Eingriffe vornehmen als die Hauptversammlung. Letztere kann meist nur über den Aufsichtsrat eingreifen. Maßnahmen, die eine ungeschriebene Zuständigkeit begründen, können bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage als Gegenmaßnahmen zur Überwindung der Krise eingesetzt werden. Hinsichtlich der wertungsmäßigen Zuständigkeiten ist die Schwelle der Kompetenzverlagerung zu den Gesellschaftern bei der GmbH niedriger als bei der AG.¹²⁵ Allein für den Geschäftsführer der GmbH ergibt sich aus § 49 II Hs. 2 GmbHG die Pflicht, die Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn hinsichtlich einer in seine Zuständigkeit fallende Maßnahme der Widerspruch der Gesellschafter droht.

Ausdrückliche ereignisbezogene Einberufungspflichten normieren § 49 III GmbHG und § 92 I Alt. 1 AktG für den Fall des Verlusts des hälftigen Stammkapitals/Grundkapitals. Diese Pflichten dienen als Krisenwarnsignale, die als Vorstufe der Insolvenzantragspflicht die Gesellschafter/Aktionäre in ihrer Gesamtheit aktivieren. Während im Aktienrecht ausgiebig diskutiert wird, inwieweit der zeitliche Spielraum des § 121 I 1 BGB über die für die Vorbereitung der Einberufung und Hauptversammlung erforderliche Dauer hinaus ausgereizt werden kann, findet diese Frage im GmbH-Recht kaum Beachtung. Dies liegt an der fehlenden praktischen Relevanz für die vom Gesetzgeber vorgesehene, typischerweise personalistische GmbH. Das Unterlassen der Verlustanzeige führt zur Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 84 GmbHG, während der Vorstand sich bei Nichtvorname der Einberufung und der Verlustanzeige gemäß § 401 AktG strafbar macht.

Der Eintritt besonderer Ereignisse kann zusätzlich über § 49 II Hs. 2 GmbHG/§ 121 I Var. 3 AktG zur Einberufung verpflichten. Generell und bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage können keine Zeitpunkte angeführt werden, die stets aufgrund der Erforderlichkeit im Interesse der GmbH bzw. des Erfordernisses zum Wohl der AG zur Einberufung verpflichten. Die Geschäftsleiter

¹²⁵ Vgl. BeckOK-GmbHG/Schindler, § 49 Rn. 39; Scholz GmbHG/Seibt, § 49 Rn. 22.

müssen den einschlägigen Zeitpunkt anhand der als Anhaltspunkte und Orientierungsmöglichkeiten aufgeführten Ereignisse und der erarbeiteten Kriterien im Einzelfall für die von ihnen geführte Gesellschaft identifizieren. Dieses Ergebnis gewährleistet den erforderlichen Spielraum und mindert die mit einem solchen grundsätzlich einhergehende Rechtsunsicherheit durch die Ermittlungshilfen (Ereignisse und Kriterien). Diese Einberufungspflicht wird bei der GmbH einen größeren Anwendungsbereich finden als bei der AG. Je weiter fortgeschritten die Krise ist, desto eher wird die Pflicht entstehen.

Die maßnahmebezogenen, wertungsmäßigen § 49 II Hs. 2 GmbHG, § 121 I Var. 1 AktG behandeln gerade sehr bedeutende Maßnahmen, die den geschriebenen Zuständigkeiten gleichstehen oder sogar über diese hinausgehen, während die ereignisbezogenen, wertungsmäßigen § 49 II Hs. 2 GmbHG, § 121 I Var. 3 AktG sowohl vor als auch nach den geschriebenen Einberufungsgründen bei Verlust des hälftigen Stammkapitals/Grundkapitals greifen können. Die Gesellschafterversammlung kann unmittelbarer und mehr Einfluss nehmen als die Hauptversammlung.

B. Informationspflichten

I. Pflichten des Vorstands der AG

1. Berichte gegenüber dem Aufsichtsrat, § 90 I 1 AktG

Gemäß § 90 I 1 AktG hat der Vorstand dem Aufsichtsrat entsprechend den in § 90 II AktG vorgesehenen Intervallen und Anlässen zu berichten. Die Norm bezweckt eine effiziente, insbesondere präventive Überwachung durch den Aufsichtsrat.¹²⁶ Diese Berichte sind unabhängig von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft zu erstatten. Verschlechtert sich die wirtschaftliche Lage, spiegelt sich dies aber in den Berichten wider.

Mit einer der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage folgenden Reaktion wird regelmäßig eine Änderung oder Anpassung der Un-

¹²⁶ Hüffer/Koch/Koch AktG § 90 Rn. 1; vgl. Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 90 Rn. 1; Hölters/Müller-Michaels AktG § 90 Rn. 1; Hasselbach, NZG 2012, 41, 42.

ternehmensplanung einhergehen, welche Gegenstand des Berichts nach § 90 I 1 Nr. 1 AktG über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung sein muss. In dieser Situation können Änderungen der Lage oder neue Fragen eine unverzügliche Berichterstattung (§ 90 II Nr. 1 AktG) gebieten. Ebenso wird ein größerer Umfang des Berichts erforderlich sein,¹²⁷ damit dem Aufsichtsrat ein umfassendes Bild vermittelt werden und dieser seiner gesteigerten¹²⁸ Überwachungsaufgabe gerecht werden kann.

Der Bericht nach § 90 I 1 Nr. 2 AktG über die Rentabilität der Gesellschaft wird die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage oder die bereits eingetretene Krise in Zahlen deutlich darlegen und etwaige unwirtschaftlich arbeitende Unternehmensteile offenlegen¹²⁹. Der Vorstand hat im Falle von Verbesserungspotenzial, das bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage regelmäßig vorliegen wird, Reaktionsbedarf und -möglichkeiten aufzuzeigen.¹³⁰

Die Berichte der dritten Variante über den Gang der Geschäfte und die Lage der Gesellschaft werden die verschlechterte wirtschaftliche Lage bei Beschreibung der Finanz-, Ertrags- und Liquiditätslage sowie der Markt- und Auftragslage¹³¹ widerspiegeln. Des Weiteren werden sie deren etwaige Vorboten und Folgen (beispielsweise Arbeitskämpfe, Rechtsstreitigkeiten, Verluste von Mitarbeitern, Kunden oder Märkten¹³²) beinhalten. In der Krise wird das pflichtgemäße Ermessen kürzere Abstände zwischen den Berichten nach § 90 I 1 Nr. 3 AktG gebieten,¹³³ um eine effiziente Überwachung zu ermöglichen. Zu empfehlen ist mindestens eine monatliche Fre-

¹²⁷ Vgl. *Kort* in *Großkomm AktG*, § 90 Rn. 27.

¹²⁸ Vgl. *Semler*, *Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats*, S. 87 f.

¹²⁹ *K. Schmidt/Lutter AktG/Sailer-Coceani*, § 90 Rn. 18.

¹³⁰ *Kort* in *Großkomm AktG*, § 90 Rn. 51; *K. Schmidt/Lutter AktG/Sailer-Coceani*, § 90 Rn. 18.

¹³¹ *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, *AktG*, § 90 Rn. 19; vgl. *Spindler/Stilz/Fleischer*, *AktG*, § 90 Rn. 27; *Hüffer/Koch/Koch AktG* § 90 Rn. 6; *Kort* in *Großkomm AktG*, § 90 Rn. 58.

¹³² *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, *AktG*, § 90 Rn. 19; vgl. *Spindler/Stilz/Fleischer*, *AktG*, § 90 Rn. 27.

¹³³ Vgl. *Spindler/Stilz/Fleischer*, *AktG*, § 90 Rn. 35; *Pentz* in: *Fleischer HdB Vorstandsrecht*, § 16 Rn. 70; vgl. *K. Schmidt/Lutter AktG/Sailer-Coceani*, § 90 Rn. 22, 24.

quenz.¹³⁴ So kann die finanzielle Lage anhand vorhandener Monatsabschlüsse aufgezeigt werden.

Ob ein Geschäft für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft i.S.d. § 90 I 1 Nr. 4 AktG von erheblicher Bedeutung sein kann, ist insbesondere auch anhand der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft zu bestimmen.¹³⁵ Diese Sonderberichte werden von Vorboten oder Folgen der verschlechterten wirtschaftlichen Lage sowie von Reaktionsmaßnahmen handeln. Beispielhaft kommen die Veräußerung von Betrieben, Betriebsteilen oder Beteiligungen sowie die Schließung von Zweigniederlassungen¹³⁶ und der Rückzug aus Märkten¹³⁷ in Betracht. Eine Verletzung dieser Berichtspflichten kann zur Androhung und Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 407 I AktG, §§ 388 ff. FamFG, zur Strafbarkeit gemäß § 400 I Nr. 1, 2 AktG sowie zu einer Haftung aus § 93 II AktG führen.¹³⁸ Gemäß § 1 I 2 StaRUG-RegE muss der Vorstand dem Überwachungsorgan, bei der AG dem Aufsichtsrat, unverzüglich Bericht erstatten, wenn er Entwicklungen, welche den Fortbestand der AG gefährden können, erkennt.

2. Sonderberichte gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden, § 90 I 3 AktG

Gemäß § 90 I 3 Hs. 1 AktG hat der Vorstand dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats aus sonstigen wichtigen Anlässen zu berichten. Unter wichtigen Anlässen sind Umstände zu verstehen, welche die Situation der AG erheblich verändern.¹³⁹ Die Berichtspflicht wird regelmäßig von außerhalb der AG herrührenden (exogenen) Ereignissen ausgelöst, die über ein negatives Potential verfügen oder deren nega-

¹³⁴ *Oltmanns* in: Heidel, Aktienrecht, § 90 Rn. 8.

¹³⁵ *Kort* in Großkomm AktG, § 90 Rn. 61; so auch *Hölters/Müller-Michaels* AktG § 90 Rn. 9.

¹³⁶ *Hüffer/Koch/Koch* AktG § 90 Rn. 7; vgl. *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 90 Rn. 20; *Kort* in Großkomm AktG, § 90 Rn. 60; *Hölters/Müller-Michaels* AktG § 90 Rn. 9; *MüKo* AktG/*Spindler*, § 90 Rn. 29; *Hasselbach*, NZG 2012, 41, 43.

¹³⁷ *Hasselbach*, NZG 2012, 41, 43.

¹³⁸ *Hölters/Müller-Michaels* AktG § 90 Rn. 21; *K. Schmidt/Lutter* AktG/*Sailer-Coceani*, § 90 Rn. 60, 68; *Manger*, NZG 2010, 1255, 1258; *Sina*, NJW 1990, 1016, 1017; vgl. *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 90 Rn. 26; *Hüffer/Koch/Koch* AktG § 90 Rn. 15; *MüKo* AktG/*Spindler*, § 90 Rn. 49, 65 f.

¹³⁹ *K. Schmidt/Lutter* AktG/*Sailer-Coceani*, § 90 Rn. 33.

tives Potential sich bereits verwirklicht hat.¹⁴⁰ Als mögliche Vorboten einer Krise können beispielhaft bedeutende Rechtsstreitigkeiten, behördliche Verfahren oder Auflagen, bedeutende Steuernachforderungen sowie andere gegen die AG gerichtete Ansprüche, enorme Betriebsstörungen ebenso wie drohende oder tatsächliche Arbeitskämpfe, Unfälle und die Gefährdung bedeutender Auftragsverhältnisse oder Außenstände (beispielsweise aufgrund der Insolvenz eines der Großkunden) angeführt werden.¹⁴¹ Mit engem Bezug zur Krise verpflichten Liquiditätsprobleme sowie wesentliche Verluste, insbesondere ein Verlust i.S.v. § 92 I AktG,¹⁴² zur Berichterstattung.¹⁴³ Der Vorstand hat den Sonderbericht nach § 90 I 3 AktG unverzüglich (§ 121 I 1 BGB) zu erstatten.¹⁴⁴ Eine Verletzung dieser Berichtspflicht kann zur Androhung und Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 407 I AktG, §§ 388 ff. FamFG, zur Strafbarkeit gemäß § 400 I Nr. 1, 2 AktG sowie zu einer Haftung gemäß § 93 II AktG führen.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Vgl. Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 90 Rn. 31; Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 90 Rn. 21; Hüffer/*Koch/Koch* AktG § 90 Rn. 8; Hölters/*Müller-Michaels* AktG § 90 Rn. 11; K. Schmidt/Lutter AktG/*Sailer-Coceani*, § 90 Rn. 33; strenger *Kort* in *Großkomm* AktG, § 90 Rn. 67.

¹⁴¹ Vgl. Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 90 Rn. 31; Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 90 Rn. 21; Hüffer/*Koch/Koch* AktG § 90 Rn. 8; *Kort* in *Großkomm* AktG, § 90 Rn. 67; Hölters/*Müller-Michaels* AktG § 90 Rn. 11; K. Schmidt/Lutter AktG/*Sailer-Coceani*, § 90 Rn. 33; MüKo AktG/*Spindler*, § 90 Rn. 31.

¹⁴² Siehe hierzu auch Hölters/*Müller-Michaels* AktG § 92 Rn. 12; K. Schmidt/Lutter AktG/*Sailer-Coceani*, § 90 Rn. 33, § 92 Rn. 7; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking*, § 25 Rn. 102; *Göcke*, AG S. 119 f.

¹⁴³ Vgl. Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 90 Rn. 31; Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 90 Rn. 21; Hüffer/*Koch/Koch* AktG § 90 Rn. 8; *Kort* in *Großkomm* AktG, § 90 Rn. 67; Hölters/*Müller-Michaels* AktG § 90 Rn. 11; K. Schmidt/Lutter AktG/*Sailer-Coceani*, § 90 Rn. 33; MüKo AktG/*Spindler*, § 90 Rn. 31.

¹⁴⁴ Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 90 Rn. 31; Hüffer/*Koch/Koch* AktG § 90 Rn. 8; *Kort* in *Großkomm* AktG, § 90 Rn. 67; Hölters/*Müller-Michaels* AktG § 90 Rn. 11; K. Schmidt/Lutter AktG/*Sailer-Coceani*, § 90 Rn. 35; MüKo AktG/*Spindler*, § 90 Rn. 31.

¹⁴⁵ Hölters/*Müller-Michaels* AktG § 90 Rn. 21; K. Schmidt/Lutter AktG/*Sailer-Coceani*, § 90 Rn. 60, 68; *Manger*, NZG 2010, 1255, 1258; *Sina*, NJW 1990, 1016, 1017; vgl. Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 90 Rn. 26; Hüffer/*Koch/Koch* AktG § 90 Rn. 15; MüKo AktG/*Spindler*, § 90 Rn. 49, 65 f.

3. Verlustanzeigespflicht gegenüber der Hauptversammlung, § 92 I Alt. 2 AktG

Mit der Einberufungspflicht aus § 92 I Alt. 1 AktG¹⁴⁶ geht die Pflicht einher, der Hauptversammlung den Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals anzuzeigen. Im Aktienrecht ist das Unterlassen von Verlustanzeige und Einberufung strafbar, § 401 AktG.¹⁴⁷ Dauert der Verlust an, muss der Vorstand immer, wenn der Jahresabschluss festgestellt wird, aufgrund des Zwecks der Norm auf diesen Umstand hinweisen.

4. Stellungnahmegebot gegenüber der Hauptversammlung bei einem Jahresfehlbetrag oder einem das Jahresergebnis wesentlich beeinträchtigenden Verlust, § 176 I 3 AktG

Der Vorstand soll gemäß § 176 I 3 AktG zu Beginn der Verhandlung in einer ordentlichen Hauptversammlung neben der Erläuterung seiner Vorlagen auch zu einem Jahresfehlbetrag oder einem Verlust, der das Jahresergebnis wesentlich beeinträchtigt hat, Stellung nehmen. Das Stellungnahmegebot ist bereits bei einem zukünftigen Verlust einschlägig, der das Jahresergebnis wesentlich zu beeinträchtigen droht.¹⁴⁸ Durch das Stellungnahmegebot sollen die Aktionäre mit den für die Entscheidung über die Entlastung der Verwaltung und die Gewinnverwendung erforderlichen Informationen versorgt werden.¹⁴⁹ Die Stellungnahme erfasst die Erläuterung der Ursachen des Jahresfehlbetrags bzw. Verlusts sowie die Darstellung der bereits realisierten und noch zu realisierenden Reaktionsmaßnahmen.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Siehe hierzu bereits § 3 A. II. 1.

¹⁴⁷ Ferner Spindler/Stilz/Hefendehl, AktG, § 401 Rn. 23.

¹⁴⁸ Spindler/Stilz/Euler/Klein, AktG, § 176 Rn. 14; Grigoleit/Grigoleit/Zellner, AktG, § 176 Rn. 5; vgl. auch KK-AktG/Ekkenga, § 176 Rn. 11.

¹⁴⁹ Hölters/Drinhausen AktG § 176 Rn. 2; Spindler/Stilz/Euler/Klein, AktG, § 176 Rn. 1; Grigoleit/Grigoleit/Zellner, AktG, § 176 Rn. 1; vgl. K. Schmidt/Lutter AktG/Drygala, § 176 Rn. 1.

¹⁵⁰ Vgl. MüKo AktG/Hennrichs/Pöschke, § 176 Rn. 16.

5. Berichtspflicht nach dem Erwerb oder der Inpfandnahme eigener Aktien zur Schadensabwehr, §§ 71 III 1 Alt. 1, 71e I 1 AktG

Bei einem Erwerb oder einer Inpfandnahme eigener Aktien zur Abwendung eines schweren, unmittelbar bevorstehenden Schadens nach § 71 I Nr. 1 AktG¹⁵¹ muss der Vorstand unabhängig von der wirtschaftlichen Lage die nächste Hauptversammlung über die Gründe und den Zweck des Erwerbs, über die Zahl der erworbenen Aktien und den auf sie entfallenden Betrag des Grundkapitals, über deren Anteil am Grundkapital sowie über den Gegenwert der Aktien unterrichten, § 71 III 1 AktG. Der Bericht muss die Aktionäre in die Lage versetzen, die Zulässigkeit des Aktienerwerbs zu überprüfen sowie eigenständig zu beurteilen.¹⁵² Eine Haftung kann aus § 93 II AktG folgen.¹⁵³

6. Informationspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung im Zusammenhang mit deren Zuständigkeiten

Rechtsformübergreifend müssen von dem Geschäftsleiter in und außerhalb der Krise aus eigenem Antrieb „all diejenigen in der Gesellschaft vorhandenen Informationen aufbereitet zur Verfügung [...] [gestellt werden], die das andere[, für die Entscheidung zuständige,] Organ und seine Mitglieder für eine verantwortliche Willensbildung und Entschließung brauchen.“¹⁵⁴ Mit den Einberufungspflichten aus § 121 I AktG geht stets eine Informationspflicht einher. In der Krise müssen die Informationen übermittelt werden, welche die Aktionäre im Falle der §§ 121 I Var. 1 AktG¹⁵⁵ für eine Beschlussfassung oder

¹⁵¹ Vgl. § 3 D. II. 1.

¹⁵² BGH, Urt. v. 9.2.1987 – II ZR 119/86 = BGHZ 101, 1, 17 = NJW 1987, 3186, 3190, der sich auf § 131 AktG bezieht; vgl. Spindler/Stilz/Cahn, AktG, § 71 Rn. 228; Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 71 Rn. 146; Hüffer/Koch/Koch AktG § 71 Rn. 22; Hölters/Laubert AktG § 71 Rn. 36; Merkt in Großkomm AktG, § 71 Rn. 350, 353; MüKo AktG/Oechsler, § 71 Rn. 360 f.; ferner K. Schmidt/Lutter AktG/Bezenberger, § 71 Rn. 89.

¹⁵³ Merkt in Großkomm AktG, § 71 Rn. 345, 352.

¹⁵⁴ Hommelhoff, ZIP 1983, 383, 390; vgl. für den Aufsichtsrat: Hüffer/Koch/Koch AktG § 90 Rn. 2; MüKo AktG/Spindler, § 90 Rn. 3; ferner Spindler/Stilz/ders., AktG, § 115 Rn. 13; für die Hauptversammlung: Grigoleit/Herrler, AktG, § 119 Rn. 15.

¹⁵⁵ Vgl. hierzu bereits genauer § 3 A. II. 1.

im Falle des § 92 I Alt. 1 AktG¹⁵⁶ gegebenenfalls und im Falle des § 121 I Var. 3 AktG für eine beschlusslose Hauptversammlung benötigen. Diese Informationspflicht ist bei der Einberufung sowie in der Hauptversammlung selbst zu erfüllen.

II. Pflichten des Geschäftsführers der GmbH

1. Informationspflicht gegenüber der Gesellschaftergesamtheit hinsichtlich wichtiger Angelegenheiten der GmbH

Aus § 46 Nr. 6 GmbHG folgt eine Pflicht des Geschäftsführers, die Gesellschafter über bedeutende,¹⁵⁷ insbesondere exogene,¹⁵⁸ Maßnahmen, Ereignisse sowie Risiken zu informieren.¹⁵⁹ Diese Pflicht geht mit der Aufsichtsaufgabe der Gesellschafter einher.¹⁶⁰ Für die weitere Begriffsbestimmung ist nicht der Begriff des wichtigen Anlasses i.S.v. § 90 I 3 AktG heranzuziehen.¹⁶¹ Im Hinblick auf Ereignisse greift die Informationspflicht in wichtigen Angelegenheiten, wenn Ereignisse eingetreten sind, die in den Anwendungsbereich des § 49 II Hs. 2 GmbHG fallen, und die Beurteilung des Geschäftsführers ergibt, dass zwar ein Informationsbedürfnis besteht, dieses aber nach der bisherigen Übung (noch) keine Einberufung verlangt, die Nachteile der Abhaltung einer Gesellschafterversammlung (noch) nicht rechtfertigt oder ein Nutzen von einer Gesellschafterversammlung (noch) nicht zu erwarten ist.¹⁶² Ist nur ein Informationsbedürfnis zu bejahen, greift diese Informationspflicht. Sie ist die Vorstufe der Einberufungspflicht des § 49 II Hs. 2 GmbHG. § 1 I 2 StARUG-RegE konkretisiert diese Informationspflicht. Hiernach müssen die

¹⁵⁶ Vgl. hierzu bereits genauer § 3 A. II. 1.

¹⁵⁷ MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 46 Rn. 189; *Meier*, DStR 1997, 1894.

¹⁵⁸ *Meier*, DStR 1997, 1894.

¹⁵⁹ MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 46 Rn. 189; Scholz GmbHG/*K. Schmidt*, 11. Aufl., § 46 Rn. 114, § 51a Rn. 4, 18; *Meier*, DStR 1997, 1894; vgl. *K. Schmidt*, Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden, S. 17; ferner MüKo GmbHG/*Hillmann*, § 51a Rn. 10; a.A. *Haese*, Unternehmensleitung und Überwachung in der GmbH, S. 269 ff.

¹⁶⁰ Scholz GmbHG/*K. Schmidt*, 11. Aufl., § 46 Rn. 114.

¹⁶¹ A.A. *Meier*, DStR 1997, 1894; vgl. *K. Schmidt*, Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden, S. 17.

¹⁶² Vgl. *Haese*, Unternehmensleitung und Überwachung in der GmbH, S. 281; ferner *Ulmer/Hüffer/Koch/Schürnbrand GmbHG* § 49 Rn. 15; *Scholz GmbHG/Seibt*, § 49 Rn. 2.

Geschäftsführer dem Überwachungsorgan, namentlich der Gesellschafterversammlung, unverzüglich Bericht erstatten, wenn sie Entwicklungen, welche den Fortbestand der GmbH gefährden können, erkennen.

2. Verlustanzeigespflicht gegenüber den Gesellschaftern

Auch ohne ausdrückliche Regelung in § 49 III GmbHG geht mit der Einberufungspflicht die Pflicht einher, den Gesellschaftern einen Verlust in Höhe des hälftigen Stammkapitals anzuzeigen.¹⁶³ Eine Strafbarkeit wird gemäß § 84 GmbHG begründet, wenn die Verlustanzeige in Form einer Mitteilung an alle Gesellschafter in beliebiger Art und Weise unterlassen wurde.¹⁶⁴ Im Falle eines fortdauernden Verlusts i.S.v. § 49 III GmbHG muss der Geschäftsführer immer, wenn der Jahresabschluss festgestellt wird, aufgrund des Zwecks der Norm auf diesen Umstand hinweisen.¹⁶⁵

3. Pflicht zur periodischen Berichterstattung gegenüber der Gesellschaftergesamtheit?

Eine Pflicht zur periodischen Berichterstattung¹⁶⁶ gegenüber der Gesellschafterversammlung, die bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage die Krise widerspiegelt, existiert nicht.¹⁶⁷

¹⁶³ Siehe hierzu bereits § 3 A. I. 2., vgl. MüKo GmbHG/*Altenhain*, § 84 Rn. 11; Roth/*Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 84 Rn. 13; Michalski GmbHG/*Dannecker*, § 84 Rn. 40, 43.

¹⁶⁴ Roth/*Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 49 Rn. 22, § 84 Rn. 13; Michalski/*Dannecker*, GmbHG, § 84 Rn. 40 f.; Baumbach/*Hueck/Beurskens* GmbHG § 84 Rn. 6; Spindler/*Stilz/Hefendehl*, AktG, § 401 Rn. 23; Henssler/*Strohn/Servatius* GmbHG § 84 Rn. 3; BeckOK-GmbHG/*Voßen*, § 84 Rn. 9; vgl. MüKo AktG/*Schaal*, § 401 Rn. 24; auf das Unterlassen der Einberufung abstellend, *Zeilinger*, GmbHR 2001, 541, 551.

¹⁶⁵ Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 31.

¹⁶⁶ Regelmäßige Lageberichte, *Grunewald*, ZHR 146 (1982), 211, 225 f.; nicht eindeutig *Timm*, GmbHR 1980, 286, 294; ferner Hommelhoff, ZIP 1983, 383, 390; schwächer Scholz GmbHG/*K. Schmidt*, 11. Aufl., § 51a Rn. 4; vgl. Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 31; eine mit § 90 I 1 Nr. 1 - 4 AktG vergleichbaren Berichterstattung, ungenau *Meier*, DStR 1997, 1894; vgl. Scholz GmbHG/*U. H. Schneider*, 11. Aufl., § 43 Rn. 143; Berichtspflicht nach § 90 I Nr. 4 AktG in der Krise, *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 140; vgl. *Uhlenbruck*, WiB 1996, 409, 412.

¹⁶⁷ Vgl. MüKo GmbHG/*Hillmann*, § 51a Rn. 10; Michalski/*Römermann*, GmbHG, § 51a Rn. 153; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* GmbHG § 51a Rn. 59; ausführlich

4. Periodische sowie außerordentliche Berichtspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat?

Im Anwendungsbereich des MontanMitbestG findet sich in § 3 II MontanMitbestG ein Verweis auf die aktienrechtlichen Normen und damit auch auf die Berichtspflichten des § 90 I, II AktG. Gegenüber dem fakultativen und dem nach dem DrittelbG oder MitbestG i.d.F.v. 1976 obligatorischen Aufsichtsrat hat der Geschäftsführer von Gesetzes wegen keine periodischen und auch keine ausdrücklichen außerordentlichen Berichtspflichten. Die allgemeine Sorgfaltspflicht gebietet jedenfalls, um die Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats zu ermöglichen,¹⁶⁸ eine außerordentliche Berichterstattung in Extremfällen,¹⁶⁹ bei Maßnahmen, Ereignissen, Entwicklungen und Risiken, die für die GmbH eine wesentliche Bedeutung haben.¹⁷⁰ Wenn die Gesellschafter – wie im Falle des Verlusts des hälftigen Grundkapitals – beteiligt werden müssen, muss auch der Aufsichtsrat informiert werden. Die Gegenstände dieser selbstständigen Informationspflicht können aber unterhalb der Schwelle liegen, ab welcher die Gesellschafter zu beteiligen sind.¹⁷¹ Eine Orientierung an § 90 I 1 Nr. 4 AktG und § 90 I 3 AktG ist zu empfehlen. Eine Pflichtverletzung kann Schadensersatzansprüche nach sich ziehen.

5. Informationspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat und der Gesellschaftergesamtheit im Zusammenhang mit deren Zuständigkeiten

Wie auch der Vorstand muss die Geschäftsführung dem Aufsichtsrat und der Gesellschaftergesamtheit die Informationen zur Verfügung

Haese, Unternehmensleitung und Überwachung in der GmbH, S. 269 ff.; ferner *Henssler/Strohn/Strohn GmbHG* § 51a Rn. 3.

¹⁶⁸ Es besteht folglich eine Nähe zur Fallgruppe der Informationspflichten im Zusammenhang mit den Zuständigkeiten des Aufsichtsrats, vgl. § 3 B. II. 5.

¹⁶⁹ Eingeschränkt, *Michalski-Giedinghagen*, GmbHG, § 52 Rn. 254; vgl. *Scholz GmbHG/U. H. Schneider*, 11. Aufl., § 52 Rn. 107.

¹⁷⁰ *Scholz GmbHG/U. H. Schneider/Seyfarth*, § 52 Rn. 292; vgl. *Michalski-Giedinghagen*, GmbHG, § 52 Rn. 254; *MüKo GmbHG/Spindler*, § 52 Rn. 323.

¹⁷¹ Vgl. *Scholz GmbHG/U. H. Schneider*, 11. Aufl., § 52 Rn. 107.

stellen, welche diese zur Ausübung ihrer Kompetenzen benötigen.¹⁷² Die Pflichten, die Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint (§ 49 II Hs. 2 GmbHG), oder bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals (§ 49 III GmbHG), können mit einer solchen Informationspflicht einhergehen.¹⁷³ Fallen Maßnahmen zur Reaktion auf die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung, ist letztere vor der Beschlussfassung mit den zur Beurteilung der Entscheidung nötigen Informationen,¹⁷⁴ insbesondere mit dem kalkulierten Aufwand und den kalkulierten Kosten, den Erfolgchancen und den Folgen des Ge- und Misslingens, zu versorgen. Die Einberufung hat mit der Erteilung der notwendigen Informationen zu erfolgen.¹⁷⁵ Wird der Pflicht nicht oder nicht vollumfänglich nachgekommen, kann der unter unzureichenden Informationen getroffene Beschluss der Anfechtung unterliegen.¹⁷⁶

III. Vergleichende Betrachtung

Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage wird sich in der AG frühzeitig bei der Berichterstattung gegenüber dem Aufsichtsrat nach § 90 I 1 AktG bemerkbar machen. Ihr Inhalt wird von Verböten einer Krise, deren Auswirkungen und insbesondere von Reaktionsmaßnahmen handeln. Die Krise wird sich auch in Häufigkeit und

¹⁷² Vgl. § 3 B. I. 6.; vgl. gegenüber dem Aufsichtsrat, OLG Oldenburg, Urt. v. 22.6.2006 – 1 U 34/03 = GmbHR 2006, 1263, 1266; BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, § 52 Rn. 32; Haese, Unternehmensleitung und Überwachung in der GmbH, S. 303; gegenüber der Gesellschaftergesamtheit, OLG Stuttgart, Urt. v. 7.2.2001 – 20 U 52/97 = DB 2001, 854, 858; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 51a Rn. 2; MüKo GmbHG/Hillmann, § 51a Rn. 9; Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 51a Rn. 4; Henssler/Strohn/Strohn GmbHG § 51a Rn. 2; Wicke, GmbHG, § 46 Rn. 17; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 51a Rn. 56; Götker, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 365; Hommelhoff, ZIP 1983, 383, 390.

¹⁷³ Vgl. bereits § 3 A. I.; Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 51a Rn. 4; Scholz GmbHG/Seibt, § 49 Rn. 27; Haese, Unternehmensleitung und Überwachung in der GmbH, S. 281; Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 46, 51; Tietze, Informationsrechte des GmbH-Gesellschafters, S. 7.

¹⁷⁴ Vgl. Uhlenbruck, GmbHR 2005, 817, 820; ferner Götker, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 364.

¹⁷⁵ OLG Stuttgart, Urt. v. 7.2.2001 – 20 U 52/97 = DB 2001, 854, 858; MüKo GmbHG/Hillmann, § 51a Rn. 9.

¹⁷⁶ OLG Stuttgart, Urt. v. 7.2.2001 – 20 U 52/97 = DB 2001, 854, 858; vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 51a Rn. 56.

Umfang der Berichterstattung niederschlagen. Die GmbH verfügt bis auf die Ausnahme der Gesellschaften, die in den Anwendungsbereich des MontanMitbestG fallen, von Gesetzes wegen nicht über ein solches ausdifferenziertes Berichtssystem. Wurde im Einzelfall kein Berichtssystem etabliert, muss der Aufsichtsrat aufgrund der allgemeinen Sorgfaltspflicht über die verschlechterte wirtschaftliche Lage informiert werden, wenn sich diese in Maßnahmen, Ereignissen, Entwicklungen und Risiken, die für die GmbH eine wesentliche Bedeutung haben, äußert. Diese ungeschriebene außerordentliche Berichtspflicht ist im Aktienrecht und in der dem MontanMitbestG unterfallenden GmbH vergleichbar mit der Pflicht zur unverzüglichen Erstattung von Sonderberichten (nur gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden) über sonstige wichtige Anlässe gemäß § 90 I 3 AktG. Eine Verletzung der aktienrechtlichen Berichtspflichten bringt mit § 407 I AktG, §§ 388 ff. FamFG und § 400 I Nr. 1, 2 AktG verschärfte Rechtsfolgen mit sich.

Äußert sich die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage in einem Verlust in Höhe des hälftigen Grundkapitals (§ 92 I Alt. 2 AktG) oder in einem Jahresfehlbetrag oder einem Verlust, der das Jahresergebnis wesentlich beeinträchtigt hat, (§ 176 I 3 AktG) oder werden zur Schadensabwehr eigene Aktien erworben oder in Pfand genommen (§§ 71 III 1 Alt. 1, 71e I 1 AktG), treffen den Vorstand Informationspflichten und -gebote gegenüber der Hauptversammlung. Den Geschäftsführer trifft den Gesellschaftern gegenüber wegen § 46 Nr. 6 GmbHG eine Informationspflicht hinsichtlich wichtiger Angelegenheiten. Die GmbH-Gesellschafter erfahren folglich früher und erlangen in größerem Ausmaß Kenntnis von der verschlechterten wirtschaftlichen Lage. Erleidet die GmbH einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals, ist dieser auch den Gesellschaftern gegenüber anzuzeigen. Vorstand und Geschäftsführer treffen Informationspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung/Gesellschaftergesamtheit im Zusammenhang mit deren Zuständigkeiten. Insbesondere, wenn die Krise zu Einberufungspflichten führt,¹⁷⁷ gehen mit diesen Informationspflichten einher. Die krisenbezogenen Informationspflichten in AG und GmbH verfügen über einen grundsätzlich zeitlich früher ansetzenden Anwendungsbereich als die Einberufungspflichten. Eine Ausnahme bilden die Ver-

¹⁷⁷ Vgl. § 3 A.

lustanzeigepflichten, die gemeinsam mit den Einberufungspflichten aus § 49 III GmbHG/§ 92 I Alt. 1 AktG greifen.

C. Auskunfts- und Einsichtsverweigerung

I. Auskunfts- und Einsichtsverweigerung des Vorstands der AG

1. Gegenüber den Gesellschaftern

a) Auskunftsverweigerungsrecht, § 131 III AktG

Steckt die AG in einer Krise, wird die Erforderlichkeit zur sachgemäßen Beurteilung eines Gegenstands der Tagesordnung i.S.d. § 131 I 1 AktG und damit ein Auskunftsrecht des Aktionärs leichter zu bejahen sein als in einer Phase der Prosperität.¹⁷⁸ Gemäß dem insbesondere in der Krise relevanten § 131 III 1 Nr. 1 AktG darf der Vorstand die Auskunft zugunsten der AG¹⁷⁹ verweigern, soweit diese nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung geeignet ist, der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen. Ein Nachteil kann beispielsweise darin liegen, dass durch die Offenlegung noch vertrauliche Sanierungsbemühungen, wie unter anderem schwebende (Sanierungs-)Verhandlungen,¹⁸⁰ gefährdet würden.¹⁸¹ Eine Haftung bei pflichtwidrig erteilter oder verweigerter sowie unrichtiger oder unvollständiger Auskunft ist gemäß § 93 II AktG und gegenüber den Aktionären im Falle des § 400 I Nr. 1 AktG/§ 131 AktG nach § 823 II BGB¹⁸² denkbar.¹⁸³ Eine Strafbarkeit droht aus § 400 I Nr. 1 AktG.

¹⁷⁸ Spindler/Stilz/Siems, AktG, § 131 Rn. 4.

¹⁷⁹ MüKo AktG/Kubis, § 131 Rn. 109.

¹⁸⁰ Vgl. KK-AktG/Kersting, § 131 Rn. 304; Spindler/Stilz/Siems, AktG, § 131 Rn. 38; ferner K. Schmidt/Lutter AktG/Spindler, § 131 Rn. 74.

¹⁸¹ Vgl. Schuster, ZGR 2010, 325, 331.

¹⁸² Str., vgl. Spindler/Stilz/Siems, AktG, § 131 Rn. 90; dafür: K. Schmidt/Lutter AktG/Spindler, § 131 Rn. 117; dagegen: KK-AktG/Kersting, § 131 Rn. 564; Hüffer/Koch/Koch AktG § 131 Rn. 78; MüKo AktG/Kubis, § 131 Rn. 177.

¹⁸³ KK-AktG/Kersting, § 131 Rn. 561 ff.; vgl. Grigoleit/Herrler, AktG, § 131 Rn. 63; Hüffer/Koch/Koch AktG § 131 Rn. 78; MüKo AktG/Kubis, § 131 Rn. 176 f.; Spindler/Stilz/Siems, AktG, § 131 Rn. 90; K. Schmidt/Lutter AktG/Spindler, § 131 Rn. 117;

b) Auskunftsverweigerungspflicht, § 93 I (3) AktG

Eine Pflicht zur Auskunftsverweigerung folgt aus der Sorgfaltpflicht des § 93 I AktG sowie der Verschwiegenheitspflicht gemäß § 93 I 3 AktG.¹⁸⁴ Geschützt wird das Gesellschaftsinteresse.¹⁸⁵ Greift einer der Verweigerungsgründe des § 131 III 1 AktG und liegt die Verweigerung im Gesellschaftsinteresse, besteht eine Auskunftsverweigerungspflicht. Dies ist in der Regel der Fall.¹⁸⁶ Ist der Vorstand zur Auskunftserteilung verpflichtet, scheidet ein Verstoß gegen § 93 I (3) AktG aus. Weder § 131 I AktG ohne Einschlägigkeit eines Verweigerungsgrundes,¹⁸⁷ die Verlustanzeigepflicht des § 92 I Alt. 2 AktG,¹⁸⁸ die Berichtspflicht nach §§ 71 III 1 Alt. 1, 71e I 1 AktG noch die Informationspflichten gegenüber der Hauptversammlung im Zusammenhang mit deren Zuständigkeiten¹⁸⁹ können mit Hilfe der Verschwiegenheitspflicht ausgehebelt werden. Das Stellungnahmegebot des § 176 I 3 AktG stellt eine Soll-Vorschrift und keine Pflicht dar, weswegen eine Verweigerung grundsätzlich möglich erscheint. Jedoch wird in der ordentlichen Hauptversammlung ein Jahresfehlbetrag oder ein das Jahresergebnis wesentlich beeinträchtigender Verlust ohnehin bekannt, sodass der Vorstand die Chance der Stellungnahme nutzen sollte, um die Ursachen und geplante sowie bereits verwirklichte Reaktionsmaßnahmen darzulegen und die Aktionäre zu beruhigen und bzw. oder für die Reaktion einzuspannen. Im Falle von erst zukünftig drohenden Verlusten dieser Art können die für die Einberufungs-

teilw. a.A. Hölters/*Drinhausen* AktG § 131 Rn. 44; ferner *Meilicke/Heidel*, DStR 1992, 72, 73.

¹⁸⁴ Hölters/*Drinhausen* AktG § 131 Rn. 29; Spindler/*Stilz/Siems*, AktG, § 131 Rn. 35; K. Schmidt/*Lutter* AktG/*Spindler*, § 131 Rn. 72; vgl. Grigoleit/*Herrler*, AktG, § 131 Rn. 42; Hüffer/*Koch/Koch* AktG § 131 Rn. 54; MüKo AktG/*Kubis*, § 131 Rn. 112.

¹⁸⁵ Spindler/*Stilz/Fleischer*, AktG, § 93 Rn. 160; Unternehmensinteresse, BGH, Urt. v. 5.6.1975 - II ZR 156/73 = BGHZ 64, 325, 329 ff. = NJW 1975, 1412, 1413 f.; *Hopt* in Großkomm AktG, § 93 Rn. 280.

¹⁸⁶ Vgl. Hölters/*Drinhausen* AktG § 131 Rn. 29; Spindler/*Stilz/Fleischer*, AktG, § 93 Rn. 167; Grigoleit/*Herrler*, AktG, § 131 Rn. 42; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 143; Spindler/*Stilz/Siems*, AktG, § 131 Rn. 35; a.A. im Einzelfall, K. Schmidt/*Lutter* AktG/*Spindler*, § 131 Rn. 72.

¹⁸⁷ Vgl. MüKo AktG/*Kubis*, § 131 Rn. 112.

¹⁸⁸ Vgl. § 3 B. I. 3.

¹⁸⁹ Vgl. § 3 B. I. 6.

pflicht bei Erforderlichkeit für das Wohl der Gesellschaft gemäß § 121 I Var. 3 AktG entwickelten Kriterien herangezogen werden.¹⁹⁰ Die Nichteinhaltung der Verschwiegenheitspflicht kann zu einer Haftung aus § 93 II AktG führen.¹⁹¹ Eine Strafbarkeit kann aus § 404 I Nr. 1 Alt. 1, II AktG folgen.

2. Gegenüber dem Aufsichtsrat und dem Aufsichtsratsvorsitzenden

Gegenüber dem Aufsichtsrat ist ein Auskunftsverweigerungsrecht sowie eine solche Pflicht in und außerhalb einer Krise grundsätzlich nicht zu rechtfertigen.¹⁹² Gleiches gilt hinsichtlich des Einsichts- und Prüfungsrechts nach § 111 II AktG. Gerade in der Krise steigert sich die Überwachungsintensität des Aufsichtsrats.¹⁹³ Eine Haftung ist aus § 93 II AktG denkbar.

II. Auskunfts- und Einsichtsverweigerung des Geschäftsführers der GmbH

1. Gegenüber den Gesellschaftern

a) Auskunfts- und Einsichtsverweigerungsrecht, § 51a II GmbHG

Das im Rahmen des § 51a I GmbHG etwa erforderliche Kriterium des Informationsbedürfnisses¹⁹⁴ muss bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage leichter zu bejahen sein. Gemäß § 51a II GmbHG

¹⁹⁰ Vgl. § 3 A. II. 2.

¹⁹¹ Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 93 Rn. 172.

¹⁹² Vgl. Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 90 Rn. 52, 55, § 93 Rn. 167; Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 90 Rn. 9; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG, § 93 Rn. 292; Hüffer/*Koch/Koch* AktG § 90 Rn. 3; *Kort* in Großkomm AktG, § 90 Rn. 110 f., 117; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 93 Rn. 116; Hölters/*Müller-Michaelis* AktG § 90 Rn. 3; MüKo AktG/*Spindler*, § 90 Rn. 54; *Lutter/Krieger/Verse* in: Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, § 6 Rn. 191; *Sina*, NJW 1990, 1016, 1019; hinsichtlich Anforderungsberichten, K. Schmidt/Lutter AktG/*Sailer-Coceani*, § 90 Rn. 42; *Hasselbach*, NZG 2012, 41, 44; v. *Schenck*, NZG 2002, 64, 66; ferner *Götz*, NZG 2002, 599, 603; vgl. MüKo AktG/*Habersack*, § 111 Rn. 79; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG, § 111 Rn. 399; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 111 Rn. 52.

¹⁹³ Vgl. *Semler*, Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, S. 87 f.

¹⁹⁴ Existenz str., dafür: Michalski-*Römermann*, GmbHG, § 51a Rn. 129 ff.; ausführlich Scholz GmbHG/*K. Schmidt*, 11. Aufl., § 51a Rn. 8 ff.; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* GmbHG § 51a Rn. 27 ff.

dürfen die Geschäftsführer einem Gesellschafter die Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft und die Einsicht der Bücher und Schriften (vorläufig) verweigern, wenn zu besorgen ist, dass der Gesellschafter sie zu gesellschaftsfremden Zwecken verwenden und dadurch der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen ein nicht unerheblicher Nachteil zugefügt wird. Ein Nachteil kann darin liegen, dass sich die Krise verschlimmert oder Reaktionsmaßnahmen scheitern. Die Vorschrift dient dem Gesellschaftsinteresse.¹⁹⁵ Die Information darf trotz des Vorliegens der Voraussetzungen des § 51a II GmbHG nicht verweigert werden, wenn die Erteilung im Gesellschaftsinteresse liegt.¹⁹⁶ Im Falle einer rechtswidrigen Erteilung oder Verweigerung droht eine Haftung aus § 43 II GmbHG und gemäß § 280 I BGB aus dem Anstellungsvertrag.¹⁹⁷

b) Auskunfts- und Einsichtsverweigerungspflicht, § 43 I GmbHG

Die Verschwiegenheitspflicht aus § 43 I GmbHG schützt das Gesellschaftsinteresse.¹⁹⁸ Besteht eine Informationspflicht, was gerade in der Krise häufiger der Fall ist, bleibt für die Verweigerung der Auskunftserteilung oder der Einsichtsgewährung grundsätzlich kein Raum.¹⁹⁹ Eine Pflicht zur Geheimhaltung ist lediglich im Einzelfall gegenüber einzelnen Gesellschaftern anzuerkennen.²⁰⁰ Ein solcher Einzelfall ist im Anwendungsbereich des § 51a II GmbHG (vorläufig) gegeben, wenn der Verweigerungsgrund vorliegt und die Gel-

¹⁹⁵ Vgl. RegE, BT-Drucks. 8/1347, S. 44; MüKo GmbHG/Hillmann, § 51a Rn. 62.

¹⁹⁶ Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 51a Rn. 38.

¹⁹⁷ MüKo GmbHG/Hillmann, § 51a Rn. 106 f.; Ulmer/Hüffer/Koch/Schürnbrand GmbHG § 51a Rn. 78; Michalski-Römermann, GmbHG, § 51a Rn. 180 ff., 235 f.; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 51a Rn. 51; vgl. BeckOK-GmbHG/Schindler, § 51a Rn. 70; Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 51a Rn. 48.

¹⁹⁸ MüKo GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 199; vgl. Armbrüster, GmbHR 1997, 56, 57; Unternehmensinteresse, BGH, Urt. v. 5.6.1975 - II ZR 156/73 = BGHZ 64, 325, 329 ff. = NJW 1975, 1412, 1413.

¹⁹⁹ Vgl. MüKo GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 205; BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 194 ff.; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 301 ff.

²⁰⁰ BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 194; Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 51a Rn. 31; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 301; ferner Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43 Rn. 20.

tendmachung im Gesellschaftsinteresse liegt.²⁰¹ Eine Haftung kann aus § 43 II GmbHG,²⁰² die Strafbarkeit aus § 85 GmbHG folgen.

2. Gegenüber dem Aufsichtsrat und dem Aufsichtsratsvorsitzenden

Die Geschäftsführung²⁰³ darf die Erfüllung von Informationsverlangen des Aufsichtsrats oder eines seiner Mitglieder²⁰⁴ unabhängig von der wirtschaftlichen Lage nicht bereits aus Gründen der Geheimhaltung²⁰⁵ verweigern.²⁰⁶ Dies gilt auch dann, wenn die Gefahr einer Weitergabe der angefragten Informationen existiert und der GmbH ein Schaden droht.²⁰⁷ Gleiches gilt für die Geltendmachung des Einsichts- und Prüfungsrechts nach § 111 II AktG, § 52 I GmbHG. Im Falle eines Verstoßes ist eine Haftung aus § 43 II GmbHG denkbar.

III. Vergleichende Betrachtung

Die Möglichkeiten zur Auskunft- und Einsichtsverweigerung und die Verschwiegenheitspflicht der Geschäftsleiter dienen dem Schutz der Gesellschaft. In der Krise steigern sich die Informationspflichten der Geschäftsleitung. Dies liegt zunächst am Hinzutreten zusätzlicher Informationspflichten und -gebote,²⁰⁸ der stärkeren Geltendmachung von Kontrollrechten, wie des (§ 52 I GmbHG,) § 111 II AktG,²⁰⁹ sowie der erleichterten Geltendmachung der Individualrechte aus

²⁰¹ Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 51a Rn. 31; vgl. Grunewald, ZHR 146 (1982), 211, 232.

²⁰² Vgl. Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 51a Rn. 31.

²⁰³ Vgl. MüKo GmbHG/Spindler, § 52 Rn. 331; a.A. der Aufsichtsratsvorsitzende, Michalski-Giedinghagen, GmbHG, § 52 Rn. 263; Scholz GmbHG/U. H. Schneider/Seyfarth, § 52 Rn. 295.

²⁰⁴ Scholz GmbHG/U. H. Schneider, 11. Aufl., § 52 Rn. 342; nur hinsichtlich Anforderungsberichten nach § 90 III 2 AktG, § 52 I GmbHG, BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, § 52 Rn. 32.

²⁰⁵ Michalski-Giedinghagen, GmbHG, § 52 Rn. 262; vgl. BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, § 52 Rn. 32.

²⁰⁶ MüKo GmbHG/Spindler, § 52 Rn. 327; vgl. Scholz GmbHG/U. H. Schneider/Seyfarth, § 52 Rn. 295; zu den Voraussetzungen einer zulässigen Verweigerung: Michalski-Giedinghagen, GmbHG, § 52 Rn. 263; MüKo GmbHG/Spindler, § 52 Rn. 327; zu § 90 V 1 AktG, Ulmer/Heermann GmbHG § 52 Rn. 121.

²⁰⁷ MüKo GmbHG/Spindler, § 52 Rn. 327; vgl. Scholz GmbHG/U. H. Schneider/Seyfarth, § 52 Rn. 295.

²⁰⁸ Vgl. § 3 B.

²⁰⁹ Ferner MüKo GmbHG/Spindler, § 52 Rn. 334.

§ 131 I AktG/§ 51a GmbHG. Insbesondere im Aktienrecht nimmt der Gesetzgeber die Publizität als unvermeidliche Nebenfolge einer Unterrichtung der Hauptversammlung gerade in Kauf. Diese Steigerung der Informationspflichten gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden, dem Aufsichtsrat und den Gesellschaftern führt dazu, dass die Geschäftsleitung im Vergleich zur prosperierenden Lage insgesamt zu einer größeren Offenheit verpflichtet ist. Sind die Geschäftsleiter zur Information verpflichtet, bleibt für eine Verweigerung grundsätzlich kein Raum.

Die Informationspflichten von Vorstand und Geschäftsführung belassen aber auch in der Krise teilweise Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Fraglich ist, ob und inwieweit dieser die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Motiven einräumt, die gegen eine Informationserteilung sprechen, wie etwa die Gefahr, dass sensible Informationen, insbesondere die Tatsache, dass die Gesellschaft in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckt, einzelnen Konkurrenten oder gar marktweit bekannt werden. Lediglich im Rahmen des Stellungnahmegebots nach § 176 I 3 AktG und der Informationspflicht des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaftergesamtheit hinsichtlich wichtiger Angelegenheiten der GmbH können solche Motive bereits in die Entscheidung, ob die Information zu erteilen ist, eingespeist werden. Im Rahmen des § 90 AktG können Geheimhaltungsinteressen bei der Wahl des Zeitpunkts und der Form der Informationserteilung berücksichtigt werden.²¹⁰

Werden die Informationspflichten des Geschäftsleiters nicht eingehalten, droht ebenso eine Haftung, wie für den Fall, dass die Verschwiegenheitspflicht durch fehlende Verweigerung der Auskunft oder Einsicht trotz Verweigerungspflicht verletzt wird. Gerade bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, in welcher gesteigerte Informationspflichten bestehen und der Vertraulichkeit eine essentielle Bedeutung zukommt, manifestiert sich ein Zielkonflikt für den Geschäftsleiter. Eine Haftung kommt anders als im GmbH-Recht im Aktienrecht auch gegenüber den betroffenen Aktionären über § 823 II BGB, § 400 I Nr. 1/§ 131 AktG in Betracht. Eine Strafbarkeit kann für den Vorstand aus

²¹⁰ Hüffer/Koch/Koch AktG § 90 Rn. 10, 3; Cahn, AG 2014, 525, 529; vgl. RegE TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 15; J. Koch in 50 Jahre AktG, 65, 86; a.A. Burgard/Heimann, AG 2014, 360, 362 f.; ferner dies., NZG 2014, 1294, 1295.

§§ 400 I Nr. 1, 404 I Nr. 1 Alt. 1 AktG und für den Geschäftsführer aus § 85 GmbH folgen.

D. Vermögensbezogene Pflichten

I. (Aus-)Zahlungs- sowie Rückzahlungsverbote

1. GmbH

a) Auszahlungsverbot betreffend das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der GmbH, § 30 I GmbHG

Gemäß § 30 I 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Die Norm schützt vorrangig die Gläubiger der GmbH und dient sekundär dem Schutz der Gesellschaft selbst sowie dem der Gesellschafter.²¹¹ § 30 I GmbHG greift als Insolvenzprophylaxe „im Vorfeld der Insolvenzreife“^{212, 213}. Aus der Sorgfaltpflicht des Geschäftsführers kann sich eine Pflicht zur Aufstellung einer Zwischenbilanz ergeben, was im Falle von Zweifeln bezüglich der Vereinbarkeit der geplanten Zahlung mit § 30 I GmbHG anzunehmen ist.²¹⁴ Schadensersatzansprüche drohen aus § 43 III GmbHG²¹⁵ und bezüglich der weiteren über den Auszah-

²¹¹ Michalski-Heidinger, GmbHG, § 30 Rn. 1, 7; vgl. Ulmer/Habersack GmbHG § 30 Rn. 2 f.; ferner Henze, NZG 2003, 649, 652; ohne Rangfolge, MüKo GmbHG/Ekkenga, § 30 Rn. 4, 15 ff., 45; Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG § 30 Rn. 1; den Gläubigerschutz als alleinigen Zweck ansehend, Scholz GmbHG/Verse, § 30 Rn. 2 f.

²¹² Ulmer/Habersack GmbHG § 30 Rn. 3.

²¹³ Ulmer/Habersack GmbHG § 30 Rn. 3; vgl. MüKo GmbHG/Ekkenga, § 30 Rn. 15; Scholz GmbHG/Verse, § 30 Rn. 2; Engert, BB 2005, 1951; Mülberr, Der Konzern 2004, 151, 154.

²¹⁴ Michalski-Heidinger, GmbHG, § 30 Rn. 50; vgl. Ulmer/Habersack GmbHG § 30 Rn. 42; BeckOK-GmbHG/Schmolke, § 30 Rn. 68; Scholz GmbHG/Verse, § 30 Rn. 61; ferner Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG § 30 Rn. 18; lediglich empfindend, Müller, DStR 1997, 1577, 1578.

²¹⁵ MüKo GmbHG/Ekkenga, § 30 Rn. 7, 27, 275; Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG § 30 Rn. 64; Ulmer/Habersack GmbHG § 30 Rn. 22, 123; Michalski-Heidinger, GmbHG, § 30 Rn. 133; BeckOK-GmbHG/Schmolke, § 30 Rn. 203; Scholz GmbHG/Verse, § 30 Rn. 126; Engert, BB 2005, 1951; ferner Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 154.

lungsschaden ²¹⁶ hinausgehenden Ausschüttungsfolgen aus § 43 II GmbHG.²¹⁷ Eine Haftung gegenüber den in Anspruch genommenen Gesellschaftern kann aus § 31 VI GmbHG folgen.²¹⁸

b) Verbot der Rückzahlung von Nachschüssen bei Erforderlichkeit zur Deckung eines Verlusts am Stammkapital der GmbH, § 30 II GmbHG

Gemäß § 30 II 1 GmbHG können eingezahlte Nachschüsse, soweit sie nicht zur Deckung eines Verlustes am Stammkapital erforderlich sind, an die Gesellschafter zurückgezahlt werden. Geschützt werden insbesondere die Interessen angehender Gesellschafter.²¹⁹ Der mit der Rückzahlungssperre einhergehende Schutz der Gesellschaftsgläubiger stellt lediglich eine Nebenfolge dar.²²⁰ Die Rückzahlung unterliegt erschwerenden formellen Bedingungen (§ 30 II 2 GmbHG)²²¹ sowie in materieller Hinsicht dem Auszahlungsverbot gemäß § 30 I 1 GmbHG²²² sowie einem Volleinzahlungsgebot hinsichtlich des Stammkapitals²²³. Die Nichteinhaltung der Rückzahlungsmodali-

²¹⁶ BGH, Urt. v. 29.9.2008 - II ZR 234/07 = NJW 2009, 68, 70; so auch MüKo GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 294; BeckOK-GmbHG/*Ziemons/Pöschke*, § 43 Rn. 341; Michalski-*Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 507.

²¹⁷ MüKo GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 294; BeckOK-GmbHG/*Ziemons/Pöschke*, § 43 Rn. 341; Ulmer/*Paefgen* GmbHG § 43 Rn. 270; Michalski-*Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 507; auf § 43 III GmbHG abstellend, MüKo GmbHG/*Ekkenga*, § 30 Rn. 7; Michalski-*Heidinger*, GmbHG, § 30 Rn. 133.

²¹⁸ Ulmer/*Habersack* GmbHG § 30 Rn. 123; BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30 Rn. 203.

²¹⁹ MüKo GmbHG/*Ekkenga*, § 30 Rn. 293; vgl. Ulmer/*Habersack* GmbHG § 30 Rn. 140.

²²⁰ MüKo GmbHG/*Ekkenga*, § 30 Rn. 293; ferner Scholz GmbHG/*Verse*, § 30 Rn. 136.

²²¹ Vgl. Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 30 Rn. 171; MüKo GmbHG/*Ekkenga*, § 30 Rn. 293, 296; Baumbach/*Hueck/Fastrich* GmbHG § 30 Rn. 71; Ulmer/*Habersack* GmbHG § 30 Rn. 144, 146 f.; Michalski-*Heidinger*, GmbHG, § 30 Rn. 223 ff.; BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30 Rn. 241 ff.; Scholz GmbHG/*Verse*, § 30 Rn. 142 f.

²²² Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 30 Rn. 170; MüKo GmbHG/*Ekkenga*, § 30 Rn. 296; Baumbach/*Hueck/Fastrich* GmbHG § 30 Rn. 2, 71; Ulmer/*Habersack* GmbHG § 30 Rn. 136, 141; Michalski-*Heidinger*, GmbHG, § 30 Rn. 219, 221; BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30 Rn. 231, 237; Scholz GmbHG/*Verse*, § 30 Rn. 136, 140.

²²³ Ulmer/*Habersack* GmbHG § 30 Rn. 143; Michalski-*Heidinger*, GmbHG, § 30 Rn. 222; BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30 Rn. 240; Scholz GmbHG/*Verse*, § 30 Rn. 141;

täten bringt die allgemeinen Rechtsfolgen von § 30 I GmbHG mit sich.²²⁴ Wird § 30 II 3 GmbHG missachtet, kann eine Haftung aus § 43 III GmbHG, und wenn gegen § 30 II 2 GmbHG verstoßen wird, aus § 43 II GmbHG folgen.²²⁵

c) Zahlungen, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, § 64 S. 3 GmbHG

§ 64 S. 3 GmbHG (mit dem SanInsFoG § 15b V InsO-RegE) normiert die (partielle) Insolvenzverursachungshaftung.²²⁶ Gemäß § 64 S. 3 GmbHG sind die Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen an Gesellschafter verpflichtet, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns i.S.d. S. 2²²⁷ nicht erkennbar. S. 3 gewährt einen vorverlagerten Schutz der Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger.²²⁸ Nach Auszahlung²²⁹ hat die schuldhafte Verletzung des Zahlungsverbots des S. 3 einen durch §§ 64 S. 4, 43 III, IV GmbHG verschärften Erstattungsanspruch sui generis der GmbH gegen den Geschäftsführer zur Folge.²³⁰ Voraussetzung für die Geltendma-

vgl. Roth/Altmeyen/*Altmeyen*, GmbHG, § 30 Rn. 171; MüKo GmbHG/*Ekkenga*, § 30 Rn. 296; Baumbach/Hueck/*Fastrich* GmbHG § 30 Rn. 71.

²²⁴ MüKo GmbHG/*Ekkenga*, § 30 Rn. 297; vgl. aber Ulmer/*Paefgen* GmbHG § 43 Rn. 261; Baumbach/Hueck/*Noack* GmbHG § 43 Rn. 86.

²²⁵ Str., vgl. BeckOK -GmbHG/*Haas/Ziemons*, § 30 Rn. 336; Michalski-*Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 502; § 43 III 1 GmbHG, unklar, Scholz GmbHG/*Verse*, § 30 Rn. 145; § 43 II GmbHG, Ulmer/*Paefgen* GmbHG § 43 Rn. 261.

²²⁶ MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 177; *Knof*, DStR 2007, 1536; vgl. BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 71; ferner OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.12.2011 - I-16 U 19/10 = GmbHR 2012, 332, 336.

²²⁷ Vgl. § 7 B. VII. 1.

²²⁸ Vgl. Scholz GmbHG/*Bitter*, § 64 Rn. 230; Ulmer/*Casper* GmbHG § 64 Rn. 136; Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG § 64 Rn. 7, 10 f.; BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 4 f., 71 f.; MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 1, 177; Michalski-*Nerlich*, GmbHG, § 64 Rn. 9, 31; *Knof*, DStR 2007, 1536, 1537; *Strohn*, NZG 2011, 1161, 1168.

²²⁹ Dafür, dass auch Zahlungsunfähigkeit eingetreten sein muss, Scholz GmbHG/*Bitter*, § 64 Rn. 250; *Geißler*, DZWIR 2011, 309, 314; a.A. Bork/Schäfer GmbHG/*Klöhn*, § 64 Rn. 52.

²³⁰ Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG § 64 Rn. 12, 137, 139; BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 6, 71, 85, 87; MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 179, 198; Michalski-*Nerlich*, GmbHG, § 64 Rn. 38 f.; *Knof*, DStR 2007, 1580, 1584.

chung der Forderung ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder die Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse.²³¹ Folgeschäden sind über § 43 II GmbHG ersetzbar.²³²

2. AG

a) Auszahlungsverbot bezüglich aller Zuwendungen außerhalb der gesetzlich normierten Gewinnausschüttung, § 57 AktG

Gemäß § 57 I 1 AktG dürfen den Aktionären die Einlagen nicht zurückgewährt werden. Abs. 2 bestimmt, dass ihnen Zinsen weder zugesagt noch ausbezahlt werden dürfen. Nach § 57 III AktG darf unter den Aktionären vor Auflösung der Gesellschaft nur der Bilanzgewinn verteilt werden. § 57 AktG hat allein den Schutz der Gesellschaftsgläubiger zum Zweck.²³³ Eine Innenhaftung der Vorstandsmitglieder kann sich aus § 93 II, III Nr. 1, 2, 5 AktG in Höhe der unzulässig erbrachten Zuwendung ergeben.²³⁴ Folgeschäden sind ebenfalls ersatzfähig.²³⁵

b) Zahlungen, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, § 92 II 3 AktG

Gemäß § 92 II 3 AktG (mit dem SanInsFoG § 15b V InsO-RegE) darf der Vorstand keine Zahlungen an Aktionäre leisten, soweit diese

²³¹ BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 7; MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 198; vgl. Baumbach/Hueck/*Haas GmbHG* § 64 Rn. 25 f.; teilweise wird ein Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger entsprechend §§ 62 II, 93 IV AktG vertreten, Baumbach/Hueck/*Haas GmbHG* § 64 Rn. 23.

²³² Vgl. *Strohn*, NZG 2011, 1161, 1169; *ders.*, ZHR 173 (2009), 589, 590.

²³³ Spindler/Stilz/*Cahn/v. Spannenberg*, AktG, § 57 Rn. 6 ff., 10; K. Schmidt/Lutter AktG/*Fleischer*, § 57 Rn. 3; Hölters/*Laubert* AktG § 57 Rn. 2; anders MüKo AktG/*Bayer*, § 57 Rn. 1; KK-AktG/*Drygala*, § 57 Rn. 9; Grigoleit/*Grigoleit/Rachlitz*, AktG, § 57 Rn. 2; Hüffer/Koch/*Koch* AktG § 57 Rn. 1.

²³⁴ H.L., siehe MüKo AktG/*Bayer*, § 57 Rn. 239; Spindler/Stilz/*Cahn/v. Spannenberg*, AktG, § 57 Rn. 100; K. Schmidt/Lutter AktG/*Fleischer*, § 57 Rn. 76; Grigoleit/*Grigoleit/Rachlitz*, AktG, § 57 Rn. 33; Hölters/*Laubert* AktG § 57 Rn. 29; vgl. Hüffer/Koch/*Koch* AktG § 57 Rn. 32.

²³⁵ Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 93 Rn. 259; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG, § 93 Rn. 340, 343; Hüffer/Koch/*Koch* AktG § 93 Rn. 69; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 92 Rn. 134; MüKo AktG/*Spindler*, § 93 Rn. 263; auf § 93 III AktG abstellend, Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 93 Rn. 83.

zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar. § 92 II 3 AktG gleicht § 64 S. 3 GmbHG. Es kann daher weitestgehend auf die Ausführungen zu § 64 S. 3 GmbHG²³⁶ verwiesen werden. Der verschärfte Ersatzanspruch der AG gegen den Vorstand folgt aus § 93 III Nr. 6 AktG.²³⁷ Folgeschäden sind über § 93 II AktG ersetzbar.²³⁸ Gläubiger können den Anspruch über § 93 V AktG geltend machen.²³⁹

3. Vergleichende Betrachtung

Sowohl im Recht der GmbH²⁴⁰ als auch im Aktienrecht ist das Gläubigerschutzsystem zweigleisig aufgebaut. Die Vermögensbindung der § 30 GmbHG/§ 57 AktG²⁴¹ wird durch den Liquiditätsschutz²⁴² der partiellen Insolvenzverursachungshaftung aus § 64 S. 3 GmbHG/§ 92 II 3 AktG ergänzt.²⁴³ § 30 I GmbHG und § 57 AktG unterscheiden sich insbesondere in ihrem Schutzzumfang sowie in den für eine Ausschüttung erforderlichen Modalitäten.²⁴⁴ Anders als § 57 AktG greift § 30 GmbHG erst,

²³⁶ Vgl. § 3 D. I. 1. c).

²³⁷ Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 46; Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 92 Rn. 51, 53; Hüffer/Koch/*Koch* AktG § 92 Rn. 45; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 92 Rn. 57; K. Schmidt/Lutter AktG/*Sailer-Coceani*, § 92 Rn. 19, 25; MüKo AktG/*Spindler*, § 92 Rn. 54; *Thümmel/Burkhardt*, AG 2009, 885, 891, 893.

²³⁸ *Habersack/Foerster* in Großkomm AktG, § 92 Rn. 144; Hüffer/Koch/*Koch* AktG § 92 Rn. 45; *Thümmel/Burkhardt*, AG 2009, 885, 891, 893; a.A. § 93 III Nr. 6 AktG anwendend, Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 92 Rn. 51; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 92 Rn. 57; K. Schmidt/Lutter AktG/*Sailer-Coceani*, § 92 Rn. 25; MüKo AktG/*Spindler*, § 92 Rn. 54.

²³⁹ Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 92 Rn. 51.

²⁴⁰ *Knof*, DStR 2007, 1580, 1585 f.

²⁴¹ Spindler/Stilz/*Cahn/v. Spannenberg*, AktG, § 57 Rn. 13.

²⁴² Für die GmbH: Ulmer/*Casper* GmbHG § 64 Rn. 137; BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 78 f.; MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 18, 186, 189; *Greulich/Rau*, NZG 2008, 284, 286; *Knof*, DStR 2007, 1536, 1537.

²⁴³ Für die GmbH: vgl. *Knof*, DStR 2007, 1580, 1585; *ders.*, DStR 2007, 1536, 1537; *Meyer*, BB 2008, 1742, 1745; ferner *Böcker/Poertzgen*, WM 2007, 1203, 1205 f.; für die AG: Spindler/Stilz/*Cahn/v. Spannenberg*, AktG, § 57 Rn. 13; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 92 Rn. 59; für GmbH und AG: vgl. *Cahn*, Der Konzern 2009, 7 f.

²⁴⁴ Grigoleit/*Grigoleit/Rachlitz*, AktG, § 57 Rn. 10; Scholz GmbHG/*Verse*, § 30 Rn. 7; zum Umfang: Michalski-*Heidinger*, GmbHG, § 30 Rn. 135.

wenn die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage fortgeschritten ist. Da ein mit dem in § 30 II GmbHG behandelten vergleichbares Nachschusskapital im Aktiengesetz nicht existiert, findet diese Norm keine aktienrechtliche Entsprechung.²⁴⁵ Die Vermögensbindungen der beiden Kapitalgesellschaften unterscheiden sich graduell, aber nicht grundsätzlich bzw. allein wertmäßig, nicht auch der Art nach.²⁴⁶

Die § 64 S. 3 GmbHG und § 92 II 3 AktG gleichen einander.²⁴⁷ Sie greifen bereits im Vorfeld der Insolvenz und ziehen damit die Vorrangstellung der Gläubiger in der Insolvenz nach vorn. Anders als bei § 30 GmbHG entfallen die aus § 64 S. 3 GmbHG/§ 92 II 3 AktG folgenden Erstattungsansprüche bei (nachhaltiger) Wiederherstellung der Liquidität.²⁴⁸ Der partiellen Insolvenzverursachungshaftung kommt im GmbH-Recht wegen der höheren Insolvenzanfälligkeit eine größere Bedeutung zu.²⁴⁹ Die Gesellschafter der GmbH haben in- und außerhalb der Insolvenz allein „Zugriff auf den zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht benötigten Überschuss“²⁵⁰. Den Aktionären der AG steht höchstens der Überschuss zu.

²⁴⁵ Ulmer/*Habersack* GmbHG § 30 Rn. 18; BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30 Rn. 35.

²⁴⁶ K. Schmidt/Lutter AktG/*Fleischer*, § 57 Rn. 74; *Rosengarten*, ZHR 168 (2004), 708, 721 ff.; ferner *Drinhausen* in: Heidel, Aktienrecht, § 57 Rn. 53; *Baumbach/Hueck/Fastrich* GmbHG § 30 Rn. 6.

²⁴⁷ Nicht nachvollziehbar von erheblichen Abweichungen sprechend, *Thümmel/Burkhardt*, AG 2009, 885.

²⁴⁸ Vgl. für die GmbH: Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 30 Rn. 154, 162; Ulmer/*Casper* GmbHG § 64 Rn. 151; MüKo GmbHG/*Ekkenga*, § 30 Rn. 290; *Baumbach/Hueck/Fastrich* GmbHG § 30 Rn. 67; Ulmer/*Habersack* GmbHG § 30 Rn. 44, 115; *Michalski-Heidinger*, GmbHG, § 30 Rn. 128, 132; *Altmeppen*, ZIP 2015, 1657 ff.; BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 80; MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 191; ferner BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30 Rn. 89; *Scholz GmbHG/Verse*, § 30 Rn. 117; für die AG: *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 44; *Hüffer/Koch/Koch* AktG § 92 Rn. 39.

²⁴⁹ Vgl. *Hüffer/Koch/Koch* AktG § 92 Rn. 35 f.; ferner *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 40; *Habersack/Foerster* in *Großkomm AktG*, § 92 Rn. 145, 147 f.; *KK-AktG/Mertens/Cahn*, § 92 Rn. 59; MüKo AktG/*Spindler*, § 92 Rn. 45; *Thümmel/Burkhardt*, AG 2009, 885.

²⁵⁰ *Knof*, DStR 2007, 1536, 1537.

II. Erwerb und Inpfandnahme eigener Aktien/Geschäftsanteile

1. AG, §§ 71, 71e AktG

Eine bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage relevante Ausnahme vom Verbot des derivativen Erwerbs²⁵¹ eigener Aktien findet sich in § 71 I Nr. 1 AktG. Dem Erwerb eigener Aktien steht die Inpfandnahme eigener Aktien gleich, § 71e I 1 AktG. Gemäß § 71 I Nr. 1 AktG darf die Gesellschaft (ohne Beschluss der Hauptversammlung)²⁵² eigene Aktien nur erwerben, wenn der Erwerb notwendig ist, um einen schweren, unmittelbar bevorstehenden Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Eine Existenzgefährdung muss nicht gegeben sein.²⁵³ Der Eintritt der Insolvenz kann aber einen solchen Schaden darstellen.²⁵⁴ Eine Krise wird, wie *H. P. Westermann* für die GmbH feststellt, nicht allein mittels des Erwerbs eigener Geschäftsanteile überwunden werden können.²⁵⁵ Diese Feststellung kann auf die AG übertragen werden. Jedoch können die Möglichkeiten der §§ 71 I Nr. 1, 71e I 1 AktG einzelne Problemfälle lösen, wie im Fall von Auseinandersetzungen zwischen Aktionären,²⁵⁶ oder ganz in den Dienst der Reaktion auf eine Krise gestellt werden, wie im Falle einer Börsennotierung etwa durch Kursstabil-

²⁵¹ Zu § 71 AktG: *Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz*, AktG, § 71 Rn. 1 ff.; *Hüffer/Koch/Koch* AktG § 71 Rn. 1, 3; *Hölters/Laubert* AktG § 71 Rn. 1 f.; vgl. *KK-AktG/Lutter/Drygala*, § 71 Rn. 3, 31; *Merkt* in *Großkomm AktG*, § 71 Rn. 1; ferner *Habersack*, ZIP 2004, 1121; *Tollkühn*, NZG 2004, 594, 597; *Zilius/Lanfermann*, WPg 1980, 61, 62; zu § 71e AktG: *Hölters/Laubert* AktG § 71e Rn. 4; *Merkt* in *Großkomm AktG*, § 71e Rn. 4.

²⁵² *K. Schmidt/Lutter AktG/Bezenberger*, § 71 Rn. 31; *KK-AktG/Lutter/Drygala*, § 71 Rn. 46; *MüKo AktG/Oechsler*, § 71 Rn. 112, 116; ferner *Merkt* in *Großkomm AktG*, § 71 Rn. 161.

²⁵³ *Spindler/Stilz/Cahn*, AktG, § 71 Rn. 50; *Hüffer/Koch/Koch* AktG § 71 Rn. 7; *Hölters/Laubert* AktG § 71 Rn. 5; *Merkt* in *Großkomm AktG*, § 71 Rn. 165; *MüKo AktG/Oechsler*, § 71 Rn. 118.

²⁵⁴ *Merkt* in *Großkomm AktG*, § 71 Rn. 175.

²⁵⁵ Vgl. *Scholz GmbHG/H. P. Westermann*, § 33 Rn. 30.

²⁵⁶ *Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz*, AktG, § 71 Rn. 62; *KK-AktG/Lutter/Drygala*, § 71 Rn. 58; *Merkt* in *Großkomm AktG*, § 71 Rn. 163, 174; *MüKo AktG/Oechsler*, § 71 Rn. 144; vgl. *K. Schmidt/Lutter AktG/Bezenberger*, § 71 Rn. 31; a.A. ein Vorgehen nach Abs. 1 Nr. 1 verneinend, *Hüffer/Koch/Koch* AktG § 71 Rn. 10; *Hölters/Laubert* AktG § 71 Rn. 6.

sierungen,²⁵⁷ und so eingeleitete Reaktionsmaßnahmen unterstützen. Dies gilt aber nur, solange und soweit noch ausreichend freies Vermögen vorhanden ist. In Abs. 2 finden sich mit der Zehnprozentobergrenze,²⁵⁸ der hypothetischen Kapitalgrenze²⁵⁹ und dem Volleinzahlungsgebot mengenmäßige sowie kapitalbezogene Erwerbsschranken.²⁶⁰ § 71 II 2 AktG verpflichtet bei Inpfandnahme eigener Aktien über § 272 IV HGB analog zur tatsächlichen Rücklagenbildung.²⁶¹ Bei Bejahung aller Tatbestandsvoraussetzungen wird die allgemeine Schadensabwendungspflicht die Geschäftsleiter unabhängig von der wirtschaftlichen Lage regelmäßig zur Nutzung der Möglichkeiten von § 71 I Nr. 1 AktG verpflichten. Je weiter die Krise fortschreitet, desto weniger können die Möglichkeiten der § 71, 71e AktG genutzt werden. Der Vorstand kann für einen Verstoß aus § 93 II, III Nr. 3 AktG haften.²⁶² § 405 I Nr. 4a AktG erklärt den Erwerb oder die Inpfandnahme entgegen §§ 71 I Nr. 1, II, 71e I AktG zu einer Ordnungswidrigkeit.

2. GmbH, § 33 GmbHG

Erwerb und Inpfandnahme eigener Geschäftsanteile können auch in der GmbH bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage eingesetzt werden. Der Erwerb eigener Geschäftsanteile eignet sich insbesondere für den Umgang mit opponierenden Gesellschaftern.²⁶³ Die GmbH

²⁵⁷ Spindler/Stilz/Cahn, AktG, § 71 Rn. 55; vgl. MüKo AktG/Oechsler, § 71 Rn. 136 f.

²⁵⁸ Spindler/Stilz/Cahn, AktG, § 71 Rn. 216; vgl. K. Schmidt/Lutter AktG/Bezenberger, § 71e Rn. 4.

²⁵⁹ Hüffer/Koch/Koch AktG § 71 Rn. 21a.

²⁶⁰ K. Schmidt/Lutter AktG/Bezenberger, § 71 Rn. 51 ff.

²⁶¹ K. Schmidt/Lutter AktG/Bezenberger, § 71e Rn. 5; Spindler/Stilz/Cahn, AktG, § 71e Rn. 12; Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 71e Rn. 4; Hüffer/Koch/Koch AktG § 71e Rn. 4; Merkt in Großkomm AktG, § 71e Rn. 20; MüKo AktG/Oechsler, § 71e Rn. 19.

²⁶² Zu § 71 AktG: K. Schmidt/Lutter AktG/Bezenberger, § 71 Rn. 74; Spindler/Stilz/Cahn, AktG, § 71 Rn. 236; Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 71 Rn. 152; Hüffer/Koch/Koch AktG § 71 Rn. 24; Hölters/Laubert AktG § 71 Rn. 40; KK-AktG/Lutter/Drygala, § 71 Rn. 253; Merkt in Großkomm AktG, § 71 Rn. 389; MüKo AktG/Oechsler, § 71 Rn. 120, 374; zu § 71e AktG: Merkt in Großkomm AktG, § 71e Rn. 31.

²⁶³ Vgl. K. Schmidt/Lutter AktG/Bezenberger, § 71 Rn. 31; Spindler/Stilz/Cahn, AktG, § 71 Rn. 56; Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 71 Rn. 62; KK-

kann gemäß § 33 I GmbHG eigene Geschäftsanteile, auf welche die Einlagen noch nicht vollständig geleistet sind, nicht erwerben oder als Pfand nehmen. Der Erwerb eigener Geschäftsanteile, auf welche die Einlage vollständig geleistet ist, steht laut Abs. 2 S. 1 unter dem Vorbehalt der hypothetischen Rücklagenbildung.²⁶⁴ § 33 II 2 GmbHG enthält die Anforderungen für eine Inpfandnahme. Die gesetzlich vorgesehenen Schranken sind dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger geschuldet.²⁶⁵ Eine Abschwächung der Regelung oder gar eine Abbedingung ist nicht einmal zur Vermeidung schwerer Schäden möglich.²⁶⁶ Die allgemeine Schadensabwendungspflicht kann zur Nutzung der Möglichkeiten des § 33 GmbHG verpflichten. In einer Krise der Gesellschaft kann der entgeltliche²⁶⁷ Erwerb daran scheitern, dass die GmbH nicht über ausreichend freies ausschüttungsfähiges Vermögen zur Deckung der Aufwendungen verfügt und nicht mehr in der Lage ist, die erforderlichen Rücklagen fiktiv zu bilden.²⁶⁸ Dies wird bei Kreditwürdigkeit der Gesellschaft i.S.v. § 32a I GmbHG a.F. regelmäßig der Fall sein.²⁶⁹ Bei einem Verstoß gegen Abs. 1 kann eine Haftung aus § 43 I, III 1 Alt. 2 GmbHG,²⁷⁰ bei Missachtung des Abs. 2 oder bei verspäteter Geltendmachung der Bereicherungsansprüche der GmbH, aus § 43 I, III 1 Alt. 2 GmbHG sowie gegenüber den Gesellschaftern aus § 31 VI GmbHG folgen.²⁷¹

AktG/Lutter/Drygala, § 71 Rn. 59; MüKo AktG/Oechsler, § 71 Rn. 140; weitergehend, Merkt in Großkomm AktG, § 71 Rn. 175 ff.

²⁶⁴ Vgl. Michalski-Sosnitza, GmbHG, § 33 Rn. 23.

²⁶⁵ BeckOK-GmbHG/Schindler, § 33 Rn. 5 ff.; Lieder, GmbHR 2014, 57, 59.

²⁶⁶ MüKo GmbHG/Löwisch, § 33 Rn. 23; Ulmer/Paura GmbHG § 33 Rn. 21; Michalski-Sosnitza, GmbHG, § 33 Rn. 4; vgl. Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 33 Rn. 33; Baumbach/Hueck/Kersting GmbHG § 33 Rn. 12; Scholz GmbHG/H. P. Westermann, § 33 Rn. 30; Klein, NZG 2016, 1241; Lieder, GmbHR 2014, 57, 60; zu Abs. 2: BeckOK-GmbHG/Schindler, § 33 Rn. 39.

²⁶⁷ Zur Zulässigkeit des unentgeltlichen Erwerbs, OLG Hamm, Urt. v. 9.12.1992 – 8 U 183/91, GmbHR 1994, 179, 180; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 33 Rn. 16; Ulmer/Paura GmbHG § 33 Rn. 54; BeckOK-GmbHG/Schindler, § 33 Rn. 48; Michalski-Sosnitza, GmbHG, § 33 Rn. 26; Scholz GmbHG/H. P. Westermann, § 33 Rn. 17; nicht nachvollziehbar, MüKo GmbHG/Löwisch, § 33 Rn. 73 f.

²⁶⁸ Vgl. MüKo GmbHG/Löwisch, 2. Aufl., § 33 Rn. 41 f.

²⁶⁹ Vgl. MüKo GmbHG/Löwisch, 2. Aufl., § 33 Rn. 41 f.

²⁷⁰ Baumbach/Hueck/Kersting GmbHG § 33 Rn. 6; MüKo GmbHG/Löwisch, § 33 Rn. 25, 61; Ulmer/Paura GmbHG § 33 Rn. 41; für eine Ausfallhaftung, Michalski-Sosnitza, GmbHG, § 33 Rn. 17.

²⁷¹ Ulmer/Paura GmbHG § 33 Rn. 13, 64; Michalski-Sosnitza, GmbHG, § 33 Rn. 35; nur zur Haftung gegenüber der Gesellschaft, Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG,

3. Vergleichende Betrachtung

§§ 71, 71e AktG und § 33 GmbHG gewähren Reaktionsmöglichkeiten. Das Aktiengesetz erlaubt den Erwerb und die Inpfandnahme eigener Aktien unter anderem zur Schadensabwehr. § 71 I Nr. 1, 71e I 1 AktG gibt der allgemeinen Schadensabwendungspflicht des Vorstands ausdrücklich ein Werkzeug. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, in welcher wirtschaftlichen Lage sich die Gesellschaft befindet. Diese Verbotsausnahme ermöglicht im prosperierenden Zustand der AG und im Vorfeld sowie zu Beginn einer Krise insbesondere die Abwehr von solchen Schäden, die zu einer (weiteren) Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage oder gar zur Insolvenz führen können, greift aber auch unterhalb dieser Schwelle. Zur Schadensabwehr kann der Erwerb und die Inpfandnahme eigener Geschäftsanteile auch bei der GmbH eingesetzt werden. Auch dieser Grund befreit jedoch nicht von den Grenzen des § 33 GmbHG. § 71 I Nr. 1 AktG stellt Anforderungen an die Schwere des Schadens sowie dessen zeitliche Nähe auf und erklärt Erwerb und Inpfandnahme außerdem nur bei Notwendigkeit für zulässig. Der Geschäftsführer der GmbH verfügt hingegen über Ermessen und kann folglich auch unterhalb dieser Schwelle Geschäftsanteile zulässig erwerben und in Pfand nehmen. Über das Erfordernis eines sachlichen Grundes und eine Höchstgrenze verfügt das GmbH-Recht grundsätzlich ebenso wenig wie über die Qualifizierung einer Zuwiderhandlung als Ordnungswidrigkeit (vgl. § 405 I Nr. 4a AktG); die Kapitalbindung ist in diesem Zusammenhang weniger stark.²⁷² Allein der Geschäftsführer kann bei einem Verstoß auch gegenüber den Gesellschaftern haften, § 31 VI GmbHG.

§ 33 Rn. 33; Baumbach/Hueck/Kersting GmbHG § 33 Rn. 14; MüKo GmbHG/Löwisch, § 33 Rn. 25, 94; BeckOK-GmbHG/Schindler, § 33 Rn. 61, der eine Ausfallhaftung annimmt; Scholz GmbHG/H. P. Westermann, § 33 Rn. 31; allgemein, RegE, BT-Drucks. 8/1347, S. 41.

²⁷² Vgl. MüKo GmbHG/Löwisch, § 33 Rn. 29; Ulmer/Paura GmbHG § 33 Rn. 3, 50; Michalski-Sosnitsa, GmbHG, § 33 Rn. 23; Scholz GmbHG/H. P. Westermann, § 33 Rn. 2, 17.

III. Verwendungsvorgaben für Beträge aus der Auflösung der Kapital- oder Gewinnrücklagen und aus der Kapitalherabsetzung sowie für Gewinne

Die vereinfachte Kapitalherabsetzung nach §§ 229 ff. AktG/§§ 58a ff. GmbHG wurde zur Erleichterung von Sanierungen in wirtschaftlichen Notlagen geschaffen.²⁷³ Wurde der Teil der gesetzlichen Rücklage und der Kapitalrücklage, um den diese zusammen über zehn vom Hundert des nach der Herabsetzung verbleibenden Grundkapitals hinausgehen, sowie die Gewinnrücklagen, bzw. der Teil der Kapital- und Gewinnrücklagen, der zusammen über zehn vom Hundert des nach der Herabsetzung verbleibenden Stammkapitals hinausgeht, aufgelöst und ist kein Gewinnvortrag vorhanden, stellt das Gesetz die vereinfachte Kapitalherabsetzung zum Ausgleich von Wertminderungen, zur Deckung sonstiger Verluste und im Falle der AG auch zur Einstellung von Beträgen in die Kapitalrücklage zur Verfügung. Der Handlungsspielraum der Gesellschaft wird um diese Maßnahme erweitert.

1. AG, §§ 230 ff. AktG

Im Zusammenhang mit einer vereinfachten Kapitalherabsetzung dürfen Beträge aus der Auflösung der Kapital- oder Gewinnrücklagen und aus der Kapitalherabsetzung (§§ 230, 231 AktG), Unterschiedsbeträge i.S.v. § 232 AktG und Gewinne (§ 233 AktG) vom Vorstand nicht nach Belieben verwendet werden. Das Gesetz formuliert Verwendungsvorgaben (§§ 230 S. 2, 232, 233 II AktG), Zahlungsverbote (§§ 230 S. 1 Alt. 1, 233 I 1, III AktG), eine Zahlungsbeschränkung (§ 233 II 1 AktG) und ein ausdrückliches Befreiungsverbot, §§ 230 S. 1 Alt. 2, 233 III AktG. Während §§ 230 S. 1, 232, 233 AktG die Gesellschaftsgläubiger schützen,

²⁷³ Für die AG: Hölters/Haberstock/Greitemann AktG § 229 Rn. 1; Spindler/Stilz/Marsch-Barner/Maul, AktG, § 229 Rn. 1; MüKo AktG/Oechsler, § 229 Rn. 1, 3; Grigoleit/Rieder, AktG, § 229 Rn. 1 f.; Sethe in Großkomm AktG, § 229 Rn. 6; K. Schmidt/Lutter AktG/Veil, § 229 Rn. 1; vgl. Hüffer/Koch/Koch AktG § 229 Rn. 1; für die GmbH: RegE EGInsO, BT-Drucks. 12/3803, S. 87 f.; Ulmer/Casper GmbHG § 58a Rn. 5; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 58 Rn. 2; MüKo GmbHG/J. Vetter, § 58a Rn. 1; Michalski GmbHG/Waldner, § 58a Rn. 1; ferner Baumbach/Hueck/Zöllner/Kersting GmbHG § 58a Rn. 3 f.

protegierten § 230 S. 2, 3 AktG zusätzlich und überwiegend die Aktionäre.²⁷⁴ Schadensersatzansprüche können bei Missachtung dieser Regelungen aus § 93 AktG folgen.²⁷⁵

2. GmbH, §§ 58b ff. GmbHG

Das GmbHG normiert im Zusammenhang mit einer vereinfachten Kapitalherabsetzung für Beträge aus der Auflösung der Kapital- oder Gewinnrücklagen und aus der Kapitalherabsetzung (§ 58b GmbHG), für Unterschiedsbeträge nach § 58c GmbHG und Gewinne (§ 58d GmbHG) Verwendungsvorgaben (§§ 58b, 58c S. GmbHG), Zahlungsverbote (§§ 58b I, III, 58c S. 2, 58d GmbHG), eine Zahlungsbeschränkung (§ 58d II 1 GmbHG) und ein ausdrückliches Befreiungsverbot, § 58b I GmbHG. Die Normen sind Teil des Gläubigerschutzsystems.²⁷⁶ Eine Haftung droht bei Pflichtverletzungen

²⁷⁴ Spindler/Stilz/*Marsch-Barner/Maul*, AktG, § 230 Rn. 1, 8; *Sethe* in *Großkomm AktG*, § 230 Rn. 2, 5, 16; vgl. *Grigoleit/Rieder*, AktG, § 230 Rn. 1; *K. Schmidt/Lutter AktG/Veil*, § 230 Rn. 1, 7; a.A. *Hölters/Haberstock/Greitemann AktG* § 230 Rn. 2, 12; a.A. *MüKo AktG/Oechsler*, § 230 Rn. 10 f., 13; ungenau *Hüffer/Koch/Koch AktG* § 230 Rn. 1, 4, 7; für § 232 AktG: *Hölters/Haberstock/Greitemann AktG* § 232 Rn. 2; *Hüffer/Koch/Koch AktG* § 232 Rn. 1, 7; *Spindler/Stilz/Marsch-Barner/Maul*, AktG, § 232 Rn. 1; *Grigoleit/Rieder*, AktG, § 232 Rn. 1, 8; *K. Schmidt/Lutter AktG/Veil*, § 232 Rn. 1; anders *MüKo AktG/Oechsler*, § 232 Rn. 1 f., 14 f.; vgl. *Sethe* in *Großkomm AktG*, § 232 Rn. 3, 10; für § 233 AktG: *Hölters/Haberstock/Greitemann AktG* § 233 Rn. 2, 7; *Hüffer/Koch/Koch AktG* § 233 Rn. 1 f.; *Spindler/Stilz/Marsch-Barner/Maul*, AktG, § 233 Rn. 1, 5; *Grigoleit/Rieder*, AktG, § 233 Rn. 1; *Sethe* in *Großkomm AktG*, § 233 Rn. 2 f., 11; *K. Schmidt/Lutter AktG/Veil*, § 233 Rn. 1 ff.; vgl. *MüKo AktG/Oechsler*, § 233 Rn. 2, 12 f., 20.

²⁷⁵ Für § 230 AktG: *Hüffer/Koch/Koch AktG* § 230 Rn. 4, 7; *Spindler/Stilz/Marsch-Barner/Maul*, AktG, § 230 Rn. 5, 8; *MüKo AktG/Oechsler*, § 230 Rn. 10 f., 13; *Grigoleit/Rieder*, AktG, § 230 Rn. 5, 8; *Sethe* in *Großkomm AktG*, § 230 Rn. 11, 16; *K. Schmidt/Lutter AktG/Veil*, § 230 Rn. 4, 7; vgl. *Hölters/Haberstock/Greitemann AktG* § 230 Rn. 10, 12; für § 232 AktG: *Hüffer/Koch/Koch AktG* § 232 Rn. 7; *Spindler/Stilz/Marsch-Barner/Maul*, AktG, § 232 Rn. 9; *Grigoleit/Rieder*, AktG, § 232 Rn. 8; *Sethe* in *Großkomm AktG*, § 232 Rn. 13; *K. Schmidt/Lutter AktG/Veil*, § 232 Rn. 8; für § 233 AktG: *Sethe* in *Großkomm AktG*, § 233 Rn. 24; vgl. *Hölters/Haberstock/Greitemann AktG* § 233 Rn. 15; *Hüffer/Koch/Koch AktG* § 233 Rn. 10; *Spindler/Stilz/Marsch-Barner/Maul*, AktG, § 233 Rn. 14; *MüKo AktG/Oechsler*, § 233 Rn. 9, 16, 20; *Grigoleit/Rieder*, AktG, § 233 Rn. 13; *K. Schmidt/Lutter AktG/Veil*, § 233 Rn. 11.

²⁷⁶ Für § 58b GmbHG: vgl. *Scholz GmbHG/Priester/Tebben*, § 58b Rn. 1; für § 58c GmbHG: *Baumbach/Hueck/Zöllner/Kersting GmbHG* § 58c Rn. 1; für § 58d GmbHG: *Roth/Altmeyden/Roth*, GmbHG, § 58d Rn. 1.

aus § 43 II GmbHG.²⁷⁷ § 43 III 3 GmbHG wird teilweise analog angewendet.²⁷⁸ Wird eine vorschriftsgemäße Vermögens- sowie Bilanzlage i.S.v. § 58b GmbHG nicht geschaffen, steht den Gesellschaftsgläubigern im Falle einer Verschlechterung deren Situation ein Schadensersatzanspruch in Form eines Anspruchs auf Befriedigung oder Sicherstellung (§ 58 GmbHG) gegen die GmbH zu.²⁷⁹

3. Vergleichende Betrachtung

Die Normen greifen nur, wenn die Voraussetzungen einer vereinfachten Kapitalherabsetzung vorliegen, sich die Gesellschafter für deren Vornahme entscheiden und diese durchgeführt wird. Sie kommen dann stets zum Einsatz, unabhängig davon, ob im konkreten Einzelfall eine konkrete Gefährdung der Gläubiger droht oder sogar gegeben ist.²⁸⁰ Sie etablieren einen präventiven Schutz durch § 229 II AktG, § 58a II GmbHG²⁸¹ und mittels der vorgestellten Normen auch einen repressiven Schutz.

²⁷⁷ Für § 58b GmbHG: BeckOK-GmbHG/*Rühländ*, § 58b Rn. 19; MüKo GmbHG/*J. Vetter*, § 58b Rn. 38; Michalski GmbHG/*Waldner*, § 58b Rn. 9; für eine Ausfallhaftung, Ulmer/*Casper* GmbHG § 58b Rn. 14; Scholz GmbHG/*Priester/Tebben*, § 58b Rn. 20; für § 58c GmbHG: Ulmer/*Casper* GmbHG § 58c Rn. 9; BeckOK-GmbHG/*Rühländ*, § 58c Rn. 13; MüKo GmbHG/*J. Vetter*, § 58c Rn. 25; Michalski GmbHG/*Waldner*, § 58c Rn. 8; für eine Ausfallhaftung, Scholz GmbHG/*Priester/Tebben*, § 58c Rn. 12; für § 58d GmbHG: Roth/*Altmeppen/Roth*, GmbHG, § 58d Rn. 16; Michalski GmbHG/*Waldner*, § 58d Rn. 12; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Kersting* GmbHG § 58d Rn. 17 f., die die Schadensersatzansprüche der Gesellschafter auf §§ 823 II, 826 BGB stützen; anders MüKo GmbHG/*J. Vetter*, § 58d Rn. 46, 48; für eine Ausfallhaftung: Scholz GmbHG/*Priester/Tebben*, § 58d Rn. 16.

²⁷⁸ Für § 58b GmbHG: MüKo GmbHG/*J. Vetter*, § 58b Rn. 38; vgl. Baumbach/*Hueck/Zöllner/Kersting* GmbHG § 58b Rn. 14; für § 58d GmbHG: MüKo GmbHG/*J. Vetter*, § 58d Rn. 46; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Kersting* GmbHG § 58d Rn. 18.

²⁷⁹ Ulmer/*Casper* GmbHG § 58b Rn. 15; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Haas* GmbHG, 21. Auflage 2017, § 58b Rn. 15; vgl. Scholz GmbHG/*Priester/Tebben*, § 58b Rn. 21; Roth/*Altmeppen/Roth*, GmbHG, § 58b Rn. 9; a.A. einen Schadensersatzanspruch verneinend, MüKo GmbHG/*J. Vetter*, § 58b Rn. 48; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Kersting* GmbHG § 58b Rn. 15; a.A. für die Zulässigkeit der Umdeutung in eine ordentliche Kapitalherabsetzung, Michalski GmbHG/*Waldner*, § 58b Rn. 10.

²⁸⁰ Vgl. für § 233 I, II AktG: Hölters/*Haberstock/Greitemann* AktG § 233 Rn. 9, 13.

²⁸¹ Ulmer/*Casper* GmbHG § 58a Rn. 5 f.

Die insbesondere zu Gunsten der Gläubiger normierten Schutzinstrumente ersetzen den intensiveren,²⁸² in § 225 AktG/§ 58 I Nr. 1, 2, 3 GmbHG für die ordentliche Kapitalherabsetzung installierten Gläubigerschutz.²⁸³ Die Schutzrichtung kann folglich nicht auf die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft an sich zurückgeführt werden. Sie setzt die bereits bestehende Schutzrichtung in dieser Situation fort und passt sie an. Der geringere Schutz rechtfertigt sich daraus, dass im Anwendungsbereich der vereinfachten Kapitalherabsetzung bereits Verluste entstanden sind,²⁸⁴ die Maßnahme insgesamt für die Gläubiger von Vorteil oder jedenfalls nicht nachteilig ist²⁸⁵ und keine Ausschüttung der freiwerdenden Beträge an die Gesellschafter erfolgt²⁸⁶.

Die Vorschriften des GmbHG gleichen den aktienrechtlichen Normen weitestgehend. Die vorhandenen Unterschiede sind den Eigenheiten der beiden Gesellschaftsformen geschuldet und führen dazu, dass grundsätzlich das gleiche Ergebnis und damit äquivalente Schutzsysteme hergestellt werden. Während für die Gläubiger der GmbH ein auf Befriedigung oder Sicherstellung gerichteter Schadensersatzanspruch im Falle einer den Regeln des § 58b GmbHG widersprechenden Verwendung zu bejahen ist, wird dies für die Gläubiger der AG nicht diskutiert. Da im Aktienrecht ein Missbrauch der Verwaltung stärker angelegt ist als in der GmbH und um ein äquivalentes Schutzsystem im Aktien- und GmbH-Recht zu

²⁸² Für die AG: Hölters/Haberstock/Greitemann AktG § 229 Rn. 2; MüKo AktG/Oechsler, § 229 Rn. 4; vgl. Hüffer/Koch/Koch AktG § 229 Rn. 2; Spindler/Stilz/Marsch-Barner/Maul, AktG, § 229 Rn. 1; Grigoleit/Rieder, AktG, § 229 Rn. 1, 3; Sethe in Großkomm AktG, § 229 Rn. 7; für die GmbH: vgl. Ulmer/Casper GmbHG § 58b Rn. 2; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 58 Rn. 2, § 58a Rn. 3; BeckOK-GmbHG/Rühlmann, § 58a Rn. 2 f.; MüKo GmbHG/J. Vetter, § 58a Rn. 1; Michalski GmbHG/Waldner, § 58a Rn. 2.

²⁸³ MüKo AktG/Oechsler, § 233 Rn. 2; vgl. Sethe in Großkomm AktG, § 233 Rn. 2.

²⁸⁴ Für die AG: Hüffer/Koch/Koch AktG § 229 Rn. 2; Spindler/Stilz/Marsch-Barner/Maul, AktG, § 229 Rn. 1; Grigoleit/Rieder, AktG, § 229 Rn. 2; Sethe in Großkomm AktG, § 229 Rn. 7; ferner MüKo AktG/Oechsler, § 229 Rn. 4; für die GmbH: Ulmer/Casper GmbHG § 58b Rn. 2; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 58 Rn. 2.

²⁸⁵ Hierbei handelt es sich laut Sethe in Großkomm AktG, § 229 Rn. 7 um die Sicht des Gesetzgebers; diese Erwägung bezweifelnd, Sethe in Großkomm AktG, § 229 Rn. 7; MüKo AktG/Oechsler, § 229 Rn. 4.

²⁸⁶ Für die AG: Hüffer/Koch/Koch AktG § 229 Rn. 2; für die GmbH: Ulmer/Casper GmbHG § 58b Rn. 2; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 58 Rn. 2; § 58a Rn. 3.

gewährleisten, ist ein solcher Anspruch auch für die Gläubiger der AG zu bejahen.

IV. Kreditgewährung an Führungskräfte und Aufsichtsratsmitglieder

1. Verbot der Kreditgewährung aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der GmbH, § 43a GmbHG

Gemäß § 43a S. 1 GmbHG darf gewissen Führungskräften Kredit nicht aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gewährt werden. § 43a GmbHG schützt vorrangig sowie unmittelbar die Gläubiger.²⁸⁷ Ist ein konkretes Kreditgeschäft ungewöhnlich, muss der Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung gemäß § 49 II GmbHG einberufen.²⁸⁸ Eine Kreditgewährung in der Krise ist an sich ungewöhnlich und begründet, auch wenn § 43a GmbHG ihr nicht entgegensteht, eine Einberufungspflicht aus § 49 II GmbHG. Im Falle der Unterschreitung der Schwelle des § 43a S. 1 GmbHG nach tatsächlicher Auskehr des Kredits ist der Geschäftsführer regelmäßig verpflichtet, sich im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten um einen schnellstmöglichen Rückfluss der Mittel zu bemühen. Eine Zuwiderhandlung kann Schadensersatzansprüche gemäß § 43 II, III GmbHG (Letzterer analog) nach sich ziehen.²⁸⁹

²⁸⁷ BeckOK-GmbHG/*Heidinger*, § 43a Rn. 2; vgl. Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 43a Rn. 1; Spindler/*Stilz/Fleischer*, AktG, § 89 Rn. 4; Hüffer/*Koch/Koch* AktG § 89 Rn. 1; *Kort* in *Großkomm AktG*, § 89 Rn. 5; Michalski GmbHG/*Lieder*, § 43a Rn. 2 f., 46; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 89 Rn. 2; Ulmer/*Paefgen* GmbHG § 43a Rn. 7; Scholz GmbHG/*U. H. Schneider*, 11. Aufl., § 43a Rn. 8; Grigoleit/*Schwennicke*, AktG, § 89 Rn. 1; Hölters/*Weber* AktG § 89 Rn. 2; Baumbach/*Hueck/Beurskens* GmbHG § 43a Rn. 1; *Meincke/Hingst*, WM 2011, 633, 634.

²⁸⁸ Vgl. Michalski GmbHG/*Lieder*, § 43a Rn. 28; für Kredite aus dem freien Vermögen, MüKo GmbHG/*Löwisch*, § 43a Rn. 88; Scholz GmbHG/*U. H. Schneider*, 11. Aufl., § 43a Rn. 24 ff.; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* GmbHG, 21. Aufl., § 43a Rn. 8.

²⁸⁹ Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 43a Rn. 14; Michalski GmbHG/*Lieder*, § 43a Rn. 7, 49; Baumbach/*Hueck/Beurskens* GmbHG § 43a Rn. 17; vgl. BeckOK-GmbHG/*Heidinger*, § 43a Rn. 20.2, 28; MüKo GmbHG/*Löwisch*, § 43a Rn. 25, 66, 80; Ulmer/*Paefgen* GmbHG § 43a Rn. 51, 53, 55 f.; Scholz GmbHG/*U. H. Schneider*, 11. Aufl., § 43a Rn. 57; *Friedrich*, DStR 1991, 1118, 1120; ferner *Saenger/Koch*, NZG 2004, 271.

2. Formalisierte Anforderungen in der AG, §§ 89, 115 AktG

Krisenunabhängig regelt das Aktiengesetz die Zuständigkeiten und Kreditbedingungen für die sowie das Verfahren bei Kreditgewährungen durch die AG an gewisse Führungskräfte und Aufsichtsratsmitglieder, §§ 89, 115 AktG. Erweiterungen des auf Empfängerseite erfassten Personenkreises normieren § 89 III 1, 2, IV AktG und § 115 II, III AktG. Die Bestimmungen protegieren die Gesellschaft.²⁹⁰ Die Kreditvergabe ist nicht durch einen speziellen Kapitalschutz eingeschränkt.²⁹¹ Die Kreditgewährung muss aber auch im Falle der Einhaltung der Anforderungen des § 89 AktG stets im Gesellschaftsinteresse liegen.²⁹² Eine Krise muss auf das Ermessen²⁹³ des für die Entscheidung zuständigen Organs einfließen.²⁹⁴ Das Unternehmensinteresse und insbesondere der Umstand, dass die Auskehr zu einer Bindung des Kapitals führt, welches nicht für Reaktionsmaßnahmen verwendet werden kann, können gegen die Zulässigkeit der Kreditgewährung sprechen. Bei Missachtung der formalisierten Anforderungen droht eine Haftung der Vorstandsmitglieder aus § 93 III Nr. 8, IV 2, 3 AktG.²⁹⁵ Ist die Kreditvergabe trotz

²⁹⁰ Für § 89 AktG: MüKo AktG/*Spindler*, § 89 Rn. 2, 5, 8; vgl. aber K. Schmidt/Lutter AktG/*Seibt*, § 89 Rn. 1; für § 115 AktG: Hölters/*Hambloch-Gesinn/Gesinn* AktG § 115 Rn. 1; aber BeckOK-GmbHG/*Heidinger*, § 43a Rn. 7.2; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG, § 115 Rn. 2; Michalski GmbHG/*Lieder*, § 43a Rn. 8; Scholz GmbHG/*U. H. Schneider*, 11. Aufl., § 43a Rn. 5, 8; Baumbach/Hueck/*Beurskens* GmbHG § 43a Rn. 1.

²⁹¹ K. Schmidt/Lutter AktG/*Seibt*, § 89 Rn. 1.

²⁹² *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 89 Rn. 27; *Grigoleit/Schwennicke*, AktG, § 89 Rn. 11; MüKo AktG/*Spindler*, § 89 Rn. 47; vgl. KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 89 Rn. 2.

²⁹³ Für den Aufsichtsrat, für § 89 AktG: *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 89 Rn. 13, 28; MüKo AktG/*Spindler*, § 89 Rn. 47; Hölters/*Weber* AktG § 89 Rn. 8; *Deilmann*, AG 2006, 62, 63; vgl. Hüffer/*Koch/Koch* AktG § 89 Rn. 4; *Kort* in Großkomm AktG, § 89 Rn. 46; für § 115 AktG: MüKo AktG/*Habersack*, § 115 Rn. 17.

²⁹⁴ Vgl. zur Rechtslage vor dem MoMiG, *Deilmann*, AG 2006, 62, 65.

²⁹⁵ Für § 89 AktG: *Kort* in Großkomm AktG, § 89 Rn. 39, 142, 145a f., 147; MüKo AktG/*Spindler*, § 89 Rn. 57; Hölters/*Weber* AktG § 89 Rn. 17 f.; vgl. Hüffer/*Koch/Koch* AktG § 89 Rn. 8; K. Schmidt/Lutter AktG/*Seibt*, § 89 Rn. 16 f.; ferner *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 89 Rn. 26; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 89 Rn. 23, 25; für § 115 AktG: vgl. MüKo AktG/*Habersack*, § 115 Rn. 20; Hölters/*Hambloch-Gesinn/Gesinn* AktG § 115 Rn. 12; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG, § 115 Rn. 41.

Einhaltung der §§ 89 I – IV, 115 I – III AktG pflichtwidrig, können Ansprüche aus § 93 II AktG folgen.²⁹⁶

3. Vergleichende Betrachtung

Verschlechtert sich die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, verfügt sie aber noch über ein die Stammkapitalziffer/Grundkapitalziffer übersteigendes Vermögen, liegt die Kreditvergabe im (in der AG formalisierten) Ermessen der zuständigen Organe. Diese müssen im Interesse der Gesellschaft entscheiden.²⁹⁷ Die wirtschaftliche Verschlechterung muss aber im Rahmen der Ermessensausübung Berücksichtigung finden. In der Krise wird das Gesellschaftsinteresse einer Kreditvergabe bei GmbH und AG regelmäßig entgegenstehen. Schreitet die Krise voran und ist der Eintritt einer Unterbilanz absehbar,²⁹⁸ wird dem Geschäftsführer das Ermessen vollständig entzogen und die Kreditgewährung insoweit verboten, während im Aktienrecht weiterhin Ermessensspielraum herrscht.

Die Kreditgewährung an Führungskräfte und Aufsichtsratsmitglieder erfährt mit dem gläubigerschützenden § 43a GmbHG und den die Gesellschaft protegierenden §§ 89, 115 AktG im GmbH- und Aktienrecht eine vordergründig grundverschiedene Regelung. Die Normen lösen aber das gleiche vorgefundene Problem durch unterschiedliche Regelungstechniken, welche den Eigenheiten der jeweiligen Gesellschaftsform – der typischerweise höheren Missbrauchsfahr in der AG und der höheren Insolvenzanfälligkeit der GmbH²⁹⁹

²⁹⁶ Für § 89 AktG: Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 89 Rn. 28; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 89 Rn. 25; auf § 93 III Nr. 8 AktG abstellend, *Kort* in Großkomm AktG, § 89 Rn. 146; Grigoleit/*Schwenicke*, AktG, § 89 Rn. 11; ferner *Deilmann*, AG 2006, 62, 65; für § 115 AktG: MüKo AktG/*Habersack*, § 115 Rn. 20; vgl. *Hopt/Roth* in Großkomm AktG, § 115 Rn. 41.

²⁹⁷ Für die GmbH: Baumbach/Hueck/*Beurskens* GmbHG § 43a Rn. 19; vgl. MüKo GmbHG/*Löwisch*, § 43a Rn. 88.

²⁹⁸ Michalski GmbHG/*Lieder*, § 43a Rn. 36, 39; MüKo GmbHG/*Löwisch*, § 43a Rn. 27, 68; Ulmer/*Paefgen* GmbHG § 43a Rn. 25, 36; ferner Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 43a Rn. 4; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43a Rn. 2.

²⁹⁹ 2017 entfielen von allen verzeichneten Unternehmensinsolvenzen 51,95 % auf die GmbH (einschließlich der UG), MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 3; 2014 waren es 47,8 %, Ulmer/*Casper* GmbHG § 64 Rn. 14; vgl. Hüffer/*Koch/Koch* AktG § 92 Rn. 35; *Kort* in Großkomm AktG, § 89 Rn. 5; MAH GmbH-Recht/*Schluck-Amend* § 23 Rn. 1, die das Statistische Jahrbuch 2000 anführt und beinahe 2/3 der Gesell-

– Rechnung tragen. Der gesteigerte Einfluss der Kontrollinstitutionen, die eben beschriebenen Auswirkungen einer Krise auf das Ermessen und die verschärften Rechtsfolgen von Verstößen verdeutlichen die Bedeutung der Normen und insbesondere auch die Nähe der §§ 89, 115 AktG zum Kapitalschutz.

E. Dogmatische Einordnung

Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage führt von Gesetzes wegen aufgrund des Hinzutretens neuer Pflichten und Gebote sowie des Bedeutungszuwachses einiger bereits bestehender Pflichten zu einer Verrechtlichung, mit welcher eine Verengung des Handlungsspielraums der Geschäftsleiter einhergeht. Ihnen stehen aber dennoch häufig Ermessens- und Beurteilungsspielräume zu.

I. Anwendungsgründe der gesetzlichen Pflichten

Die gesetzlichen Geschäftsleiterpflichten, die bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage greifen, setzen an jeweils eigenen Anwendungsgründen an. Sie greifen bei bestimmten finanzwirtschaftlichen Kennzahlen³⁰⁰ oder knüpfen an selbst definierte Auslöser, „an ziemlich genau beschriebene Vorgänge“³⁰¹, an. Sie stellen nicht allgemein auf eine Krise der Gesellschaft ab.³⁰² Die verschiedenen sub § 2 dargestellten Krisendefinitionen sind hierfür folglich grundsätzlich nicht relevant. Nur eine geringe Anzahl der dargestellten Normen greift bei festen finanzwirtschaftlichen Kennzahlen. Der Großteil überlässt den Geschäftsleitern bereits bei der Ermittlung ihrer Anwendbarkeit einen den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung tragenden Spielraum. Der Verlust des hälftigen Stammkapitals/Grundkapitals und die Zahlungsunfähigkeit stellen die einzi-

schaftsinsolvenzen der Rechtsform der GmbH zuordnet; *Haas* in: Heintzen/Kruschwitz, Unternehmen in der Krise, S. 73; im Jahr 2003 handelte es sich um etwa 51 %, *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 29; *Jaspers*, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, S. 27 f.; ferner *Uhlenbruck*, WiB 1996, 409.

³⁰⁰ MAH GmbH-Recht/*Schluck-Amend* § 23 Rn. 8.

³⁰¹ *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 490.

³⁰² Vgl. *Sinz* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 1.10; *Reuter*, BB 2003, 1797.

gen wirtschaftlichen Kennzahlen dar, die rechtsformübergreifend Anwendung finden.

Das Stellungnahmegebot des § 176 I 3 AktG, das Auszahlungsverbot gemäß § 30 I 1 GmbHG, das Rückzahlungsverbot nach § 30 II GmbHG sowie das Verbot der Kreditgewährung nach § 43a GmbHG und die Einberufungs- und Verlustanzeigepflichten nach § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG greifen, wenn sich die verschlechterte wirtschaftliche Lage in gesellschaftsrechtlichen Krisenzeitpunkten äußert. In engem Zusammenhang stehen die Verwendungsvorgaben nach §§ 230, 232 f. AktG/§§ 58a ff. GmbHG, die Regeln für die erst bei verschlechterter wirtschaftlicher Lage mögliche vereinfachte Kapitalherabsetzung aufstellen. In Insolvenznähe greifen die Zahlungsverbote der § 64 S. 3 GmbHG/§ 92 II 3 AktG dar.

Die übrigen Pflichten greifen grundsätzlich unabhängig von der wirtschaftlichen Lage. Die Verschlechterung derselben lässt die Pflichten aber, wie aufgezeigt, nicht unberührt. So werden die übrigen Informations- und Einberufungspflichten in erhöhtem Umfang zur Anwendung kommen und zu einer stärkeren Einbeziehung der anderen Organe sowie zu einer größeren gesellschaftsinternen Offenheit führen. Hieran können auch die Möglichkeiten der Auskunfts- und Einsichtsverweigerung nichts ändern. Sie sind gerade in der Krise, in welcher das (marktweite) Bekanntwerden der wirtschaftlichen Schwierigkeiten verheerende Folgen haben kann, von Bedeutung. Sie können insbesondere zum Schutz eingeleiteter Reaktionsmaßnahmen eingesetzt werden. Der Erwerb und die Inpfandnahme eigener Aktien nach §§ 71 I Nr. 1, 71e AktG/§ 33 GmbHG können zumindest bei Beginn der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage als Reaktionsmaßnahmen dienen. Die hypothetische Kapitalgrenze und § 71 II 2 AktG/§ 33 II 3 GmbHG versperren Erwerb und Inpfandnahme in der fortgeschrittenen Krise. Im Rahmen der Kreditvergabe an Führungskräfte und Aufsichtsratsmitglieder muss eine Krise in das Ermessen des zuständigen Organs einfließen.

II. Schutzrichtung der Pflichten

Hinsichtlich der Schutzrichtungen der behandelten Normen ist festzustellen, dass die nicht unmittelbar vermögensbezogenen Pflichten

und Gebote ihre Schutzwirkungen mit der Gesellschaft selbst, deren interne Funktionsfähigkeit und den Gesellschaftern überwiegend gesellschaftsintern halten. Die vermögensbezogenen Normen sind überwiegend dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger gewidmet. Eine Ausnahme von der rein gesellschaftsinternen Ausrichtung der nicht unmittelbar vermögensbezogenen Pflichten und Gebote bildet lediglich das Krisenwarnsignal des § 49 III GmbHG. Es schützt zusätzlich reflexiv die Gläubiger und die Allgemeinheit. Über einige mehr oder weniger große Ausnahmen vom alleinigen Schutz der Gläubiger verfügen die vermögensbezogenen Pflichten. Während § 30 I 1 GmbHG sekundär in den Dienst der Gesellschaft und der Gesellschafter gestellt ist und § 57 AktG über den Aktionärsschutz, Kompetenzabgrenzungen und Formalisierungen als nicht unerwünschte Nebenfolgen verfügt³⁰³, dienen § 230 S. 2, 3 AktG zusätzlich und überwiegend den Aktionären; die §§ 89, 115 AktG dem Schutz der AG und § 30 II GmbHG insbesondere den angehenden Gesellschaftern. Die Schutzrichtung knüpft folglich nicht an bestimmte Zeitpunkte oder wirtschaftliche Lagen der Gesellschaft, sondern jeweils an den Inhalt der einzelnen Pflichten an. Das bloße Fortschreiten der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage und mit diesem der Eintritt der sub § 2 beschriebenen Krisen führt zu keiner Vereinheitlichung der Vielfältigkeit der Schutzrichtungen der gesetzlichen Pflichten. Durch das Hinzutreten neuer vermögensbezogener und nicht unmittelbar vermögensbezogener Pflichten erhöht sich der Schutz Aller.

III. Rechtsfolgen bei Pflichtverletzungen

Drohen für die Verletzung von Pflichten, die unabhängig von der wirtschaftlichen Lage greifen, verschärfte Rechtsfolgen, gelten diese auch in der Krise. So können Verstöße gegen § 90 I 1, 3 AktG unabhängig von der wirtschaftlichen Lage zur Strafbarkeit führen oder ein Zwangsgeld nach sich ziehen. Eine Missachtung der §§ 71, 71e AktG ist in und außerhalb der Krise als Ordnungswidrig-

³⁰³ Vgl. Spindler/Stilz/Cahn/v. Spannenberg, AktG, § 57 Rn. 6; K. Schmidt/Lutter AktG/Fleischer, § 57 Rn. 3; Hölters/Laubert AktG § 57 Rn. 2; teilweise a.A. KK-AktG/Drygala, § 57 Rn. 10 ff.; a.A. Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 2; hierzu Henze, NZG 2005, 115, 120 f.

keit einzuordnen. Verschärfte Haftungs- und Rückzahlungsmodalitäten gelten auch für Missachtungen der §§ 71, 71e AktG und für die Nichtbeachtung des § 33 GmbHG. Gerade die erst in der Krise greifenden Pflichten verfügen mit § 31 GmbHG/§ 62 AktG, § 43a S. 2 GmbHG i.V.m. §§ 19 II 2, 31 IV, V GmbHG analog³⁰⁴, § 43 II, III GmbHG (letzterer teilweise analog)/§ 93 II, III AktG über verschärfte Haftungs- und Rückzahlungsmodalitäten. Obwohl die unmittelbar vermögensbezogenen Pflichten überwiegend dem Gläubigerschutz dienen, liegt der Fokus bei der Sanktionierung in diesem Stadium auf einer Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft. Dieser sind die Geschäftsleiter verpflichtet. Eine Strafbarkeit kann aus § 401 AktG/§ 84 GmbHG folgen, wenn die Einberufung bei Verlust des hälftigen Grundkapitals und die Verlustanzeige respektive nur die Verlustanzeige unterlassen werden bzw. wird. Verstoßen die Geschäftsleiter bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage gegen ihre Pflichten, drohen scharfe Rechtsfolgen. Die verschärfte Rechtsfolgen zeigen die gesteigerte Bedeutung, die das Gesetz der Einhaltung dieser Pflichten zuweist.

F. Auswirkungen auf die allgemeinen Geschäftsleiterpflichten, § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG

Zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung sind die Geschäftsleiter außerhalb und innerhalb einer Unternehmenskrise verpflichtet.³⁰⁵ Während das Gesetz auf die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der GmbH/AG mit der Normierung ausdrücklicher Pflichten und Gebote für die Geschäftsleiter reagiert und deren Handlungsfreiraum damit einengt, stellt sich die Frage, ob und wenn ja wie sich die allgemeinen Geschäftsleiterpflichten, namentlich die *allgemeine Sorgfaltspflicht*, die *Treuepflicht* und die *Verschwiegenheitspflicht* in der Krise verändern. Das Gesetz trifft hierzu keine Aussage. Es ist zu untersuchen, ob durch Konkretisierungen der

³⁰⁴ Michalski GmbHG/*Lieder*, § 43a Rn. 46 f.; Ulmer/*Paefgen* GmbHG § 43a Rn. 47 f.; Baumbach/Hueck/*Beurskens* GmbHG § 43a Rn. 15 ff.; a.A. MüKo GmbHG/*Löwisch*, § 43a Rn. 75, 78 f.; a.A. hinsichtlich der Möglichkeit der Aufrechnung, Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 43a Rn. 12, 14; Scholz GmbHG/*U. H. Schneider*, 11. Aufl., § 43a Rn. 53, 57.

³⁰⁵ Für die AG: Reuter, BB 2003, 1797 f.

§ 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG verbindliche Handlungsanweisungen formuliert werden können.

I. Die allgemeine Sorgfaltspflicht

1. Ausgestaltung der internen Organisation

Die interne Organisation ist nicht nur an der Art, der Größe sowie der Komplexität des Unternehmens auszurichten, sondern auch an dessen wirtschaftlicher Situation.³⁰⁶ Die horizontale³⁰⁷ sowie vertikale³⁰⁸ Aufgabenverteilung ist für das Funktionieren einer Gesellschaft ab einer gewissen Größe unvermeidlich. Hieran ändert auch die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage nichts.

a) Aufgaben des Geschäftsleitungsgremiums

Innerhalb des Geschäftsleitungsorgans sind bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage mit § 49 GmbHG und §§ 30, 33 GmbHG Pflichten zu beachten, die dem Kernbereich der Geschäftsführungstätigkeit angehören und damit von dem Geschäftsführungsgremium zu erfüllen sind.³⁰⁹ Maßnahmen, die dem „unveräußerlichen Kernbereich der Leitungsaufgaben“³¹⁰ angehören oder über eine besondere Bedeutung für die GmbH verfügen, begründen ebenfalls eine Gesamtverantwortung.³¹¹ Auch diese Beurteilung ist unter ande-

³⁰⁶ Für die GmbH: Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 105; vgl. Lutter, GmbHHR 2000, 301, 304.

³⁰⁷ Für die GmbH: Leuring/Dornhegge, NZG 2010, 13; für die AG: Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 77 Rn. 46.

³⁰⁸ Für die AG: KK-AktG/Mertens/Cahn, § 93 Rn. 84; Ihrig/Schäfer, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014, Rn. 430.

³⁰⁹ BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 213, 213.1; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 328 f.; vgl. MüKo GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 116; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 37 Rn. 32.

³¹⁰ BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 215; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 331.

³¹¹ BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 215; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 331; Hommelhoff in FS Sandrock, 373, 380; vgl. MüKo GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 116; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 37 Rn. 32; Leuring/Dornhegge, NZG 2010, 13, 15.

rem an der wirtschaftlichen Lage der GmbH auszurichten.³¹² So sind dem Gremium insbesondere die Veränderung der internen Organisationsstruktur,³¹³ die Überwachung der leitenden Mitarbeiter³¹⁴ sowie der Geschäfts- und Ergebnisentwicklung³¹⁵ und „Maßnahmen in Krisen- und sonstigen Ausnahmesituationen, die die Gesellschaft als Ganzes betreffen“³¹⁶, vorbehalten.³¹⁷ Gleiches gilt für die Vornahme von existenziellen respektive außergewöhnlichen Entscheidungen³¹⁸ und besonders risikoreichen Geschäften³¹⁹. Das Gesamtgremium ist des Weiteren für die Entscheidung über Zahlungen an Gesellschafter zuständig, welche bei Nähe zur Zahlungsunfähigkeit vorgenommen werden sollen.³²⁰

Im Aktienrecht ist der Gesamtvorstand unter anderem für die Erfüllung der aus § 90 AktG und § 92 I, II 3 AktG folgenden Pflichten zuständig.³²¹ Ihm ist des Weiteren der Kernbestand an Leitungsaufgaben vorbehalten, vgl. § 76 AktG.³²² Für die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage ist relevant, dass das Gesamtgremium die unternehmerischen Ziele sowie die „Grundzüge der Produkt[-], Finanz-, Investitions- und Personalpolitik“³²³ bestimmt, die Geschäfts-

³¹² BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 215; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 331.

³¹³ Leuring/Dornhegge, NZG 2010, 13, 15.

³¹⁴ Scholz GmbHG/U. H. Schneider, 11. Aufl., § 43 Rn. 43.

³¹⁵ U. H. Schneider in FS 100 Jahre GmbHG, 473, 484; vgl. BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 215.1; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 333 ff.

³¹⁶ BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 215.2; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 333; vgl. Scholz GmbHG/Verse, § 43 Rn. 125; für die eingeschränkte Sanierungspflicht, Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 81.

³¹⁷ BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 215.1. f.; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 332, 334; vgl. Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 37 Rn. 32; Hommelhoff in FS Sandrock, 373, 380 f.

³¹⁸ MüKo GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 116; Scholz GmbHG/U. H. Schneider, 11. Aufl., § 43 Rn. 43; vgl. Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 37 Rn. 32; U. H. Schneider in FS 100 Jahre GmbHG, 473, 484.

³¹⁹ Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 233; vgl. BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 215.3.

³²⁰ Müller in Liber amicorum Winter, 487, 496.

³²¹ Vgl. Kort in Großkomm AktG, § 77 Rn. 33; KK-AktG/Mertens/Cahn, § 77 Rn. 24; § 92 II AktG nicht anführend, MüKo AktG/Spindler, § 77 Rn. 64.

³²² KK-AktG/Mertens/Cahn, § 77 Rn. 22 f.; vgl. Kort in Großkomm AktG, § 77 Rn. 31; MüKo AktG/Spindler, § 77 Rn. 63.

³²³ KK-AktG/Mertens/Cahn, § 77 Rn. 23; vgl. Kort in Großkomm AktG, § 77 Rn. 31.

und Ergebnisentwicklung überwacht³²⁴ und Maßnahmen trifft, die für die AG über eine besondere Bedeutung verfügen.³²⁵ In einer Situation der wirtschaftlichen Verschlechterung werden in GmbH und AG die dargestellten Pflichten (vermehrt) auftreten und Maßnahmen i.d.S. vermehrt durchgeführt.

b) Auswirkungen auf die Ressortverteilung

Bei Zulässigkeit der Ressortverteilung verbleibt den restlichen Geschäftsleitern eine Restzuständigkeit sowie -verantwortung in Form von Überwachungs-, Beratungs- sowie Eingriffspflichten.³²⁶ Eine gesteigerte Restverantwortung verbleibt unter anderem hinsichtlich der kontinuierlichen Überprüfung der Wirtschaftlichkeit und Rentabilität der GmbH/AG.³²⁷ Im Falle einer Krisenlage verschärft sich die Restzuständigkeit der Geschäftsleiter zu einer Pflicht zur Intervention sowie zum Eingriff.³²⁸ Die Vorteile der Arbeitsteilung verlie-

³²⁴ KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 77 Rn. 23.

³²⁵ KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 77 Rn. 23; vgl. *Kort* in Großkomm AktG, § 77 Rn. 31; MüKo AktG/*Spindler*, § 77 Rn. 63.

³²⁶ Für die GmbH: BeckOK-GmbHG/*Ziemons/Pöschke*, § 43 Rn. 221, 226; Michalski-*Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 341, 346; vgl. BGH, Urt. v. 9.1.2001 - VI ZR 407/00 = NJW 2001, 969, 971; ders., Urt. v. 20.3.1986 - II ZR 114/85 = NJW-RR 1986, 1293; BFH, Urt. v. 23.6.1998 - VII R 4-98 = NJW 1998, 3374, 3375; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.10.1995 - 22 U 53/95 = NJW-RR 1996, 289, 290; MüKo GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 119, 125; Scholz GmbHG/*Verse*, § 43 Rn. 130 ff.; *Hommelhoff* in FS Sandrock, 373, 382; *U. H. Schneider* in FS 100 Jahre GmbHG, 473, 481 ff.; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 80; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 208; *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13, 15 f.; für die AG: vgl. *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 77 Rn. 49; *Kort* in Großkomm AktG, § 77 Rn. 31, 35 f., 37; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 77 Rn. 26; *U. Schmidt* in: Heidel, Aktienrecht, § 93 Rn. 27; MüKo AktG/*Spindler*, § 77 Rn. 58; *Habersack*, WM 2005, 2360, 2362; für eine an der Sachnähe des Ressorts ausgerichtete, gestufte Überwachungspflicht, VG Frankfurt a.M., Urt. v. 8.7.2004 - I E 7363/03[1] = WM 2004, 2160 f.

³²⁷ Für die GmbH: BeckOK-GmbHG/*Ziemons/Pöschke*, § 43 Rn. 222; Michalski-*Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 342.

³²⁸ Für die GmbH: BeckOK-GmbHG/*Ziemons/Pöschke*, § 43 Rn. 227; Michalski-*Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 347; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 64, 81; vgl. BGH, Urt. v. 9.1.2001 - VI ZR 407/00 = NJW 2001, 969, 971; ders., Urt. v. 15.10.1996 - VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 379 = NJW 1997, 130, 132; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.10.1995 - 22 U 53/95 = NJW-RR 1996, 289, 290; MüKo GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 123; Scholz GmbHG/*Verse*, § 43 Rn. 133; *Hommelhoff* in FS Sandrock, 373, 382; *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13, 16; ferner *Ulmer/Casper* GmbHG § 64 Rn. 127; MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 144; *U.*

ren in Krisenlagen gegenüber dem Einsatz des geballten Sachverständnisses des Gesamtgremiums grundsätzlich an Gewicht. Zwar herrscht gerade in solchen Situationen meist Zeit- und Handlungsdruck, jedoch haben einzelne Entscheidungen gerade auch stärkere Auswirkungen auf die Lage der Gesellschaft. Eine qualifizierte, über die einzelnen Geschäftsbereiche hinausreichende Sichtweise und die Bündelung der Kompetenzen ist für die Überwindung der Krise meist essentiell. Die Geschäftsleiter müssen gegebenenfalls auf die Rückführung der Ressortkompetenz zum Gesamtgremium hinwirken.³²⁹ Die Krisenmanagementpflichten, namentlich die Selbstprüfungspflicht und die das Früherkennungs- und Überwachungssystem betreffenden Entscheidungen, müssen stets zurückgeführt werden.³³⁰

c) Auswirkungen auf die Delegation an nachgeordnete Mitarbeiter

Auch im Falle der zulässigen Delegation an nachgeordnete Mitarbeiter verbleibt der Geschäftsleitung unter anderem mit einer Überwachungs- und Eingriffspflicht eine Restkompetenz.³³¹ Bei Erkennbarkeit einer Krisensituation verschärft sich die Restkompetenz und resultiert in einer Eingriffspflicht.³³² Der Geschäftsleiter muss die Aufgabe zwar nicht selbst übernehmen, hat aber insbesondere durch Weisungen und Kontrollen für eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung zu sorgen.³³³

H. Schneider in FS 100 Jahre GmbHG, 473, 483; für die AG: *Kort* in Großkomm AktG, § 77 Rn. 35a; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 77 Rn. 24; MüKo AktG/*Spindler*, § 77 Rn. 58; *Habersack*, WM 2005, 2360, 2362 ff.; *Seibt*, BB 2019, 2563, 2565, 2568; vgl. *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 77 Rn. 53.

³²⁹ Für die GmbH: *U. H. Schneider* in FS 100 Jahre GmbHG, 473, 483; vgl. BeckOK-GmbHG/*Ziemons/Pöschke*, § 43 Rn. 227.

³³⁰ Für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 81.

³³¹ Für die GmbH: BeckOK-GmbHG/*Ziemons/Pöschke*, § 43 Rn. 236 ff.; *Michalski-Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 356 ff.; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 80; vgl. MüKo GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 130 f., 134, 139; Scholz GmbHG/*Verse*, § 43 Rn. 144 ff.; *U. H. Schneider* in FS 100 Jahre GmbHG, 473, 485 ff.; für die AG: *Hölters/Hölters* AktG § 93 Rn. 47, 87; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 93 Rn. 84; *U. Schmidt* in: *Heidel*, Aktienrecht, § 93 Rn. 28; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014, Rn. 431, 444.

³³² Für die GmbH: vgl. MüKo GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 140; MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 144; BeckOK-GmbHG/*Ziemons/Pöschke*, § 43 Rn. 239 f.; *Michalski-Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 359 f.

³³³ Für die GmbH: BeckOK-GmbHG/*Ziemons/Pöschke*, § 43 Rn. 240; *Michalski-Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 340.

Die Geschäftsleitung muss für eine horizontale³³⁴ sowie vertikale³³⁵ Organisation sorgen, um die dargestellten Restkompetenzen erfüllen zu können. Die Organisation in der Gesellschaft muss es außerdem ermöglichen, trotz der durch die Geschäftsverteilung zwischen den Geschäftsleitern und die Delegation von Aufgaben an (gegebenenfalls zahlreiche) nachgeordnete Mitarbeiter verursachten Streuung von Informationen, die Pflicht zur Überwachung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft wahrzunehmen,³³⁶ vgl. § 91 II AktG.

d) Zwischenfazit

Bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage sind die abgegebenen Kompetenzen im Falle einer horizontalen Geschäftsverteilung dem Gesamtgremium und bei vertikaler Delegation dem Ressortgeschäftsführer wieder stärker anzunähern. Die Aufgabenverteilung ist folglich (teilweise) rückgängig zu machen. Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage macht eine stärkere *Konzentration der Kompetenzen* bei den Geschäftsleitern erforderlich.

³³⁴ Für die GmbH: MüKo GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 119, 124; BeckOK-GmbHG/*Ziemons/Pöschke*, § 43 Rn. 223; Michalski-*Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 343; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 81; *Bork*, ZIP 2011, 101, 103 f.; *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13, 15; ferner *Lutter*, GmbHR 2000, 301, 304 f.; für die AG: *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 77 Rn. 49, 54; *Hölters/Hölters* AktG § 93 Rn. 80; *Kort* in *Großkomm* AktG, § 77 Rn. 35, 35b, 40; *KK-AktG/Mertens/Cahn*, § 77 Rn. 25, 27; MüKo AktG/*Spindler*, § 77 Rn. 59, § 93 Rn. 114.

³³⁵ Für die GmbH: BeckOK-GmbHG/*Ziemons/Pöschke*, § 43 Rn. 238; Michalski-*Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 358; vgl. MüKo GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 138, 141; ferner *Lutter*, GmbHR 2000, 301, 304 f.; für die AG: *Hölters/Hölters* AktG § 93 Rn. 47; 80; *KK-AktG/Mertens/Cahn*, § 93 Rn. 84; MüKo AktG/*Spindler*, § 93 Rn. 114.

³³⁶ Vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 118; für die GmbH: vgl. BGH, Versäumnisurt. v. 19.6.2012 - II ZR 243/11 = NJW-RR 2012, 1122, 1123 Rz. 13; ders., Urt. v. 20.2.1995 - II ZR 9/94 = NJW-RR 1995, 669 f.; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 45, 49 f.; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 208; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 33; *Bellen/Stehl*, BB 2010, 2579, 2580; *Bork*, ZIP 2011, 101, 103 f.; *Goette*, ZInsO 2001, 529; *Hötzle*, ZIP 2013, 1846, 1849; *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 139; ferner *Baumbach/Hueck/Haas* GmbHG § 64 Rn. 105; BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 62; für die AG: *Reuter*, BB 2003, 1797, 1803.

2. Die allgemeine Überwachungspflicht

Aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG folgt des Weiteren eine allgemeine Überwachungspflicht hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft.³³⁷ Diese Pflicht dient primär der Gesellschaft³³⁸ bzw. den Gesellschaftern³³⁹ und mittelbar den Gesellschaftsgläubigern.³⁴⁰ Viele der sub § 3 dargestellten gesetzlichen Pflichten und Gebote greifen im Zusammenhang mit Ereignissen oder gehen mit Maßnahmen einher, die teilweise erst aufgrund eines solchen Ereignisses vorgenommen oder ab einem solchen nicht mehr durchgeführt werden können. Diese Pflichten können die Geschäftsleiter nur erfüllen, wenn sie von dem Eintritt solcher Ereignisse Kenntnis erlangen. Die Geschäftsleiter müssen die finanzielle und wirtschaftliche Lage der Gesellschaft daher kontinuierlich überwachen, um erkennen zu können, zu welchem Zeitpunkt ein Pflichten oder Gebote auslösendes Ereignis vorliegt.³⁴¹ Ohne eine solche Überwachung kann auch das Hinzutreten neuer, von Gesetzes wegen gewährter Möglichkeiten,

³³⁷ Picot Hdb Wirtschaftsrecht/*Picot/Aleth*, Teil VIII. Rn. 2; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 115 ff.; *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260, 261; für die GmbH: BGH, Urt. v. 27.3.2012 - II ZR 171/10 = ZIP 2012, 1174, 1175 Rz. 15; *Goette*, ZinsO 2001, 529; vgl. BGH, Urt. v. 26.1.2016 - II ZR 394/13 = NZG 2016, 658, 660 Rz. 33; ders., Versäumnisurt. v. 19.6.2012 - II ZR 243/11 = NJW-RR 2012, 1122, 1123 Rz. 13; ders., Urt. v. 20.2.1995 - II ZR 9/94 = NJW-RR 1995, 669; MüKo GmbHG/H.-F. Müller, § 64 Rn. 5, 159; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 199 f., 206; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 33; *Bellen/Stehl*, BB 2010, 2579, 2580; *Ehlers*, BB 2013, 1539, 1540; *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 139 f.; *Lutter*, GmbHR 2000, 301, 305; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 376; ferner *Veil*, ZGR 2006, 374, 377; für die AG: MüKo AktG/*Spindler*, § 92 Rn. 53; später *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 49, 64, 106 f.; vgl. *Bork*, ZIP 2011, 101, 102 f.

³³⁸ Für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 48 f.; ferner *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 198.

³³⁹ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 127 f.

³⁴⁰ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 127 f.; für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 48 f.; ferner *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 198.

³⁴¹ Für die GmbH: vgl. BGH, Urt. v. 20.2.1995 - II ZR 9/94 = NJW-RR 1995, 669; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 45; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 199, 206; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 26, 36; *Goette*, ZinsO 2001, 529; *Uhlenbruck*, WiB 1996, 409, 413; hinsichtlich § 49 II GmbHG, Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 20; für GmbH und AG: vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 116 f., 125 f.

wie die vereinfachte Kapitalherabsetzung, nicht erkannt und nicht genutzt werden. Treffend, aber aufgrund der Begrenzung der Aussage auf die Pflichten des § 92 AktG und § 15a I 1 InsO zu eng, formuliert *Fleischer*, dass „[...] [d]as einende Band zwischen diesen verschiedenen Einzelpflichten [...] die Kardinalpflicht des Vorstands zur beständigen Prüfung der Vermögens- und Finanzlage der Gesellschaft“³⁴² bildet.

Bei der Pflicht zur Krisen(früh)erkennung handelt es sich nicht um einen unter anderem die Überwachungspflicht umfassenden Oberbegriff,³⁴³ sondern um einen Teil der allgemeinen Überwachungspflicht. Gemäß § 1 I 1 StaRUG-RegE müssen die Geschäftsleiter fortlaufend über Entwicklungen, welche den Fortbestand der Gesellschaft gefährden können, wachen. Die Pflicht zur Krisen(früh)erkennung verpflichtet zur Erkennung der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, von Krisenanzeichen und einer Krise³⁴⁴, da sie als Anknüpfungspunkte für Pflichten aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG dienen. Die Geschäftsleiter müssen außerdem analysieren, in welchem Stadium einer Krise im betriebswirtschaftlichen Sinn sich die Gesellschaft befindet. Dies hilft bei der Auswahl der geeigneten Reaktionsmaßnahmen.³⁴⁵

Die Überwachungspflicht verlangt je nach erforderlich werdender Reaktion verschiedene Maßstäbe der Statusüberwachung.³⁴⁶ Sie steigert sich bei ersten Anzeichen einer Krise³⁴⁷ und gewinnt mit

³⁴² Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 1; vgl. *ders.* in: *Fleischer* HdB Vorstandsrecht, § 20 Rn. 1; für die GmbH: *Goette*, ZinsO 2001, 529.

³⁴³ So aber *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 40 ff.; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 198 ff.; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 33.

³⁴⁴ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 40 f.; *Veil*, ZGR 2006, 374, 377; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 198 ff.; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 26, 32.

³⁴⁵ Vgl. § 4 C. II. 3.

³⁴⁶ Für die GmbH: *Goette*, ZinsO 2001, 529; ferner *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 206 ff.; für GmbH und AG: vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 126; siehe zu diesen die Ausführungen zu den einzelnen Pflichten.

³⁴⁷ Für die GmbH: BGH, Versäumnisurt. v. 19.6.2012 - II ZR 243/11 = NJW-RR 2012, 1122, 1123 Rz. 13; Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG § 64 Rn. 105; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 208; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 33; vgl. *Bork*, ZIP 2011, 101, 102; *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 139; später *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 124 ff.

zunehmender Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage an Intensität³⁴⁸. Je näher die Insolvenz rückt, desto höher muss die Überwachungsintensität sein.³⁴⁹ In Literatur³⁵⁰ und Rechtsprechung finden sich zahlreiche Konkretisierungen dieser höheren Anforderungen. Jedenfalls das Erkennen „schwacher Signale“ einer bevorstehenden Änderung im Umfeld des Unternehmens und damit auch die Reaktion auf dieselben kann aufgrund mangelnder wirtschaftlicher Vertretbarkeit und geringer Justiziabilität der Signale meist nicht verlangt werden.³⁵¹ Unter anderem mit dem BGH³⁵² ist bei Krisenanzeichen die Pflicht anzunehmen, einen Vermögensstatus respektive eine Zwischenbilanz aufzustellen, um zum Vermögensstand einen Überblick zu erhalten. Anschließend ist die Krise durchgehend zu beobachten und ist sich durchgängig „ein[...] Überblick über die Vermögensverhältnisse bzw. die Schuldendeckungsquote zu verschaffen.“³⁵³ Wenn Anhaltspunkte auf einen Verlust i.S.v. § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG schließen lassen, muss der Geschäftsleiter diesen anhand aller ihm zur Verfügung stehenden Quellen,

³⁴⁸ Für die AG: Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 1; *ders.* in: *Fleischer HdB* Vorstandsrecht, § 20 Rn. 1; *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1599; vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 124 ff.; *Schuster*, ZGR 2010, 325, 331.

³⁴⁹ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 126 f.; *Veil*, ZGR 2006, 374, 377; vgl. *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 33.

³⁵⁰ Vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 123 f.; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 206 f.; ferner *Seibt*, BB 2019, 2563 ff.; für die GmbH: *Bork*, ZIP 2011, 101, 103; *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138; *Lutter*, GmbHR 2000, 301, 305.

³⁵¹ Für die GmbH: *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 27 f.; *Bork*, ZIP 2011, 101, 102; ausnahmslos ablehnend, *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 209 f.; für GmbH und AG: vgl. aber *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 122 f.

³⁵² Für die GmbH: BGH, Versäumnisurteil v. 19.6.2012 - II ZR 243/11 = NJW-RR 2012, 1122, 1123; *ders.*, Urt. v. 20.2.1995 - II ZR 9/94 = NJW-RR 1995, 669; *ders.*, Urt. v. 6.6.1994 - II ZR 292/91 = BGHZ 126, 181, 199 = NJW 1994, 2220, 2224; so auch *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 49; *Bork*, ZIP 2011, 101, 102 f.; vgl. *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG* § 49 Rn. 20; *BeckOK-GmbHG/Schindler*, § 49 Rn. 43; *Haese*, Unternehmensleitung und Überwachung in der GmbH, S. 80; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 207, 210; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 33; für GmbH und AG: *Frege*, NZI 2006, 545, 546; vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 123 ff.; *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260, 261.

³⁵³ Für die GmbH: *Steffan* in *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 37 Rn. 129; vgl. *Ehlers*, BB 2013, 1539, 1540; für GmbH und AG: vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 125, die diese Pflicht aus § 64 S. 3 GmbHG/§ 92 II 3 AktG herleitet.

insbesondere mittels Aufstellung einer Bilanz, überprüfen.³⁵⁴ Eine Pflicht zur Prüfung, ob bereits Insolvenzgründe eingetreten sind, ist bei Verdachtsmomenten wie Liquiditätsschwierigkeiten oder für den Fall, dass die Ertragslage nachhaltig negativ ist, anzunehmen.³⁵⁵ Beim Anfall von beträchtlichen Verbindlichkeiten oder eines die Einberufungspflichten aus § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG auslösenden Verlusts sowie wenn das Eigenkapital durch Verluste aufgebraucht ist und sich ein Überschuss der Passivposten über die Aktivposten mit der Folge des § 268 III HGB ergibt, trifft die Geschäftsleiter die Pflicht, unverzüglich sowie beständig das Vorliegen von Insolvenzauslösetatbeständen zu überprüfen.³⁵⁶

3. Pflicht zur Einholung sachverständiger Beratung

Aufgrund der vielen Pflichten und der mit diesen einhergehenden hohen Haftungsrisiken ist die Beratung durch eine insolvenzrechtlich fachkundige Person regelmäßig unerlässlich.³⁵⁷ Bei Krisenanzeichen ist, sofern die erforderlichen Kenntnisse nicht vorliegen, unverzüglich eine Beratung durch eine unabhängige, fachlich geeignete Person in Anspruch zu nehmen.³⁵⁸ Eine außergerichtliche Sanierung

³⁵⁴ Für die GmbH: Michalski GmbHG/Römermann, § 49 Rn. 102; vgl. Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 49 Rn. 20; Beck Hdb GmbH/Axhausen/Rieser, § 15 Rn. 143; Henssler/Strohn/Hillmann GmbHG § 49 Rn. 12; MüKo GmbHG/Liebscher, § 49 Rn. 56; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 49 Rn. 20; Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 112; ferner Scholz GmbHG/Seibt, § 49 Rn. 25; für die AG: vgl. Hölters/Müller-Michaels AktG § 92 Rn. 5; K. Schmidt/Lutter AktG/Sailer-Coceani, § 92 Rn. 4; MüKo AktG/Spindler, § 92 Rn. 12; allgemeiner Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 92 Rn. 9; Habersack/Foerster in Großkomm AktG, § 92 Rn. 22; Göcke, AG 2014, 119; Plagemann, NZG 2014, 207; Reuter, BB 2003, 1797, 1801.

³⁵⁵ FK-InsO/Schmerbach § 15a Rn. 31; für die AG: Reuter, BB 2003, 1797, 1803; für die GmbH: Bei nicht genauer beschriebenen Verdachtsmomenten Knittel, GmbH-StB 2015, 138, 140.

³⁵⁶ Für die GmbH: Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 105; für GmbH und AG: Zur Überschuldung, Picot/Aleth, DSWR 1997, 260, 261.

³⁵⁷ Für die GmbH: Knittel, GmbH-StB 2015, 138, 142; vgl. Veil, ZGR 2006, 374, 379 f.; ferner Reuter, BB 2003, 1797, 1802.

³⁵⁸ Für die GmbH: BGH, Urt. v. 27.3.2012 - II ZR 171/10 = ZIP 2012, 1174, 1175 Rz. 15 f.; vgl. Ulmer/Casper GmbHG § 64 Rn. 126; BeckOK-GmbHG/Mätzig, § 64 Rn. 28, 63; MüKo GmbHG/H.-F. Müller, § 64 Rn. 160 ff.; Steffan in Oppenländer/Trörlitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 37 Rn. 129; Schulz, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 208; Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 41 f.; Hölzle, ZIP 2013, 1846, 1849; Frege, NZI 2006, 545 ff.;

kann abhängig von der Größe des Unternehmens und der Anzahl der Gesellschaftsgläubiger einen Sanierungsberater zur Planung und zur Erlangung eines objektiven Blicks bezüglich des Sachstands erfordern.³⁵⁹ Dem Berater müssen die Verhältnisse der GmbH/AG umfassend geschildert und die notwendigen Unterlagen zur Verfügung gestellt werden.³⁶⁰ Außerdem muss der Geschäftsleiter sich um die unverzügliche Übermittlung des Ergebnisses der Prüfung bemühen und dieses wiederum auf Plausibilität überprüfen.³⁶¹

4. Pflicht zur Sicherstellung der langfristigen Ertragskraft

§ 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG verpflichtet zur Sicherstellung der langfristigen Ertragskraft des von der Gesellschaft geführten Unternehmens.³⁶² Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung konkretisiert sich in der Krise zur Pflicht zur Vornahme von Sanierungsbemühungen.³⁶³ Im Anschluss an die akute Krisenbewältigung sind negative Folgen zu beheben und ist eine Ex-Post-Analyse durchzuführen.³⁶⁴

II. Die Treuepflicht

Fraglich ist, welche Auswirkungen die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage auf die organschaftliche *Treuepflicht* der Ge-

Knittel, GmbH-StB 2015, 138, 139 f.; für den Fall der rechnerischen Überschuldung, BGH, Urt. v. 6.6.1994 - II ZR 292/91 = BGHZ 126, 181, 199 = NJW 1994, 2220, 2224; für die AG: MüKo AktG/*Spindler*, § 92 Rn. 53; für GmbH und AG: vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 127.

³⁵⁹ *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 61; vgl. *Seefelder*, Unternehmenssanierung, S. 120; *Veil*, ZGR 2006, 374, 380.

³⁶⁰ Für die GmbH: vgl. BGH, Urt. v. 27.3.2012 - II ZR 171/10 = ZIP 2012, 1174, 1175 Rz. 16; BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 63; MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 160, 162; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 140 f.; *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 139.

³⁶¹ Für die GmbH: vgl. BGH, Urt. v. 27.3.2012 - II ZR 171/10 = ZIP 2012, 1174, 1175 Rz. 16, 19; BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 63; MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 160, 162 f.; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 139, 141 ff.; ferner *Ulmer/Casper GmbHG* § 64 Rn. 126; *Hölzle*, ZIP 2013, 1846, 1849; *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 139; für GmbH und AG: vgl. BGH, Urt. v. 14.5.2007 - II ZR 48/06 = NJW 2007, 2118, 2120 Rz. 18.

³⁶² Für die GmbH: *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 139.

³⁶³ Vgl. § 4 B. I. 2.

³⁶⁴ *Seibt*, BB 2019, 2563, 2565, 2567 f.

schäftsleiter hat und welcher Stellenwert dieser im Verhältnis zu den anderen im Krisenverlauf an Relevanz gewinnenden Interessen beizumessen ist. Die Treuepflichten der Aktionäre verfügen während bestandsgefährdender Krisensituationen über eine stärkere Ausprägung als im Normalzustand.³⁶⁵ Die Rolle des Geschäftsleiters ändert sich aber anders als die Einwirkungsbefugnisse der Gesellschafter nicht. Das Verbot, eigene ökonomische Ziele oder Vorteile zu verfolgen,³⁶⁶ besteht für die Geschäftsleiter unverändert fort. Hinsichtlich des Verbots, Vorteile anderer zu verfolgen,³⁶⁷ ist zu berücksichtigen, dass das Gesetz einen Zuwachs der im Interesse der Gesellschafter und der Gläubiger stehenden Pflichten vorsieht und damit einen Zuwachs der Schutzbedürftigkeit sowohl der Gesellschafter als auch der Gläubigerinteressen anerkennt.³⁶⁸ Die Förderung der Interessen lediglich einzelner Gesellschafter oder Gläubiger ist weiterhin grundsätzlich unzulässig. Auch eine Änderung des Bezugspunkts der Treuepflicht von der Gesellschaft hin zu den Gesellschaftern oder bei Insolvenznähe zu den Gesellschaftsgläubigern findet nicht statt.

Die Treuepflicht äußert sich, wenn sich die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft nicht lediglich vorübergehend wesentlich verschlechtert hat, namentlich wenn für die Auszahlung in das Stammkapital eingegriffen werden müsste, darin, dass der Geschäftsführer einer Herabsetzung der ihm laut Anstellungsvertrag zustehenden Bezüge zustimmen muss.³⁶⁹ Eine dergestaltige Verdichtung der Treuepflicht

³⁶⁵ *Seibt*, ZIP 2014, 1909, 1910 ff.

³⁶⁶ Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG § 93 Rn. 9 f.; vgl. BGH, Urt. v. 9.11.1967 - II ZR 64/67 = BGHZ 49, 30, 31; = NJW 1968, 396; Roth/Altmeyen/*Altmeyen*, GmbHG, § 43 Rn. 26 ff.; MüKo GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 153; Spindler/Stilz/*ders.*, AktG, § 93 Rn. 114; Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 93 Rn. 73; Michalski-Haas/*Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 86; Schäfer/*Missling*, NZG 1998, 441, 443.

³⁶⁷ Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG § 93 Rn. 9 f.; vgl. BGH, Urt. v. 9.11.1967 - II ZR 64/67 = BGHZ 49, 30, 31; = NJW 1968, 396; Roth/Altmeyen/*Altmeyen*, GmbHG, § 43 Rn. 26 ff.; MüKo GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 153; Spindler/Stilz/*ders.*, AktG, § 93 Rn. 114; Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 93 Rn. 73; Michalski-Haas/*Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 86; Schäfer/*Missling*, NZG 1998, 441, 443.

³⁶⁸ Vgl. § 3.

³⁶⁹ BGH, Urt. v. 15.6.1992 - II ZR 88/91 = GmbHR 1992, 605, 607; OLG Naumburg, Urt. v. 16.4.2003 - 5 U 12/03 = GmbHR 2004, 423 f.; vgl. OLG Köln, Urt. v. 6.11.2007 - 18 U 131/07 = ZIP 2009, 36 f.; *Bauder*, BB 1993, 369, 370 f.

hat zusätzlich weitere Voraussetzungen. So müsste die unveränderte Weitergewährung eine schwere Unbilligkeit darstellen, was unter anderem zu bejahen ist, wenn der Gesellschaft zum Überleben dringend erforderliche Mittel genommen würden.³⁷⁰ Die wirtschaftliche Lage darf nicht bereits im Rahmen der jüngsten Festsetzung der Bezüge Berücksichtigung gefunden haben.³⁷¹ Außerdem muss der Geschäftsführer durch die Herabsetzung zur Gesundung des Unternehmens beitragen und diese muss zu erwarten sein.³⁷² Im AktG genügt die einseitige Erklärung vom Aufsichtsrat für eine solche Änderung des Anstellungsvertrages, § 87 II AktG.³⁷³

III. Die Verschwiegenheitspflicht

Bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage kommt der Geheimhaltung sensibler Informationen gegenüber den Vertragspartnern, Gläubigern und der Allgemeinheit, gegebenenfalls aber auch gegenüber den Gesellschaftern, eine erhöhte Bedeutung zu. Gleichzeitig nimmt das Interesse der Vertragspartner, Gläubiger und der Allgemeinheit sowie der Gesellschafter an solchen Informationen zu. Es besteht folglich ein Konflikt.³⁷⁴ Das Gesetz löst ihn mithilfe der in der Krise gesteigerten gesellschaftsinternen Informationspflichten.³⁷⁵ Ist der Geschäftsleiter zur Information verpflichtet, ist für Geheimhaltung kein Raum. Gegenüber Vertragspartnern bestehen in diesem Stadium noch keine Aufklärungspflichten aus § 242 BGB.³⁷⁶ Bereits im krisenfreien Zeitraum sind Ausnahmen von der *Verschwiegenheitspflicht* zulässig, insbesondere, wenn das Gesellschaftsinteresse die Offenlegung verlangt.³⁷⁷ Die Offenlegung bei-

³⁷⁰ Vgl. OLG Naumburg, Urt. v. 16.4.2003 - 5 U 12/03 = GmbHR 2004, 424; teilweise a.A. *Bauder*, BB 1993, 369, 370.

³⁷¹ OLG Naumburg, Urt. v. 16.4.2003 - 5 U 12/03 = GmbHR 2004, 424.

³⁷² OLG Naumburg, Urt. v. 16.4.2003 - 5 U 12/03 = GmbHR 2004, 424; vgl. OLG Köln, Urt. v. 6.11.2007 - 18 U 131/07 = ZIP 2009, 37.

³⁷³ OLG Naumburg, Urt. v. 16.4.2003 - 5 U 12/03 = GmbHR 2004, 424; *Bauder*, BB 1993, 369, 371.

³⁷⁴ Siehe bereits § 3 B., C.

³⁷⁵ Siehe bereits § 3 B., C.

³⁷⁶ Für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 146; *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 79 f.; vgl. außerdem: So auch, in der Regel, OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.11.1987 - 9 U 251/85 = BB 1988, 1413.

³⁷⁷ Für die GmbH: MüKo GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 205 ff.; vgl. BeckOK-GmbHG/*Ziemons/Pöschke*, § 43 Rn. 197; *Ulmer/Paefgen GmbHG* § 43 Rn. 157;

spielsweise gegenüber Gesellschaftern, Kreditgebern, staatlichen Stellen³⁷⁸ oder möglichen Investoren kann gerade in der Krise Vorteile bringen. Insbesondere die Einweihung des Mehrheitsgesellschafters/Großaktionärs oder des Betriebsrats in (geheime) Pläne³⁷⁹ und die Inanspruchnahme von (externen) Beratern sowie Experten kann unausweichlich sein.³⁸⁰ In Sanierungsverhandlungen können Interna an Banken oder Kreditgeber übermittelt werden.³⁸¹ In Betracht kommen die Ansprache sogenannter Key-Investors, namentlich bedeutende potentielle Investoren, hinsichtlich einer Kapitalerhöhung³⁸² sowie die Gestattung oder Ermöglichung einer Due Diligence-Prüfung³⁸³. Schutzvorkehrungen sind je nach Risiko des Missbrauchs der offengelegten Informationen in Form von Geheimhaltungsvereinbarungen, einer begrenzten Offenlegung oder der Inanspruchnahme eines unabhängigen Sachverständigen zu treffen.³⁸⁴

Besteht keine ausdrückliche gesetzliche Pflicht zur Information, muss der Geschäftsleiter die mit der Erteilung vertraulicher Informa-

Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 305; für die AG: Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 93 Rn. 169; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 142; KK-AktG/Mertens/Cahn, § 93 Rn. 120; MüKo AktG/Spindler, § 93 Rn. 150; Linker/Zinger, NZG 2002, 497, 499; Rozijn, NZG 2001, 494, 496.

³⁷⁸ Seibt, BB 2019, 2563, 2567.

³⁷⁹ Für die GmbH: MüKo GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 207; für die AG: Spindler/Stilz/ders., AktG, § 93 Rn. 169; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 142.

³⁸⁰ Für die GmbH: BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 198; Ulmer/Paefgen GmbHG § 43 Rn. 157; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 306; vgl. MüKo GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 207; für die AG: Spindler/Stilz/ders., AktG, § 93 Rn. 169; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 142; KK-AktG/Mertens/Cahn, § 93 Rn. 120; MüKo AktG/Spindler, § 93 Rn. 152; Rozijn, NZG 2001, 494, 497.

³⁸¹ Für die GmbH: BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 198; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 306; vgl. Ulmer/Paefgen GmbHG § 43 Rn. 157.

³⁸² Für die AG: Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 142.

³⁸³ Vgl. für die GmbH: Ulmer/Paefgen GmbHG § 43 Rn. 158; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 310; für die AG: KK-AktG/Mertens/Cahn, § 77 Rn. 23.

³⁸⁴ Für die GmbH: vgl. MüKo GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 209; BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 198; Ulmer/Paefgen GmbHG § 43 Rn. 157 f.; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 306, 309 f.; ferner Lutter, ZIP 1997, 613, 615; für die AG: vgl. Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 93 Rn. 171; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 142; MüKo AktG/Spindler, § 93 Rn. 154 f.; Linker/Zinger, NZG 2002, 497, 501; Rozijn, NZG 2001, 494, 498 f.; kritisch Lutter, ZIP 1997, 613, 618.

tionen einhergehenden Chancen und Risiken abwägen.³⁸⁵ Eine Ermessensreduktion auf Null und eine Pflicht zur Offenlegung ist anzunehmen, wenn der Fortbestand der Gesellschaft betroffen ist.³⁸⁶ Allein wenn den Informationen eine besondere Bedeutung zuzusprechen ist, ist bei der GmbH ein Beschluss der Gesellschafter³⁸⁷ und bei der AG ein Beschluss des Gesamtvorstands³⁸⁸ erforderlich. Insbesondere bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage kann eine Offenlegung der Unternehmensinterna im Gesellschaftsinteresse liegen, mit der Folge, dass die Geschäftsleiter trotz der mit einem marktweiten Bekanntwerden der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage einhergehenden Gefahren zur Erteilung auch sensibler Informationen verpflichtet sein können.

G. Folgerungen

Die eingangs sub § 2 gestellte Frage, ob und, wenn ja, welche Veränderungen die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage für die Stellung, die Interessenausrichtung und die (allgemeinen) Pflichten des Geschäftsleiters mit sich bringt, lässt sich nun zunächst dahingehend beantworten, dass sich weder die Stellung der Geschäftsführer der GmbH noch die des Vorstands der AG³⁸⁹ grundsätzlich verändern. Im Rahmen der Ressortverteilung und der Delegation kommt es aber zu einer Konzentration der Kompetenzen bei dem Geschäftsleitungsgremium. Auch die Interessenausrichtung des Geschäftsleiterhandelns bleibt grundsätzlich dieselbe.³⁹⁰ Eine stärkere Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaftsgläubiger lässt sich mit der bisherigen Betrachtung nicht begründen. Jedoch bringt die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft eine Meh-

³⁸⁵ Für die GmbH: vgl. Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 314; für die AG: MüKo AktG/Spindler, § 93 Rn. 154; vgl. Lutter, ZIP 1997, 613, 617; Rozijn, NZG 2001, 494, 496.

³⁸⁶ Für die AG: Linker/Zinger, NZG 2002, 497, 500; vgl. im Rahmen der Due Diligence, Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 93 Rn. 170.

³⁸⁷ Ulmer/Paefgen GmbHG § 43 Rn. 155, 158; vgl. im Rahmen der Due Diligence, Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 310; strenger Rozijn, NZG 2001, 494, 499 f.

³⁸⁸ Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 93 Rn. 169; KK-AktG/Mertens/Cahn, § 93 Rn. 120; MüKo AktG/Spindler, § 93 Rn. 158, 169; Linker/Zinger, NZG 2002, 497, 498 ff.; Rozijn, NZG 2001, 494, 497.

³⁸⁹ Vgl. Schuster, ZGR 2010, 325, 331.

³⁹⁰ Vgl. aber Hölzle, ZIP 2013, 1846, 1850.

rung der Geschäftsleiterpflichten mit sich. So treten von Gesetzes wegen neue Pflichten und Gebote hinzu und die Bedeutung vieler bestehender Pflichten erhöht sich. Der Handlungsspielraum der Geschäftsleiter verdichtet sich sowohl zu Gunsten der Gesellschafter als auch zu Gunsten der Gläubiger. Die Verhaltenspflichten, die dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger gewidmet sind, ermöglichen und zwingen zu einer beschränkten, da auf den konkreten Anwendungsbereich der Norm begrenzten, Wahrung der Gläubigerinteressen bereits in diesem Stadium der Abwärtsentwicklung.

§ 4 Reaktionsmöglichkeiten auf die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage

Aufbauend auf dem Vorherigen werden die Reaktionsmöglichkeiten auf die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage zunächst durch eine Vorstellung der möglichen groben Handlungsoptionen – Sanierung, Abwicklung/Liquidation und reine Fortführung der Geschäfte – beschrieben. Anschließend erfolgt die Darstellung der Entscheidungskompetenzen für das „Ob“ und das „Wie“ der Sanierung sowie die der Durchführung der Sanierung.

A. Grobe Handlungsoptionen

Bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage einer Gesellschaft kommen zwei gegenläufige Handlungsziele in Betracht: die Sanierung und die Abwicklung/Liquidation. Ein häufiges Phänomen stellt außerdem die reine Fortführung der Geschäfte dar.

I. Die Sanierung

Die Existenzbedrohung, der sich die Gesellschaft in einer Krise ausgesetzt sieht, führt nicht zwangsläufig zur Existenzvernichtung.³⁹¹ Die Chance auf eine kritische Wendung hin zum Positiven ist viel-

³⁹¹ MAH GmbH-Recht/*Schluck-Amend* § 23 Rn. 3; vgl. *Beutel/Sistermann*, in: *Lüdicke/Sistermann*, Unternehmenssteuerrecht, § 17 Rn. 3; MAH Insolvenz/*Kreplin* § 1 Rn. 5.

mehr wesensbestimmend für die Krise.³⁹² Der Herbeiführung dieser kritischen Wendung zum Positiven dient die Sanierung. Der Begriff „Sanierung“ umfasst „alle Möglichkeiten unternehmenspolitischer, strategischer, organisatorischer, finanz- und leistungswirtschaftlicher Natur, die einerseits kurzfristig die akute Existenzbedrohung des Unternehmens stoppen, und andererseits die konzeptionelle Grundlage schaffen, das Unternehmen langfristig stabil, wettbewerbsfähig und damit gewinnorientiert auszurichten.“³⁹³ Prägend sind die zwei Bestandteile: kurzfristiger Erhalt und langfristige Fortführung.³⁹⁴ Diese Definition beschreibt „die Sanierung des Unternehmens als solches“³⁹⁵.³⁹⁶ Sie ist abzugrenzen von der Sanierung (auch) des Unternehmensträgers (Restrukturierung bzw. Reorganisation).³⁹⁷ Unter der Sanierung des Unternehmensträgers wird zusätzlich zur Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit des geführten Unternehmens (als zweitem Bestandteil der ersten Definition) auch die Beseitigung der materiellen Insolvenz des Unternehmensträgers verstanden.³⁹⁸ Diese Definition setzt damit die Insolvenz des Unternehmensträgers

³⁹² MAH GmbH-Recht/*Schluck-Amend* § 23 Rn. 3; vgl. *Beutel/Sistermann*, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, § 17 Rn. 3; MAH Insolvenz/*Kreplin* § 1 Rn. 5.

³⁹³ *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 185; vgl. Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Häuser § 85 Rn. 1; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 41; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 159; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 117; Bork, ZIP 2011, 101; vgl. *ders.*, ZIP 2010, 397, 399; *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260; ähnlich MünchHdB GesR III/*Oberle* § 66 Rn. 1; MAH Insolvenz/*Taurus/Janner* § 20 Rn. 1; vgl. *Wegmann*, BB 1988, 801; *Wellensiek*, NZI 2002, 233; ferner *Beutel/Sistermann*, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, § 17 Rn. 5.

³⁹⁴ Vgl. IDW Standard: Anforderungen an Sanierungskonzepte (IDW S 6), Stand: 16.5.2018, IDWLife 2018, 813, 814, 822 Rn. 68; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 117.

³⁹⁵ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 159.

³⁹⁶ *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 414; *ders.*, ZIP 2011, 101; *ders.*, ZIP 2010, 397, 399; diesem folgend, *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 159.

³⁹⁷ *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 414; *ders.*, ZIP 2011, 101; *ders.*, ZIP 2010, 397, 399; diesem folgend, *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 159; vgl. *Wellensiek*, NZI 2002, 233.

³⁹⁸ *Bork*, ZIP 2011, 101; vgl. *Breuer*, Gabler Wirtschaftslexikon: Sanierung, Stand: o.A.; *Bork*, ZIP 2010, 397, 399; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 159; ferner ungenau *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 37.

voraus. Dies ist jedoch nicht zweckdienlich. Auch und gerade vor- und damit außerinsolvenzliche Maßnahmen, die der Erhaltung und Fortführung des Unternehmens dienen, sind unter den Begriff der Sanierung zu fassen. Die in der Literatur vorgefundene Definition der Sanierung des Unternehmensträgers ist daher dahingehend abzuwandeln, dass sie nicht nur die Beseitigung der bereits eingetretenen materiellen Insolvenz, sondern bereits vorgelagert auch die Vermeidung der Insolvenzreife bezweckt. Folglich kann entweder allein das Unternehmen (sog. übertragende Sanierung bzw. sanierende Liquidation bzw. sanierende Übertragung) oder auch der Unternehmensträger (sog. unternehmenserhaltende Sanierung³⁹⁹ bzw. „Sanierung im eigentlichen Sinne“⁴⁰⁰) saniert werden.⁴⁰¹ Bei der Sanierung handelt es sich um eine wirtschaftlich-unternehmerische Tätigkeit.⁴⁰²

II. Die Abwicklung/Liquidation

Die Liquidation soll die Gläubiger der Gesellschaft befriedigen und das noch verbleibende Restvermögen unter den Gesellschaftern aufteilen.⁴⁰³ Das Gesetz verwendet die Begriffe Liquidation und Abwicklung synonym. § 66 I GmbHG spricht von der „Liquidation“ als Folge der Auflösung, während § 264 I AktG die gleiche Phase als „Abwicklung“ bezeichnet. Vereinzelt wird den Begriffen eine unterschiedliche Bedeutung zugesprochen.⁴⁰⁴ Überwiegend werden die beiden Begriffe hingegen wie auch im Gesetz synonym verwendet. Anders als die Sanierung hat die Abwicklung/Liquidation folglich nicht den Erhalt und die Fortführung des Unternehmens zum Ziel, sondern endet in der Beendigung der Gesellschaft. Sie ist als streng formalisiertes Verfahren in den §§ 60 ff. GmbHG/§§ 262 ff. AktG gesetzlich geregelt.⁴⁰⁵ Bei der im Rahmen der Bestimmung des Be-

³⁹⁹ Noack, ZIP 2002, 1873, 1875.

⁴⁰⁰ Bork, ZIP 2011, 101.

⁴⁰¹ Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 413 f.; ders., ZIP 2011, 101; Wellensiek, NZI 2002, 233; ferner MAH Insolvenz/Taurus/Janner § 20 Rn. 4; Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 33, 42; Noack, ZIP 2002, 1873, 1875.

⁴⁰² Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Häuser § 85 Rn. 1.

⁴⁰³ Raiser/Veil, Kapitalgesellschaftsrecht, § 22 Rn. 1.

⁴⁰⁴ Eller in: Eller, Liquidation der GmbH, Rn. 1.

⁴⁰⁵ Vgl. Eller in: Eller, Liquidation der GmbH, Rn. 1.

griffs der Sanierung sub § 4 A. I. angesprochenen übertragenden Sanierung, welche den Verkauf des von der krisengebeutelten Gesellschaft geführten Unternehmens und dessen Überführung auf eine andere Gesellschaft zum Gegenstand hat, handelt es sich um eine Form der Verwertung des ursprünglichen Unternehmensträgers.⁴⁰⁶ Dieser wird abgewickelt/liquidiert.

III. Die reine Fortführung der Geschäfte

Die reine Fortführung der Geschäfte, ohne dass Reaktionsmaßnahmen eingeleitet werden, die entweder auf die Sanierung oder auf die Abwicklung der Gesellschaft gerichtet sind, lässt die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage regelmäßig fortschreiten und führt so zur ungeordneten Existenzvernichtung der Gesellschaft.⁴⁰⁷ Das Risiko der Gesellschaftsgläubiger wird durch diese unübersehbar.⁴⁰⁸ Dennoch ist dieses Verhalten – ob bewusst oder unbewusst – in der Praxis oft vorzufinden.

B. Entscheidungskompetenz

Fraglich ist, welches Organ innerhalb der Gesellschaft die verbindliche Entscheidungskompetenz für die Wahl einer der möglichen *grob*en Handlungsoptionen (sub § 4 A.) sowie deren *genaue* Ausgestaltung innehat und wann überhaupt, aufgrund mindestens einer bestehenden Alternative, von einer Entscheidung gesprochen werden kann.

I. Handlungsmaxime - das „Ob“ der Sanierung

1. Gesellschaftsinterne Zuständigkeit für die Entscheidung über die einzuschlagende Handlungsoption

Die Wahl zwischen der Einleitung einer Sanierung des Unternehmensträgers, dessen Abwicklung und – als Ergebnis der Ablehnung

⁴⁰⁶ Vgl. Michalski-Nerlich, GmbHG, § 60 Rn. 19; Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 34.

⁴⁰⁷ Ferner Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 223.

⁴⁰⁸ Westermann, DZWIR 2006, 485, 488, 490.

sowohl der Sanierung als auch der Abwicklung – der reinen Fortführung der Geschäfte bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage wird im Gesetz und soweit ersichtlich auch in der Rechtsprechung nicht und im Schrifttum nur verkürzt als „Zuständigkeit für die Entscheidung über das „Ob“ der Sanierung“⁴⁰⁹ behandelt. Die Frage ist anhand des gesellschaftsrechtlichen Kompetenzgefüges zu beantworten.

a) Argumente für die Zuständigkeit der Geschäftsleiter

Für die alleinige Zuständigkeit der Geschäftsleiter⁴¹⁰ wird angeführt, dass die Entscheidung über die Sanierung der Gesellschaft im Vergleich zu einer Entscheidung, die sich mit einer Auflösung derselben befasst, qualitativ deutlich weniger weitreichend sei.⁴¹¹ Argumente gegen die Beteiligung der Gesellschafter finden sich auch in der Zeit- und Geldknappheit der in der Krise steckenden Gesellschaft, die mit dem Aufwand der Einberufung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung noch vergrößert werden kann.⁴¹² Aus diesen Gründen wird neben der Zuständigkeit auch eine Pflicht zur Beteiligung der Aktionäre verneint.⁴¹³

b) Argumente für die Zuständigkeit der Gesellschafter

Dafür, dass die Gesellschafterversammlung für die Entscheidung über das „Ob“ der Sanierung zuständig ist,⁴¹⁴ wird die Außergewöhnlichkeit dieser Maßnahme und deren Relevanz für die Existenz

⁴⁰⁹ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 165.

⁴¹⁰ Für die AG: *Casper*, EBLR (2015), 203, 205.

⁴¹¹ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 165

⁴¹² *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 165; vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 74.

⁴¹³ Für die AG: *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 167 f.

⁴¹⁴ *Haas* in: Heintzen/Kruschwitz, Unternehmen in der Krise, S. 73, 87; Gottwald/Haas/ders./Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch § 90 Rn. 24; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 73; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 165 ff.; *Bork*, ZIP 2011, 101, 108; *Kühnberger*, DB 2000, 2077, 2085; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1124; Letztentscheidungsbezugnis, *Haas*, Gutachten E 66. DJT, E 108 f.; *Ströhmman/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 272.

des Unternehmens bzw. den Bestand der GmbH angeführt.⁴¹⁵ Aus der Kompetenz zur Entscheidung über die Auflösung der GmbH könne geschlossen werden, dass allgemein Entscheidungen über den (langfristigen)⁴¹⁶ Fortbestand der Gesellschaft in der Entscheidungsgewalt der Gesellschafter liegen müssten.⁴¹⁷ Der Fortbestand werde gerade durch eine Sanierung (weiterhin) angestrebt.⁴¹⁸ Außerdem stelle eine Entscheidung gegen die Sanierung in einer betriebswirtschaftlichen Krise wohl beinahe ausnahmslos zugleich eine Entscheidung für die Zerschlagung des Unternehmens dar.⁴¹⁹ Die Bindung des Geschäftsführers an den Gesellschaftszweck verwehre dem Geschäftsführer die Möglichkeit, die Einleitung von Sanierungsmaßnahmen abzulehnen.⁴²⁰ Wird die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für die Entscheidung über die Sanierung der GmbH angenommen, wird bei Vorliegen einer Krise⁴²¹ eine Pflicht des Geschäftsführers zur Einberufung der Gesellschafterversammlung angenommen, um eine Entscheidung über die Sanierung zu bewirken.⁴²²

⁴¹⁵ Gottwald//Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch § 90 Rn. 24; Haas, Gutachten 66. DJT, E 109; Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 73; Strömann/Längsfeld, NZI 2013, 271, 272; Bork, ZIP 2011, 101, 108; ferner Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG § 49 Rn. 1.

⁴¹⁶ Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 50; vgl. Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 165.

⁴¹⁷ Vgl. Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 50; Westermann, DZWIR 2006, 485, 489.

⁴¹⁸ Vgl. Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 50.

⁴¹⁹ Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 73, 220.

⁴²⁰ Bork, ZIP 2011, 101, 108; ferner Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 37.

⁴²¹ Veil, ZGR 2006, 374, 381 f.; vgl. Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 74; Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 166; Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 50.

⁴²² Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 166; vgl. Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch § 90 Rn. 39 f.; auf § 49 II GmbHG abstellend, Haas, Gutachten 66. DJT, E 109; Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 74; Veil, ZGR 2006, 374, 382; Westermann, DZWIR 2006, 485, 488 f.; diese Pflicht auf § 49 II Alt. 2 GmbHG stützend, Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 50.

c) Stellungnahme

Die Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung ist zuständig, wenn eine ihrer geschriebenen oder ungeschriebenen Kompetenzen greift. Den geschriebenen Kompetenzen gehört die Entscheidung über die Auflösung der Gesellschaft gemäß § 60 I Nr. 1, 2, II GmbHG/§§ 262 I Nr. 1, 2, 119 I Nr. 8 AktG an. Das gesellschaftsinterne Kompetenzgefüge weist der Gesellschafterversammlung außerdem die Thematiken zu, die über einen außergewöhnlichen Charakter oder besondere ökonomische Relevanz verfügen,⁴²³ und der Hauptversammlung die Themen, die mit einem Mediatisierungseffekt und einer quasi-satzungsändernden Qualität die Anforderungen der Holz Müller-Gelatine-Rechtsprechung⁴²⁴ erfüllen. Der Entscheidung für die Sanierung ist ein außergewöhnlicher Charakter sowie besondere ökonomische Relevanz zuzusprechen, sodass die Schwelle für die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung überschritten ist. Die isolierte Entscheidung über das „Ob“ der Sanierung, als schlichter Ausspruch für eine Sanierung, verfügt nicht über einen Mediatisierungseffekt und eine quasi-satzungsändernde Qualität. Die Zuständigkeit der Hauptversammlung kann hiermit nicht begründet werden. Dennoch ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung über das Entstehen der GmbH/AG bei der Gründung von den Gesellschaftern getroffen wird. Nach der Gründung ist die Entscheidung über die Auflösung und damit einhergehend auch die Entscheidung über den Fortbestand der Gesellschaft den Gesellschaftern/Aktionären zugewiesen. Eine Entscheidung gegen die Sanierung und für die Abwicklung können weder Geschäftsführer noch Vorstand treffen. Die Gesellschafter von GmbH und AG sind die wirtschaftlichen Eigentümer der jeweiligen Gesellschaft.⁴²⁵ Ihnen obliegt die Entscheidung über den Fortbestand der Gesellschaft. Die Wahl zu Gunsten des langfristigen Fortbestehens der Gesellschaft haben sie aber schon bei der jeweiligen Gründung derselben getroffen. Die Gesellschafter können stets über die Auflösung der Gesell-

⁴²³ Vgl. Fn. 54.

⁴²⁴ BGH, Urt. v. 25.2.1982 - II ZR 174/80 = BGHZ, 83, 122 ff. = NJW 1982, 1703 ff. (Holz Müller); ders., Urt. v. 26.4.2004 - II ZR 155/02 = BGHZ 159, 30 ff. = NJW 2004, 1860 ff. (Gelatine); ders., Urt. v. 26.4.2004 - II ZR 154/02 = ZIP 2004, 1001 ff. (Gelatine II).

⁴²⁵ Vgl. Fn. 61.

schaft entscheiden, vgl. § 60 I Nr. 2 GmbHG/§§ 262 I Nr. 2, 119 I Nr. 8 AktG. Tun sie dies nicht, soll die Gesellschaft fortgeführt werden. Diese Grundentscheidung für den Fortbestand der Gesellschaft, die nicht bei jedem Krisenbeginn oder auch bei jedem Tagesanbruch neu getroffen werden muss, ist vom Geschäftsleiter zu respektieren und auszuführen. Im Falle der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage ist dieser Entscheidung für das langfristige Fortbestehen der Gesellschaft die Entscheidung für eine Sanierung⁴²⁶ zu entnehmen. Den Gesellschaftern muss folglich keine Möglichkeit zur Entscheidung über eine Sanierung gewährt werden, sondern eine Möglichkeit, diese Grundentscheidung zu korrigieren⁴²⁷ und folglich über die Auflösung der Gesellschaft zu entscheiden. Dieses Recht wird ausreichend durch die gesetzlichen Informations- und Mitwirkungsrechte gesichert. So lassen sich insbesondere gravierende Sanierungsmaßnahmen ohnehin nur unter Beteiligung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung realisieren.⁴²⁸ Diese Informations- und Mitwirkungsrechte ermöglichen es den Gesellschaftern faktisch auch, sich für die reine Fortführung der Gesellschaft zu entscheiden. Eine Pflicht, eine Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung einzuberufen, die sich allein mit der Klärung der Frage des „Obs“ der Sanierung befassen würde, trüge keinen Mehrwert in sich. Eine zusätzliche Pflicht zur Einberufung ist nicht erforderlich und abzulehnen. Obwohl den Gesellschaftern die Wahl zwischen den drei Handlungsoptionen – Sanierung, Abwicklung und reine Fortführung der Gesellschaft – zuzuordnen ist, ist die Reaktion in Form der Sanierung zu Beginn der Krise allein den Geschäftsleitern zugewiesen.

2. Sanierungsverantwortlichkeit der Geschäftsleiter

Aus der Pflicht der Geschäftsführer und des Vorstands, die langfristige Ertragskraft des von der Gesellschaft geführten Unternehmens

⁴²⁶ Siehe ferner *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 213, nach welchem der Sanierungswille der Gesellschafter bei Aufstellung einer Fortführungsprognose bei bilanzieller Überschuldung „zunächst vorauszusetzen“ sei.

⁴²⁷ Vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 165 f.

⁴²⁸ Für die GmbH: *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 166.

sicherzustellen, folgt eine *Sanierungsverantwortlichkeit*.⁴²⁹ Diese Sanierungsverantwortlichkeit ist aus § 43 I GmbHG⁴³⁰/§ 93 I 1 AktG⁴³¹ herzuleiten, stellt eine Manifestation der (allgemeinen) Unternehmensleitungspflicht dar⁴³² und be-

⁴²⁹ Vgl. § 3 F. I. 4.; Karsten Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 18 Rn. 5; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 160 ff.; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 420; *Frege*, NZI 2006, 545, 546; *Kuss*, WPg 2009, 326, 328; *Richter/Pluta*, BB 2012, 1591, 1592; *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009; für die GmbH: *Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz*, Insolvenzrechts-Handbuch § 90 Rn. 39; *Pelz*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 31 Rn. 32; *Steffan* in *Oppenländer/Trörlitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 37 Rn. 128; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 66, 74 f.; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 116, 126, 170 f.; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 39, 42; *Bellen/Stehl*, BB 2010, 2579, 2580; *Bork*, ZIP 2011, 101, 106 f.; *Ehlers*, ZInsO 2005, 169, 172; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121 f.; *Lutter/Hommelhoff/Timm*, BB 1980, 737, 739; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 376; *Ströhmänn/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 272; *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 820, *ders.*, GmbHR 1999, 313, 316; *Veil*, ZGR 2006, 374, 378; an die drohende Zahlungsunfähigkeit anknüpfend, *Wälzholz* in: Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, 174. Lieferung 10.2020, Rn. 4150; für die AG: *Schuster*, ZGR 2010, 325, 331; ferner *Reuter*, BB 2003, 1797, 1798; eine Pflicht, Sanierungsmaßnahmen (sachgemäß) zu ergreifen, für nicht begründbar haltend, *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 489; zum Zeitpunkt: vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 161; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 116, 126; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 210 f.; *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1599; *Bork*, ZIP 2011, 101, 107; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121 f.; *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260, 261; *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 487; anders *Uhlenbruck/Hirte* § 15a InsO Rn. 16; später ansetzend, vgl. *Steffan* in *Oppenländer/Trörlitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 37 Rn. 128; *Kossen*, DB 1988, 1785, 1786; *Kuss*, WPg 2009, 326, 328; *Reuter*, BB 2003, 1797, 1798; *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 820; *Veil*, ZGR 2006, 374, 378; betriebswirtschaftliche Krise, *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 66, 75; *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 389; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 376; *Ströhmänn/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 272; *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 313, 316; *ders.*, BB 1998, 2009; so auch *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 37; sehr spät ansetzend, *Ehlers*, ZInsO 2005, 169, 172.

⁴³⁰ *Haas*, Gutachten 66. DJT, E 114; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 116; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 37; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 211; *Bellen/Stehl*, BB 2010, 2579, 2580; *Frege*, NZI 2006, 545, 546; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 376; *Ströhmänn/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 272; so auch *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 74 f.; ferner *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 160; *Bork*, ZIP 2011, 101, 106; *Veil*, ZGR 2006, 374, 379.

⁴³¹ *Frege*, NZI 2006, 545, 546, der zusätzlich § 91 II AktG anführt.

⁴³² Für die GmbH: *Steffan* in *Oppenländer/Trörlitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 37 Rn. 129; ferner *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 75.

steht als solche allein gegenüber der Gesellschaft.⁴³³ Die Gesellschaftsgläubiger werden lediglich mittelbar geschützt.⁴³⁴ Auch wenn die Abwicklung/Liquidation und die Sanierung grundsätzlich als gleichrangige Handlungsziele anzusehen sind,⁴³⁵ sind die Geschäftsleiter der Sanierung der Gesellschaft verschrieben. Die Sanierung stellt folglich die tatsächliche Handlungsmaxime der Geschäftsleiter dar.

a) Inhalt der Sanierungsverantwortlichkeit: die Sanierungsbemühenspflicht

Fraglich ist, welchen Inhalt die Sanierungsverantwortlichkeit hat. Die hier vertretene Ablehnung der Pflicht, die Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung allein deshalb einzuberufen, um über die Wahl der einzuschlagenden Handlungsoption zu entscheiden, macht Beschränkungen der Sanierungsverantwortlichkeit der Geschäftsleiter auf die Aufrechterhaltung der Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft bis zur Entscheidung der Gesellschafter (deren Entscheidung nicht vorweggenommen werden soll)⁴³⁶ obsolet. Die inhaltlichen Beschränkungen der Sanierungsverantwortlichkeit auf die Vornahme von „lebensnotwendigen“ Sanierungsmaßnahmen (sog. Sofortmaßnahmen)⁴³⁷ und auf die Ermöglichung der Entscheidung der Gesellschafter über die Sanierung⁴³⁸ fußen auf der Annahme einer mit der Zuständigkeit der Gesellschafter für die Entscheidung

⁴³³ Kuss, WPg 2009, 326, 328; für die GmbH: *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 126; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 66; ferner *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 376.

⁴³⁴ Für die GmbH: vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 66.

⁴³⁵ Vgl. § 4 B. I. 1.; für die Gleichrangigkeit von Liquidation, übertragender Sanierung und Sanierung des Unternehmensträgers in der InsO: *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009; aber MAH Insolvenz/*Kreplin* § 1 Rn. 3.

⁴³⁶ Für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 75; vgl. *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 42; nicht ausdrücklich, *Bork*, ZIP 2011, 101, 108.

⁴³⁷ Für die GmbH: sog. eingeschränkte Sanierungspflicht, *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 66, 74 ff., dieser folgend, unpräzise *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 39, 42; vgl. *Bork*, ZIP 2011, 101, 107 f.; *Ströhmman/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 272.

⁴³⁸ Für die GmbH: *Haas*, Gutachten 66. DJT, E 114; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 74 f.; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 37 ff.; ferner *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 210 f., 222 ff.

der einzuschlagenden Handlungsoption verbundenen Einberufungspflicht. Die Geschäftsleiter sind für die Prüfung, Planung und Umsetzung der Sanierung zuständig.⁴³⁹ Geschäftsführer und Vorstand sind *unverzüglich* und *unmittelbar* zur Vornahme von Sanierungsbemühungen verpflichtet. Sie müssen die der Krisenbewältigung dienenden Maßnahmen, welche in ihrer Zuständigkeit liegen, vornehmen. Bedürfen Maßnahmen gesellschaftsintern der Mitwirkung der Gesellschafter, sind ihnen Vorschläge zu unterbreiten.⁴⁴⁰

Der bereits etablierte Begriff der „Sanierungspflicht“ verkürzt diese Problematik. Er erweckt den Eindruck, der Geschäftsleiter sei zur Herbeiführung der Sanierung und damit zur Herbeiführung eines Erfolgs verpflichtet. Der Geschäftsleiter schuldet aber nur das Bemühen um eine von Erfolg gekrönte Sanierung.⁴⁴¹ Vorzuziehen ist daher die Bezeichnung „Sanierungsbemühenspflicht“.

Die Sanierungsbemühenspflicht setzt ein, wenn Krisensignale bei pflichtgemäßer Überwachung der wirtschaftlichen Lage durch den Geschäftsleiter erkennbar sind.⁴⁴² Solche Signale können sich leistungswirtschaftlich beispielsweise äußern in Form eines sinkenden Marktanteils, eines rückläufigen Auftragseingangs sowie durch Unzufriedenheit des Personals und finanzwirtschaftlich als sinkender Umsatz sowie sinkende Rentabilität, in Form eines sich steigernden Verschuldungsgrads, eines abnehmenden Cashflows oder sinkender Liquidität.⁴⁴³

Der Sanierungsbemühenspflicht kommen die Geschäftsleiter nur mit Bemühungen um die Sanierung des Unternehmensträgers nach.⁴⁴⁴ Die Vorbereitung und Einleitung einer übertragenden Sanierung wird der Pflichtenstellung der Geschäftsleiter gegenüber der GmbH/AG nicht gerecht.⁴⁴⁵ Die Geschäftsleiter sind im Stadium der

⁴³⁹ Für die GmbH: *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 140.

⁴⁴⁰ Für die GmbH: vgl. *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 140; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHHR 2011, 1121, 1122.

⁴⁴¹ Vgl. so auch *Richter/Pluta*, BB 2012, 1591, 1592.

⁴⁴² *Bork*, ZIP 2011, 101, 107; vgl. *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260, 261, *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 487.

⁴⁴³ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 67.

⁴⁴⁴ Vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 160; für die GmbH: *Bork*, ZIP 2011, 101; a.A. *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 391.

⁴⁴⁵ Vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 160; für die GmbH: *Bork*, ZIP 2011, 101.

Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage nicht zu einer Entscheidung für oder gegen eine Sanierung befugt, sondern ab Erkennbarkeit von Krisensignalen unverzüglich und unmittelbar zur Vornahme von Bemühungen um die Sanierung der Gesellschaft verpflichtet.⁴⁴⁶ Verletzt der Geschäftsleiter seine Sanierungsbemühungspflicht, droht ihm eine Haftung aus § 43 II GmbHG/§ 93 II AktG.⁴⁴⁷

b) Auswirkungen einer aktuellen Entscheidung der Gesellschafter über die einzuschlagende Handlungsoption

Fraglich ist, welche Auswirkungen es hat, wenn die Gesellschafter eine Wahl zwischen den drei Handlungsoptionen – Sanierung, Abwicklung und reine Fortführung der Geschäfte – treffen. Sprechen sie sich für eine Sanierung aus,⁴⁴⁸ führt der Geschäftsleiter seine bisherigen Bemühungen fort, im besten Fall bereits unmittelbar mit Unterstützung der Gesellschafter in Form von gravierenden, nur mit deren Hilfe umsetzbaren Sanierungsmaßnahmen.

Entscheiden sich die Gesellschafter für die Auflösung der Gesellschaft,⁴⁴⁹ müssen die Geschäftsleiter die bisherigen Sanierungsbe-

⁴⁴⁶ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt.

⁴⁴⁷ Für die GmbH: *Steffan* in Oppenländer/Trörlitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 37 Rn. 129; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1122.

⁴⁴⁸ Gegen eine Sanierungspflicht der Gesellschafter, *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43 Rn. 36; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 214, 217 f.; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 166, 168; vgl. BGH, Urt. v. 12.2.1996 - II ZR 279/94 = NJW 1996, 1283; vgl. ders., Urt. v. 20.3.1995 - II ZR 205/94 = BGHZ 129, 136, 151 = NJW 1995, 1739, 1743 (Girmes); *Haas* in: Heintzen/Kruschwitz, Unternehmen in der Krise, S. 73, 87; *Gottwald/Haas/ders./Kolmann/Kurz*, Insolvenzrechts-Handbuch § 90 Rn. 26; *Haas*, Gutachten 66. DJT, E 115; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 223; *Kefler*, GmbHR 2005, 257, 262; *Schuster*, ZGR 2010, 325, 332; ferner *Madaus*, NZI 2011, 622, 624; *Veil*, ZGR 2006, 374, 375, 381; für eine Pflicht des einzelnen Gesellschafters zur Beteiligung an einer Sanierung, *Seibt*, ZIP 2014, 1909, 1911; vgl. BGH, Urt. v. 20.3.1995 - II ZR 205/94 = BGHZ 129, 136, 152 f. = NJW 1995, 1739, 1743 (Girmes); weitergehend, *Schuster*, ZGR 2010, 325, 335; eine allgemeine Sanierungspflicht der Gesellschafter gegenüber ihrer Gesellschaft annehmend, für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 221 ff., 227.

⁴⁴⁹ Für Liquidationspflichten, vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 135; für die GmbH: *Michalski-Lieder*, GmbHG, § 13 Rn. 186; *Lutter/Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 14 Rn. 20; *Maus* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 2. Aufl. 1999, Rn. 236; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz* GmbHG § 13 Rn. 68; *Drenckhan*, Gläubigerschutz

mühungen einstellen und grundsätzlich als Liquidatoren nach § 66 I GmbHG/§ 265 I AktG die Abwicklung der Gesellschaft betreiben. Wählen die Gesellschafter eine übertragende Sanierung, muss der Geschäftsleiter diese umsetzen. Wird die Auflösung beschlossen, werden die Geschäftsleiter von ihrer Sanierungsbemühungspflicht (im eigentlichen Sinne) entbunden.⁴⁵⁰

Eine Entscheidung der Gesellschafter für die reine Fortführung der Gesellschaft als Entscheidung gegen die Vornahme von Sanierungsbemühungen oder die Durchführung einer Auflösung wird für zulässig⁴⁵¹, aber auch für unzulässig⁴⁵² gehalten. Fraglich ist, ob und, wenn ja, welche Handlungsmöglichkeiten und -pflichten dem Geschäftsleiter in dieser Situation verbleiben. Wird die Wirkungslosigkeit dieses Beschlusses angenommen, bleiben die Geschäftsleiter zur Sanierung verpflichtet. Die Sanierungsbemühungspflicht endet erst, wenn der Sanierung außerhalb und innerhalb des Insolvenzverfahrens jegliche Erfolgsaussichten abgesprochen werden müssen,⁴⁵³ oder im Falle eines Auflösungsbeschlusses der Gesellschafter.⁴⁵⁴ Bei Weiterführung der Sanierung allein durch die Geschäftsleiter wird das Ausbleiben von notwendigen, nur durch die Gesellschafterver-

in der Krise der GmbH, S. 223 ff.; *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260, 261; a.A. *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43 Rn. 36; *Eichele*, Kapitalerhaltungsgrundsatz, Finanzierungsverantwortung, Eigenkapitalersatzrecht, S. 56, 58; Pflicht zur Entscheidung, *Priester*, ZGR 1993, 512, 526; vgl. Roth/Altmeyen/*Altmeyen*, GmbHG, § 13 Rn. 148 f.

⁴⁵⁰ Für die GmbH: vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 166.

⁴⁵¹ Vgl. *Schuster*, ZGR 2010, 325, 335; gegen eine Pflicht der einberufenen Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung über Reaktionsmaßnahmen zu beraten sowie zu beschließen, *Haas*, Gutachten 66. DJT, E 114; zu § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG, für die GmbH: *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 49 Rn. 14; *Haas*, Gutachten 66. DJT, E 110; *Veil*, ZGR 2006, 374, 375, 381; ferner *Haas* in: Heintzen/Kruschwitz, Unternehmen in der Krise, S. 73, 87; einige ausländische Rechtsordnungen verfügen hingegen über sog. mittelbare Entscheidungspflichten, vgl. *Haas*, Gutachten 66. DJT, E 110; *Kalss/Adensamer/Oelkers*, in: Lutter, Kapital der AG in Europa, S. 134, 142 ff.; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 26 f.

⁴⁵² Für eine Pflicht zur Reaktion, für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 217; 220 f., 227; a.A. *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 489 ff.

⁴⁵³ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 161; für die GmbH: vgl. *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 117; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 376.

⁴⁵⁴ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 161; für die AG: *Schuster*, ZGR 2010, 325, 331.

sammlung/Hauptversammlung vornehmbaren Sanierungsmaßnahmen in der Regel zur Insolvenz der Gesellschaft führen. Wird der Beschluss, mit dem die Sanierung abgelehnt wird, für wirksam, allgemein das Unterlassen einer Reaktion für zulässig erachtet,⁴⁵⁵ sind die Geschäftsleiter zur Fortführung des Unternehmens verpflichtet, bis die materielle Insolvenz eintritt.⁴⁵⁶ Bei (wirksamer) Ablehnung einer Sanierung durch die Gesellschafter wird sich teilweise⁴⁵⁷ für ein Ende der Sanierungsbemühenspflicht der Geschäftsleiter ausgesprochen. Diese Aussage ist zu ungenau. Treten die Gesellschafter zusammen und entscheiden sich ausdrücklich oder mangels Entscheidung für eine Sanierung oder für eine Auflösung konkludent für die bloße Fortführung der Geschäfte, ist eine Auslegung vorzunehmen. Es ist zu bestimmen, ob die Gesellschafter sich selbst nicht an der Sanierung beteiligen wollen, eine Sanierung lediglich mit den Mitteln der Geschäftsleiter aber durchaus befürworten, oder ob eine Sanierung vollständig unterbleiben soll. Nur im letzten Fall kann von einer Entscheidung für die reine Fortführung der Geschäfte gesprochen werden. Verneinen die Gesellschafter lediglich ihre Beteiligung an der Sanierung, müssen die Geschäftsleiter ihrer fortbestehenden Sanierungsbemühenspflicht wie im eben geschilderten Fall der Unwirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses weiterhin nachkommen.⁴⁵⁸ Sie müssen Maßnahmen, die in ihrem Zuständigkeitsbereich liegen, vornehmen, bis aufgrund des Ausbleibens notwendiger gravierender Sanierungsmaßnahmen die Insolvenz eintritt.⁴⁵⁹ Das Einstellen der Sanierungsbemühungen des Geschäftsleiters als Folge der vollständigen Ablehnung der Sanierung durch die Gesellschafter gibt die Gesellschaft dem weiteren Verfall preis und

⁴⁵⁵ Für die GmbH: vgl. *Haas* in: Heintzen/Kruschwitz, Unternehmen in der Krise, S. 73, 87; *ders.*, Gutachten 66. DJT, E 115; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 161, 167; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 223; *Schuster*, ZGR 2010, 325, 335; *Veil*, ZGR 2006, 374, 375; *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 489.

⁴⁵⁶ Für die GmbH: *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 39; *Veil*, ZGR 2006, 374, 375; ferner *Haas* in: Heintzen/Kruschwitz, Unternehmen in der Krise, S. 73, 87.

⁴⁵⁷ Für die GmbH: *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 161.

⁴⁵⁸ Für die GmbH: vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 167; *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 489.

⁴⁵⁹ Für die GmbH: vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 167; *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 489.

wird fast ausnahmslos zum Eintritt von Insolvenzgründen führen. Lehnen die Gesellschafter die Vornahme von Sanierungsmaßnahmen ab, kann die Fortführungsprognose des § 19 II InsO in der Regel nicht mehr bejaht werden und wird damit häufig der zwingende Insolvenzantragsgrund der Überschuldung vorliegen.⁴⁶⁰

Die Annahme, im Zweifel verstieße die Vornahme von Sanierungsmaßnahmen durch den Geschäftsleiter gegen den Willen der Gesellschafter, wenn sich diese weder positiv noch negativ geäußert haben,⁴⁶¹ ist abzulehnen. Die Wahl zu Gunsten des langfristigen Fortbestehens der Gesellschaft haben die Gesellschafter schon bei der jeweiligen Gründung derselben getroffen. Im Falle der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage ist dieser Grundentscheidung für das langfristige Fortbestehen der Gesellschaft die Entscheidung für eine Sanierung zu entnehmen. Dem aktuellen Schweigen kann als rechtliches *nullum* grundsätzlich keine Aussage entnommen werden.⁴⁶² Es ist als neutral zu verstehen und ändert nichts an dem bereits vorhandenen Sanierungswillen. Für die Gesellschafter stellt die Sanierung des Unternehmensträgers, anders als für den Geschäftsleiter, nicht die Handlungsmaxime dar.

c) Auswirkungen der Aussichtslosigkeit der Sanierung

Drängt sich dem Geschäftsleiter die Aussichtslosigkeit eines Sanierungsversuchs⁴⁶³ – besser: der Sanierung insgesamt – auf, muss dies ihn daran hindern, einfach genauso weiterzumachen.⁴⁶⁴ In diesem Fall wird die Gesellschaft häufig (insbesondere aufgrund einer Überschuldung) bereits insolvenzreif sein.⁴⁶⁵ Ist die Sanierung aussichtslos und die Gesellschaft materiell insolvent, ist der Geschäftsleiter dazu verpflichtet, sofort einen Insolvenzantrag zu stellen.⁴⁶⁶ Hinsichtlich des abweichenden Falls, in welchem noch kein zwingender

⁴⁶⁰ Für die GmbH: vgl. *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 226 f.

⁴⁶¹ Für die GmbH: *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 226.

⁴⁶² Statt vieler BeckOK-BGB/*Wendtland*, § 133 Rn. 10.

⁴⁶³ Für die GmbH: *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 489.

⁴⁶⁴ Für die GmbH: *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 489.

⁴⁶⁵ Für die GmbH: *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 489.

⁴⁶⁶ Für die GmbH: Vgl. *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 489.

Insolvenzgrund eingetreten ist, stellt sich die Frage, wie sich der Geschäftsleiter in dem Zeitraum zwischen Eintritt der Aussichtslosigkeit der Sanierung, mit welchem das Ende seiner Sanierungsbemühenspflicht einhergeht, und der materiellen Insolvenz zu verhalten hat. Die Geschäftsleiter müssen den Geschäftsbetrieb zunächst aufrechterhalten und die Gesellschafter zur Erwirkung einer Liquidation anrufen.⁴⁶⁷ Wenn die Gesellschafter trotz Information über die Aussichtslosigkeit und Anraten der Vornahme einer Liquidation weiterhin nicht reagieren, ist der Eintritt der materiellen Insolvenz nur noch eine Frage der Zeit. Die Gesellschaft wurde von ihren Gesellschaftern aufgegeben. Liegt bereits eine handelsrechtliche Überschuldung vor, sind ihre Anteile schon wirtschaftlich wertlos.⁴⁶⁸ Ihnen kann kein berechtigtes Interesse mehr an „ihrer“ GmbH/AG zugesprochen werden.⁴⁶⁹ Eine weitere Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage trifft nur noch die Gläubiger.⁴⁷⁰ Allein Stakeholder haben noch ein schützenswertes Interesse an der Gesellschaft. Hinsichtlich existenzvernichtender Eingriffe der Gesellschafter hat der BGH⁴⁷¹ entschieden, dass der Schutz der Gesellschaftsgläubiger Vorrang genießt, „wenn und soweit dies erforderlich ist, um das zur Befriedigung der (auch künftigen) Gläubiger nötige Vermögen der Gesellschaft zu schützen.“⁴⁷² Das bloße Unterlassen der Reaktion kann jedoch nicht als existenzvernichtender Eingriff gewertet werden. Aus den angeführten Gründen muss für den Fall, dass sich diese Ausnahmesituation realisiert, eine Pflicht der Geschäftsleiter angenommen werden, zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger die Masse zu sichern. Ist die Sanierung inner- und außerhalb des Insolvenzverfahrens aussichtslos, ein zwingender Insolvenzantragsgrund ausnahmsweise noch nicht eingetreten und bleibt eine Reaktion der Gesellschafter aus, strahlt die insolvenzrechtliche Leitungsmaxime des § 1 S. 1 InsO –

⁴⁶⁷ Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 169; für die GmbH: Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 77 ff.

⁴⁶⁸ Für die GmbH: Meyer-Löwy/Pickerill, GmbHR 2013, 1065, 1072; für GmbH und AG: aber Häsemeyer in FS Schilken, 693, 701.

⁴⁶⁹ Für die GmbH: vgl. Westermann, DZWIR 2006, 485, 489.

⁴⁷⁰ Für die GmbH: vgl. Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 77.

⁴⁷¹ Zur Existenzvernichtungshaftung, BGH, Urt. v. 16.7.2007 - II ZR 3/04 = BGHZ 173, 246, 253 Rz. 19 = NJW 2007, 2689, 2690 Rz. 19 (Trihotel).

⁴⁷² Hölzle, ZIP 2013, 1846, 1848.

die Interessen der Gesellschaftsgläubiger – bereits in den vorinsolvenzlichen Bereich aus.

II. Das „Wie“ der Sanierung

Auch die Entscheidungskompetenz für die inhaltliche Ausgestaltung der Sanierung, das „Wie“, richtet sich allein nach dem gesellschaftsrechtlichen Kompetenzgefüge. Zunächst ist klarzustellen, was unter der Entscheidung über das „Wie“ der Sanierung zu verstehen ist. Hierunter ist einerseits die Entscheidung zu fassen, mit welcher die *weitere Vorgehensweise grob* bestimmt wird. Andererseits sind hierunter die Entscheidungen über *jede einzelne vorzunehmende Sanierungsmaßnahme* zu verstehen.

1. Grobe Bestimmung der weiteren Vorgehensweise: das Sanierungskonzept

Der groben Bestimmung der weiteren Vorgehensweise dient ein Sanierungskonzept. Dieses „vermittelt ein umfassendes Bild der aktuellen Unternehmenssituation, zeichnet ein Leitbild des zukünftigen Unternehmens und beschreibt den Weg zur Erreichung dieses Leitbildes.“⁴⁷³ Es koordiniert die einzelnen Sanierungsmaßnahmen⁴⁷⁴ und zeigt häufig verschiedene mögliche Handlungsvarianten auf⁴⁷⁵. Bei der Erarbeitung bietet sich eine Orientierung an dem vom IDW S 6⁴⁷⁶ geschaffenen Rahmen für die Erarbeitung von Sanierungskonzepten an.

⁴⁷³ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 67, 71; vgl. IDW Standard: Anforderungen an Sanierungskonzepte (IDW S 6), Stand: 16.5.2018, IDWLife 2018, 813, 814, 819 ff. Rn. 5, 44 ff.; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 44 f.; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 163 f.; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 148 ff.; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 38; *Frege*, NZI 2006, 545, 546; *Friedrich/Flintrop*, DB 2003, 223, 224 ff.; *Kuss*, WPg 2009, 326, 328; ferner MAH Insolvenz/Kreplin § 1 Rn. 6.

⁴⁷⁴ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 70 f.

⁴⁷⁵ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 171.

⁴⁷⁶ IDW Standard: Anforderungen an Sanierungskonzepte (IDW S 6), Stand: 16.5.2018, IDWLife 2018, 813 ff. Rn. 1 ff.

Es wird von den Geschäftsleitern erarbeitet.⁴⁷⁷ Fraglich ist, inwieweit die anderen Organe zu beteiligen sind. Unter die wertungsmäßige Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung fallen „Geschäfte, die einen nachhaltigen Einfluss auf die Interessen des Unternehmens und der Gesellschafter haben.“⁴⁷⁸ Als Beispiele werden Neuausrichtungen der betriebenen Geschäftspolitik, Geschäfte, denen wegen der finanziellen Situation eine Existenzgefährdung immanent ist, und die Übertragung respektive Veräußerung wesentlicher Vermögenswerte⁴⁷⁹ aufgeführt. Sanierungskonzepte beinhalten typischerweise solche Geschäfte. Das Sanierungskonzept selbst enthält die Planung der Sanierung des Unternehmens bzw. der Gesellschaft. Es enthält „alle Möglichkeiten unternehmenspolitischer, strategischer, organisatorischer, finanz- und leistungswirtschaftlicher Natur“⁴⁸⁰, die zur Sanierung durchgeführt werden sollen. Die Auswahl der umzusetzenden Sanierungsmaßnahmen ist eine Grundsatzentscheidung mit mittelbarer Auswirkung auf den Fortbestand des Unternehmens und ein Teil der Unternehmensstrategie.⁴⁸¹ Bei dem Sanierungskonzept handelt es sich um eine außergewöhnliche Maßnahme, die gleichzeitig über erhebliche ökonomische Relevanz⁴⁸² verfügt. Sie ist als solche Teil der Kompetenz der Gesellschafterversammlung.⁴⁸³ Das Sanierungskonzept begründet daher eine Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung gemäß § 49 II Hs. 2 GmbHG und eine außerordentliche Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat. Die Pflicht, die Gesellschafterversammlung wegen des Sanierungskonzepts einzuberufen, schränkt den Umfang der Sanierungsbemühenspflicht der GmbH-Geschäftsführer ein.

⁴⁷⁷ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 164, 172; für die GmbH: *Götker*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 389; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 215; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 38; vgl. *Bork*, ZIP 2011, 101, 107; für die AG: *Reuter*, BB 2003, 1797, 1798.

⁴⁷⁸ MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 51; vgl. *Michalski-Römermann*, GmbH, § 49 Rn. 91; *Scholz GmbHG/Seibt*, § 49 Rn. 22.

⁴⁷⁹ Vgl. Fn. 58.

⁴⁸⁰ Vgl. Fn. 393.

⁴⁸¹ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 171 f.; vgl. *Hölzle*, ZIP 2013, 1846, 1851.

⁴⁸² Vgl. Fn. 54.

⁴⁸³ A.A. *Veil*, ZGR 2006, 374, 382; für die Information der Gesellschafter, *Bork*, ZIP 2011, 101, 108.

Das Sanierungskonzept erfüllt die Anforderungen der Holzmüller-Gelatine-Rechtsprechung⁴⁸⁴ nicht. Es kann eine ungeschriebene Kompetenz der Hauptversammlung der AG somit nicht begründen.⁴⁸⁵ Im Einzelfall ist denkbar, dass das Wohl der Gesellschaft die Befassung der Aktionäre mit dem Sanierungskonzept erfordern kann. Eine Einberufungspflicht wird sich dann aus § 121 I Var. 3 AktG ergeben. Eine Einberufungs- und Informationspflicht gegenüber den Aktionären ist folglich regelmäßig zu verneinen. § 90 I 3 AktG verpflichtet den Vorstand zur Informierung des Aufsichtsratsvorsitzenden, da das Sanierungskonzept einen Umstand darstellt, der über das Potential zur Herbeiführung von massiven Veränderungen (zum Positiven) verfügt und folglich als wichtiger Anlass im Sinne der Norm einzuordnen ist.⁴⁸⁶

2. Einzelne vorzunehmende Sanierungsmaßnahmen

Hinsichtlich der konkret geplanten Sanierungsmaßnahmen muss für jede Entscheidung für bzw. gegen eine einzelne Sanierungsmaßnahme entschieden werden, ob sie in den Kompetenzbereich der Geschäftsleiter ggf. unter Mitwirkung des Aufsichtsrats oder in den der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung fällt.⁴⁸⁷ Grundlegende Sanierungsmaßnahmen sind in der GmbH in aller Regel außergewöhnliche Geschäfte, über die die Gesellschafter zu entscheiden haben.⁴⁸⁸ Beispielhaft können umfangreiche leistungswirtschaftliche Maßnahmen angeführt werden, wie ein immenser Personalabbau, Produktionsverlagerungen oder die grundlegende Neuausrichtung der bisherigen Produktpalette sowie großvolumige oder bislang nicht genutzte finanzwirtschaftliche Maßnahmen (etwa die Aufnah-

⁴⁸⁴ BGH, Urt. v. 25.2.1982 - II ZR 174/80 = BGHZ, 83, 122 ff. = NJW 1982, 1703 ff. (Holzmüller); ders., Urt. v. 26.4.2004 - II ZR 155/02 = BGHZ 159, 30 ff. = NJW 2004, 1860 ff. (Gelatine); ders., Urt. v. 26.4.2004 - II ZR 154/02 = ZIP 2004, 1001 ff. (Gelatine II).

⁴⁸⁵ Reuter, BB 2003, 1797, 1798; vgl. BGH, Urt. v. 20.3.1995 - II ZR 205/94 = BGHZ 129, 136 ff. = NJW 1995, 1739 ff. (Girmes); ferner OLG München, Beschl. v. 16.1.2014 - 23 AktG 3/13 = ZIP 2014, 472 ff.; entsprechend der Bejahung der Zuständigkeit des Vorstands für die Entscheidung über das „Ob“ der Sanierung, *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 172.

⁴⁸⁶ Ungenau *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 172.

⁴⁸⁷ Für die GmbH: vgl. *Bork*, ZIP 2011, 101, 108.

⁴⁸⁸ *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 223.

me eines Sanierungskredits oder die Ausgabe von Genussrechten).⁴⁸⁹ In der AG fallen diese Maßnahmen in die Kompetenz des Vorstands. Die Schwelle des Beteiligungserfordernisses der Gesellschafter ist in der GmbH niedriger als in der AG. Ist die Schwelle nicht überschritten und eine Kompetenz der Gesellschafter zu verneinen, wird, wenn der Maßnahme dennoch eine besondere Bedeutung zukommt oder sie dem Kernbereich der Leitungsaufgaben angehört, das Gesamtgremium der Geschäftsleitung entscheiden müssen.⁴⁹⁰

C. Durchführung der Sanierung

I. Planung der Krisenbewältigung

1. Sanierungskonzept und Sanierungsprüfung

Die Sanierungsbemühungspflicht verpflichtet bei Anzeichen einer Krise dazu, die Krisenbewältigung zu planen.⁴⁹¹ Ein Sanierungskonzept muss erstellt⁴⁹² und eine Sanierungsprüfung (i.e.S.⁴⁹³) vorgenommen werden.⁴⁹⁴ Der Inhalt der Sanierungsprüfung wird in der Rechtsprechung nicht und im Schrifttum in vielen unterschiedlichen

⁴⁸⁹ *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 223; vgl. *Veil*, ZGR 2006, 374, 380.

⁴⁹⁰ Vgl. § 3 F I. 1.

⁴⁹¹ Für die GmbH: *Haas*, Gutachten 66. DJT, E 114; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 376; *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 487; für GmbH und AG: vgl. *Pelz*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 31 Rn. 32; ferner *Frege*, NZI 2006, 545, 546.

⁴⁹² Vgl. § 4 B. II. 1.

⁴⁹³ *Friedrich/Flintrop*, DB 2003, 223, 224.

⁴⁹⁴ *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 44 f.; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 162 ff.; *Friedrich/Flintrop*, DB 2003, 223 f.; *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260, 261; *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009; vgl. *Frege*, NZI 2006, 545, 546; für die GmbH: *Haas* in: Heintzen/Kruschwitz, Unternehmen in der Krise, S. 73, 87; *Gottwald/Haas/ders./Kolmann/Kurz*, Insolvenzrechts-Handbuch § 90 Rn. 40; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 66; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 38; *Bork*, ZIP 2011, 101, 106 f.; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 377; *Veil*, ZGR 2006, 374, 379; vgl. *Wälzholz* in: Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, 174. Lieferung 10.2020, Rn. 4151; *Haas*, Gutachten 66. DJT, E 114; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 211 f.; *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 140; *Uhlenbruck*, WiB 1996, 409, 412; für die AG: *Reuter*, BB 2003, 1797, 1798; *Ströhmman/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 272.

Nuancen geschildert.⁴⁹⁵ Beinahe einhellig wird die Prüfung der Sanierungsfähigkeit sowie geeigneter Sanierungsmaßnahmen gefordert. Verbreitet ist auch die Vornahme einer Schwachstellenanalyse. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass in diesem Zusammenhang weder die Verwendung der Begriffe einheitlich erfolgt, noch der Umfang respektive die Intensität der einzelnen geforderten Prüfungsschritte sowie die innerhalb dieser verlangten Voraussetzungen einheitlich formuliert werden.

Eine gut strukturierte, nachvollziehbare und zu empfehlende Vorgehensweise formuliert *Drenckhan*. Sie versteht unter der Sanierungsprüfung „die Ableitung eines Urteils über die Sanierungsfähigkeit eines in eine Krise geratenen Unternehmens anhand einer objektiven Überprüfung eines erstellten Sanierungskonzepts.“⁴⁹⁶ Die Sanierungsprüfung besteht aus drei Schritten: der Sanierungsbedürftigkeits-, der Sanierungsfähigkeits- sowie der Sanierungswürdigkeitsprüfung.⁴⁹⁷ Der erste Schritt der Sanierungsprüfung dient der umfassenden Ermittlung des Ist-Zustands, insbesondere der Feststellung des Umfangs der Sanierungsbedürftigkeit.⁴⁹⁸ Auf dieser Grundlage ist eine die Untersuchung der Ursachen der Krise sowie eine Beurteilung der Lage des Unternehmens beinhaltende Schwachstellenanalyse vorzunehmen.⁴⁹⁹ Die Sanierungsbedürftigkeit ist gegeben, wenn eine betriebswirtschaftliche Krise vorliegt.⁵⁰⁰ Die (außergerichtli-

⁴⁹⁵ Vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 66; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 45; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 162 ff.; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 146 ff.; *Ströhmman/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 272; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 211 f.; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 38; *Bork*, ZIP 2011, 101, 106 f.; *Friedrich/Flintrop*, DB 2003, 223 ff.; *Gross*, DSStR 1991, 1572 f.; *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 140; *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260, 261; *Reuter*, BB 2003, 1797, 1798; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 377; *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 313, 316; *ders.*, BB 1998, 2009; *Veil*, ZGR 2006, 374, 379.

⁴⁹⁶ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 66; angelehnt an, *Friedrich/Flintrop*, DB 2003, 223, 224; ferner *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 215; *Gross*, DSStR 1991, 1572, 1573 ff.

⁴⁹⁷ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 66 ff.; *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 52; vgl. IDW Standard: Anforderungen an Sanierungskonzepte (IDW S 6), Stand: 16.5.2018, IDWLife 2018, 813 ff. Rn. 1 ff.; *Wegmann*, BB 1988, 801 ff.; *Westermann*, DZWIR 2006, 485, 488.

⁴⁹⁸ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 67.

⁴⁹⁹ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 67 f.

⁵⁰⁰ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 67.

che)⁵⁰¹ Sanierungsfähigkeit wird bejaht, wenn bei Vornahme von Sanierungsmaßnahmen der Eintritt der zwingenden Insolvenzgründe mit großer Wahrscheinlichkeit dauerhaft vermieden wird.⁵⁰² Diese Definition kann nur in den Stadien Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage und drohende Zahlungsunfähigkeit gelten.⁵⁰³ Voraussetzung der Sanierungsfähigkeit muss auch sein, dass die Ertragsfähigkeit des von der Gesellschaft geführten Unternehmens mit großer Wahrscheinlichkeit wiederhergestellt wird.⁵⁰⁴ Der Feststellung der Sanierungsfähigkeit dient ein Vergleich der auf einem jeweiligen Konzept beruhenden Fortführungs- und Zerschlagungswerte.⁵⁰⁵ Je nachdem welcher Wert den anderen überschreitet, ist die Sanierungsfähigkeit zu bejahen oder zu verneinen.⁵⁰⁶ Die Sanierungswürdigkeit behandelt die Frage, ob ein Verzicht auf die Vornahme von Sanierungsmaßnahmen aus Sicht der unterschiedlichen Interessenlagen vorzuziehen ist.⁵⁰⁷ Relevant sind in diesem Schritt die Interessen der an der etwaigen Sanierung beteiligten Personengruppen.⁵⁰⁸

2. Bindungswirkung des Ausgangs der Sanierungsprüfung hinsichtlich des weiteren Vorgehens?

Fraglich ist, ob dem Ausgang der Sanierungsprüfung – ob positiv oder negativ – eine Bindungswirkung hinsichtlich des weiteren Vor-

⁵⁰¹ *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 212, 215; *Bork*, ZIP 2011, 101, 107.

⁵⁰² *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 68; vgl. auch zur weitergehenden Definition, *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 163; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 212, 215; *Bork*, ZIP 2011, 101, 107, *Schluck-Amend/Walker*, GmbHHR 2001, 375, 377; zu deren verschiedenen Nuancen, *Friedrich/Flintrop*, DB 2003, 223, 224; *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260, 261; *Reuter*, BB 2003, 1797, 1798; *Wellensiek*, NZI 2002, 233, 234; wohl auch *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 147.

⁵⁰³ Vgl. § 8 B. II.

⁵⁰⁴ Vgl. § 4 A. I.

⁵⁰⁵ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 68; vgl. eine positive Fortführungsprognose anführend, *Bork*, ZIP 2011, 101, 107.

⁵⁰⁶ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 69.

⁵⁰⁷ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 70.

⁵⁰⁸ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 70; ferner *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 163 f.; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 148.

gehens zukommt.⁵⁰⁹ Zu prüfen ist, ob der negative Ausgang der Prüfung der Sanierungsfähigkeit zur Liquidation führen muss⁵¹⁰ oder ein positives Ergebnis der Sanierungsprüfung zur Vornahme von Sofortmaßnahmen verpflichtet.⁵¹¹

Die Gesellschafter verfügen bei der Wahl der einzuschlagenden Handlungsoption über Entscheidungsfreiheit. Diese darf nicht durch den Ausgang der auf Prognosen und Wertungen beruhenden Sanierungsprüfung determiniert werden. Auch wenn eine Sanierung aus wirtschaftlicher Sicht nicht sinnvoll erscheint, dürfen die Gesellschafter eine solche anstreben. Grenzen setzt allein das Insolvenzrecht zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Die Geschäftsleiter sind ab Erkennbarkeit von Krisenanzeichen zur Bemühung um eine Sanierung verpflichtet. Diese Pflicht endet erst, wenn die Sanierung aussichtslos erscheint oder die Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft beschließen. Ein negatives Ergebnis der Sanierungsprüfung durch Verneinung der (außerinsolvenzlichen) Sanierungsfähigkeit mangels großer Wahrscheinlichkeit der Abwendung des Eintritts der zwingenden Insolvenzgründe oder der Ablehnung der Sanierungswürdigkeit aufgrund der Vorteilhaftigkeit des Unterlassens der Sanierung für die unterschiedlichen Interessenträger kann mit der Aussichtslosigkeit aller denkbaren Sanierungsversuche nicht gleichgesetzt werden. Ein positiver Ausgang ist für das Entstehen der Sanierungsbemühenspflicht der Geschäftsleiter ebenso wenig erforderlich wie der negative Ausgang zwingend zum Ende der Sanierungsbemühenspflicht führen muss. Eine Verbindlichkeit des Ergebnisses ist daher abzulehnen. Das Ergebnis gewährt aber einen wichtigen Anhaltspunkt für die anstehenden Entscheidungen der Gesellschafter und der Geschäftsleiter.⁵¹²

II. Die Wahl der einzelnen Sanierungsmaßnahmen

Die Wahl der im Einzelfall vorzunehmenden Sanierungsmaßnahmen stellt eine unternehmerische Aufgabe dar.⁵¹³ Insoweit besteht ein

⁵⁰⁹ So *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 46; *Friedrich/Flintrop*, DB 2003, 223; *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260, 261; *Wellensiek*, NZI 2002, 233 f.

⁵¹⁰ *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260, 261.

⁵¹¹ *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 46.

⁵¹² Für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 66, 70, 75.

⁵¹³ *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1930; für die AG: *Seibt*, BB 2019, 2563, 2569.

weiter Ermessensspielraum.⁵¹⁴ Sanierungsmaßnahmen sind der Krisenüberwindung verschriebene außergewöhnliche Maßnahmen.⁵¹⁵ Zur Verfügung stehen dem Geschäftsleiter zur Krisenüberwindung im skizzierten Stadium grundsätzlich nur außerinsolvenzliche Sanierungsmaßnahmen (sog. freie oder außergerichtliche Sanierung)⁵¹⁶.

1. Untergliederung in gesellschaftsinterne und -externe Maßnahmen

Sie können in gesellschaftsinterne sowie gesellschaftsexterne Maßnahmen unterteilt werden.⁵¹⁷ Interne Sanierungsmaßnahmen verbleiben innerhalb der Sphäre der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter („Sanierung aus eigenen Mitteln“⁵¹⁸); sie erfassen organisatorische, leistungs- und finanzwirtschaftliche sowie rechtliche Veränderungen.⁵¹⁹ Organisatorische Maßnahmen können in Form von Einsparungen und Veräußerungen beispielsweise von Geschäftsbereichen erfolgen.⁵²⁰ In leistungswirtschaftlicher Hinsicht können beispielsweise im Personalwesen ein Einstellungsstopp, Kurzarbeit und vorzeitige Pensionierungen eingeführt sowie Entlassungen vorgenommen werden und in der Produktion Kosten gemindert, Fertigungszeiten verkürzt und die Qualität gesteigert sowie die Produktpalette

⁵¹⁴ *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1599, 1605; für die GmbH: *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 392.

⁵¹⁵ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 70; *Wegmann*, BB 1988, 801.

⁵¹⁶ *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 428; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 58.

⁵¹⁷ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 71 ff.; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 173; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 213; *Bork*, ZIP 2011, 101, 107; *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1599; vgl. *K. Schmidt* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.16; *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260, 261 f.

⁵¹⁸ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 173.

⁵¹⁹ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 71; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 173; vgl. *K. Schmidt* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.16; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 213; *Bork*, ZIP 2011, 101, 107; *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1599; *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009, 2013.

⁵²⁰ Vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 71; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 38; *Seibt*, ZIP 2014, 1909, 1910.

angepasst und Produktionsstandorte geschlossen werden.⁵²¹ Auch ist eine strategische Neuausrichtung denkbar.⁵²² Als finanzwirtschaftliche Maßnahmen kommen neben Forderungsverzichten und Moratorien unter anderem die Auflösung stiller Reserven sowie Rücklagen, Zuzahlungen ohne Gegenleistung, Kapitalmaßnahmen (insbesondere eine vereinfachte Kapitalherabsetzung nach §§ 58a GmbHG/§ 229 AktG und ein Kapitalschnitt) sowie die Aufnahme von Gesellschafterdarlehen in Betracht.⁵²³ Besondere Bedeutung ist im Rahmen des Kapitalschnitts der Möglichkeit zuzusprechen, Kapitalherabsetzungs- sowie Kapitalerhöhungsbeschlüsse bilanziell rückwirken zu lassen.⁵²⁴ Dergestalt kann eine Offenlegung der Verluste in der Bilanz vermieden werden.⁵²⁵ Als (gesellschafts-)rechtliche Maßnahmen können Restrukturierungen, Maßnahmen nach dem UmwG sowie übertragende Sanierungen durchgeführt werden.⁵²⁶

Externe Sanierungsmaßnahmen verlassen die gesellschaftliche Sphäre und beziehen Dritte mit ein.⁵²⁷ Hierunter sind Rangrücktritte,

⁵²¹ Vgl. Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch § 90 Rn. 41; K. Schmidt in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.19, 2.22; Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 71; Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 173; Schulz, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 213; Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 38; Bork, ZIP 2011, 101, 107.

⁵²² Ferner Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 162.

⁵²³ Vgl. Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch § 90 Rn. 41; Loose/Maier, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, 1. Auflage 2008, § 17 Rn. 7; K. Schmidt in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.18; Müller in Liber amicorum Winter, 487, 496; Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 71; Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 162, 173 ff.; Schulz, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 214; Bork, ZIP 2011, 101, 107; Plagemann, NZG 2014, 207; Seibt, ZIP 2014, 1909, 1910.

⁵²⁴ Spindler/Stilz/Marsch-Barner/Maul, AktG, § 229 Rn. 2; K. Schmidt/Lutter AktG/Veil, § 229 Rn. 2.

⁵²⁵ Spindler/Stilz/Marsch-Barner/Maul, AktG, § 229 Rn. 2; K. Schmidt/Lutter AktG/Veil, § 229 Rn. 2.

⁵²⁶ Vgl. Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 71; Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 178 f.; Schulz, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 214; zu übertragenden Sanierungen, Müller-Feldhammer, ZIP 2003, 2186 ff.; Wellensiek, NZI 2002, 233 ff.

⁵²⁷ Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 72; Bork, ZIP 2011, 101, 107; Seibt, ZIP 2013, 1597, 1599; vgl. K. Schmidt in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.16; Mohaupt, Ge-

(teilweise) Forderungsverzichte, der Abschluss eines Moratoriums, das Hinausschieben von Zahlungszielen, die Subordination vorhandener Forderungen sowie die Aufnahme neuer Kredite zu fassen.⁵²⁸ Gläubiger können mittels einer Kontrollübernahme in Form eines originären oder derivativen Erwerbs von Geschäftsanteilen gegebenenfalls mit einem Debt-Equity-Swap einen Sanierungsbeitrag leisten.⁵²⁹ Es kommen auch Subventionen, Kredite sowie Bürgschaften der öffentlichen Hand in Betracht.⁵³⁰ Eine Sanierung besteht meist aus internen sowie externen Maßnahmen,⁵³¹ sog. kombinierte Sanierung.⁵³²

2. Untergliederung in Sofortmaßnahmen, mittel- und langfristige Maßnahmen

Die Sanierungsmaßnahmen können als Sofortmaßnahmen eingesetzt werden, um die unmittelbaren Bedrohungen zu überwinden, sowie als mittel- und langfristige Maßnahmen, um die Gesellschaft zur dauerhaften Überlebensfähigkeit und Rentabilität zurückzuführen.⁵³³ Sofortmaßnahmen gehören weitestgehend der operativen Geschäftspolitik an.⁵³⁴ Die Beseitigung operativer Defizite kann allenfalls mittelfristig, insbesondere mit Schulungs- sowie Personalentwick-

schäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 173; *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009, 2011.

⁵²⁸ Vgl. *Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz*, Insolvenzrechts-Handbuch § 90 Rn. 41; *Loose/Maier*, in: *Lüdicke/Sistermann*, Unternehmenssteuerrecht, 1. Auflage 2008, § 17 Rn. 7; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 72; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 175 ff.; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 214; *Plagemann*, NZG 2014, 207.

⁵²⁹ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 175; vgl. *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 214; *Seibt*, ZIP 2014, 1909, 1910.

⁵³⁰ Vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 72.

⁵³¹ *K. Schmidt* in: *Schmidt K./Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.17; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 177; vgl. *Hess/Fechner/Freund/Körner*, Sanierungshandbuch, Teil E Rz. 13 ff.

⁵³² *K. Schmidt* in: *Schmidt K./Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.17; *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009, 2013.

⁵³³ *Gross*, DStR 1991, 1572, 1575; vgl. IDW Standard: Anforderungen an Sanierungskonzepte (IDW S 6), Stand: 16.5.2018, IDWLife 2018, 813, 822 Rn. 68 f.

⁵³⁴ *Gross*, DStR 1991, 1572, 1575.

lungsprogrammen, gelingen.⁵³⁵ Die Verbesserung der Unternehmensstruktur erfordert ein Langfristprogramm mit großer unternehmerischer Initiative und höherem finanziellen Einsatz über eine längere Dauer.⁵³⁶

3. Zu empfehlende Vorgehensweisen

Zwischen internen und externen Maßnahmen herrscht zwar kein Rangverhältnis,⁵³⁷ dennoch sind vorrangig interne Maßnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass die wirtschaftlichen Schwierigkeiten publik werden.⁵³⁸ Je weiter fortgeschritten die Krise ist, desto weniger werden rein interne Maßnahmen genügen.⁵³⁹ Weitere Empfehlungen können mithilfe der, häufig ineinander übergehenden, betriebswirtschaftlichen Krisendefinitionen gegeben werden: Einer Strategiekrise kann durch eine Anpassung der Unternehmensstrategie, die Information der wesentlichen Beteiligten und die Suche nach Kapitalgebern begegnet werden.⁵⁴⁰ Der Ertragskrise ist mit finanz- und leistungswirtschaftlichen Maßnahmen in Form von Maßnahmen zur Steigerung des Ertrags sowie zur Einsparung der Kosten und der Bemühung um mögliche Kapitalgeber zu begegnen, um die Ertragskraft zu reaktivieren.⁵⁴¹ Leistungswirtschaftliche Sanierungsmaßnahmen sind aufgrund der mit ihnen mitunter einhergehenden Implementierungskosten und ihrer bisweilen erst verzögerten Wirkung vor dem Eintritt einer Liquiditätskrise bedeutsam.⁵⁴² Als langfristige leistungswirtschaftliche Maßnahmen können unter anderem die Bereinigung der vorhandenen Produktpalette sowie die Neupositio-

⁵³⁵ Gross, DStR 1991, 1572, 1575.

⁵³⁶ Gross, DStR 1991, 1572, 1575.

⁵³⁷ Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 177.

⁵³⁸ Vgl. K. Schmidt in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.17; Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 71; Uhlenbruck, WiB 1996, 409, 410.

⁵³⁹ K. Schmidt in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.17; Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 177.

⁵⁴⁰ Liebig/Witt, DB 2011, 1929, 1930.

⁵⁴¹ Liebig/Witt, DB 2011, 1929, 1930.

⁵⁴² Schulz, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 214; ferner K. Schmidt in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.20.

nierung am Markt angeführt werden.⁵⁴³ Einstellungs- sowie Investitionsstopps, die Verringerung der vorhandenen Bestände, ein aktives Debitorenmanagement, ein Aufschub der Zahlungsziele und der Abbau der Komfort- sowie Serviceleistungen wirken hingegen besonders schnell.⁵⁴⁴ Befindet sich die Gesellschaft in einer Liquiditätskrise, eignen sich unmittelbar liquiditätswirksame Sanierungsmaßnahmen.⁵⁴⁵ Primär sind finanzwirtschaftliche Kapitalbeschaffungsmaßnahmen vorzunehmen und entbehrliche Zahlungsabflüsse zu beenden.⁵⁴⁶ Im Rahmen einer außergerichtlichen Sanierung ist eine gute Informations- sowie Kommunikationspolitik zu den anderen Beteiligten unentbehrlich.⁵⁴⁷ Rückt der Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit näher und wird die Insolvenzantragstellung nach § 18 InsO nicht kategorisch ausgeschlossen oder ist der Eintritt einer der zwingenden Insolvenzantragsgründe nicht mehr fern, müssen die Möglichkeiten der Insolvenzordnung in die Planung einbezogen werden.⁵⁴⁸

4. Konkretisierung der Sanierungsbemühenspflicht hinsichtlich der Wahl einzelner Sanierungsmaßnahmen

Der Geschäftsleiter muss nicht jede Sanierungschance verfolgen, die sich in diesem Stadium der Krise auftut. Eine Pflicht, jede – auch noch so geringe – Chance aufzugreifen,⁵⁴⁹ würde mit einem Aufwand einhergehen, den die Rentabilität der Chance nicht zwingend

⁵⁴³ *K. Schmidt* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.24.

⁵⁴⁴ *K. Schmidt* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.23.

⁵⁴⁵ *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 214; vgl. *K. Schmidt* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.20.

⁵⁴⁶ *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1930.

⁵⁴⁷ Vgl. *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 67; ferner *Faulhaber/Grabow*, Turnaround-Management in der Praxis, S. 135 ff.; *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1930.

⁵⁴⁸ Für die GmbH: vgl. MünchHdB GesR III/*Oberle* § 66 Rn. 33; ferner *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2563; für die AG: ferner, *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 152; für GmbH und AG: vgl. IDW Standard: Anforderungen an Sanierungskonzepte (IDW S 6), Stand: 16.5.2018, IDWLife 2018, 813, 822 Rn. 70; *Ehlers*, BB 2013, 1539; ferner *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1.

⁵⁴⁹ Vgl. aber für die GmbH: *Schluck-Amend/Walker*, GmbH 2001, 375, 378.

rechtfertigt. Dementsprechend ist ein derartiges Verständnis der Sanierungsbemühenspflicht des Geschäftsführers nicht praktikabel. Der Geschäftsführer muss *erfolgversprechende* Sanierungschancen wahrnehmen.⁵⁵⁰ Bei Durchführung der Sanierung ist dem Geschäftsführer ein unternehmerisches Ermessen hinsichtlich der Wahl zwischen mehreren solchen Optionen,⁵⁵¹ der zu ergreifenden Maßnahmen und des Zeitpunktes deren Einleitung zuzusprechen. Er muss insbesondere sich bietende erfolgversprechende Gelegenheiten nutzen. So muss beispielsweise im Falle des Verlusts des hälftigen Stammkapitals/Grundkapitals der über § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG, § 121 I 1 BGB gewährte enge zeitliche Spielraum für Sanierungsbemühungen eingesetzt werden.⁵⁵² In der Regel müssen den Gesellschaftern Informationen hinsichtlich der Sanierungsfähigkeit und den Sanierungsaussichten mitgeteilt werden.⁵⁵³ In der aus diesem Grund abzuhaltenden Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung, für deren Inhalt das GmbHG keine ausdrücklichen Vorgaben macht und das Aktiengesetz lediglich die Anzeige des Verlusts vorsieht,⁵⁵⁴ wird der Geschäftsführer regelmäßig dazu verpflichtet sein, (gemäß § 124 III 1 AktG) geeignete Sanierungsmöglichkeiten vorzuschlagen.⁵⁵⁵ Kann eine konkrete Sanierungsmaßnahme als die *erfolgversprechendste Sanierungsmöglichkeit* identifiziert werden, konkretisiert sich das Auswahlermessen zu einer Pflicht zur Durchführung derselben bzw. zur Hinwirkung auf dieselbe.

⁵⁵⁰ Frege, NZI 2006, 545, 546; vgl. Uhlenbruck, BB 1998, 2009; für die GmbH: vgl. Schluck-Amend/Walker, GmbHR 2001, 375, 379; für die AG: Schwächer Göcke, AG 2014, 119, 120.

⁵⁵¹ Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 177; vgl. Seibt, ZIP 2014, 1909, 1914.

⁵⁵² Für die AG: Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 92 Rn. 7.

⁵⁵³ Für die GmbH: Scholz GmbHG/Seibt, § 49 Rn. 23.

⁵⁵⁴ Vgl. § 3 A. I. 1., II. 1. a), B. I. 3., II. 2.

⁵⁵⁵ Für die GmbH: stärker, Scholz GmbHG/Seibt, § 49 Rn. 30; für die AG: Münch. Hdb. GesR IV/Hoffmann-Becking, § 25 Rn. 103; vgl. schwächer Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 92 Rn. 15; Göcke, AG 2014, 119, 1120; Plagemann, NZG 2014, 207, 209.

5. Inkaufnahme bzw. Herbeiführung einer weiteren Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, um Zugang zu anderen Sanierungsmöglichkeiten zu erhalten?

Es stellt sich die Frage, ob der Geschäftsleiter eine weitere Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft in Kauf nehmen bzw. herbeiführen darf, um Zugang zu anderen Sanierungsmöglichkeiten⁵⁵⁶ zu erhalten. Attraktiv⁵⁵⁷ können insbesondere im Insolvenzeröffnungsverfahren die vorläufigen Maßnahmen zur Sicherung der Vermögenslage gemäß § 21 I, II 1 Nr. 3, 5 InsO und im eröffneten Verfahren die Rückschlagsperre nach § 88 InsO, die erleichterten Lösungsmöglichkeiten von bestehenden Verträgen gemäß §§ 103, 109, 113 InsO, eine Verringerung des Sozialplanvolumens nach § 123 I InsO und Erleichterungen im Verfahren, wie beispielsweise § 125 InsO, sein. Bewegliche Sachen, die unter Eigentumsvorbehalt bezogen wurden, verbleiben zunächst bei der Gesellschaft, § 107 II 1 InsO. Bewegliche Sachen, an denen ein Absonderungsrecht besteht, dürfen weiterhin verwendet werden, § 172 I 1 InsO. Des Weiteren besteht ein Verwertungsrecht an diesen und an zur Sicherheit abgetretenen Forderungen, §§ 166, 169 InsO. Außerdem existieren die Anfechtungsmöglichkeiten gemäß §§ 129 ff. InsO. Für eine maßgebliche Erleichterung sorgt auch das Obstruktionsverbot nach § 245 InsO.

Liegen tatsächlich keine Insolvenzgründe vor, wird deren Vorliegen aber vorgetäuscht, stellt die Antragstellung rechtsmissbräuchliches Verhalten dar.⁵⁵⁸ Wurde der inzwischen tatsächlich gegebene Insolvenzgrund manipulativ hervorgerufen, kann als rechtsmissbräuchlich nicht die Stellung eines, aufgrund des Vorhandenseins mindestens eines Insolvenzgrundes, berechtigten Schuldnerantrags⁵⁵⁹ angesehen

⁵⁵⁶ Zu den Sanierungsmöglichkeiten bei drohender Zahlungsunfähigkeit vgl. § 8 A. II., bei materieller Insolvenz vgl. § 8 B. II. und bei formeller Insolvenz vgl. § 8 C. I. 1. b), 2. b), II. 2.

⁵⁵⁷ Vgl. hierzu *Uhlenbruck* in FS Kirchhof, 479, 490; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 63 f.

⁵⁵⁸ *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 283; a.A. *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197, 1202 fn. 45.

⁵⁵⁹ Rechtsmissbräuchlich kann lediglich die Stellung eines fakultativen Insolvenzantrags im Falle der ausschließlichen Zweckentfremdung des Insolvenzverfahrens sein, *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353, 361; vgl. BGH, Urt. v. 19.5.2011 - IX ZB 214/10 = ZIP 2011, 1161 f.

werden,⁵⁶⁰ sondern, wenn überhaupt, das manipulative, zu einem Insolvenzgrund führende Verhalten.

Sowohl die Gesellschafter als auch die Geschäftsleiter verfügen mit der Fälligestellung von Ansprüchen und der Gebrauchmachung von bilanziellen Gestaltungsspielräumen über Gestaltungspotenzial für die bewusste Herbeiführung eines Insolvenzgrundes.⁵⁶¹ Soll der Zugang zu anderen Sanierungsmöglichkeiten eröffnet werden, bezweckt die Herbeiführung der Insolvenzgründe aber vorrangig die Restrukturierung des Unternehmens und kein sonstiges wirtschaftliches Ziel, wie die Umverteilung der vorliegenden Werte zu Gunsten einzelner Akteure⁵⁶². Als rechtsmissbräuchlich kann dieses Verhalten folglich nicht gewertet werden. Die allgemeinen Bilanzierungsgrundsätze können einer bewussten Herbeiführung aber entgegenstehen.⁵⁶³ Gleiches gilt für die mitgliedschaftliche Treuepflicht der Gesellschafter.⁵⁶⁴ Mit der Herbeiführung oder dem Geschehenlassen von Insolvenzgründen gehen außerdem Risiken einher. Die Eingehung existenzgefährdender Risiken ist Geschäftsleitern erlaubt, wenn sich aus der Abwägung der Wahrscheinlichkeit der Realisierung des Risikos und der erwarteten Vorteile ein Vorrang des Wagnisses ergibt.⁵⁶⁵ Dies müssen die Geschäftsleiter berücksichtigen. Des Weiteren kommt eine Strafbarkeit aufgrund eines Eingehungsbetrugs in Betracht, wenn Verbindlichkeiten zur Herbeiführung der drohenden Zahlungsunfähigkeit eingegangen werden, die bei Fälligkeit bekanntermaßen nicht erfüllt werden können.⁵⁶⁶

Ist eine erfolversprechende Sanierungschance in dem aktuellen Krisenstadium vorhanden, muss diese – wie beschrieben – wahrgenommen werden. Selbst wenn eine Sanierung in einem späteren Stadium erfolversprechender ist, darf der Geschäftsleiter nicht

⁵⁶⁰ So aber *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197, 1202.

⁵⁶¹ *Bulgrin*, Strategische Insolvenz, S. 117 ff.; ferner *Ehlers*, ZInsO 2005, 169; zu Bilanzierungswahlrechten, *Pöschke*, ZGR 2018, 647 ff.

⁵⁶² *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197, 1202; vgl. *Bulgrin*, Strategische Insolvenz, S. 138.

⁵⁶³ Vgl. *Bulgrin*, Strategische Insolvenz, S. 141.

⁵⁶⁴ *Bulgrin*, Strategische Insolvenz, S. 141.

⁵⁶⁵ *Drygala* in FS Hopt 2010, 541 ff.; vgl. K. Schmidt/Lutter AktG/*Sailer-Coceani*, § 93 Rn. 18; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 194 ff.; *Balthasar/Hamelmann*, WM 2010, 589, 590; *Binder*, AG 2012, 885, 89; *Redeke*, ZIP 2010, 159 ff.; *Spindler*, NZG 2010, 281, 284; a.A. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.12.2009 - I-6 W 45/09 = AG 2010, 126, 129; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 845.

⁵⁶⁶ *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 80.

abwarten. Ist nur eine Sanierung in der Insolvenz erfolversprechend, kann bis zum Eintritt eines Insolvenzgrundes abgewartet werden.⁵⁶⁷ Die strategische Herbeiführung von Insolvenzgründen zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist nur unter Beachtung der dargestellten Hürden und unter Eingehung hoher (persönlicher) Risiken möglich.

6. Vorbereitung einer Sanierung im Insolvenzverfahren

a) Anlässe zur Vorbereitung einer Sanierung im Insolvenzverfahren

Solange erfolversprechende außergerichtliche Sanierungschancen bestehen, müssen diese – wie dargelegt – ergriffen werden. Neben den Bemühungen um eine freie Sanierung kann eine verfahrensförmige Sanierung vorbereitet werden.⁵⁶⁸ Um der Sanierungsbemühungspflicht nachzukommen, muss, wenn der Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit *wahrscheinlich* und der Wille zur Insolvenzantragstellung nach § 18 InsO nicht kategorisch ausgeschlossen ist oder wenn der Eintritt einer der zwingenden Insolvenzantragsgründe *wahrscheinlich* ist, eine Sanierung im Insolvenzverfahren vorbereitet werden.⁵⁶⁹ Andernfalls können Sanierungschancen verloren gehen. Der Grad an Wahrscheinlichkeit ist angebracht, um die mit der Vorbereitung einhergehenden Mühen und Kosten sowie die die Einbeziehung Dritter mit sich bringende Publizitätsgefahr zu rechtfertigen. Gleichzeitig muss aber noch ausreichend Zeit für die Vorbereitung verbleiben. Die erfolgreiche Umsetzung eines Insolvenzplans ist beispielsweise nur mit einem ausreichenden zeitlichen Vorlauf möglich.⁵⁷⁰ Die Sanierungsinstrumente der Insolvenzordnung sollten zur effektiven Nutzung deren Vorteile bei der ersten Einsatzmöglichkeit, der Stellung des Insolvenzeröffnungsantrags, eingesetzt werden können. Die Vorbereitungen dürfen die Bemühungen um eine freie Sanierung aber nicht behindern.

Wird erkennbar, dass eine freie Sanierung – jedenfalls aus wirtschaftlicher Sicht – nicht sinnvoll ist, muss aufgrund der Sanierungs-

⁵⁶⁷ Vgl. § 4 C. II. 6.

⁵⁶⁸ Für die AG: Hinsichtlich des Insolvenzplans, *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1600.

⁵⁶⁹ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt.

⁵⁷⁰ *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1600.

bemühenspflicht eine Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens vorbereitet und sollte bei Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit ein Eröffnungsantrag gestellt werden.⁵⁷¹ Ob die außergerichtliche Sanierung wirtschaftlich sinnvoll ist, ist anhand eines Vergleichs des geschätzten wirtschaftlichen Ergebnisses einer Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens mit den von den Beteiligten zu ertragenden bzw. erbringenden Belastungen bzw. Opfer für eine freie Sanierung zu ermitteln.⁵⁷² Ein solcher Vergleich sollte spätestens bei drohender Zahlungsunfähigkeit durchgeführt werden.⁵⁷³ Bereits vor Eintritt derselben, wenn zumindest die Möglichkeit des Eintritts der Insolvenz „in Betracht gezogen werden muss“⁵⁷⁴, empfiehlt sich dieses Vorgehen, um die Möglichkeiten des Insolvenzverfahrens umfassend nutzen zu können.⁵⁷⁵

Liegen keine erfolversprechenden außergerichtlichen Sanierungschancen vor, wird regelmäßig ein Insolvenzgrund bejaht werden können und damit das Recht oder die Pflicht vorliegen, einen Eröffnungsantrag zu stellen. Andernfalls müssen Sanierungsbemühungen in Form der Vorbereitung einer Sanierung im Insolvenzverfahren (weiter) durchgeführt werden.

b) Inhalt der Vorbereitung einer Sanierung im Insolvenzverfahren

aa) Vorbereitung einer Eigenverwaltung, §§ 270 ff. InsO

Unter die Vorbereitung einer gerichtlichen Sanierung können bei geplanter (vorläufiger) Eigenverwaltung beispielweise die Liquiditätsplanung, die Vorbereitung einer Fortführungsfinanzierung, die Beteiligung der wesentlichen Vertragspartner und die Wahl des vorzuschlagenden, späteren Sachwalters fallen.⁵⁷⁶ Insbesondere die Bereitschaft der Kreditinstitute, ein Insolvenzgeldvorfinanzierungsdarlehen zu gewähren, sollte abgeklärt werden.⁵⁷⁷ Bei der Vorberei-

⁵⁷¹ Ungenau *Oberle* in FS Wellensiek, 73, 89.

⁵⁷² *Oberle* in FS Wellensiek, 73, 75, 89; siehe auch MüKo InsO/*Ganter/Bruns*, § 1 Rn. 87.

⁵⁷³ Vgl. § 8 A. I.

⁵⁷⁴ *Oberle* in FS Wellensiek, 73, 74.

⁵⁷⁵ *Oberle* in FS Wellensiek, 73, 74, 89.

⁵⁷⁶ Vgl. *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 427 ff., 465.

⁵⁷⁷ *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 457.

tung müssen die Geschäftsleiter abwägen, welche Dritten einzubeziehen sind und ab wann dies erfolgen soll. Durch die Zusammenstellung von Unterlagen inklusive der aktuellen Buchhaltungs- sowie Planungsdaten sollte einem späteren vorläufigen Sachwalter die Einarbeitung erleichtert werden.⁵⁷⁸ Die Eigenverwaltung ist vorzubereiten, wenn es sich bei ihr (im späteren Insolvenzverfahren) um die *erfolgsversprechendste Sanierungsmöglichkeit* handelt.⁵⁷⁹

bb) Vorbereitung eines Insolvenzplans, §§ 217 ff. InsO

Erarbeitet werden kann auch ein Insolvenzplan (prepackaged plan)⁵⁸⁰. Der Schuldner verfügt über ein Planinitiativ- und ein Planvorlagerecht.⁵⁸¹ Es fallen grob drei Entscheidungen an: die Entscheidung über die Aufstellung eines Plans, die Entscheidung über dessen Inhalt und die Entscheidung, den Plan dem Insolvenzgericht vorzulegen. Die Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Ausarbeitung und Vorlage („Ob“) und des Inhalts⁵⁸² („Wie“) des Insolvenzplans im Innenverhältnis richtet sich nach dem Gesellschaftsrecht.⁵⁸³ Das Planvorlagerecht kann erst mit Insolvenzantragstellung ausgeübt werden, § 218 I 2 InsO. Mit der Erarbeitung eines Insolvenzplans kann⁵⁸⁴ und muss⁵⁸⁵ aber gegebenenfalls schon früher begonnen werden.

⁵⁷⁸ Hofmann, Eigenverwaltung, Rn. 451.

⁵⁷⁹ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt.

⁵⁸⁰ Steffan in Oppenländer/Trölitzsich, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 115; *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1935.

⁵⁸¹ Braun/Braun/Frank InsO § 218 Rn. 1; vgl. Uhlenbruck/Lüer/Streit § 218 InsO Rn. 1 f., 8; Spahlinger in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 1; Karsten Schmidt/Spliedt InsO § 218 Rn. 1; teilw. anders Maus, DStR 2002, 1104, 1105.

⁵⁸² Karsten Schmidt/Spliedt InsO § 218 Rn. 6.

⁵⁸³ Vgl. § 7 C. II. 1. d); ferner HK-InsO/Haas § 218 Rn. 7; Karsten Schmidt/Spliedt InsO § 225a Rn. 38, § 238a Rn. 3; vgl. aber Spahlinger in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 29; Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 97.

⁵⁸⁴ *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1935; *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1600.

⁵⁸⁵ Vgl. § 4 C. II. 6. b) bb) (2); Braun/Braun/Frank InsO § 218 Rn. 2; *Veil*, ZGR 2006, 374, 379; gegen eine Pflicht zur Vorbereitung eines prepackaged plans in der Krise, A/G/R-Silcher § 218 Rn. 8.

(1) Gesellschaftsinterne Zuständigkeit für die Erarbeitung eines Insolvenzplans

Fraglich ist, welches Organ gesellschaftsintern für die Erarbeitung eines Insolvenzplans und damit für die Fragen des „Ob“ der Erstellung und des „Wie“ der inhaltlichen Ausgestaltung zuständig ist. Ein Insolvenzplan ermöglicht Abweichungen vom Regelverfahren. Er kann insbesondere durch die Kombination einer Kapitalherabsetzung auf Null mit einem Ausschluss von Bezugsrechten (und einem Debt-Equity-Swap) (§ 225a II InsO) massiv in die Interessen der Gesellschafter eingreifen. Solche Eingriffe können im Insolvenzplanverfahren aufgrund von § 246a InsO und § 245 InsO sogar ohne oder gegen deren Willen geschehen. Die Erfüllung der Kriterien einer ungeschriebenen Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung⁵⁸⁶/Hauptversammlung⁵⁸⁷ liegt folglich nicht fern.⁵⁸⁸

Der ausgearbeitete Insolvenzplan stellt aber lediglich einen gesellschaftsinternen Vorschlag dar. Über dessen Verlassen des internen Bereichs durch Vorlage bei Gericht muss gesellschaftsintern und über dessen gesellschaftsin- und -externe Wirkung durch das Insolvenzgericht und mittels Annahme der Beteiligten erst noch entschieden werden. Im Rahmen dieser, noch bevorstehenden, Entscheidungen können die Betroffenen ihre Interessen vertreten. Zwischen Ausarbeitung und Wirksamwerden des Insolvenzplans liegen folglich noch zahlreiche Entscheidungen und Unwägbarkeiten. Bei der vorinsolvenzlichen Ausarbeitung eines Insolvenzplans handelt es sich lediglich um eine vorbereitende Maßnahme. Die Vorbereitung auch solcher Maßnahmen, über deren Vornahme die Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung entscheiden muss, wie beispielsweise Kapitalmaßnahmen nach §§ 53, 55 ff. GmbHG bzw. § 119 I Nr. 6 AktG, übernimmt die Geschäftsleitung. Der *Erarbeitung* des Insolvenzplans kann keine so immense Bedeutung zugesprochen werden, die eine wertungsmäßige Zuständigkeit der Gesellschafter/Aktionäre begründen würde.⁵⁸⁹ Deren Einflussmöglichkei-

⁵⁸⁶ Vgl. § 3 A. I. 2. a).

⁵⁸⁷ Vgl. § 3 A. II. 1. b).

⁵⁸⁸ Vgl. *Windel* in Jaeger, InsO, § 80 Rn. 81; für GmbH und AG: ferner Karsten Schmidt/*Spliedt* InsO § 225a Rn. 38.

⁵⁸⁹ Für die GmbH: *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 390, 399.

ten beschränken sich daher auf die regulären gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsbefugnisse. Die Geschäftsleiter sind folglich für die Erarbeitung eines Insolvenzplans zuständig. Sie verfügen hierbei über unternehmerisches Ermessen.⁵⁹⁰

(2) Pflicht zur Erarbeitung eines Insolvenzplans

Fraglich ist, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen die Geschäftsleiter zur Erstellung eines Insolvenzplans verpflichtet sein können.⁵⁹¹ Bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage sind die Geschäftsleiter allein dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet.⁵⁹² Die Interessen der Gläubiger und sonstigen Stakeholder spielen nur in diesem Rahmen eine Rolle.⁵⁹³ Nicht die Befriedigung der Gläubiger, sondern die Sanierung der Gesellschaft ist das primäre Handlungsziel des Geschäftsleiters. Die Sanierung ist nicht das Mittel zur Erreichung eines Ziels, sondern das Ziel selbst. Die Erarbeitung eines Insolvenzplans vor und dessen Vorlage mit Insolvenzantragstellung dient einer zügigen Durchführung des Verfahrens und einer geringeren Marktbeunruhigung und kann zur Beschleunigung der Sanierung führen.⁵⁹⁴ Der Insolvenzplan erhöht die Flexibilität und wirtschaftliche Effektivität.⁵⁹⁵ Zu bedenken ist jedoch, dass die für die Begründung einer Besserstellung bzw. fehlenden Schlechterstellung erforderliche Zahlen- und Datengrundlage zu diesem Zeitpunkt noch nicht sicher vorliegt.⁵⁹⁶ Um eine Pflicht anzunehmen, muss es sich bei einem Insolvenzplan um die *erfolgversprechendste Sanierungs-*

⁵⁹⁰ Für die AG: vgl. *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 326.

⁵⁹¹ Für die Möglichkeit vor materieller Insolvenz, *Veil*, ZGR 2006, 374, 379.

⁵⁹² Vgl. § 3 G.

⁵⁹³ A.A. wohl *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 181.

⁵⁹⁴ *Andres* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 218 Rn. 2, 12; vgl. *Braun/Braun/Frank* InsO § 218 Rn. 17; *Bitzer* in: *Kindler/Nachmann/Bitzer*, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 195; *Spahlinger* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 23, 44; *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1932, 1935; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 381; für die GmbH: vgl. *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 824; aber *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 35.

⁵⁹⁵ *BeschlEmpf* InsO, BT-Drucks. 12/7302, S. 181; vgl. *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 98 f.; ferner *Biehl*, InVo 1998, 237.

⁵⁹⁶ Vgl. *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 5.

möglichkeit (im späteren Insolvenzverfahren) handeln.⁵⁹⁷ Da das Insolvenzplanverfahren für eine unternehmenserhaltende Sanierung grundsätzlich den besten Rahmen bietet,⁵⁹⁸ entspricht dessen Vorbereitung regelmäßig der Sanierungsbemühungspflicht der Geschäftsleiter. Der Nachweis eines aus einer solchen Pflichtverletzung folgenden Schadens ist aber schwierig.⁵⁹⁹ Bei Blockadetendenzen wird der Insolvenzplan aufgrund seiner Möglichkeiten, Beteiligte zu übergehen oder zu überstimmen, die besten Chancen bieten.⁶⁰⁰ Er ist insbesondere dann geeignet, wenn der Unternehmensträger erhalten bleiben soll.⁶⁰¹ Insbesondere für Branchen, in welchen die lückenlose Erfüllung von Aufträgen zur Aufrechterhaltung des Kundenvertrauens essentiell ist,⁶⁰² für die Sanierung von Filialnetzen⁶⁰³ und bei Rechten, Genehmigungen oder tatsächlichen Positionen, die nur schwer oder gar nicht übertragbar sind,⁶⁰⁴ passt das Insolvenzplanverfahren. Eine Pflicht zur Einsetzung des Vorlagerechts ist außerdem als Druckmittel denkbar. So beispielsweise, wenn die Gläubiger allein durch die Planvorlage zur Unterstützung des vorhandenen außergerichtlichen Sanierungskonzepts motiviert werden können.⁶⁰⁵

⁵⁹⁷ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt; für die GmbH: schwächer *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 536, 548; für GmbH und AG: ungenau *Gutsche*, Die Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, Rn. 318.

⁵⁹⁸ Vgl. für prepackaged plans, FK-InsO/*Jaffé* § 218 Rn. 10, 18; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 381; ferner *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 824.

⁵⁹⁹ *Rendels*, in: Kübler, HRI, § 24 Rn. 18; *ders./Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 383.

⁶⁰⁰ Vgl. *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 11 f.

⁶⁰¹ Vgl. *Steffan* in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 119; *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 48; *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 21; *Flöther*, ZIP 2012, 1833, 1834; *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 11 f.

⁶⁰² Baubranche, *Steffan* in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 119.

⁶⁰³ *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 46.

⁶⁰⁴ *Steffan* in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 119.

⁶⁰⁵ Unter dem Vorbehalt, dass eine außergerichtliche Sanierung hierdurch nicht verhindert wird, *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 181; vgl. *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1935; *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1600; hierzu ferner *Seefeldler*, Unternehmenssanierung, S. 17.

(3) Inhalt der Vorbereitung eines Insolvenzplans

Hinsichtlich des Planinhalts besteht ein weiter Gestaltungsspielraum.⁶⁰⁶ Insbesondere mit einem prepackaged plan kann der Schuldner eigene Gestaltungsvorstellungen in das Verfahren einbringen.⁶⁰⁷ Der Geschäftsleiter wird seiner Sanierungsbemühenspflicht diesbezüglich allein durch die Erstellung eines Fortführungsplans gerecht.⁶⁰⁸

Für die Vorbereitung eines Insolvenzplans sind ein tragfähiges Sanierungskonzept und ausreichende Liquiditätsreserven als Ausgangsbasis⁶⁰⁹ und ausführliche Zeit- sowie Investitionspläne erforderlich.⁶¹⁰ Die Vorbereitung muss sich mit bereits im vorinsolvenzlichen Stadium umzusetzenden Umstrukturierungen, der Erarbeitung einer Planstruktur mit aktualisierter Kapitalstruktur, der operativen Stabilität und der Versorgung mit Liquidität befassen.⁶¹¹ Die vorhandenen Sicherheiten sind vollständig zu analysieren.⁶¹² Der Planersteller sollte Informationen zu den Gepflogenheiten sowie den Präferenzen hinsichtlich des Planinhalts des zuständigen Gerichts einholen, um die Prüfung gemäß § 231 InsO zu erleichtern und das erforderliche Vertrauen zu schaffen.⁶¹³ Eine frühzeitige und offene Kommunikation mit dem Insolvenzgericht dient dem Aufbau von Vertrauen und der Erleichterung des weiteren Ablaufs.⁶¹⁴

Die Regelungen des Insolvenzplans müssen ausreichend bestimmt⁶¹⁵ und entsprechend der Plangrundsätze seriös, ausgewogen, plausibel

⁶⁰⁶ *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 231; *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121, 123.

⁶⁰⁷ Vgl. *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1932; *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 824; *ders.*, BB 1998, 2009, 2014; ferner *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 540 f.

⁶⁰⁸ Für die GmbH: vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 159; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 380.

⁶⁰⁹ *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1932.

⁶¹⁰ *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 99; ferner *Steffan* in *Oppenländer/Trörlitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 136 f.

⁶¹¹ *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1600; ferner *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 74 ff.

⁶¹² *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 66 ff.

⁶¹³ *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 12.

⁶¹⁴ *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 12 ff.

⁶¹⁵ *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 14.

und nachvollziehbar⁶¹⁶ formuliert werden. Die ausgearbeitete Sanierungsstrategie muss in der Abstimmung über den Insolvenzplan mit hinreichender Wahrscheinlichkeit unterstützt werden sowie finanzierbar sein.⁶¹⁷ Der Planersteller muss für eine erfolgreiche Sanierung die verschiedenen widerstreitenden Interessen zusammenführen.⁶¹⁸ Die Gruppenbildung wird lediglich durch § 222 InsO begrenzt. Es bestehen umfassende Möglichkeiten, das Abstimmungsverhalten der Gläubiger zu antizipieren respektive zu eruieren.⁶¹⁹ Diese Möglichkeiten sind zu nutzen. Mit belastbaren sowie vergleichenden Ausführungen sollte bereits die Erfüllung der Kriterien aus § 245 I Nr. 1, 2 InsO dargelegt werden.⁶²⁰

Über die Insolvenzgründe, den Verfahrensablauf⁶²¹ und die Inhalte des vorbereiteten Insolvenzplans kann mit den (bedeutenden) Beteiligten⁶²² eine Absprache erfolgen, um die Annahme des Insolvenzplans durch das Insolvenzgericht⁶²³, die Gläubiger⁶²⁴ und gegebenenfalls die Gesellschafter⁶²⁵ im Abstimmungstermin zu sichern.⁶²⁶ Der Kommunikation kommt insbesondere bei einem prepackaged plan eine besondere Bedeutung zu.⁶²⁷ Ob eine Absprache im Einzelfall förderlich ist und vorgenommen werden muss oder gar als gefährlich einzuordnen ist und deshalb zu unterbleiben hat, ist im Einzelfall zu

⁶¹⁶ *Steffan* in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 131; vgl. *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 282; *Ehlers*, DStR 2010, 2523, 2526.

⁶¹⁷ *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 23.

⁶¹⁸ *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121, 129; vgl. *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 30; für die Gläubiger, *Steffan* in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 131.

⁶¹⁹ *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 15; ferner *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 35.

⁶²⁰ Für § 245 I Nr. 1 InsO, *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 15.

⁶²¹ *Steffan* in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 137.

⁶²² Vgl. *Braun/Braun/Frank* InsO § 218 Rn. 17; *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 194; *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1600.

⁶²³ *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1932.

⁶²⁴ *Braun/Braun/Frank* InsO § 218 Rn. 17; *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 194; ferner *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1932; *Maus*, DStR 2002, 1104, 1105.

⁶²⁵ Für die GmbH: vgl. *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 824.

⁶²⁶ *Strenger Braun/Braun/Frank* InsO § 218 Rn. 17; *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1600.

⁶²⁷ Vgl. *Steffan* in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 128 f.

bestimmen.⁶²⁸ Ist eine Ungleichbehandlung im Sinne von § 245 II Nr. 3 InsO im Insolvenzplan vorgesehen, sollte mit den Gläubigern der benachteiligten Gruppe abgeklärt werden, ob diese mit der Differenzierung einverstanden sind.⁶²⁹

7. Sanierungsmoderation des StaRUG-RegE

Das StaRUG wird als neue Sanierungsmöglichkeit bei wirtschaftlichen oder finanziellen Schwierigkeiten die Sanierungsmoderation gemäß §§ 100 ff. StaRUG-RegE einführen.⁶³⁰ Die Sanierungsmoderation ist dem Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen vorgelegt⁶³¹ und zielt auf den Abschluss eines Sanierungsvergleichs mithilfe eines vermittelnden Sanierungsmoderators ab, vgl. §§ 101 I, 102 I StaRUG-RegE. Das Verfahren steht der GmbH/AG nur zur Verfügung, wenn sie nicht offensichtlich materiell insolvent ist, § 100 I 2, 3 StaRUG-RegE. Die Sanierungsmoderation ist nicht öffentlich, vgl. § 101 II StaRUG-RegE, und soll gerade bei Kleinst- sowie kleinen Unternehmen Anwendung finden.⁶³² Der Antrag obliegt dem restrukturierungsfähigen Schuldner, vgl. § 100 StaRUG-RegE. Gesellschaftsintern sind die Geschäftsleiter zuständig, da die Schwelle⁶³³ für die Annahme einer wertungsmäßigen Zuständigkeit der Gesellschafter nicht überschritten ist. Der Antrag ist zu stellen, wenn es sich bei der Sanierungsmoderation um die *erfolgsversprechendste Sanierungsmöglichkeit* handelt. Die Bestellung des Sanierungsmoderators erfolgt grundsätzlich für drei Monate, vgl. § 101 StaRUG-RegE. Der Schuldner muss dem Sanierungsmoderator Einblick in seine Bücher und Geschäftsunterlagen gewähren und die angeforderten zweckmäßigen Auskünfte erteilen, vgl. § 102 II StaRUG-RegE. Wird der Sanierungsvergleich gerichtlich bestätigt, ist eine Anfechtung nur nach Maßgabe des § 97 StaRUG-RegE möglich, § 103 III StaRUG-RegE.

⁶²⁸ Vgl. hierzu *Steffan* in *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 131.

⁶²⁹ *Graf Brockdorff/Heintze/Rolle*, BB 2014, 1859, 1862.

⁶³⁰ Begründung RegE.

⁶³¹ Begründung RegE; *Thole*, ZIP 2020, 1985, 2000; vgl. § 8 A. III.

⁶³² Begründung RegE.

⁶³³ Vgl. § 3 A. I. 2. a), II. 1. b).

III. Abwägung der Aussichten und Vorteile des Sanierungsversuchs gegen die mit einem Scheitern des Versuchs einhergehenden Nachteile?

In einer Krise muss ein Unternehmensführer laut *Frege* „die Aussichten und Vorteile eines Sanierungsversuchs gegen die Nachteile ab[...]wägen, die ein Scheitern des Versuchs durch zwischenzeitliche Vermögensbewegung für die späteren Insolvenzgläubiger bewirken [...]kann.“⁶³⁴ Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Geschäftsleiter sein Handeln im Vorfeld der Insolvenz am Gesellschaftsinteresse ausrichten muss.⁶³⁵ Eine Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaftsgläubiger ist nur nach den allgemeinen Grundsätzen möglich. Wird der interessenmonistische Ansatz vertreten, soll der Geschäftsleiter seine Tätigkeit (allein) an den Gesellschaftern ausrichten und die Maximierung des Unternehmenswerts als Handlungsmaxime verstehen (shareholder primacy).⁶³⁶ Eine Pflicht, die Aussichten und die Vorteile des konkreten Sanierungsversuchs gegen die den Gläubigern drohenden Nachteile im Falle des Scheiterns abzuwägen, mit der Folge, dass das Ergreifen einer Sanierungschance bei zu hohen etwaigen Nachteilen (und bzw. oder einer zu hohen Eintrittswahrscheinlichkeit derselben, die auch berücksichtigt werden müsste) zu unterbleiben hat, kann hiernach in diesem Krisenstadium nicht angenommen werden. Laut dem interessenpluralen Stakeholder Value-Konzept müssen die im Unternehmen gebündelten Interessen zu einem sachgerechten Ausgleich gebracht werden.⁶³⁷ In die Entschei-

⁶³⁴ *Frege*, NZI 2006, 545, 546.

⁶³⁵ Zu einer Ausnahme, vgl. § 4 B. I. 2. c).

⁶³⁶ Für die AG: „Mehrerung des eigenen Vermögens und, gleichrangig, Marktwertmaximierung der Aktien“ als zweidimensionales Formalziel, *Mülberr* in FS Röhricht, 421 ff.; vgl. *ders.*, ZGR 1997, 129 ff.; (moderates) Shareholder Value-Konzept: *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 76 Rn. 29, 34, 37; *Hölter/Weber* AktG § 76 Rn. 19 ff.; *Groh*, DB 2000, 2153 ff.; erklärend, *Hüffer/Koch/Koch* AktG § 76 Rn. 29; zur Anwendung auf die GmbH, *Bea/Thissen*, DB 1997, 787 ff.; für die GmbH: (moderates) Shareholder Value-Konzept: *MüKo GmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 16 ff.; *Bork/Schäfer GmbHG/Klöhn*, § 43 Rn. 2 ff.; *Baumbach/Hueck/Noack GmbHG* § 43 Rn. 27 f.; für GmbH und AG: ferner *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 72 ff.

⁶³⁷ Für die AG: OLG Frankfurt, Urt. v. 17.8.2011 - 13 U 100/10 = ZIP 2011, 2008, 2009 ff.; *Hüffer/Koch/Koch* AktG § 76 Rn. 28, 30 ff.; *KK-AktG/Mertens/Cahn*, § 76 Rn. 15 ff.; *Kort*, AG 2012, 605 ff.; *Schäfer/Missling*, NZG 1998, 441, 444; erklärend, *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 76 Rn. 29; für die GmbH: OLG Naum-

dung, eine Sanierungschance zu ergreifen, dürfen dann aber nicht nur die Gläubigerinteressen miteinbezogen werden. Es sind die Interessen sämtlicher Stakeholder⁶³⁸ und damit neben den Gesellschaftern und den Gläubigern auch die der Arbeitnehmer, der Öffentlichkeit und des Managements miteinzubeziehen. Eine Pflicht, die Interessen der Gesellschaftsgläubiger unabhängig vom Einzelfall vorrangig zu berücksichtigen, ergibt sich bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage allein normbezogen aus den gläubigerschützenden gesetzlichen Pflichten.⁶³⁹ Die Sanierungsbemühenspflicht als Ausfluss des § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG dient aber primär der Gesellschaft. Das Urteil⁶⁴⁰, das die eingangs genannte Pflicht formuliert und auf das sich *Frege* stützt, handelt von einer bereits überschuldeten und damit materiell insolventen Gesellschaft. Bei materieller Insolvenz⁶⁴¹ ist die Interessenausrichtung aber eine andere.⁶⁴² In deren Vorfeld ist eine besondere, über die dargestellten allgemeinen Grundsätze hinausgehende Gewichtung der Gläubigerinteressen unzulässig.

D. Folgerungen

Bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage ist die Sanierung als grundsätzliche Maxime des Geschäftsleiterhandelns prägend. Beim Umgang mit der Krise bleibt das gesellschaftsrechtliche Kompetenzgefüge unverändert bestehen, Management und Managementqualität ist aber in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht eine herausragende Bedeutung zuzusprechen.⁶⁴³

burg, Urt. v. 30.11.1998 - 11 U 22/98 = NZG 1999, 353, 354; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 150.

⁶³⁸ Für die GmbH: OLG Naumburg, Urt. v. 30.11.1998 - 11 U 22/98 = NZG 1999, 353, 354; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 150; für die AG: Hüffer/Koch/Koch AktG § 76 Rn. 28; vgl. KK-AktG/Mertens/Cahn, § 76 Rn. 15 ff.; MüKo AktG/Spindler, § 76 Rn. 64; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, S. 51 ff.; Kort, AG 2012, 605, 610; Schäfer/Missing, NZG 1998, 441, 444.

⁶³⁹ Vgl. § 3.

⁶⁴⁰ BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96 ff. = NJW 1979, 1823 ff.

⁶⁴¹ Vorliegen der zwingenden Insolvenzgründe.

⁶⁴² Vgl. § 7 B. IX.

⁶⁴³ Für die GmbH: Steffan in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 37 Rn. 44.

So sind es die Geschäftsleiter, denen neben der Krisenerkennung im Rahmen der Krisenbewältigung zunächst die Vorbereitung der Sanierung durch die Erarbeitung eines Sanierungskonzepts und damit die Planung der Krisenbewältigung, die Vornahme der Sanierungsprüfung sowie die Vorbereitung einzelner Sanierungsmaßnahmen obliegen. Bei Durchführung der Sanierung sind sie für die Vornahme der in ihrer Kompetenz liegenden Sanierungsmaßnahmen und die Unterstützung der Gesellschafter in Form der Vorbereitung sowie Umsetzung der in deren Kompetenz fallenden Maßnahmen zuständig. Diese Zuständigkeitsverteilung hält sich jedoch innerhalb des allgemeinen Kompetenzgefüges. Auch wenn die Gesellschaft pospeziert, kommt dem Geschäftsleiter eine herausragende Bedeutung zu. Gleiches hat für die Durchführung der Abwicklung als Abwickler in Folge eines Auflösungsbeschlusses der Gesellschafter zu gelten.

In tatsächlicher Hinsicht haben die Fähigkeiten des Geschäftsleiters, sein Wissen, sein Verhandlungsgeschick und seine Überzeugungskraft maßgeblichen Einfluss auf den Erfolg der Krisenbewältigung. Je nach der persönlichen (Krisen-)Managementqualität können erfolgversprechende Pläne aus der Krise entwickelt, Verhandlungen mit Gesellschaftern und Dritten über Sanierungsbeiträge von Erfolg gekrönt sein und die entwickelten Pläne erfolgreich umgesetzt werden. Auch außerhalb der Krise entscheiden seine Fähigkeiten aber zum großen Teil über Erfolg oder Misserfolg. Bei Bewältigung der Krise haben die Entscheidungen der Geschäftsleiter jedoch über den Normalfall hinausgehende Auswirkungen auf die Existenz des Unternehmens. Der Rolle in der Krise können die Geschäftsleiter meist nicht ohne die Hilfe von Sanierungs- bzw. Restrukturierungsberatern gerecht werden.⁶⁴⁴

Der Geschäftsleiter bleibt auch während der Reaktion im außerinsolvenzlichen Bereich dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet. Die Sanierungsbemühenspflicht dient der Gesellschaft und nur mittelbar deren Gläubigern. Allein bei Aussichtslosigkeit sowohl der außegerichtlichen Sanierung als auch der Sanierung im Insolvenzverfahren und fehlender Reaktion der Gesellschafter muss bereits vor dem Eintritt der materiellen Insolvenz von einem Wechsel der Interessenausrichtung hin zu den Gläubigern ausgegangen werden. Dieser

⁶⁴⁴ Für die GmbH: *Steffan* in *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 37 Rn. 45.

Wechsel ist verbunden mit der Pflicht des Geschäftsführers, Maßnahmen zur Sicherung des Vermögens zu ergreifen.

Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gemäß § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG verengt sich zur *unverzüglichen und unmittelbaren Sanierungsbemühenspflicht* der Geschäftsführer. Sie müssen erfolversprechende Sanierungschancen ergreifen. Die verschiedenen Inhalte der Sanierungsbemühenspflicht, wie die Pflichten zur Erstellung eines Sanierungskonzepts, zur Durchführung einer Sanierungsprüfung und zur Vorbereitung einer Sanierung im Insolvenzverfahren, stellen Handlungen dar, die betriebswirtschaftlich für sinnvoll oder sogar für notwendig gehalten werden und sich durch die Konkretisierung der § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG zu (bestimmten) Verhaltenspflichten⁶⁴⁵ verdichten.

§ 5 Zwischenergebnis

Die eingangs sub § 2 gestellte Frage, ob und, wenn ja, welche Veränderungen die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage für die Stellung, die Interessenausrichtung und die (allgemeinen) Pflichten des Geschäftsführers mit sich bringt, ist dahingehend zu beantworten, dass sich die Stellung der Geschäftsführer nicht grundlegend verändert. Es findet aber eine Konzentration der Kompetenzen bei der Geschäftsleitung statt. Bei Bewältigung der Krise ist den Geschäftsführern eine herausragende Bedeutung zuzusprechen. Die verschärfte Situation, das alle Beteiligten betreffende Gefährdungspotenzial und das Risiko der Haftung der Geschäftsführer erfordern höchste Aufmerksamkeit.⁶⁴⁶

Auch die Interessenausrichtung der Geschäftsführer bleibt grundsätzlich dieselbe und die Geschäftsführer haben ihr Handeln weiterhin am Gesellschaftsinteresse auszurichten.

Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft bringt eine Veränderung und insgesamt eine Mehrung der Geschäftsführerpflichten mit sich. Es treten neue Pflichten und Gebote hinzu. Des Weiteren erhöht sich die Bedeutung vieler bestehender Pflichten. Allgemeine Pflichten der Geschäftsführer erfahren in der Krise eine Verengung oder erhalten aufgrund von Vorwirkungen der insol-

⁶⁴⁵ Vgl. § 3 F.

⁶⁴⁶ Für die AG: *Reuter*, BB 2003, 1797, 1804.

venzrechtlichen Regeln eine neue Akzentuierung.⁶⁴⁷ Prägend ist die Sanierung als grundsätzliche Maxime des Geschäftsleiterhandelns. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gemäß § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG konkretisiert sich zur unverzüglichen und unmittelbaren Sanierungsbemühenspflicht der Geschäftsleiter. Diese dient der Gesellschaft und nur mittelbar deren Gläubigern. Der Handlungsspielraum der Geschäftsleiter verengt sich sowohl zu Gunsten der Gesellschafter als auch zu Gunsten der Gläubiger. Die Verhaltenspflichten, die dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger gewidmet sind, ermöglichen und zwingen zu einer beschränkten, da auf den konkreten Anwendungsbereich der Norm begrenzten, Wahrung der Gläubigerinteressen bereits in dieser Phase. Einige Handlungen, die betriebswirtschaftlich sinnvoll oder sogar notwendig sind, werden bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage durch die Konkretisierung der § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG zu bestimmten Verhaltenspflichten.⁶⁴⁸ Bei allen Anlässen, die als Ausprägungen der verschlechterten wirtschaftlichen Lage Pflichten auslösen, handelt es sich um gesellschaftsrechtliche Krisenzeitpunkte⁶⁴⁹. Mit ihnen wird die Krise im betriebswirtschaftlichen Sinn zur (gesellschafts-)rechtlichen Krise.

2. Abschnitt:

Vorliegen von Insolvenzgründen

§ 6 Problemaufriss

Die Insolvenzordnung legt drei Insolvenzgründe fest: die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO), die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und die Überschuldung (§ 19 InsO). Bei der insolvenzrechtlichen Krise handelt es sich um einen Teil der Krise im rechtlichen Sinn.⁶⁵⁰ Sie ist bei allen wirtschaftlichen Notlagen gegeben, die Auslöser für ein Insolvenzverfahren darstellen,⁶⁵¹ und greift damit bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung⁶⁵² und auch

⁶⁴⁷ Reuter, BB 2003, 1797.

⁶⁴⁸ Vgl. § 3 F.

⁶⁴⁹ Vgl. § 2.

⁶⁵⁰ Vgl. § 2; Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 21.

⁶⁵¹ Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 21.

⁶⁵² Beutel/Sistermann, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, § 17 Rn. 5.

bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit⁶⁵³. Fraglich ist, ob und, wenn ja, welche Veränderungen der Eintritt der Insolvenzgründe gegenüber der Ausgangssituation und der im 1. Abschnitt behandelten Phase der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage für die Stellung, die Interessenausrichtung und die (allgemeinen) Pflichten des Geschäftsführers mit sich bringt.

§ 7 Gesetzliche Veränderung des Handlungsspielraums

A. Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO

Die drohende Zahlungsunfähigkeit leitet die Krise im insolvenzrechtlichen Sinn ein.⁶⁵⁴ Gemäß § 18 InsO ist die drohende Zahlungsunfähigkeit gegeben, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen, § 18 II InsO.⁶⁵⁵ Mit dem SanInsFoG wird in aller Regel ein Prognosezeitraum von 24 Monaten zugrunde zu legen sein, vgl. § 18 II InsO-RegE. Anhaltspunkte für das Vorliegen derselben stellen nachlassende Ertragszahlen, der anstehende größere Zahlungsausfall eines Kunden, das Aufzehren der eigenen Reserven oder der zur Verfügung stehenden Darlehen und die fehlende Aussicht auf weiteres Fremdkapital dar.⁶⁵⁶

I. Insolvenzantragsrecht, § 18 InsO

Mit Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit gewährt § 18 I InsO die Wahl, statt einer außergerichtlichen Sanierung, der Abwick-

⁶⁵³ Beck Hdb GmbH/Axhausen/Rieser, § 15 Rn. 5; MAH GmbH-Recht/Schluck-Amend § 23 Rn. 14; Steffan in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 37 Rn. 5; Zabel, in: Kübler, HRI, § 3 Rn. 5; Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 35 f.; Litzberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 21; Mohaupt, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 92; Schulz, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 26 f.; Schweiger, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 22; Uhlenbruck, BB 1998, 2009, 2011.

⁶⁵⁴ Vgl. Fn. 653.

⁶⁵⁵ Zur Unterscheidbarkeit zu § 19 InsO: Dafür, dass nicht stets eine Überschneidung gegeben ist, RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 40; vgl. MüKo InsO/Kern, § 270a Rn. 78; Uhlenbruck/Zipperer § 270a InsO Rn. 34; für eine beinahe vollkommene Überschneidung, MüKo InsO/Drukarczyk, § 18 Rn. 79 ff.; vgl. Hölzle, ZIP 2013, 1846, 1850; Pott, NZI 2012, 4, 8.

⁶⁵⁶ Vgl. FK-InsO/Schmerbach § 18 Rn. 31.

lung/Liquidation nach den §§ 60 ff. GmbHG/§§ 262 ff. AktG oder der reinen Fortführung der Geschäfte ein Insolvenzverfahren einzuleiten. § 18 InsO dient mit dem Erhalt des Unternehmens direkt § 1 S. 1 InsO a.E.⁶⁵⁷ Die Möglichkeit, einen (strategischen)⁶⁵⁸ Insolvenzantrag zu stellen,⁶⁵⁹ besteht bis zum Eintritt eines der zwingenden Insolvenzgründe.⁶⁶⁰ Die Antragstellung übernehmen bei GmbH/AG für den Schuldner im Außenverhältnis die Geschäftsleiter.

1. Gesellschaftsinterne Zuständigkeit für die Entscheidung über die Insolvenzantragstellung

Fraglich ist, wer im Innenverhältnis über die Stellung des Insolvenzantrags entscheidet.

a) Argumente für die Zuständigkeit der Geschäftsleiter

Für die alleinige Entscheidungsbefugnis der Geschäftsleiter⁶⁶¹ wird angeführt, dass die Gesellschafter im Falle der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht zwingend weiterhin die wirtschaftlichen Eigentümer seien; bei einer handelsrechtlichen Überschuldung seien ihre Anteile wirtschaftlich wertlos.⁶⁶² Der potentielle Rechtsverlust der Gesellschafter nach § 225a InsO zeige, dass diese als wirtschaftlich

⁶⁵⁷ FK-InsO/Schmerbach § 18 Rn. 1; anders *Leinekugel/Skauradzun*, GmbHR 2011, 1121, 1124.

⁶⁵⁸ Hierunter werden Insolvenzverfahren, die „zur planvollen Erreichung eines wirtschaftlichen Zieles eingeleitet werden“, verstanden, *Braun/Bußhardt* InsO § 18 Rn. 20; vgl. *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197 ff.; *Gessner*, NZI 2018, 185; *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353; ferner *Karsten Schmidt/K. Schmidt* InsO § 18 Rn. 7.

⁶⁵⁹ Nicht einmal 1 % der Eröffnungsanträge werden auf § 18 InsO gestützt, FK-InsO/Schmerbach § 13 Rn. 90; *Ehlers*, ZInsO 2005, 169, 171.

⁶⁶⁰ *Braun/Bußhardt* InsO § 18 Rn. 20.

⁶⁶¹ Für die GmbH: *MAH GmbH-Recht/Schluck-Amend* § 23 Rn. 221; *Gessner*, NZI 2018, 185, 186 ff.; *Hölzle*, ZIP 2013, 1846, 1850; vgl. *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197, 1203 f.; *Meyer-Löwy/Pickerill*, GmbHR 2013, 1065, 1072, 1074; für die AG: *Karsten Schmidt/K. Schmidt* InsO § 18 Rn. 31; *Uhlenbruck/Mock* § 18 InsO Rn. 77; *Rokas*, Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance, S. 149 f.; *Lutter*, ZIP 1999, 641, 642; *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 9; vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 187; *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197, 1203 f.

⁶⁶² Für die GmbH: *Meyer-Löwy/Pickerill*, GmbHR 2013, 1065, 1072.

letztrangig anzusehen seien.⁶⁶³ Die Gesellschafter könnten bei Annahme eines Zustimmungsvorbehalts dann trotz der fehlenden wirtschaftlichen Berechtigung an der Gesellschaft für ihre Zustimmung eine Lästigkeitsprämie und folglich einen unverdienten Wert verlangen, sog. Blockadepotenzial.⁶⁶⁴ Die Gesellschafter seien aufgrund ihrer gesellschaftsinternen Eingriffsbefugnisse oder Schadensersatzansprüche ausreichend geschützt.⁶⁶⁵ Gegen ein Beteiligungserfordernis aufgrund der mit dem Insolvenzantrag einhergehenden Auflösung spreche des Weiteren, dass ein Eröffnungsantrag, der mit dem Ziel einer Sanierung gestellt werde, nicht zwingend zur Abwicklung führen müsse.⁶⁶⁶ Gemäß § 60 I Nr. 4 GmbHG könnten sich die (Neu-)Gesellschafter nach Einstellung des Verfahrens auf Antrag des Schuldners oder bei Bestätigung eines den Fortbestand der GmbH enthaltenden Insolvenzplans für die Fortführung der GmbH entscheiden.⁶⁶⁷ Auch aus § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG könne keine Einberufungspflicht geschlossen werden, da § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG nur einmalige Warnsignale sein könnten.⁶⁶⁸ Der Geschäftsleiter müsse des Weiteren primär zum Wohle der GmbH/AG und nicht etwa zum Wohle ihrer Gesellschafter handeln.⁶⁶⁹ Außerdem wird die Unmöglichkeit des erforderlichen raschen Handelns,⁶⁷⁰ die etwaige Panik und die denkbar massive Verschlechterung der Sanierungsaussichten und folglich die Verfehlung des Zwecks des § 18 InsO angeführt⁶⁷¹.

⁶⁶³ Eidenmüller, ZIP 2014, 1197, 1203.

⁶⁶⁴ Für die GmbH: vgl. Meyer-Löwy/Pickerill, GmbHR 2013, 1065, 1068; Saenger/Al-Wraikat, NZG 2013, 1201, 1202.

⁶⁶⁵ Eidenmüller, ZIP 2014, 1197, 1203.

⁶⁶⁶ Für die GmbH: vgl. Meyer-Löwy/Pickerill, GmbHR 2013, 1065, 1074; ferner Saenger/Al-Wraikat, NZG 2013, 1201, 1204.

⁶⁶⁷ Für die GmbH: Meyer-Löwy/Pickerill, GmbHR 2013, 1065, 1074.

⁶⁶⁸ Für die GmbH: Saenger/Al-Wraikat, NZG 2013, 1201, 1203.

⁶⁶⁹ Für die GmbH: Gessner, NZI 2018, 185, 188.

⁶⁷⁰ Eidenmüller, ZIP 2014, 1197, 1203.

⁶⁷¹ Für die AG: Rokas, Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance, S. 149 f.

b) Argumente für die Zuständigkeit der Gesellschafter

Zur Begründung eines Beteiligungserfordernisses in der GmbH⁶⁷² wird angeführt, dass es sich bei der Inanspruchnahme des Insolvenzantragsrechts um ein Grundlagengeschäft⁶⁷³ oder jedenfalls um ein außergewöhnliches Geschäft im Sinne des § 49 II Hs. 2 GmbHG handele.⁶⁷⁴ Im Aktienrecht werden die Anforderungen der Holzmüller-Gelatine-Rechtsprechung für erfüllt gehalten.⁶⁷⁵ Aufgezeigt werden die immensen Konsequenzen der Antragstellung: Wird das Insolvenzverfahren aufgrund eines auf § 18 InsO gestützten Antrags eröffnet, werde die GmbH/AG gemäß § 60 I Nr. 4 GmbHG/§ 262 I Nr. 3 AktG aufgelöst.⁶⁷⁶ Aufgrund der grundsätzlichen Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung für die Entscheidung über die Auflösung der Gesellschaft, die mit einer Dreiviertelmehrheit getroffen werden muss, wäre mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Kompe-

⁶⁷² § 60 I Nr. 2 GmbHG, Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 60 Rn. 29; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1124 ff.; *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353, 361; *Wertenbruch*, DB 2013, 1592, 1593; vgl. *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 923; § 49 II GmbHG, MüKo GmbHG/Liebscher, § 49 Rn. 51; FK-InsO/Schmerbach § 18 Rn. 39; § 46 Nr. 6, Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 46 Rn. 115; *Wälzholz* in: *Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch*, 174. Lieferung 10.2020, Rn. 4015; *Götker*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 361, 500; *Meyke*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 185; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 187; vgl. OLG München, Ur. v. 21.3.2013 - 23 U 3344/12 = ZIP 2013, 1121, 1124; MüKo GmbHG/Stephan/Tieves, § 37 Rn. 143; *Roßkothlen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 248 ff.; *Leinekugel*, GmbHR 2013, 590, 593; *Lutter*, ZIP 1999, 641, 642; *Mönnig/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 9; *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1204; *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 823; *Wortberg*, ZInsO 2004, 707, 710; ferner *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 165; *Fölsing*, ZInsO 2013, 1325, 1328; *Tetzlaff*, ZInsO 2008, 137, 139; in der Regel einen Beschluss fordernd, MüKo GmbHG/Stephan/Tieves, § 37 Rn. 143; *Müller* in *Liber amicorum Winter*, 487, 496 f.

⁶⁷³ Für die GmbH: OLG München, Ur. v. 21.3.2013 - 23 U 3344/12 = ZIP 2013, 1121, 1123; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1124 f.; vgl. *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1204; zweifelnd, *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 187; a.A. *Gessner*, NZI 2018, 185, 186.

⁶⁷⁴ Für die GmbH: *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 187.

⁶⁷⁵ FK-InsO/Schmerbach § 18 Rn. 39; *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1204; *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353, 361; *Wertenbruch*, DB 2013, 1592, 1594 f.; *Wortberg*, ZInsO 2004, 707, 708 f.

⁶⁷⁶ *Wertenbruch*, DB 2013, 1592; für die GmbH: *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 922; *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1204.

tenz der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung betroffen.⁶⁷⁷ Außerdem werde das handlungsleitende Gesellschaftsinteresse im Insolvenzverfahren durch die Gläubigermaxime des § 1 S. 1 InsO abgelöst, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gehe grundsätzlich verloren und in die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Altgesellschafter könne massiv eingegriffen werden und werde massiv eingegriffen.⁶⁷⁸ Den Gesellschaftern würden ihre ihnen vom Gesellschaftsrecht gewährten Befugnisse zur Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft im Insolvenzverfahren weitestgehend genommen werden.⁶⁷⁹ § 225a II, III InsO ermögliche Eingriffe in die Mitgliedschaft der Gesellschafter, die im außerinsolvenzlichen Bereich nur durch die Gesellschafter selbst vorgenommen werden könnten.⁶⁸⁰ Ein Eingriff in die Rechte der Gesellschafter könne regelmäßig bereits in der Einleitung des Insolvenzverfahrens gesehen werden, wenn diese zur Zerstörung des (noch vorhandenen) wirtschaftlichen Werts der Anteile führe.⁶⁸¹ Die Stellung des Insolvenzantrags könne insbesondere zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO führen, da nun zu Liquidationswerten bilanziert werden müsse und aus der daraus folgenden gravierenden Vermögensverschlechterung zusätzlich zu dem mit dem Insolvenzverfahren einhergehenden erheblichen Ansehensverlust außerordentliche Kündigungsrechte auf Seiten der Kreditgeber und die Beendigung von Geschäftsbeziehungen mit Dritten durch diese resultierten.⁶⁸² Die drohende Zahlungsunfähigkeit selbst gefährde die Positionen der Gesellschaftsgläubiger aber noch nicht derart akut, dass ein eigenmächtiger Eingriff in die Rechte der Anteilseigner in diesem Stadium gerechtfertigt werden könnte.⁶⁸³ Außerdem drohe den Geschäftsleitern bei unterbliebener Antragstellung kein Risiko der per-

⁶⁷⁷ *Wertenbruch*, DB 2013, 1592, 1593 f.; ferner für die GmbH: *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 922; *Wortberg*, ZInsO 2004, 707, 709.

⁶⁷⁸ Vgl. *Wertenbruch*, DB 2013, 1592; für die GmbH: *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 922; *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1204.

⁶⁷⁹ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1125; *Wortberg*, ZInsO 2004, 707.

⁶⁸⁰ Für die AG: *Wertenbruch*, DB 2013, 1592, 1594.

⁶⁸¹ Für die GmbH: vgl. *Tetzlaff*, ZInsO 2008, 137, 139; ferner *Meyer-Löwy/Pickerill*, GmbHR 2013, 1065; a.A. *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1125.

⁶⁸² Für die GmbH: *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1124 f.; vgl. *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1202.

⁶⁸³ Für die AG: *Rokas*, Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance, S. 149.

sönlichen Haftung.⁶⁸⁴ Ferner wird für die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung die Existenz der Einberufungspflichten bei hälftigem Verlust des Stammkapitals/Grundkapitals (§ 49 III AktG/§ 92 I AktG) angeführt und die drohende Zahlungsunfähigkeit für den gravierenderen Fall gehalten.⁶⁸⁵ Hieraus folge argumentum a maiore ad minus⁶⁸⁶ bzw. argumentum a fortiori⁶⁸⁷, dass die Einberufung in diesem Fall umso gebotener sei.⁶⁸⁸

c) Stellungnahme

Die Argumente gegen eine Beteiligung der Gesellschafter, insbesondere das ungerechtfertigte Blockadepotenzial und die starke Einschränkung des Spielraums für zügiges Handeln, sind gewichtig. Hinsichtlich der Aktionäre kann sich der Aussage, die Gesellschafter seien aufgrund ihrer gesellschaftsinternen Eingriffsbefugnisse oder Schadensersatzansprüche ausreichend geschützt, aber nur eingeschränkt angeschlossen werden. Sie verfügen weder über eine Weisungsbefugnis noch über unmittelbare Bestellungs- und Abberufungskompetenzen. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Gesellschafter auch in einem Insolvenzverfahren, das aufgrund von Zahlungsunfähigkeit oder wegen Überschuldung eröffnet wurde, (zunächst) ihre Stellung als Anteilsinhaber des Schuldners, welchem Mitwirkungsrechte zustehen, vgl. §§ (156 II 1, 176), 158 II 1, 2, 161 S. 1, 2, 163 I, 212, 218 I 1 InsO, Art. 103 I GG, behalten. Die gesellschaftsinternen Befugnisse der Gesellschafter, wie beispielsweise das Weisungsrecht der GmbH-Gesellschafter, bleiben diesbezüglich intakt. Ein Mitspracherecht wird ihnen auch im eröffneten Insolvenzverfahren folglich nicht vollständig abgesprochen. Die gewichtigen Argumente gegen eine Beteiligung der Gesellschafter können nicht über die gesellschaftsinterne Kompetenzverteilung hinweghelfen. Zwar ist die Argumentati-

⁶⁸⁴ *Wertenbruch*, DB 2013, 1592.

⁶⁸⁵ *Wertenbruch*, DB 2013, 1592, 1593 f.; vgl. auch *Wortberg*, ZInsO 2004, 707, 710; für die GmbH: *Rofkoth*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 255; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1124.

⁶⁸⁶ *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 922.

⁶⁸⁷ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1124.

⁶⁸⁸ Für die GmbH: *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 922; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1124.

on mit § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG nicht zielführend. Mit ihr kann höchstens eine Einberufungspflicht aufgrund des Ereignisses⁶⁸⁹ des Vorliegens von drohender Zahlungsunfähigkeit begründet werden, nicht aber eine Einberufungspflicht wegen der Maßnahme der Stellung eines Insolvenzantrags.⁶⁹⁰ Ausschlaggebend sind aber die immensen Folgen der Antragstellung, die diese als Grundlagengeschäft qualifizieren, sowie die fehlende akute Gefährdung der Gesellschaftsgläubiger. Die Insolvenzantragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit bedarf eines mit Dreiviertelmehrheit⁶⁹¹ entschiedenen Beschlusses der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung. Die Befragung allein des Aufsichtsrats ist nicht ausreichend.⁶⁹² Die durch das Insolvenzrecht gewährte Antragsbefugnis der Geschäftsleiter wird folglich gesellschaftsrechtlich eingeschränkt, sodass zwischen dem Entscheidungsträger und den gesellschaftsintern wirtschaftlich in erster Linie Betroffenen Personenidentität besteht.

2. Ausübung des Insolvenzantragsrechts

Zum Nachweis des fakultativen Insolvenzantragsgrunds muss ein Finanzstatus oder eine Liquiditätsbilanz sowie ein umfassender, termingenauer und unsaldierter Finanzplan aufgestellt werden.⁶⁹³ Mit dem zuständigen Insolvenzgericht sollte ein Vorgespräch über die für das Verfahren relevanten Gegenstände geführt werden. Mit dem

⁶⁸⁹ Roth/Altmeyden/Altmeyden, GmbHG, § 49 Rn. 19.

⁶⁹⁰ A.A. Roßkothen, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 251 ff.

⁶⁹¹ Für die GmbH: Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 60 Rn. 29; FK-InsO/Schmerbach § 18 Rn. 39; *Wälzholz* in: Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, 174. Lieferung 10.2020, Rn. 4015; *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 923; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1126; *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353, 361; *Tresselt/Müller*, KSzW 2015, 198, 200; *Wertenbruch*, DB 2013, 1592, 1593; *Wortberg*, ZInsO 2004, 707, 710; für die AG: FK-InsO/Schmerbach § 18 Rn. 39; *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1204; *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353, 361; *Wertenbruch*, DB 2013, 1592, 1594 f.; *Wortberg*, ZInsO 2004, 707, 708 f.

⁶⁹² So aber Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO § 18 Rn. 31; für die AG: *Lutter*, ZIP 1999, 641, 642.

⁶⁹³ MüKo InsO/Drukarczyk, § 18 Rn. 30; ein solches Vorgehen empfehlend, *Uhlenbruck/Mock* § 18 InsO Rn. 27; ferner *Leithaus* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 18 Rn. 6; *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 18 InsO Rn. 10; *HK-InsO/Laroche* § 18 Rn. 13; für die GmbH: vgl. *Ehlers*, BB 2013, 1539, 1542; *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 920 f., 924; *Harz/Bornmann/Conrad/Ecker*, NZI 2015, 737, 741.

SanInsFoG erhalten Schuldner, die mindestens zwei der Voraussetzungen des § 22a I InsO erfüllen, ein Anspruch auf ein solches Vorgespräch, vgl. § 10a InsO-RegE. Machen die Geschäftsleiter grundlos oder eigenmächtig, namentlich ohne sowie gegen den Willen der Gesellschafter, von der Antragsbefugnis Gebrauch, ist die Antragstellung im Außenverhältnis wirksam.⁶⁹⁴ Es können sich aber Schadensersatzpflichten gegenüber der Gesellschaft aus § 280 I BGB⁶⁹⁵, § 43 II GmbHG/§ 93 II AktG⁶⁹⁶ und gegenüber den Gesellschaftern aus § 823 I BGB ergeben.⁶⁹⁷ Eine Außenhaftung gegenüber den Gläubigern droht hingegen nicht.

II. Recht zur Beantragung der Eigenverwaltung, § 270 II Nr. 1 InsO

Eine frühzeitige Einleitung des Insolvenzverfahrens durch Stellung eines fakultativen Eröffnungsantrags gemäß § 18 InsO ist gemeinsam mit der Beantragung der Eigenverwaltung ein erfolgversprechendes Instrument, um eine Sanierung innerhalb des Insolvenzverfahrens als durch das Gesetz geregeltes Ordnungsverfahren anzustreben. Die Anordnung der Eigenverwaltung setzt voraus, dass sie vom Schuldner beantragt worden ist und dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird, § 270 II InsO. Die Voraussetzungen der Eigenverwaltung werden mit dem SanInsFoG konkretisiert und

⁶⁹⁴ Braun/*Bußhardt* InsO § 18 Rn. 18; Karsten Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 18 Rn. 31; *Brinkmann* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 5.53; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 255; *Gessner*, NZI 2018, 185, 188; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1126; vgl. Uhlenbruck/*Mock* § 18 InsO Rn. 75 f.

⁶⁹⁵ Für die GmbH: *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1126 f.

⁶⁹⁶ Für die GmbH: *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1126 f.; vgl. Braun/*Bußhardt* InsO § 18 Rn. 19; Uhlenbruck/*Mock* § 18 InsO Rn. 75; *Brinkmann* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 5.53; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 116; *Frege*, NZI 2006, 545, 546; *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 923; *Lange*, GmbHR 2015, 1009, 1013; *Lutter*, ZIP 1999, 641, 642; *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1204; *Tetzlaff*, ZInsO 2008, 137, 140 f.; *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 823; a.A. *Wortberg*, ZInsO 2004, 707, 711 f.

⁶⁹⁷ Für die GmbH: *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1126 f.; *Wortberg*, ZInsO 2004, 707, 710 f.; vgl. *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 327 ff.; *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 923 f.; *Tetzlaff*, ZInsO 2008, 137, 140 f.; a.A. *Gessner*, NZI 2018, 185, 188; für GmbH und AG: ferner FK-InsO/*Schmerbach* § 15a Rn. 43.

erhöht, vgl. §§ 270 ff. InsO-RegE. Die Antragstellung hat bis zu der gerichtlichen Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens zu erfolgen.⁶⁹⁸ Zweckmäßig (für die Sanierung)⁶⁹⁹ ist es, den Antrag nach § 270 II Nr. 1 InsO gemeinsam mit dem Eröffnungsantrag zu stellen.⁷⁰⁰ Dies übernehmen bei GmbH/AG für den Schuldner im Außenverhältnis die Geschäftsleiter.

Die Geschäftsleiter müssen sich darum bemühen, dass mit der Anordnung der Eigenverwaltung keine Nachteile für die Gläubiger einhergehen. Sie müssen sich um Gläubigerakzeptanz und Mitwirkungsbereitschaft der wesentlichen Gläubiger, Lieferanten, Waren- und Geldkreditgeber bemühen.⁷⁰¹ Außerdem müssen sie sich um den Erwerb der für die Durchführung erforderlichen persönlichen⁷⁰² und fachlichen⁷⁰³ Eigenschaften kümmern,⁷⁰⁴ ohne massive Beratungskosten zu verursachen⁷⁰⁵. Die Stellung eines Eröffnungsantrags ge-

⁶⁹⁸ HK-InsO/Brüinkmans § 270 Rn. 9; MüKo InsO/Kern § 270 Rn. 25, 36; Pape in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270 InsO Rn. 75; Braun/Riggert InsO § 270 Rn. 4; Uhlenbruck/Zipperer § 270 InsO Rn. 41; Kessler, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 144, 153 ff.; vgl. Andres in Andres/Leithaus, InsO, § 270 Rn. 3; FK-InsO/Foltis § 270 Rn. 54 f., 62; Karsten Schmidt/Undritz InsO § 270 Rn. 4; Vallender, WM 1998, 2029, 2030 f.

⁶⁹⁹ Dietrich, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 77.

⁷⁰⁰ Pape in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270 InsO Rn. 75; Karsten Schmidt/Undritz InsO § 270 Rn. 4; Uhlenbruck/Zipperer § 270 InsO Rn. 41; ferner Uhlenbruck, GmbHR 2005, 817, 825.

⁷⁰¹ Vgl. Hölzle, Praxisleitfaden ESUG, §§ 270, 270a InsO Rn. 9; Henkel, ZIP 2015, 562, 565, 567; Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2234; Vallender, DB 2015, 231, 234; ferner Madaus, KTS 2015, 115, 120.

⁷⁰² Vgl. HK-InsO/Brüinkmans § 270 Rn. 15; MüKo InsO/Kern, § 270 Rn. 53 ff.; Karsten Schmidt/Undritz InsO § 270 Rn. 12; Hammes, NZI 2017, 233, 236; Hofmann, ZIP 2007, 260, 262; Westrick, NZI 2003, 65, 67; ferner FK-InsO/Foltis § 270 Rn. 77, 79; Henkel, ZIP 2015, 562, 566 ff.; Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2234; Madaus, KTS 2015, 115, 120; Vallender, DB 2015, 231, 233; ders., WM 1998, 2129, 2132, 2139.

⁷⁰³ Vgl. HK-InsO/Brüinkmans § 270 Rn. 15; MüKo InsO/Kern, § 270 Rn. 64 ff., 106; Karsten Schmidt/Undritz InsO § 270 Rn. 12; Uhlenbruck/Zipperer § 270 InsO Rn. 46; Frind, DB 2014, 165, 167 f.; Hammes, NZI 2017, 233, 236; ferner FK-InsO/Foltis § 270 Rn. 77, 79; Pape in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270 InsO Rn. 118; Henkel, ZIP 2015, 562, 564, 569; Hofmann, ZIP 2007, 260, 262; Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2234; Madaus, KTS 2015, 115, 120; Westrick, NZI 2003, 65, 67; Vallender, DB 2015, 231, 232 f.

⁷⁰⁴ Ferner FK-InsO/Foltis § 270 Rn. 73; Wehdeking/Smid, ZInsO 2010, 1713, 1715; Zipperer, ZIP 2012, 1492, 1494; weiter Hammes, NZI 2017, 233, 236.

⁷⁰⁵ Vgl. Karsten Schmidt/Undritz InsO § 270 Rn. 12; ferner HK-InsO/Brüinkmans § 270 Rn. 21; FK-InsO/Foltis § 270 Rn. 78; MüKo InsO/Kern, § 270 Rn. 73; Ham-

mäß § 18 InsO tatsächlich „nur“ bei drohender Zahlungsunfähigkeit wird bei der Entscheidung positiv berücksichtigt.⁷⁰⁶ Der Antrag, der zwar grundsätzlich bei jedem Insolvenzgrund gestellt werden kann, hat aufgrund der stärkeren Aushöhlung des Unternehmenswertes bei Vorliegen einer der zwingenden Insolvenzgründe höhere Chancen bei bloß drohender Zahlungsunfähigkeit.⁷⁰⁷

1. Gesellschaftsinterne Zuständigkeit für die Entscheidung über die Stellung eines Antrags auf Eigenverwaltung

Fraglich ist, welchem Organ gesellschaftsintern die Entscheidung über die Stellung eines Antrags gemäß § 270 II Nr. 1 InsO zuzuordnen ist. Die InsO weist das Recht, die Eigenverwaltung zu beantragen, dem *Schuldner* zu. Es handelt sich um ein Verfahrensrecht. Das Gesellschaftsrecht ist für die Beurteilung der gesellschaftsinternen Zuständigkeit maßgeblich. Zu prüfen ist, ob die Schwelle zur Zuständigkeit der Gesellschafter überschritten ist.

a) Argumente für die Zuständigkeit der Geschäftsleiter

Gegen einen Zustimmungsvorbehalt⁷⁰⁸ wird angeführt, dass die Eigenverwaltung in dem durch die Zielsetzung des § 1 InsO gesteckten Rahmen bleibe.⁷⁰⁹ Nicht ihre Beantragung, sondern die Beantragung des Insolvenzverfahrens sei die außergewöhnliche und damit von den Gesellschaftern zu entscheidende Maßnahme.⁷¹⁰ Ferner gehöre die weitere Ausgestaltung des eigentlichen Insolvenzverfahrens gerade nicht zur Kompetenz der Gesellschafterversammlung.⁷¹¹

mes, NZI 2017, 233, 235; *Vallender*, DB 2015, 231, 234; teilw. a.A. Braun/*Riggert* InsO § 270 Rn. 5.

⁷⁰⁶ MüKo InsO/*Kern*, § 270 Rn. 63; *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 81, 150; vgl. *Uhlenbruck/Zipperer* § 270 InsO Rn. 48; *Gottwald/Haas/Haas*, Insolvenzsrechts-Handbuch § 85 Rn. 34.

⁷⁰⁷ Aus Schuldnersicht: MüKo InsO/*Drukarczyk*, § 18 Rn. 3.

⁷⁰⁸ *Gottwald/Haas/Haas*, Insolvenzsrechts-Handbuch § 85 Rn. 21 f.; für die GmbH: *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 825.

⁷⁰⁹ *Gottwald/Haas/Haas*, Insolvenzsrechts-Handbuch § 85 Rn. 21; vgl. aber *Baumbach/Hueck/ders.* GmbHG § 60 Rn. 47.

⁷¹⁰ *Gottwald/Haas/Haas*, Insolvenzsrechts-Handbuch § 85 Rn. 21.

⁷¹¹ *Gottwald/Haas/Haas*, Insolvenzsrechts-Handbuch § 85 Rn. 21.

b) Argumente für die Zuständigkeit der Gesellschafter

Für die Zuständigkeit der Gesellschafter spreche, dass die Antragstellung kein Teil der laufenden Geschäftsführung sei.⁷¹² Die Kompetenzverteilung bei Beantragung der Eigenverwaltung soll der Kompetenzverteilung bei Stellung eines freiwilligen Insolvenzantrags gemäß § 18 InsO entsprechen.⁷¹³ Ein Gleichlauf würde einen Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafter von GmbH und AG bedeuten.

c) Stellungnahme

Die Argumente, die für die Begründung eines Zustimmungsvorbehalts bei Ausübung des Insolvenzantragsrechts angebracht werden, können nicht als Argumente für die Notwendigkeit eines Gesellschafterbeschlusses bei Beantragung der Eigenverwaltung vorgebracht werden.⁷¹⁴ Die Insolvenzantragstellung und die Stellung des Eigenverwaltungsantrags sind zwei voneinander zu unterscheidende Maßnahmen. Mit der Eigenverwaltung kann das Insolvenzverfahren ausgestaltet werden. Wird sie in Folge der Beantragung angeordnet, ist der Schuldner berechtigt, unter Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen, § 270 I 1 InsO. Die Gesellschaft und mit ihr die Geschäftsleiter behalten bzw. erhalten (zum Teil) ihre gesellschaftsrechtliche Rechtsmacht und erlangen zusätzlich neue, insolvenzrechtliche Kompetenzen.⁷¹⁵ Der eigenverwaltende Schuldner ist den Gläubigerinteressen verpflichtet.⁷¹⁶ Die Geschäftsleitung übernimmt weitestgehend die Rolle des Insolvenzverwalters im Regelverfahren. Diese Rolle wird einer Geschäftsleitung anvertraut, die allein aus Fremdgeschäftsleitern bestehen und – falls kein vollständiger personeller Austausch durchgeführt worden ist – aufgrund eines Managementfehlers die Krise zumindest teilweise verursacht oder verschlimmert haben

⁷¹² Vgl. Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 60 Rn. 47.

⁷¹³ BeckOK-InsO/Ellers, § 270 Rn. 11.

⁷¹⁴ Missverständlich, *Wertenbruch*, DB 2013, 1592, 1593 f., 1596.

⁷¹⁵ Vgl. § 7 C. II. 2. a) bb).

⁷¹⁶ Vgl. § 7 C. II. 2. f) dd).

kann⁷¹⁷. Die Mitwirkung der Gesellschafter und der anderen Organe wird im Vergleich zur prosperierenden Gesellschaft durch § 276a InsO stark zurückgedrängt. Auf die Tätigkeit der Gesellschaft als Eigenverwalter „verlieren“ sie den Einfluss. Bei der Beantragung der Eigenverwaltung handelt sich folglich um eine Maßnahme, die außergewöhnlich ist, wirtschaftlich gesehen eine hohe Bedeutung aufweist und sich sowohl auf den wirtschaftlichen als auch auf den rechtlichen Aufbau der Gesellschaft auswirkt. Zu berücksichtigen ist zwar, dass der Verlust an Einfluss auf die Führung der Geschäfte, der die Gesellschafter trifft, auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückzuführen ist. Diesen Verlust würden die Gesellschafter auch im Regelverfahren⁷¹⁸ erleiden, da sie in diesem auch nicht über stärkere Einwirkungsmöglichkeiten auf den Insolvenzverwalter verfügen. Jedoch gestaltet die Eigenverwaltung durch ihre Kompetenzverteilung diesen Verlust und führt im Vergleich zum Regelverfahren zu einer andersartigen Verkürzung der mitgliedschaftlichen Rechte der Gesellschafter. So übernimmt kein qualifizierter Insolvenzverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, sondern bleibt die Geschäftsleitung „an der Macht“. Auch bedeutend ist, dass der Eigenverwaltung mangels Einsetzung eines Insolvenzverwalters im Vergleich zum Regelverfahren ein höheres Missbrauchspotential inne wohnt. Unabhängig von der Insolvenzantragstellung wird die Schwelle zur Zuständigkeit der Gesellschafter durch die Eigenverwaltung aufgrund ihrer Gestaltungswirkung sowie der Hervorhebung unter gleichzeitiger Entkopplung der Geschäftsleiter überschritten. Die Entscheidung über die Beantragung der Eigenverwaltung steht damit im Innenverhältnis den Gesellschaftern zu. Vor Antragstellung muss daher die Zustimmung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung mit Dreiviertelmehrheit eingeholt werden.

⁷¹⁷ Vgl. HK-InsO/Brüinkmans § 270 Rn. 17; MüKo InsO/Ganter/Bruns, § 1 Rn. 120; o.V., Studie: Managementfehler sind häufigste Insolvenzursache, Stand: 27.09.2006.

⁷¹⁸ Vgl. § 7 C.

2. Pflicht zur Beantragung der Eigenverwaltung

Kommt ein außerinsolvenzlicher Vergleich aufgrund einzelner Gläubiger nicht zustande und soll das Sanierungskonzept mittels eines Insolvenzplans in Form eines prepackaged plans vorgelegt werden oder plant die neue Geschäftsleitung mit den Großgläubigern der Gesellschaft die Umstrukturierung und wird deshalb der Eröffnungsantrag gestellt, eignet sich die Eigenverwaltung.⁷¹⁹ Speziell in Großverfahren (Unternehmen mit mehr als 100 Mitarbeitern und einem Vermögen von über 20 Mio. €)⁷²⁰ kann es sich bei der Eigenverwaltung um den besseren, meist sogar um den einzigen Weg, die Gesellschaft zu erhalten, handeln.⁷²¹ Eine Sanierung im Rahmen der Fremdverwaltung hat in diesen Fällen nur selten und allenfalls mittels einer übertragenden Sanierung Erfolg.⁷²² Die Geschäftsleiter sind aber gerade verpflichtet, sich um eine Sanierung auch des Rechtsträgers zu bemühen. Auch bei mittleren Unternehmen mit bis zu 100 Mitarbeitern und einem Umsatz im unteren zweistelligen Millionenbereich⁷²³ sowie bei Gesellschaften mit einer geringen Unternehmensgröße⁷²⁴ können sich die Vorteile der Eigenverwaltung, die Berechenbarkeit ebenso wie die kürzere Verfahrensdauer, vollständig realisieren. Ein als Entscheidungshilfe auch für die Geschäftsleiter interessantes „Entscheidungsmodell zur Prüfung der Vorteilhaftigkeit der Eigenverwaltung im jeweiligen Insolvenzverfahren“ entwickelte *Körner*⁷²⁵.

Fraglich ist, ob sich das Recht zur Beantragung der Eigenverwaltung auf Basis der § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG⁷²⁶ zu einer Pflicht verdichten kann.⁷²⁷ Verspricht allein die Anordnung der Eigenverwal-

⁷¹⁹ Uhlenbruck/*Zipperer* § 270 InsO Rn. 9.

⁷²⁰ *Frind*, DB 2014, 165.

⁷²¹ Vgl. *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270 InsO Rn. 193; *Lau*, DB 2014, 1417.

⁷²² *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270 InsO Rn. 193.

⁷²³ *Lau*, DB 2014, 1417.

⁷²⁴ *Ferner*, *Hügel*, Eigenverwaltung als Modell, S. 226 ff.; *Frind*, DB 2014, 165; aber *Hammes*, NZI 2017, 233, 234; aber

⁷²⁵ *Körner*, NZI 2007, 270, 274 f.; vgl. 2. Teil 3. Abschnitt.

⁷²⁶ *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S.152 f.

⁷²⁷ Dafür, für die AG: *Kölner Schrift/Uhlenbruck*, 2. Aufl., S. 1160 Rn. 4; für die GmbH: *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 591, 595 f.; für die AG: *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 152 f.; a.A. *BeckOK-InsO/Ellers*, § 270 Rn. 11.

tung Sanierungschancen⁷²⁸ oder handelt es sich bei der Eigenverwaltung um die *erfolgversprechendste Sanierungsvariante*, manifestiert sich eine „Antragspflicht“ aus der Sanierungsbemühenspflicht.⁷²⁹ Dies liegt insbesondere bei Großverfahren nahe. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Geschäftsleiter aufgrund der Zuständigkeit der Gesellschafter nur zur *Hinwirkung auf die Antragstellung* verpflichtet sein kann.

Fraglich ist, ob sich (bei kleineren Insolvenzmassen)⁷³⁰ eine Pflicht zur (Hinwirkung auf die) Antragstellung ergeben kann, wenn die Kostenersparnis der Eigenverwaltung eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens erst ermöglicht, da die Kosten des Regelverfahrens nicht gedeckt sind. In dieser Situation steht eine Sanierung regelmäßig nicht im Raum. Aus der Sanierungsbemühenspflicht wird daher keine Verpflichtung folgen. Gerade die Gläubiger haben in diesem Fall ein Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Gesellschaftern und Geschäftsleitern kann bei Masselosigkeit, insbesondere mit Blick auf eine etwaige Haftung, an der Vermeidung der Verfahrenseröffnung gelegen sein. Die Suche nach einer Rechtsgrundlage für eine Pflicht der Geschäftsleiter gegenüber den primär profitierenden Gläubigern, die Verfahrenseröffnung durch (die Hinwirkung auf) einen Antrag auf Eigenverwaltung zu ermöglichen, erweist sich aber als schwierig. Die behaupteten Kostenvorteile⁷³¹ der Eigenverwaltung relativieren sich aufgrund der Vergütung des Sachwalters sowie der Geschäftsleitung und der Beraterkosten.⁷³² Häufig werden in Fällen der Masselosigkeit Versäumnisse und sogar Straftaten der Geschäftsleiter im Raum stehen, die eine Nachteiligkeit gemäß § 270 II Nr. 2 InsO begründen und der Anordnung der Eigenverwaltung (bei fehlender Aufarbeitung) entgegenstehen. Ausschlaggebend ist der im Zustimmungsvorbehalt des § 271 S. 1 InsO a.E. grundsätzlich geäußerte gesetzgeberische Wille gegen einen Zwang zur Ei-

⁷²⁸ Uhlenbruck/*Zipperer* § 270 InsO Rn. 46; ferner *Buchta/Ott*, ZInsO 2015, 288, 290.

⁷²⁹ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt; ferner für die AG: *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 152 f.

⁷³⁰ Diese Situation skizzierend, *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270 InsO Rn. 193; vgl. *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 112, 197 f.; *Jaffé*, ZHR 175 (2011), 38, 44; *Körner*, NZI 2007, 270, 274.

⁷³¹ *Kautzsch*, Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, S. 141; *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 152; *Vallender*, WM 1998, 2129, 2137.

⁷³² *Hammes*, NZI 2017, 233, 235, 237 ff.; vgl. *Eidenmüller*, ZHR 175 (2011), 11, 26; *Jaffé*, ZHR 175 (2011), 38, 44.

genverwaltung auch bei einem diesbezüglichen Willen der Gläubigermehrheit. Eine Pflicht zur (Hinwirkung auf die) Beantragung der Eigenverwaltung gegenüber den Gläubigern zur Ermöglichung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist daher abzulehnen. Die Ausführungen machen deutlich, dass die Größe des Unternehmens für die Eignung der Eigenverwaltung relevant, aber nicht allein maßgeblich ist.

3. Ausübung des Rechts auf Beantragung der Eigenverwaltung

Voraussetzung für die Anordnung der Eigenverwaltung ist ein vorberichtetes sowie planvolles Handeln von Seiten des Schuldners.⁷³³ Vor Stellung des Antrags nach § 270 II Nr. 1 InsO sollten eine gründliche Unternehmensanalyse, die ausführliche Auseinandersetzung mit den Insolvenzursachen und ein zumindest grobes⁷³⁴ sowie schlüssiges⁷³⁵ Sanierungskonzept frühzeitig erarbeitet werden.⁷³⁶ Auf diesem Weg können die gegen die Nachteiligkeit sprechende Verlässlichkeit und die nötige Durchsetzungskraft des Schuldners unter Beweis gestellt werden.⁷³⁷ Eine zumindest für die Anfangsmonate konkrete und für bis zu zwei Jahre grobe Liquiditätsplanung und die Vorbereitung einer Fortführungsfinanzierung sollten ebenfalls vorgenommen werden.⁷³⁸ Empfehlenswert ist die Vorlage eines ausgearbeiteten Insolvenzplans bei Antragstellung.⁷³⁹ Teilweise wird eine Vergleichsrechnung gefordert.⁷⁴⁰ Will der Geschäftsleiter die Eigenverwaltung beantragen oder muss er dies, sollte er die Beteiligten von diesem Weg überzeugen. Insbesondere die wesentlichen Stakeholder, namentlich Großgläubiger, unaustauschbare Lieferanten und ein beste-

⁷³³ *Henkel*, ZIP 2015, 562, 563; vgl. *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 435; *Frind*, DB 2014, 165; *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2234; ferner *Frege*, NZI 2006, 545, 547.

⁷³⁴ *HK-InsO/Brüinkmans* § 270 Rn. 19; *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 432; vgl. *Henkel*, ZIP 2015, 562, 565.

⁷³⁵ *Buchta/Ott*, ZInsO 2015, 288, 292.

⁷³⁶ Vgl. *MüKo InsO/Kern*, § 270 Rn. 63; *Buchta/Ott*, ZInsO 2015, 288, 292; für eine Pflicht, *Henkel*, ZIP 2015, 562, 565; ferner *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 67.

⁷³⁷ Vgl. *MüKo InsO/Kern*, § 270 Rn. 63; *Henkel*, ZIP 2015, 562, 565.

⁷³⁸ Vgl. *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 433 ff.

⁷³⁹ *Lakies*, BB 1999, 1759, 1760.

⁷⁴⁰ AG Essen, Beschl. v. 3.2.2015 - 163 IN 14/15 = ZIP 2015, 841, 842; AG Freiburg, Beschl. v. 1.5.2015 - 58 IN 37/15 = ZIP 2015, 2238 f.; *Hammes*, NZI 2017, 233, 236 f., wohl auch *Laroche/Pruskowski/Schöttler/Siebert/Vallender*, ZIP 2014, 2153, 2162.

hender Betriebsrat sollten eingebunden werden.⁷⁴¹ Positive Stellungnahmen bezüglich der Eigenverwaltung und des bisher ausgearbeiteten Sanierungskonzepts sollten von den bedeutenden Stakeholdern – wenn möglich – eingeholt und dem Insolvenzgericht vorgelegt werden.⁷⁴² Wird der Antrag von einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses unterstützt, so gilt die Anordnung sogar als nicht nachteilig für die Gläubiger, § 270 III 2 InsO. Die Abstimmung des Sanierungskonzepts mit den Gesellschaftsgläubigern als Element einer frühzeitigen Gläubigerbeteiligung verringert das Konfliktpotenzial und erhöht die Chancen der Umsetzung.⁷⁴³ Vorschläge zur Besetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 22a II InsO) und des Amtes des (vorläufigen) Sachwalters sollten erarbeitet werden.⁷⁴⁴ Erstere sollten vor Insolvenzantragstellung mit den wichtigen Stakeholdern besprochen werden.⁷⁴⁵ Vorabgesprächen mit dem Gericht sind zu empfehlen.⁷⁴⁶ Kompetenzen im Insolvenzrecht sollten zur Begründung der Befähigung zur Eigenverwaltung ebenfalls nachgewiesen werden.⁷⁴⁷

III. Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans, § 218 I 1 InsO

Die schuldnerische Gesellschaft hat gemäß § 218 I 1 InsO das Recht, einen Insolvenzplan vorzulegen. Die Vorlage beinhaltet einen Antrag auf Durchführung des Insolvenzplanverfahrens.⁷⁴⁸ Ein erstellter Insolvenzplan kann frühestens mit dem Eröffnungsantrag vorgelegt werden.⁷⁴⁹ Die Vorlage übernehmen bei GmbH/AG für den Schuldner im Außenverhältnis die Geschäftsleiter.⁷⁵⁰

⁷⁴¹ Strenger *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 440, 514; *Frind*, DB 2014, 165.

⁷⁴² *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 516; vgl. *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 604.

⁷⁴³ Vgl. *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 440, 514; *Buchta/Ott*, ZInsO 2015, 288, 292; *Vallender*, DB 2015, 231, 232; ferner *Frind*, DB 2014, 165, 166; *Henkel*, ZIP 2015, 562, 567.

⁷⁴⁴ *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 442, 444 f.

⁷⁴⁵ *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 515.

⁷⁴⁶ *Henkel*, ZIP 2015, 562, 567; strenger *Frind*, DB 2014, 165.

⁷⁴⁷ *Frind*, DB 2014, 165, 167 f.; *Vallender*, DB 2015, 231, 232; vgl. *ders.*, WM 1998, 2129, 2131.

⁷⁴⁸ *Nerlich/Römermann/Braun* InsO Vor §§ 217 bis 269 InsO Rn. 90; *MüKo InsO/Eidenmüller*, § 218 Rn. 126.

⁷⁴⁹ *Uhlenbruck/Lüer/Streit* § 218 InsO Rn. 28, 32 f.; vgl. *Andres* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 218 Rn. 12, 15; *Braun/Braun/Frank* InsO § 218 Rn. 16; *MüKo In-*

1. Gesellschaftsinterne Zuständigkeit für die Entscheidung über Erarbeitung und Vorlage eines Insolvenzplans

Die drohende Zahlungsunfähigkeit ändert an der gesellschaftsinternen Zuständigkeit für die Erarbeitung des Insolvenzplans nichts. Fraglich ist, wer im Innenverhältnis für die Entscheidung über das „Ob“ der Vorlage eines Insolvenzplans zuständig ist.

a) Argumente für die Zuständigkeit der Geschäftsleiter

Gegen ein Beteiligungserfordernis der Gesellschafter/Aktionäre⁷⁵¹ wird angeführt, dass sich das Insolvenzplanverfahren innerhalb der insolvenzrechtlichen Zielsetzung des § 1 InsO halte.⁷⁵² Nicht die Planvorlage, sondern die Insolvenzantragstellung und die mit ihr einhergehende Änderung des Gesellschaftszwecks sei als außergewöhnliche Maßnahme anzusehen.⁷⁵³ Bei der Planvorlage handele es sich lediglich um eine nähere Ausgestaltung des bereits eröffneten Verfahrens.⁷⁵⁴

sO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 66, 113, 115, 142; HK-InsO/*Haas* § 218 Rn. 3; FK-InsO/*Jaffé* § 218 Rn. 12, 14; *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 3, 44; Karsten Schmidt/*Spliedt* InsO § 218 Rn. 2, 22; zu den Anlagen: *ders.* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 8.7; *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 585 ff.; *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 607 ff.

⁷⁵⁰ Uhlenbruck/*Lüer/Streit* § 218 InsO Rn. 10; *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 27; für die GmbH: *Andres* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 218 Rn. 11; *Braun/Braun/Frank* InsO § 218 Rn. 2; MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 71, 75 ff.; HK-InsO/*Haas* § 218 Rn. 7; Karsten Schmidt/*Spliedt* InsO § 218 Rn. 5; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 97; *Graf Brockdorff/Heintze/Rolle*, BB 2014, 1859, 1862 f.; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 379; *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 824.

⁷⁵¹ Vgl. HK-InsO/*Haas* § 218 Rn. 7; *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1879; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 381.

⁷⁵² HK-InsO/*Haas* § 218 Rn. 7.

⁷⁵³ Vgl. HK-InsO/*Haas* § 218 Rn. 7.

⁷⁵⁴ Vgl. HK-InsO/*Haas* § 218 Rn. 7; zur gleichlautenden Argumentation hinsichtlich des Rechts zur Beantragung der Eigenverwaltung gemäß § 270 II Nr. 1 InsO, vgl. § 7 A. II. 1. a).

b) Argumente für die Zuständigkeit der Gesellschafter

Begründet wird das Erfordernis der Beteiligung der GmbH-Gesellschafter (mit Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen)⁷⁵⁵ mit der Zuständigkeit der Gesellschafter für die Entscheidung über die Zukunft ihrer Gesellschaft, namentlich über deren Fortführung oder Liquidation.⁷⁵⁶ Außerdem wird allgemein die Einordnung der wesentlichen Planbedingungen als Grundlagenentscheidungen angeführt.⁷⁵⁷ Bei der AG wird eine Beteiligung im konkreten Fall verlangt, wenn der Plan sog. „Holzmüller“-Maßnahmen beinhaltet.⁷⁵⁸ Weitergehend werden Fortführungspläne aufgrund des erforderlichen Fortführungsbeschlusses stets und Liquidationspläne, insbesondere wegen der Überschussherausgabe nach § 199 S. 2 InsO, gegebenenfalls für ein Fall der Holzmüller-Gelatine-Grundsätze gehalten.⁷⁵⁹

c) Stellungnahme

Der Insolvenzplan ermöglicht Abweichungen von der Regelabwicklung des Insolvenzverfahrens und gestaltet dessen Ablauf im Einvernehmen der Beteiligten, §§ 1 S. 1, 217 InsO. Gemäß § 225a III InsO kann im Plan jede Regelung getroffen werden, die *gesellschaftsrechtlich zulässig* ist. Die Möglichkeit, den Fortführungsbeschluss in den Insolvenzplan aufzunehmen, sieht die InsO in Abs. 3 ausdrücklich vor. § 254a II InsO erklärt die vom Gesellschaftsrecht vorgegebene Form für erfüllt und die gesellschaftsrechtlich erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen für verdrängt. Für die Wirksamkeit der gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen im Plan ist damit allein die Gruppenabstimmung gemäß §§ 244 ff. InsO relevant.⁷⁶⁰ Die InsO begrenzt die Beteiligung der Anteilsinhaber folglich auf die Teil-

⁷⁵⁵ MüKo InsO/Eidenmüller, § 218 Rn. 81; Graf Brockdorff/Heintze/Rolle, BB 2014, 1859, 1862 f.; vgl. Uhlenbruck, GmbHR 2005, 817, 824; anders wohl noch ders., GmbHR 1999, 390, 399.

⁷⁵⁶ Uhlenbruck, GmbHR 2005, 817, 824.

⁷⁵⁷ Vgl. Karsten Schmidt/Spliedt InsO § 218 Rn. 6.

⁷⁵⁸ Kessler, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 228 f.

⁷⁵⁹ MüKo InsO/Eidenmüller, § 218 Rn. 81; ferner

⁷⁶⁰ Andres in Andres/Leithaus, InsO, § 225a Rn. 2; Rendels/Zabel, Insolvenzplan, Rn. 238; aber Häsemeyer in FS Schilken, 693, 701.

nahme an der Abstimmung über den Insolvenzplan (vgl. §§ 235 III 3, 4, 244 III InsO) und richtet mit § 246a InsO und dem Obstruktionsverbot (§ 245 I, II InsO) Möglichkeiten ein, den Plan ohne oder sogar gegen den Willen derselben wirksam werden zu lassen. Die InsO ersetzt die gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsregeln der Gesellschafter mit eigenen – im Ergebnis geringeren – insolvenzrechtlichen Vorgaben über die Teilnahme an der Abstimmung über den Insolvenzplan. Den Gesellschaftern soll hierdurch Blockadepotenzial genommen werden.⁷⁶¹ Bei der Entscheidung über die Vorlage des Insolvenzplans handelt es sich daher prinzipiell um ein Grundlagengeschäft.⁷⁶² Gerade der für die vorliegende Arbeit relevante Fortführungsplan verfügt folglich über einen außergewöhnlichen Charakter und ökonomische Relevanz⁷⁶³. Mit der Nutzung der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmaßnahmen handelt es sich bei ihm um eine Maßnahme, die „den wirtschaftlichen und rechtlichen Aufbau der Gesellschaft als solche[...]“⁷⁶⁴ betrifft. Im Innenverhältnis ist daher ein Gesellschafterbeschluss mit einer Dreiviertelmehrheit erforderlich.

Über dieses Verfahrensrecht des *Schuldners* können die Gesellschafter aber Einfluss auf die Ausgestaltung des Insolvenzverfahrens und damit Einfluss auf ein Verfahren nehmen, in welchem die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger als *Maxime* vorherrscht (§ 1 S. 1 InsO) und die Interessen der Gesellschafter durch die Gläubigerinteressen eine Begrenzung erfahren⁷⁶⁵. Ein Zustimmungsvorbehalt und der damit einhergehende Einfluss auf die Ausgestaltung des Insolvenzverfahrens erscheint unter diesen Gesichtspunkten problematisch. Diese Bedenken werden aber auch bei Verneinung eines Zustimmungsvorbehalts und der Annahme einer Zuständigkeit der Geschäftsleiter nicht vollständig ausgeräumt. Bei Vorlage des Plans im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit verfügt die Gesellschaft noch vollumfänglich über ihr Verwaltungs- und Verfü-

⁷⁶¹ MüKo InsO/Eidenmüller, § 225a Rn. 1 f.; Uhlenbruck/Hirte § 225a InsO Rn. 1 f.

⁷⁶² Karsten Schmidt/Spliedt InsO § 225a Rn. 38; Götker, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 549.

⁷⁶³ Kriterien für eine wertungsmäßige Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung, vgl. § 3 A. I. 2.

⁷⁶⁴ Hauptversammlunگزuständigkeit, Raiser/Veil, Kapitalgesellschaftsrecht, § 16 Rn. 13.

⁷⁶⁵ Vgl. § 7 C. II. 1., 2.

gungsrecht, die GmbH-Gesellschafter haben noch ihre Mitwirkungsrechte und die Geschäftsleiter sind dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet.⁷⁶⁶ Die Bedenken richten sich folglich nicht gegen einen Zustimmungsvorbehalt, sondern gegen die Vorlageberechtigung des *Schuldners*. Diese ist aber durch eine bewusste und ausdrückliche Entscheidung des Gesetzgebers legitimiert. Ein Zustimmungsvorbehalt gibt den Gesellschaftern die Möglichkeit, einen sinnvollen, durch die Geschäftsleiter erarbeiteten, Insolvenzplan zu blockieren. Dies ist insbesondere dann nicht realitätsfern, wenn die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter in den Plan einbezogen sind, vgl. § 225a InsO. Liegt eine solche Situation vor oder ist die Zustimmung aus anderen Gründen nicht zu erwarten, bleibt den Geschäftsleitern der Weg über den Verwalter im späteren Insolvenzverfahren, der sich den Plan zu eigen machen kann.⁷⁶⁷ Das bei Annahme eines Zustimmungsvorbehalts noch vorhandene Blockadepotential begrenzt sich auf originäre Schuldnerpläne. Es folgt aus der Zugehörigkeit des Vorlagerechts zum insolvenzfreien Bereich und der Maßgeblichkeit der gesellschaftsrechtlichen Regelungen. Gesellschaftsrechtlich ist ein Zustimmungsvorbehalt anzunehmen. Mangels Korrektur durch das Insolvenzrecht muss vor⁷⁶⁸ der Vorlage eines originären Schuldnerplans zur Sanierung der Gesellschaft die Zustimmung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung eingeholt werden.

2. Pflicht zur Erarbeitung und Vorlage eines Insolvenzplans

Ein Insolvenzplan sollte bereits bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage erarbeitet werden, um dessen Potential direkt bei dem Eintritt eines Insolvenzgrundes heben zu können.⁷⁶⁹ Ist dies noch nicht geschehen, ist im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit die Prüfung der Eignung eines Insolvenzplans und bei Einordnung

⁷⁶⁶ Vgl. § 7 A. IX.

⁷⁶⁷ Vgl. hinsichtlich des Insolvenzverwalters, *Graf Brockdorff/Heintze/Rolle*, BB 2014, 1859, 1862 f.

⁷⁶⁸ A.A. Zustimmung nach der Planvorlage, um die strategische Option nicht zu entwerfen, *MüKo InsO/Eidenmüller*, § 218 Rn. 81.

⁷⁶⁹ Vgl. § 4 C. 6.; aber *Rendels*, in: *Kübler, HRI*, § 24 Rn. 18.

desselben als *erfolgsversprechendste Sanierungsmöglichkeit* dessen Erarbeitung vorzunehmen.⁷⁷⁰

Hinsichtlich originärer Schuldnerpläne existiert keine ausdrückliche gesetzliche Regelung über eine Vorlagepflicht. Eine Verengung des originären Planvorlagerechts des Schuldners zu einer *verfahrensrechtlichen Pflicht* desselben ist ausnahmslos abzulehnen.⁷⁷¹ Eine *gesellschaftsrechtliche Pflicht* des Geschäftsleiters zur Vorlage eines Insolvenzplans (direkt mit Insolvenzantragsstellung) ist hingegen denkbar.⁷⁷² Zur Begründung einer generellen Pflicht zur Vorlage bei Insolvenzantragstellung aufgrund der „Sanierungspflicht“, wenn hinreichende Erfolgsaussichten für eine Sanierung bestehen,⁷⁷³ wird die Rechtslage unter der Geltung der Konkursordnung und des Vergleichsverfahrens angeführt. Damals waren die Geschäftsleiter aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG bei hinreichenden Erfolgsaussichten zur Stellung eines Antrags auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens als Vorgänger des Insolvenzplanverfahrens verpflichtet.⁷⁷⁴ Der Insolvenzplan des heutigen Rechts wurde schlagkräftiger sowie effektiver ausgestaltet und ist im Vergleich als stärkeres Werkzeug anzusehen.⁷⁷⁵ So wird es für wertungswidersprüchlich gehalten, eine Pflicht zur Nutzung des schwächeren Werkzeugs der Vergleichsordnung im früheren Recht zu bejahen, eine Pflicht zur Nutzung des heutigen, stärkeren Werkzeugs „Insolvenzplan“ hingegen abzulehnen.⁷⁷⁶ Eine Pflicht zur Stellung eines Vergleichsantrags wurde bejaht, da die Eröffnung des alternativen Konkursverfahrens in der Regel die Zerschlagung des Unternehmens zur Folge hatte.⁷⁷⁷ Unter

⁷⁷⁰ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt; ferner *Rendels*, in: Kübler, HRI, § 24 Rn. 18; für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 159.

⁷⁷¹ MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 138; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 427; vgl. *Nerlich/Römermann/Braun* InsO Vor §§ 217 bis 269 InsO Rn. 88 f.

⁷⁷² Vgl. *Braun/Braun/Frank* InsO § 218 Rn. 2; Kölner Schrift/*Uhlenbruck*, 2. Aufl., S. 1160 Rn. 4; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 428; ungenau *Gutsche*, Die Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, Rn. 318; für die GmbH: *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 383; für die AG: *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 326.

⁷⁷³ Für die GmbH: *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 380 f.; vgl. FK-InsO/*Jaffé* § 218 Rn. 10, 18.

⁷⁷⁴ Für die GmbH: *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 378 f.

⁷⁷⁵ *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 380.

⁷⁷⁶ Für die GmbH: *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 380.

⁷⁷⁷ Für die GmbH: *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 378 f.

Geltung der InsO kann eine Sanierung der Gesellschaft auch ausschließlich im Regelverfahren (jedenfalls theoretisch)⁷⁷⁸ oder ausschließlich in der Eigenverwaltung⁷⁷⁹ oder mittels eines erst im Insolvenzverfahren vorgelegten Insolvenzplans erfolgen. Die Vorlage eines Insolvenzplans durch den Schuldner direkt bei Insolvenzantragstellung stellt folglich – anders als die Beantragung des Vergleichsverfahrens – nicht die einzige Chance zur Sanierung dar. Eine generelle Pflicht zur Vorlage eines Insolvenzplans kann folglich nicht begründet werden. Eine Einzelfallprüfung der Eignung des Insolvenzplanverfahrens ist nicht entbehrlich. Im Gleichlauf mit den Ausführungen zur Planinitiativpflicht bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage und drohender Zahlungsunfähigkeit ist aufgrund der Sanierungsbemühenspflicht eine „Vorlagepflicht“ anzunehmen, wenn es sich beim Insolvenzplan im konkreten Fall um das *erfolgsversprechendste Sanierungsinstrument* handelt.⁷⁸⁰ Regelmäßig wird nur ein Insolvenzplan optimale Sanierungschancen beinhalten und eine Pflicht daher anzunehmen sein. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Geschäftsleiter aufgrund des Zustimmungsvorbehalts der Gesellschafter nur zur *Hinwirkung auf die Vorlage* verpflichtet sein kann.

3. Ausübung des Planinitiativ- und des Planvorlagerechts

Der Schuldner und seine Geschäftsleiter sind bei Aufstellung und Vorlage des Plans bei drohender Zahlungsunfähigkeit dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet.⁷⁸¹ Die Geschäftsleiter müssen die Interessen der Gläubiger bei der Ausarbeitung des Insolvenzplans aber (im Interesse ihrer Gesellschaft) berücksichtigen, da andernfalls kaum Hoffnung auf eine Annahme des Plans bestehen kann. Trotz fehlender Pflicht aus § 218 III InsO müssen die Planbetroffenen aufgrund der Sorgfaltspflicht der Geschäftsleiter auch an der Erarbeitung eines Schuldnerplans beteiligt werden.⁷⁸² Grund dafür ist die

⁷⁷⁸ Vgl. § 8 C. I. 1.

⁷⁷⁹ Vgl. § 8 C. I. 2.

⁷⁸⁰ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt; vgl. *Vallender* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 8.46; *Maus*, DStR 2002, 1104, 1105.

⁷⁸¹ Vgl. § 7 A. IX.

⁷⁸² Vgl. MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 41; FK-InsO/*Jaffé* § 218 Rn. 21.

Erhöhung der Akzeptanzchancen, die mit einer frühzeitigen Absprache einhergeht.⁷⁸³ Voraussetzung für den Erfolg eines Insolvenzplans des Schuldners ist insbesondere die Mitwirkung von Betriebsrat, Verwalter und Gläubigerausschuss.⁷⁸⁴ Ein Insolvenzplan muss schriftlich inklusive der Anlagen mit Ausfertigungen vorgelegt werden.⁷⁸⁵ Gemäß § 229 InsO sind ihm eine Vermögensübersicht und ein Ergebnis- und Finanzplan sowie gegebenenfalls gemäß § 230 II, III InsO und mit dem SanInsFoG nach § 230 IV InsO-RegE (Zustimmungs-)Erklärungen der Gläubiger und Dritter beizufügen. Dem Insolvenzgericht sollten Vorschläge zur Besetzung des Gläubigerausschusses unterbreitet werden, bestenfalls gleichzeitig mit Begründung und Einverständniserklärungen der vorgeschlagenen Personen.⁷⁸⁶ Die Einreichung des Plans mit positiven Stellungnahmen der Gläubiger ist vorteilhaft.⁷⁸⁷ Die Einreichung mehrerer Insolvenzpläne zur Vorprüfung und deren Stellung zur Diskussion im Erörterungstermin kann aus Zeitgründen empfehlenswert sein.⁷⁸⁸

IV. Pflichten zur Einberufung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung

Eine Einberufungspflicht aufgrund des *Ereignisses* des Eintritts der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist aus § 49 II (Hs. 2) GmbHG denkbar.⁷⁸⁹ Bei der UG löst der Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit zwar eine als Krisenwarnsignal dienende Einberufungs-

⁷⁸³ Vgl. MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 41; FK-InsO/*Jaffé* § 218 Rn. 21.

⁷⁸⁴ FK-InsO/*Jaffé* § 218 Rn. 21; ferner *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 98.

⁷⁸⁵ Uhlenbruck/*Lüer/Streit* § 218 InsO Rn. 28, 32 f.; vgl. *Andres* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 218 Rn. 12, 15; *Braun/Braun/Frank* InsO § 218 Rn. 16; MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 66, 113, 115, 142; FK-InsO/*Jaffé* § 218 Rn. 12, 14; *Spahlinger* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 46; *Karsten Schmidt/Spliedt* InsO § 218 Rn. 2, 22; zu den Anlagen: *ders.* in: *Schmidt K./Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 8.7; *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 585 ff.; *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 607 ff.

⁷⁸⁶ *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 15; vgl. *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 81.

⁷⁸⁷ *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 99; ferner *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 414.

⁷⁸⁸ Vgl. *Spahlinger* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 37.

⁷⁸⁹ *Roth/Altmeyden/Altmeyden*, GmbHG, § 49 Rn. 19; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 155; vgl. MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 53.

pflicht aus (§ 5a IV GmbHG); eine solche Pflicht wurde vom Gesetzgeber für die reguläre GmbH aber nicht normiert. Allein der Verlust des hälftigen Stammkapitals/Grundkapitals wurde in GmbH und AG zum stets eine Einberufungspflicht rechtfertigenden Ereignis bestimmt, § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG. Es ist im Einzelfall anhand der oben dargestellten Kriterien zu bestimmen, ob die Einberufung bei Eintritt der drohenden Zahlungsfähigkeit im Interesse der GmbH erforderlich erscheint.⁷⁹⁰ Auch im Aktienrecht muss für den konkreten Fall ermittelt werden, ob das Wohl der AG die Einberufung einer Hauptversammlung nach § 121 I Alt. 3 AktG fordert.⁷⁹¹

Wird – wie in dieser Arbeit – den Gesellschaftern im Innenverhältnis die Entscheidung über die Stellung des fakultativen Insolvenzantrags⁷⁹², die Beantragung der Eigenverwaltung und die Vorlage eines Insolvenzplans zugewiesen, sind die Geschäftsleiter jeweils zur Einholung einer Entscheidung der Anteilseigner verpflichtet.⁷⁹³ Die Einberufungspflichten ergeben sich wegen diesen *Maßnahmen* aus § 49 II⁷⁹⁴ Hs. 2 GmbHG und § 121 I Var. 1 AktG aufgrund der Holz Müller-Gelatine-Rechtsprechung des BGH.⁷⁹⁵ Selbst wenn der Geschäftsleiter durch die Stellung des Insolvenzantrags Sanierungsmöglichkeiten wie die Eigenverwaltung und bzw. oder das Schutzschirmverfahren erhalten wollte, befreit ihn das nicht von der Einberufungspflicht.⁷⁹⁶

Fraglich ist, ob die Gesellschafterversammlung bei Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit einberufen werden und den Gesell-

⁷⁹⁰ Vgl. § 3 A. I. 2. b).

⁷⁹¹ Vgl. § 3 A. II. 2.

⁷⁹² Für eine Einberufungspflicht trotz ablehnender Ansicht, *Gessner*, NZI 2018, 185, 187.

⁷⁹³ Für § 18 InsO, für die GmbH: Zustimmung der Gesellschafterversammlung, *Meyer*, DB 2015, 538, 539; ferner *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 255; Konsultierung der Gesellschafter, *Tetzlaff*, ZInsO 2008, 137, 139; Hinweispflicht, *Meyke*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 185.

⁷⁹⁴ Für § 18 InsO: MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 51; *Brinkmann* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 5.53; *Wälzholz* in: Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, 174. Lieferung 10.2020, Rn. 4015; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 255; *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 922; vgl. MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 55, der auf Abs. 3 abstellt; *Wortberg*, ZInsO 2004, 707, 709 f.

⁷⁹⁵ Für § 18 InsO: *Wertenbruch*, DB 2013, 1592, 1594, 1596; vgl. *Wortberg*, ZInsO 2004, 707, 708 f.

⁷⁹⁶ Für die GmbH: vgl. *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1126.

schaftern so die Möglichkeit gegeben werden muss, über die Nutzung der insolvenzrechtlichen Rechte zu entscheiden,⁷⁹⁷ oder ob dem Geschäftsleiter hinsichtlich der Einberufung ein eigener Entscheidungsspielraum zuzusprechen ist, der der Entscheidungskompetenz der Gesellschafter über das „Ob“ der fakultativen Insolvenzantragstellung vorgeht. Hinsichtlich der in die Entscheidungskompetenz der Gesellschafter fallenden Maßnahmen obliegt den Geschäftsleitern die Unterbreitung von Vorschlägen, die Vorbereitung dieser Maßnahmen sowie die Wahl des Zeitpunkts deren Einleitung.⁷⁹⁸ Eine vorgelagerte, Wertungen beinhaltende Entscheidungsinstanz ist daher hinzunehmen. Die Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung muss erst einberufen werden, wenn der Geschäftsleiter auf die Durchführung einer Maßnahme hinwirken will⁷⁹⁹ oder muss. Im Übrigen können sich Einberufungspflichten aufgrund von besonderen Maßnahmen und besonderen Ereignissen weiterhin aus § 49 II Hs. 2, III GmbHG/§ 121 I AktG ergeben.

V. Informationspflichten

Die drohende Zahlungsunfähigkeit wirkt sich auf den unabhängig von der wirtschaftlichen Lage der AG greifenden § 90 AktG dergestalt aus, dass in der Regel Änderungen der Lage oder neue Fragen zu einer unverzüglichen Berichterstattung gemäß § 90 I 1 Nr. 1, II Nr. 1 AktG verpflichtet werden. Die regelmäßige Berichterstattung über den Gang der Geschäfte und die Lage der Gesellschaft nach § 90 I 1 Nr. 3, II Nr. 3 AktG muss in kürzeren Abständen erbracht werden, um eine stärkere Beteiligung des Aufsichtsrats sicherzustellen. Auf dieser Weise wird der gesteigerten Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats⁸⁰⁰ in dieser zugespitzten wirtschaftlichen Lage Rechnung getragen. Je weiter die Krise fortschreitet, desto kürzer müssen die Intervalle der Berichterstattung sein. Die Festlegung der Abstände muss einzelfallabhängig nach

⁷⁹⁷ Hinsichtlich der Insolvenzantragstellung, für die GmbH: *Brinkmann* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 5.53.

⁷⁹⁸ Vgl. § 3 A. I. 1., II. 2.

⁷⁹⁹ Für § 18 InsO und die GmbH: *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 361, 366; vgl. *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1128.

⁸⁰⁰ Vgl. *Semler*, Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, S. 87 f.

pflichtgemäßem Ermessen des Vorstands erfolgen. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit wird die Berichterstattung mindestens alle vier Wochen erfolgen müssen. Eine Frequenz von zwei bis drei Wochen ist zu empfehlen. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit kommt die Vornahme einer höheren Anzahl an Geschäften i.S.v. § 90 I 1 Nr. 4 AktG in Form von Reaktionsmaßnahmen in Betracht. Außerdem ist die Qualifikation von Geschäften, denen bei Prosperität keine erhebliche Bedeutung zuzusprechen wäre, bei drohender Zahlungsunfähigkeit als solche im Sinne des Nr. 4 denkbar. Eine Informationspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat ist bei der Geltendmachung des Insolvenzantragsrechts⁸⁰¹, der Beantragung der Eigenverwaltung und der Vorlage eines Insolvenzplans zu bejahen. Diese drei Maßnahmen sind mittels einer weiten Auslegung des Begriffs „Geschäfte“ unter Nr. 4 zu fassen.⁸⁰² Die drohende Zahlungsunfähigkeit stellt einen sonstigen wichtigen Anlass dar, der gemäß § 90 I 3 AktG zu einem Sonderbericht gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden verpflichtet.⁸⁰³

Die Verlustanzeigepflicht gemäß § 92 I Alt. 2 AktG besteht ebenso wie das Stellungnahmegebot nach § 176 I 3 AktG fort. Werden eigene Aktien zur Schadensabwehr erworben oder in Pfand genommen,⁸⁰⁴ greift die Berichtspflicht aus §§ 71 III 1 Alt. 1, 71e I 1 AktG. Den Informationspflichten gegenüber den anderen Organen im Zusammenhang mit deren Zuständigkeiten kommt insbesondere hinsichtlich des Insolvenzantragsrechts, dem Recht zur Beantragung der Eigenverwaltung und dem Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans gegenüber der Hauptversammlung Bedeutung zu.

In der Literatur findet sich die Behauptung, dass den Geschäftsführer bei drohender Zahlungsunfähigkeit umfassende Informations- sowie Berichtspflichten gegenüber den Gesellschaftern träfen.⁸⁰⁵ Von Gesetzes wegen treten jedoch keine ausdrücklichen Pflichten neu hinzu. Die Informationspflicht gegenüber der Gesellschaftergesamtheit hinsichtlich wichtiger Angelegenheiten der GmbH kann greifen, wenn der Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit lediglich ein

⁸⁰¹ Lutter, ZIP 1999, 641, 642; vgl. *ders.*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, Rn. 62.

⁸⁰² Vgl. § 3 B. I. 1.

⁸⁰³ K. Schmidt/Lutter AktG/*Sailer-Coceani*, § 90 Rn. 33.

⁸⁰⁴ Vgl. § 7 A. VII.

⁸⁰⁵ *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 140.

Informations-, aber noch kein Befassungsbedürfnis begründet.⁸⁰⁶ Die Pflicht zur Verlustanzeige bei hälftigem Verlust des Stammkapitals gilt weiterhin. Wird die Gesellschafterversammlung wegen einer in ihre Kompetenz fallende Maßnahme einberufen, treffen die Geschäftsführer Informationspflichten gegenüber der Gesellschafterversammlung im Zusammenhang mit deren Zuständigkeiten. Der Geschäftsführer sollte insbesondere in der wegen der Geltendmachung des Insolvenzantragsrechts auf Grundlage des § 49 II Hs. 2 GmbHG einberufenen Gesellschafterversammlung eine Konzeption vorstellen, die die relevanten Gründe darstellt, ob und wieso sich die Nutzung dieses Rechts für die Krisenbewältigung eignet.⁸⁰⁷ Er muss Chancen und Risiken und die von ihm geplante Form und Zielsetzung des Verfahrens erläutern.⁸⁰⁸ Gleiches gilt, wenn die Eigenverwaltung beantragt oder ein Insolvenzplan vorgelegt werden soll. Gegenüber dem nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz obligatorischen Aufsichtsrat gelten die bereits zum Aktienrecht näher beschriebenen Pflichten zur Berichterstattung gemäß § 90 I, II AktG. Gegenüber den übrigen Aufsichtsräten besteht die Pflicht, in Extremfällen und damit insbesondere bei drohender Zahlungsunfähigkeit zu informieren. Bei der Stellung eines Eröffnungsantrags gemäß § 18 InsO, der eines Antrags auf Anordnung der Eigenverwaltung gemäß § 270 II Nr. 1 InsO und der Vorlage eines Insolvenzplans nach § 218 I 1 InsO handelt es sich um Maßnahmen von wesentlicher Bedeutung, die eine außerordentliche Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat rechtfertigen. Die Informationspflichten reichen folglich nicht über den bereits gesetzten Rahmen hinaus, sind aber in der Tat als gesteigert anzusehen.

VI. Auskunfts- und Einsichtsverweigerung

Die drohende Zahlungsunfähigkeit bringt für die Auskunfts- und Einsichtsverweigerung des Vorstands und des Geschäftsführers gegenüber den Aktionären/Gesellschaftern sowie gegenüber Auf-

⁸⁰⁶ Vgl. § 3 B. II. 1.; Obligatorisch, *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 154 f.; *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 366.

⁸⁰⁷ Vgl. nur hinsichtlich des „Wieso“, *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 922.

⁸⁰⁸ *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 922 f.

sichtsrat und Aufsichtsratsvorsitzendem keine Besonderheiten mit sich.

VII. Vermögensbezogene Pflichten

Die Auszahlungs- und Rückzahlungsverbote der § 30 I 1, II GmbHG und § 57 AktG sowie die Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 S. 3 GmbHG/§ 92 II 3 AktG gelten bei Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit (fort). In diesem Stadium werden das Stammkapital in der Regel bereits angegriffen und die Verbote des § 30 I 1, II GmbHG bei Zahlungen an Gesellschafter folglich regelmäßig einschlägig sein. Während die Insolvenzverursachungshaftung nur Zahlungen sanktioniert, die zur Zahlungsunfähigkeit führen mussten, können Zahlungen an die Gesellschafter, die zur Überschuldung führen, mangels gleichwertiger Gegenleistung gegen § 30 I 1 GmbHG/§ 57 AktG verstoßen.⁸⁰⁹

Der Erwerb eigener Aktien/Geschäftsanteile kann in den Dienst der Schadensabwehr und damit insbesondere in den Dienst der Abwehr der Insolvenz gestellt werden. Voraussetzung hierfür ist aber unter anderem die Bildung einer fiktiven Rücklage gemäß § 71 II 2 AktG und nach § 33 II 1 GmbHG. Hat sich die Krise zur drohenden Zahlungsunfähigkeit zugespitzt, kann diese hypothetische Kapitalgrenze und der Mangel an ausreichendem freiem Vermögen zur Deckung der Aufwendungen des Erwerbs dem Erwerb entgegenstehen. Eine Inpfandnahme eigener Aktien/Geschäftsanteile kann bei drohender Zahlungsunfähigkeit an §§ 71 II 2, 71e I 1 AktG, § 272 IV HGB analog/§ 33 II 2 GmbHG scheitern. Die Verwendungsvorgaben für Beträge aus der Auflösung der Kapital- oder Gewinnrücklagen und aus der Kapitalherabsetzung sowie für Gewinne gelten unverändert fort.

Droht die Zahlungsunfähigkeit, ist die Kreditgewährung an die Führungskräfte und Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft sowohl bei der GmbH als auch bei der AG regelmäßig unzulässig. Das Verbot der Kreditgewährung des § 43a GmbHG greift ab absehbarer Unterbilanz,⁸¹⁰ welche im Falle der drohenden Zahlungsunfähigkeit vor-

⁸⁰⁹ Ulmer/Habersack GmbHG § 30 Rn. 3; Cahn, Das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG, 2008, S. 2.

⁸¹⁰ Vgl. Fn. 298.

liegen kann. Sollte das Kreditverbot des § 43a GmbHG noch nicht greifen, wird der Abfluss an Liquidität und die Bindung des Kapitals, die mit der Kreditgewährung einhergehen, mit dem Gesellschaftsinteresse grundsätzlich unvereinbar sein und das Ermessen auf Null hin zu einem Verbot der Kreditgewährung reduzieren. Eine Ausnahme ist aber bei Vereinbarung einer bei Bedarf sofortigen und vollständigen Rückgewährpflicht und einer über jeden Zweifel erhabenen Solvenz des Kreditempfängers denkbar. Sollte die Kreditgewährung ausnahmsweise nicht verboten sein, ist der Geschäftsführer verpflichtet, die Gesellschafterversammlung gemäß § 49 II GmbHG einzuberufen.⁸¹¹ Unabhängig vom vereinbarten Umfang oder von den konkreten Kreditbedingungen ist eine Kreditvergabe bei einer zugespitzten Krise, die sich im Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit manifestiert hat, allein aufgrund dieses Umstands als ungewöhnlich einzuordnen. Bei der AG ist die Kreditgewährung bei drohender Zahlungsunfähigkeit trotz Einhaltung der formalen Anforderungen der §§ 89, 115 AktG aufgrund des Abflusses an Liquidität und der Bindung des Kapitals ebenfalls grundsätzlich nicht mit dem Gesellschaftsinteresse vereinbar. Die drohende Zahlungsunfähigkeit wird regelmäßig zu einer Ermessensreduktion auf Null führen und eine Kreditgewährung verbieten.

VIII. Auswirkungen auf die allgemeinen Geschäftsleiterpflichten, § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG

Das Gesetz trifft keine Aussage über die Auswirkungen des Eintritts der drohenden Zahlungsunfähigkeit auf die allgemeinen Geschäftsleiterpflichten.

1. Die allgemeine Sorgfaltspflicht

Die Stellung eines freiwilligen Insolvenzantrags, die eines Eigenverwaltungsantrags⁸¹² und die Vorlage eines Insolvenzplans gehören dem „(unveräußerlichen) Kernbereich der Leitungsaufgaben“⁸¹³ an und sind folglich vom Gesamtgremium vorzunehmen. Hinsichtlich

⁸¹¹ Vgl. § 3 D. IV. 1.

⁸¹² Für die GmbH: Gottwald/Haas/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch § 85 Rn. 21.

⁸¹³ Für die GmbH: Gottwald/Haas/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch § 85 Rn. 21.

erfolgter Geschäftsverteilung und Delegation ist Folgendes zu beachten: Das Gesamtgremium der Geschäftsleitung muss die Gesellschafter informieren, die Gesellschafterversammlung einberufen und Sanierungskonzepte erstellen.⁸¹⁴ Es muss die Entscheidungen treffen, die unmittelbar oder mittelbar Auswirkungen auf die Gesellschaft als Ganzes⁸¹⁵ haben können. Entscheidungen, denen kein solches Potential innewohnt, können auch bei einem Bezug zur Krisenbewältigung von einzelnen Geschäftsleitern getroffen werden. Eine über vor- und nachbereitende Aufgaben hinausgehende Delegation an die Mitarbeiter ist aber unzulässig. Die gesellschaftsinterne Organisation muss eine stärkere Einbeziehung der Geschäftsleiter in sämtliche Aufgabenbereiche sicherstellen. Das interne Berichtssystem muss ausgebaut, weitere Berichtspflichten eingeführt und die Intervalle der bereits vorhandenen Berichtspflichten erhöht werden.

Die Überwachung der wirtschaftlichen Lage ist zu intensivieren.⁸¹⁶ Fraglich ist, ob die Geschäftsleiter außerdem verpflichtet sind, den Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit festzustellen und das Bestehen einer Überschuldung zu prüfen. Mangels anderweitiger Anknüpfungspunkte müssten sich diese Pflichten auf § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG stützen lassen.

Insbesondere § 18 I InsO normiert keine Pflicht zur Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit.⁸¹⁷ Auch anderen Regelungszusammenhängen ist eine solche nicht explizit zu entnehmen.⁸¹⁸ Für eine solche Pflicht spricht aber der Verlust von Sanierungschancen, der mit einer fehlenden Prüfung einhergehen kann.⁸¹⁹ Relevanz kann dieser Frage aber nicht nur zugesprochen werden, wenn der Nachweis gelingt, dass bei drohender Zahlungsunfähigkeit bestimmte Sanierungschancen existierten, die im Nachhinein nicht mehr ergriffen werden konnten.⁸²⁰ Aus ex ante-Sicht des Geschäftsleiters lässt sich dies nicht zwingend zweifelsfrei feststellen. Dem angeführten

⁸¹⁴ Für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 162.

⁸¹⁵ Für die GmbH: vgl. Fn. 316.

⁸¹⁶ Vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 126.

⁸¹⁷ *Uhlenbruck/Mock* § 18 InsO Rn. 33.

⁸¹⁸ *Uhlenbruck/Mock* § 18 InsO Rn. 33.

⁸¹⁹ *Uhlenbruck/Mock* § 18 InsO Rn. 34; vgl. *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 26; ferner *Uhlenbruck* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, Rn. 5.99; *Ehlers*, ZinsO 2005, 169, 170 f., 174 f.

⁸²⁰ So *Uhlenbruck/Mock* § 18 InsO Rn. 34.

Einwand kann nur nachträglich bei der Frage der Haftung Bedeutung zugesprochen werden. Er taugt aber nicht zur Beantwortung der Frage nach der Existenz einer solchen Pflicht. Die drohende Zahlungsunfähigkeit eröffnet aber nicht nur das Insolvenzantragsrecht, das Recht zur Beantragung der Eigenverwaltung und das Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans, sondern ist auch für andere Pflichten von Bedeutung.⁸²¹ Einigen von diesen könnte der Geschäftsleiter ohne die Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht nachkommen. Er muss die drohende Zahlungsunfähigkeit folglich ermitteln. Bei dieser Pflicht handelt es sich um eine Ausprägung der allgemeinen Sorgfaltspflicht in Form der Sanierungsbemühens- und der Überwachungspflicht. Die Prüfung ist vorzunehmen, wenn sich Anhaltspunkte⁸²² für eine drohende Zahlungsunfähigkeit zeigen. Zur Ermittlung des fakultativen Insolvenzantragsgrunds muss ein Finanzstatus oder eine Liquiditätsbilanz sowie ein umfassender, termingenauer und unsaldierter Finanzplan aufgestellt werden.⁸²³ Die Ermittlung erfordert eine auf eine ausführliche Liquiditätsplanung gestützte Prognose für die Zukunft.⁸²⁴

Die drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO und die Überschuldung gemäß § 19 InsO verfügen über einen nicht unerheblichen Überschneidungsbereich. Wird die drohende Zahlungsunfähigkeit festgestellt, sollen die Geschäftsleiter deshalb insbesondere laut IDW S 11 prüfen müssen, ob ihre Gesellschaft bereits rechnerisch überschuldet ist.⁸²⁵ Vorzuziehen ist die Einordnung der drohenden Zahlungsunfähigkeit als ein Auslöser für die Prüfung der insolvenzrechtlichen Überschuldung. Zunächst ist eine Fortführungsprognose und anschließend, für den Fall, dass diese negativ ausfällt, ein Über-

⁸²¹ Vgl. § 7 A. II. - VIII.

⁸²² Vgl. § 7 A.

⁸²³ MüKo InsO/*Drukarczyk*, § 18 Rn. 30; ein solches Vorgehen empfehlend, Uhlenbruck/*Mock* § 18 InsO Rn. 27; ferner *Leithaus* in Andres/*Leithaus*, InsO, § 18 Rn. 6; *Pape* in: Kübler/*Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 18 InsO Rn. 10; HK-InsO/*Laroche* § 18 Rn. 13; für die GmbH: vgl. *Ehlers*, BB 2013, 1539, 1542; *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 920 f., 924; *Harz/Bornmann/Conrad/Ecker*, NZI 2015, 737, 741.

⁸²⁴ *Leithaus* in Andres/*Leithaus*, InsO, § 18 Rn. 4; vgl. Braun/*Bußhardt* InsO § 18 Rn. 12; Uhlenbruck/*Mock* § 18 InsO Rn. 27 ff.; HK-InsO/*Laroche* § 18 Rn. 13; FK-InsO/*Schmerbach* § 18 Rn. 22; Karsten Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 18 Rn. 22.

⁸²⁵ IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, IDWLife 2017, 332, 342 Rn. 95; Uhlenbruck/*Mock* § 18 InsO Rn. 35.

schuldungsstatus aufzustellen.⁸²⁶ Bei dieser Verpflichtung handelt es sich um einen Teil der Überwachungspflicht.

2. Die Treuepflicht

Die Treuepflicht der Geschäftsleiter erfährt durch den Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit keine Veränderungen.

3. Die Verschwiegenheitspflicht

Der Geschäftsleiter (als Repräsentant der GmbH/AG) kann trotz des Geheimhaltungsinteresses seiner Gesellschaft zur Aufklärung über die finanzielle Situation der GmbH/AG gegenüber Dritten aus § 242 BGB verpflichtet sein.⁸²⁷ Offenlegungspflichten sind laut BGH zu bejahen, wenn beim ersten Geschäftsabschluss Umstände existieren, „die nach Treu und Glauben dem anderen Teil bekannt sein müssen, weil seine Vertragsentschließung davon wesentlich beeinflusst wird.“⁸²⁸ Solche Umstände sind gegeben, wenn „die Durchführbarkeit des Vertrages infolge der schlechten Vermögenslage des einen Teils von vornherein schwer gefährdet ist“⁸²⁹.

Im Vorfeld der Insolvenz ist die konkrete Gefährdung der Interessen der Gesellschaftsgläubiger relevant.⁸³⁰ Eine Aufklärungspflicht ist anzunehmen, wenn zumindest die Forderung, die Gegenstand des Vertrages ist, die drohende Zahlungsunfähigkeit begründet⁸³¹ und wenn der Geschäftsleiter weiß, „dass der Vertragspartner seine Gegenleistung aufgrund bevorstehender Insolvenzantragstellung oder

⁸²⁶ Vgl. § 7 B. VIII. 1. b).

⁸²⁷ Für die GmbH: vgl. Scholz GmbHG/K. *Schmidt*, 11. Aufl., § 64 Rn. 219; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 187 ff.; *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 142; ferner *Ulmer*, NJW 1983, 1577, 1578; a.A. *Poertzgen*, ZInsO 2010, 416, 419 ff.

⁸²⁸ BGH, Urt. v. 25.1.1984 - VIII ZR 227/82 = NJW 1984, 2284, 2286.

⁸²⁹ BGH, Urt. v. 25.1.1984 - VIII ZR 227/82 = NJW 1984, 2284, 2286; vgl. ders., Urt. v. 5.4.1971 - VII ZR 163/69 = BGHZ 56, 81, 87 = NJW 1971, 1309, 1311; *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 142; vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 188; *Ulmer*, NJW 1983, 1577, 1578 f.; ferner OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.11.1987 - 9 U 251/85 = BB 1988, 1413.

⁸³⁰ Für die GmbH: Scholz GmbHG/K. *Schmidt*, 11. Aufl., § 64 Rn. 219.

⁸³¹ Für die GmbH: Wohl, *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 188; vgl. *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 735.

Zahlungsschwierigkeiten wahrscheinlich nicht erhalten wird“⁸³². Das Ausmaß der Offenbarungspflicht hängt ab vom Einzelfall, unter anderem vom Bekanntheitsgrad der Lage.⁸³³ Begünstigte der Aufklärungspflicht sind nur diejenigen, die eine neue Verbindlichkeit mit der Gesellschaft eingehen möchten.⁸³⁴ Altgläubiger, die ihre Geschäftsbeziehungen mit der Gesellschaft nicht erweitern wollen, müssen nicht aufgeklärt werden. Ihnen droht kein neues Risiko. Sie sind die Verbindlichkeiten bereits eingegangen.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass selbst bei materieller Insolvenz eine Aufklärungspflicht zu verneinen und damit zugleich grundsätzlich ein Aufklärungsverbot zu bejahen ist, wenn die Sanierungsfrist des § 15a I 1 InsO ausgeschöpft werden darf oder das Gegenüber durch Sicherungs- und Zurückbehaltungsrechte geschützt ist.⁸³⁵ Übertragen auf das Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit muss eine Aufklärungspflicht bei aussichtsreichen Sanierungsversuchen verneint werden. Ein Aufklärungsverbot manifestiert sich, wenn eine Offenbarung die Sanierung gefährden könnte. Eine Aufklärungspflicht ist auch im Falle von Sicherungs- und Zurückbehaltungsrechten des Gegenübers zu verneinen. Eine Verletzung der Aufklärungspflicht kann zu einer Haftung der Gesellschaft aus §§ 280 I, 311 II,⁸³⁶ 241 II BGB und der Geschäftsleiter aus §§ 280 I, 311 II, III,⁸³⁷ 241 II BGB, § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB, § 823 II BGB i.V.m. § 265b StGB sowie aus § 826 BGB führen.⁸³⁸

Eine gesellschaftsinterne Pflicht zur Offenbarung geheimer Unternehmensinformationen kann nach sorgfältiger Interessenabwägung zum Wohl der Gesellschaft gegenüber einem liquide Mittel anbietenden Investor zu bejahen sein, der konkrete Informationen zur Abschätzung seiner Risiken verlangt, wenn andernfalls der Abbruch

⁸³² Für die GmbH: *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 142.

⁸³³ Für die GmbH: *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 142; für GmbH und AG: vgl. *Poertzgen*, ZInsO 2010, 416, 418.

⁸³⁴ So auch Scholz GmbHG/K. *Schmidt*, 11. Aufl., § 64 Rn. 219; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 188; *Poertzgen*, ZInsO 2010, 416, 420 f.; *Ulmer*, NJW 1983, 1577, 1578.

⁸³⁵ Vgl. § 7 B. VIII. 3.

⁸³⁶ Für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 188.

⁸³⁷ Für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 189 f.

⁸³⁸ Für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 189 f.

der Verhandlungen und das Ausbleiben des existentiellen Finanzflusses droht.⁸³⁹

IX. Folgerungen

Der Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit stellt den nächsten (insolvenzrechtlichen) Meilenstein in der Krise der Gesellschaft dar. Die Stellung des Geschäftsführers im Kompetenzgefüge der Gesellschaft erfährt durch den Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit keine grundsätzliche Änderung. Die teilweise rückgängigmachung von Geschäftsverteilung und Delegation führt aber zu einer weiteren Konzentration der tatsächlichen Entscheidungsgewalt beim (Gesamt-)Geschäftsleitungsorgan.

Wird vom Insolvenzantragsrecht des § 18 InsO bei drohender Zahlungsunfähigkeit Gebrauch gemacht und ein Insolvenzverfahren eröffnet, sind ausweislich des § 1 InsO die Gläubigerinteressen maßgeblich. Fraglich ist, ob bereits allein der Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit zu einem Wandel der Interessenausrichtung der Geschäftsführer hin zu den Gläubigern führt. Für den fakultativen Insolvenzugrund als Auslöser für einen Wandel lässt sich anführen, dass § 18 InsO als insolvenzrechtliche Norm § 1 S. 1 InsO a.E. dient. Das Insolvenzantragsrecht soll zu einer früheren Eröffnung des Insolvenzverfahrens führen.⁸⁴⁰ Mit der hiermit insbesondere bezweckten verbesserten Chance auf den Erhalt des Unternehmens ist aber allen redlichen Beteiligten und nicht nur⁸⁴¹ oder gar vorrangig den Gläubigern der Gesellschaft gedient. Die drohende Zahlungsunfähigkeit selbst gefährdet die Positionen der Gesellschaftsgläubiger noch nicht akut.⁸⁴² Die Gesellschaft kann ihre Verbindlichkeiten noch begleichen und ihre Gläubiger noch befriedigen. Diesem Um-

⁸³⁹ Für die AG: vgl. *Linker/Zinger*, NZG 2002, 497, 500 f.

⁸⁴⁰ MüKo InsO/*Drukarczyk*, § 18 Rn. 3; vgl. *Braun/Bußhardt* InsO § 18 Rn. 2; *Leithaus* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 18 Rn. 2; *Uhlenbruck/Mock* § 18 InsO Rn. 2; *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 18 InsO Rn. 1, 12; *FK-InsO/Schmerbach* § 18 Rn. 1; *Karsten Schmidt/K. Schmidt* InsO § 18 Rn. 5; *Ehlers*, ZInsO 2005, 169; *Geißler*, ZInsO 2013, 919; *Meyer-Löwy/Pickerill*, GmbHR 2013, 1065, 1066; *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1202; *Wertenbruch*, DB 2013, 1592; *Wortberg*, ZInsO 2004, 707.

⁸⁴¹ So aber *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1124.

⁸⁴² Für die AG: *Rokas*, Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance, S. 149.

stand trägt das Gesetz Rechnung, indem es nur ein Recht auf Stellung eines Insolvenzantrags gewährt und dieses noch auf Eigenanträge der Gesellschaft beschränkt. Die Entscheidung über die Einleitung des Insolvenzverfahrens obliegt im Innenverhältnis den Gesellschaftern. Sie können diese im eigenen Interesse treffen. Stellt der Schuldner einen freiwilligen Insolvenzantrag mit Vorlage eines Insolvenzplans, soll strategisch primär die Bewältigung der existenzgefährdenden Lage und nicht die von § 1 InsO in den Vordergrund gestellte Gläubigerbefriedigung erreicht werden.⁸⁴³ § 18 InsO gewährt der Gesellschaft eine weitere Handlungsoption. Die drohende Zahlungsunfähigkeit kann einen Wechsel der Interessenausrichtung des Geschäftsleiterhandelns hin zu den Gesellschaftsgläubigern folglich nicht rechtfertigen. Anders wird dies mit dem Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz. § 2 I 1 StaRUG-RegE verpflichtet die Geschäftsleiter ab drohender Zahlungsunfähigkeit auf die Gläubigerinteressen. Nachrangig sind dann die Interessen der Anteilsinhaber und der sonstigen Beteiligten zu berücksichtigen. Allein die zugespitzte wirtschaftliche Lage kann den Wandel der Interessenausrichtung – wie aufgezeigt – nicht rechtfertigen.⁸⁴⁴ Der „shift of duties“ findet seine Rechtfertigung aber darin, dass das StaRUG der Gesellschaft neue Sanierungsmöglichkeiten zur Verfügung stellen wird.⁸⁴⁵ Mit diesen gehen erhebliche Eingriffsmöglichkeiten in die Rechtspositionen der Gläubiger einher. Aus § 3 I StaRUG-RegE folgt eine Schadensersatzhaftung gegenüber der Gesellschaft.

Das Gesetz knüpft an die drohende Zahlungsunfähigkeit zunächst nur das Insolvenzantragsrecht des § 18 InsO und vergrößert damit den Handlungsspielraum der Gesellschaft. Mit dem Insolvenzantragsrecht entstehen auch die Möglichkeiten, eine Eigenverwaltung zu beantragen und bzw. oder einen Insolvenzplan vorzulegen. Ausdrückliche Geschäftsleiterpflichten finden sich im Gesetz nicht. Der

⁸⁴³ Aufgrund der frühzeitigen Einleitung des Verfahrens und da der mit einer Sanierung verbundene Fortführungswert häufig den mit der Abwicklung einhergehenden Zerschlagungswert übersteigt, liegt Erstere gerade im Interesse der Gesellschaftsgläubiger. Eine strategische Insolvenz zweckentfremdet das Insolvenzverfahren folglich nicht, *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353, 355.

⁸⁴⁴ A.A. *Thole*, ZIP 2020, 1985, 1987.

⁸⁴⁵ Bereits die Zurverfügungstellung dieser Möglichkeiten und nicht erst deren Nutzung begründet den Wechsel.

Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit hat aber zahlreiche Auswirkungen auf die dargestellten gesellschaftsrechtlichen Verhaltenspflichten. Weder Geschäftsführer noch Vorstand dürfen den Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit folglich ignorieren.⁸⁴⁶

B. Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder der Überschuldung (§ 19 InsO), materielle Insolvenz

Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO oder der der Überschuldung nach § 19 InsO markiert die materielle Insolvenz der Gesellschaft. Zwischen den beiden zwingenden Insolvenzantragsgründen herrscht weder ein Rangverhältnis, noch existiert eine bestimmte zeitliche Reihenfolge.⁸⁴⁷ Gemäß § 17 II 1 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Laut § 17 II 2 InsO ist die Zahlungsunfähigkeit in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens⁸⁴⁸ ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich, § 19 II 1 InsO. Mit dem SanInsFoG wird in aller Regel ein Prognosezeitraum von 12 Monaten zugrunde zu legen sein, vgl. § 19 II 1 InsO-RegE. Eine diesbezügliche Sonderregelung für den Zeitraum vom 1.1.2021 bis zum 31.12.2021 enthält § 4 COVInsAG-E.

I. Insolvenzantragspflicht, § 15a I 1 InsO

Gemäß § 15a I 1 InsO haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung,⁸⁴⁹ einen Eröffnungsantrag (§ 13 InsO) zu stellen. Mit dem SanInsFoG

⁸⁴⁶ So auch Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO § 18 Rn. 10; für die GmbH: vgl. Ehlers, BB 2013, 1539; Saenger/Al-Wraikat, NZG 2013, 1201, 1205; a.A. Tetzlaff, ZInsO 2008, 137, 139.

⁸⁴⁷ Uhlenbruck/Mock § 17 InsO Rn. 18; ferner aber Braun/Bußhardt InsO § 19 Rn. 1.

⁸⁴⁸ Relevant ist der Fortbestand des Rechtsträgers ohne Insolvenz, Uhlenbruck/Mock § 19 InsO Rn. 36, 217; Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO § 19 Rn. 46.

⁸⁴⁹ Lockerer Leithaus in Andres/Leithaus, InsO, § 19 Rn. 7.

wird die Drei-Wochen-Frist im Falle des Eintritts der Überschuldung auf sechs Wochen verlängert, vgl. § 15a I 2 InsO-RegE. Die Insolvenzantragspflicht dient dem Schutz der aktuellen Gesellschaftsgläubiger vor aktuellen Schädigungen⁸⁵⁰ und dem des Rechtsverkehrs in Gestalt etwaiger zukünftiger Gläubiger.⁸⁵¹ Um vorinsolvenzliche Sanierungsbemühungen nicht zu behindern, greift die Insolvenzantragspflicht weder bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit noch bei drohender Überschuldung.⁸⁵² Erstere gibt ein Recht zur Insolvenzantragstellung,⁸⁵³ während Letztere keine ausdrücklichen gesetzlichen Folgen nach sich zieht.⁸⁵⁴ Tatsächlich wird der Eröffnungsantrag erst durchschnittlich 10,28 Monate nach dem Eintritt der materiellen Insolvenz gestellt.⁸⁵⁵ Von der Pflicht, einen Eröffnungsantrag zu stellen, können den Geschäftsleiter weder eine Weisung der GmbH-Gesellschafter, Beschlüsse der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats noch ein Einverständnis der Gläubiger befreien.⁸⁵⁶

Mit objektiver Erkennbarkeit des Eintritts der materiellen Insolvenz beginnt die Drei-Wochen-Frist.⁸⁵⁷ Sie dient dem Erhalt von Prü-

⁸⁵⁰ § 30 GmbHG/§ 57 AktG richten sich bereits gegen die bloße Gefährdung der Gläubiger, Karsten Schmidt/K. Schmidt/Herchen InsO § 15a Rn. 1.

⁸⁵¹ Uhlenbruck/Hirte § 15a InsO Rn. 1; HK-InsO/Kleindiek § 15a Rn. 1; Karsten Schmidt/K. Schmidt/Herchen InsO § 15a Rn. 1, 4, 24; Steffek in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 15a InsO Rn. 2 f.; ausführlich MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 6 ff.

⁸⁵² Uhlenbruck/Hirte § 15a InsO Rn. 6.

⁸⁵³ Vgl. § 7 A. I.

⁸⁵⁴ Für eine Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung bei drohender Überschuldung, Haese, Unternehmensleitung und Überwachung in der GmbH, S. 84.

⁸⁵⁵ FK-InsO/Schmerbach § 15a Rn. 36; Kirstein, ZInsO 2006, 966, 967; vgl. Hölzle, Praxisleitfaden ESUG, §§ 270, 270a InsO Rn. 1; Eidenmüller, ZHR 175 (2011), 11, 17; Hölzle, ZIP 2012, 158, 159; ders., KTS 2011, 291, 295; Jaffé, ZHR 175 (2011), 38, 44 f.; Mönning/Schäfer/Schiller, BB 2017, Beil. 1; ferner Hirte, ZGR 2010, 224, 234; Kirstein, ZInsO 2008, 131, 132; Undritz, ZGR 2010, 201, 203.

⁸⁵⁶ Uhlenbruck/Hirte § 15a InsO Rn. 12, 18; vgl. MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 139; FK-InsO/Schmerbach § 15a Rn. 15; Karsten Schmidt/K. Schmidt/Herchen InsO § 15a Rn. 29; Steffek in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 15a InsO Rn. 3, 26; Geißler, ZInsO 2013, 167, 168; Lange, GmbHR 2015, 1009, 1013; Schmidt/Grundlach, DStR 2018, 198, 202; Strohn, ZInsO 2009, 1417, 1423.

⁸⁵⁷ Str., grob fahrlässige Unkenntnis, Uhlenbruck/Hirte § 15a InsO Rn. 14; vgl. Knittel, GmbH-StB 2015, 138, 140; Poertzen, ZInsO 2008, 944, 947 f.; objektiver Eintritt, MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 119; Karsten Schmidt/K. Schmidt/Herchen InsO § 15a Rn. 32; Steffek in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 15a InsO Rn. 63; positive Kenntnis, BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW

fungsspielraum und außergerichtlichen Sanierungschancen⁸⁵⁸ und damit den Gläubigern.⁸⁵⁹ Der Geschäftsleiter darf die Höchstfrist ausschöpfen, „solange noch [die] objektive Aussicht besteht, die Insolvenzreife vor Ablauf der Frist zu beseitigen“⁸⁶⁰. Der Entscheidung muss als formale Vorgabe ein Sanierungsplan vorhergehen.⁸⁶¹ Eine Ausschöpfung der Drei-Wochen-Frist ist ab dem Moment unzulässig, ab dem das Hinauszögern schuldhaft wird.⁸⁶² Dies ist der Fall, wenn „feststeht, dass eine nachhaltige Beseitigung des Insolvenzgrundes nicht erwartet werden kann“⁸⁶³. Weder bloße Sanierungshoffnungen⁸⁶⁴ oder die Vornahme noch so erfolgversprechender Sanierungsbemühungen,⁸⁶⁵ noch das Bestehen von Sanierungschan-

1979, 1829, 1830; ders., Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 108 ff. = NJW 1979, 1823, 1826 ff.; FK-InsO/*Schmerbach* § 15a Rn. 33.

⁸⁵⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1830; ders., Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 108 = NJW 1979, 1823, 1826; HK-InsO/*Kleindiek* § 15a Rn. 13; FK-InsO/*Schmerbach* § 15a Rn. 28; Karsten Schmidt/*K. Schmidt/Herchen* InsO § 15a Rn. 31; *Steffek* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 75. Lieferung 03.2018, § 15a InsO Rn. 58, 63; *Geißler*, ZInsO 2013, 167, 168; *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 140; *Poertzgen*, ZInsO 2008, 944, 945.

⁸⁵⁹ MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 121, 123; auch die Interessen der GmbH/AG und deren Gesellschafter sowie die Erhaltung der Arbeitsplätze und allgemeiner wirtschaftliche Belange anführend, BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1830; ders., Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 108 = NJW 1979, 1823, 1826.

⁸⁶⁰ FK-InsO/*Schmerbach* § 15a Rn. 28; vgl. *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 140; *Poertzgen*, ZInsO 2008, 944, 946; *Schmidt/Grundlach*, DStR 2018, 198, 201; *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 372; strenger IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, IDWLife 2017, 332 Rn. 1; für die GmbH: Strenger *Geißler*, ZInsO 2013, 167, 168; *Lange*, GmbHR 2015, 1009; *Strohn*, ZInsO 2009, 1417, 1423.

⁸⁶¹ MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 129; vgl. *Mertens*, ZHR 143 (1979), 174, 189.

⁸⁶² MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 117, 120, 122.

⁸⁶³ *Uhlenbruck/Hirte* § 15a InsO Rn. 16; vgl. BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1830; ders., Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 111 f. = NJW 1979, 1823, 1827; *Braun/Bußhardt* InsO § 15a Rn. 16; HK-InsO/*Kleindiek* § 15a Rn. 12; MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 130; FK-InsO/*Schmerbach* § 15a Rn. 28; *Geißler*, ZInsO 2013, 167, 168; *Lange*, GmbHR 2015, 1009 f.; *Poertzgen*, ZInsO 2008, 944, 946, 948; *Schmidt/Grundlach*, DStR 2018, 198, 201; *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 372; ferner Karsten Schmidt/*K. Schmidt/Herchen* InsO § 15a Rn. 24.

⁸⁶⁴ MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 135; Karsten Schmidt/*K. Schmidt/Herchen* InsO § 15a Rn. 27; für die GmbH: *Uhlenbruck*, WiB 1996, 409, 414.

⁸⁶⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 12.2.2007 - II ZR 308/05 = NJW-RR 2007, 690, 692; *Frege*, NZI 2006, 545, 546; *Strohn*, ZInsO 2009, 1417, 1423; ferner *Steffek* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 15a InsO Rn. 59; *Geißler*, ZInsO

cen nach dem Ablauf der Dreiwochenfrist⁸⁶⁶ oder völlig atypische Sachverhaltsgestaltungen⁸⁶⁷ beseitigen oder verlängern die Antragsfrist. Auch können die Behauptungen, es handle sich lediglich um eine Zahlungsstockung oder um eine bloß vorübergehende Überschuldung, nicht zur Verlängerung der Frist führen.⁸⁶⁸ Der Wegfall der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit und bzw. oder Überschuldung, beispielsweise aufgrund einer nachhaltigen⁸⁶⁹ Sanierung, führt als materieller Grund, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder die Abweisung der Eröffnung mangels Masse infolge eines Drittantrags führen als prozessuale Gründe zum Ende der Insolvenzantragspflicht.⁸⁷⁰

Missachtet der Geschäftsleiter die Insolvenzantragspflicht, können ihm Schadensersatzansprüche aus § 43 II GmbHG/§ 93 II 1 AktG⁸⁷¹ und § 280 I BGB i.V.m. dem Anstellungsvertrag⁸⁷² gegenüber der Gesellschaft, aus §§ 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO gegenüber Alt- und Neu-Gesellschaftern⁸⁷³ und gegenüber Dritten, insbesondere Gläubigern,⁸⁷⁴ sowie aus § 826 BGB⁸⁷⁵ drohen.⁸⁷⁶ Eine pflichtwidrig

2013, 167, 168; *Poertzgen*, ZInsO 2008, 944, 946; geringer, vgl. *Uhlenbruck/Hirte* § 15a InsO Rn. 16; *Geißler*, ZInsO 2013, 167, 170.

⁸⁶⁶ FK-InsO/*Schmerbach* § 15a Rn. 28; vgl. MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 120, 125, 135; *Schmidt/Grundlach*, DStR 2018, 198, 201.

⁸⁶⁷ *Geißler*, ZInsO 2013, 167, 170; a.A. OLG Hamburg, Urt. v. 25.6.2010 - 11 U 133/06 = ZIP 2010, 2448 ff.

⁸⁶⁸ *Uhlenbruck/Hirte* § 15a InsO Rn. 16.

⁸⁶⁹ Eine stabile und dauerhafte wirtschaftliche Gesundung fordernd, *Schmidt/Grundlach*, DStR 2018, 198, 201; die Nachhaltigkeit bereits bejahend, wenn kein Insolvenzgrund mehr gegeben ist, *Steffek* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 15a InsO Rn. 70; vgl. MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 135; nur die Abwendung der zwingenden Insolvenzgründe fordernd, *Poertzgen*, ZInsO 2008, 944, 946; für die GmbH: *Uhlenbruck*, WiB 1996, 409, 414.

⁸⁷⁰ *Uhlenbruck/Hirte* § 15a InsO Rn. 18; vgl. MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 135; *Karsten Schmidt/K. Schmidt/Herchen* InsO § 15a Rn. 25 ff.; *Steffek* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 15a InsO Rn. 29, 55, 58; *Schmidt/Grundlach*, DStR 2018, 198, 201; ferner *Braun/Bußhardt* InsO § 15a Rn. 12, 32; FK-InsO/*Schmerbach* § 15a Rn. 16, 35, 64, 70; *Poertzgen*, ZInsO 2008, 944, 946.

⁸⁷¹ MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 155, 317, nach welchem grundsätzlich ein Schaden fehlt; FK-InsO/*Schmerbach* § 15a Rn. 37; vgl. *Uhlenbruck/Hirte* § 15a InsO Rn. 31; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1122.

⁸⁷² *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1122.

⁸⁷³ *Uhlenbruck/Hirte* § 15a InsO Rn. 59 f.; a.A. MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 162 ff.; *Karsten Schmidt/K. Schmidt/Herchen* InsO § 15a Rn. 35; *Steffek* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 15a InsO Rn. 106.

⁸⁷⁴ Vgl. *Braun/Bußhardt* InsO § 15a Rn. 47; *Uhlenbruck/Hirte* § 15a InsO Rn. 39 ff.; *HK-InsO/Kleindiek* § 15a Rn. 32 ff.; MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 140; *Karsten*

unterlassene sowie nicht rechtzeitige⁸⁷⁷ Antragstellung kann eine primäre Leistungspflicht aus § 26 IV InsO⁸⁷⁸ sowie Erstattungsansprüche aus § 26 III 1 InsO⁸⁷⁹ und § 207 I 2 Hs. 2 InsO zur Folge haben⁸⁸⁰. Hinsichtlich eines Verzichts und eines Vergleichs ist grundsätzlich der Rechtsgedanke der §§ 50, 93 V 3 AktG anzuwenden.⁸⁸¹ Außerdem kann eine Strafbarkeit bei nicht, nicht richtiger oder nicht rechtzeitiger Antragstellung aus § 15a IV, V InsO folgen. Die Verurteilung wegen einer vorsätzlich begangenen Insolvenzverschleppung stellt einen Inhabilitätsgrund für die Bestellung als Geschäftsleiter dar, § 6 II 2 Nr. 3 GmbHG/§ 76 III 2 Nr. 3a) AktG. Aufgrund der COVID-19-Pandemie wurde die Insolvenzantragspflicht gemäß § 1 COVInsAG ab dem 1.3.2020 ausgesetzt. Die Aussetzung gilt nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Für die Insolvenzgründe der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung galt die Aussetzung bis zum 30.09.2020. Vom 1.10.2020 bis 31.12.2020 greift sie nur noch im Falle einer Überschuldung. Damit die Insolvenzantragstellung unterlassen werden darf, muss die Überschuldung auf den Folgen der Pandemie beruhen. Ausreichend ist aufgrund des Telos des COVInsAG eine Mitursächlichkeit.⁸⁸² Die Prüfung sollte dokumentiert werden.⁸⁸³ Es bleibt der Gesellschaft während des Aussetzungszeitraums unbenommen, einen freiwilligen Insolvenzantrag zu stellen.⁸⁸⁴ Während dieses Zeitraums

Schmidt/K. Schmidt/Herchen InsO § 15a Rn. 33; Steffek in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 15a InsO Rn. 92 ff.; Lange, GmbHR 2015, 1009, 1010 f.; Schmidt/Grundlach, DStR 2018, 198, 202; Strohn, ZInsO 2009, 1417, 1423 f.; ferner FK-InsO/Schmerbach § 15a Rn. 38; Blöse, GmbHR 2012, 471, 472 f.

⁸⁷⁵ MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 295 ff.

⁸⁷⁶ Uhlenbruck/Hirte § 15a InsO Rn. 19; Leinekugel/Skauradzun, GmbHR 2011, 1121, 1122; ausführlich MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 140 ff.

⁸⁷⁷ Blöse, GmbHR 2012, 471, 475.

⁸⁷⁸ Braun/Bußhardt InsO § 15a Rn. 45; MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 1, 316; Blöse, GmbHR 2012, 471, 475; vgl. Leinekugel/Skauradzun, GmbHR 2011, 1121, 1122.

⁸⁷⁹ Braun/Bußhardt InsO § 15a Rn. 45; Uhlenbruck/Hirte § 15a InsO Rn. 53 f.; MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 1, 316; FK-InsO/Schmerbach § 15a Rn. 42.

⁸⁸⁰ Uhlenbruck/Hirte § 15a InsO Rn. 53 f.; MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 316.

⁸⁸¹ Karsten Schmidt/K. Schmidt/Herchen InsO § 15a Rn. 46.

⁸⁸² Schluck-Amend, NZI 2020, 289, 291; vgl. BeckOK-InsO/Wolfer, § 1 COVInsAG Rn. 6.

⁸⁸³ BeckOK-InsO/Wolfer, § 1 COVInsAG Rn. 5; Schluck-Amend, NZI 2020, 289, 291.

⁸⁸⁴ BeckOK-InsO/Wolfer, § 1 COVInsAG Rn. 11; Römermann, NJW 2020, 1108.

stehen sich die außergerichtliche und die gerichtliche Sanierung als gleichwertige Alternativen gegenüber.⁸⁸⁵ Als freiwillige Insolvenzantragstellung bedarf sie wie im Falle der freiwilligen Insolvenzantragstellung gemäß § 18 InsO im Innenverhältnis eines mit Dreiviertelmehrheit entschiedenen Beschlusses der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung.⁸⁸⁶ Endet der Aussetzungszeitraum, greift die Insolvenzantragspflicht wieder.

II. Recht zur Beantragung der Eigenverwaltung, § 270 II Nr. 1 InsO

Das Recht zur Beantragung der Eigenverwaltung besteht auch, wenn der Eröffnungsantrag wegen Zahlungsunfähigkeit und bzw. oder Überschuldung gestellt wird.⁸⁸⁷ Die InsO enthält keine Anhaltspunkte für den Ausschluss der Eigenverwaltung bei materieller Insolvenz respektive dessen Begrenzung auf wegen drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnete Insolvenzverfahren.⁸⁸⁸ Eine Würdigkeitsprüfung nach dem Vorbild der Vergleichsordnung wurde in den §§ 270 ff. InsO bewusst nicht etabliert.⁸⁸⁹ Allein der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und bzw. oder der Überschuldung lässt keine abschließende Beurteilung über die Nachteiligkeit des zukünftigen Schuldnerverhaltens in der Eigenverwaltung zu, zumal drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung über einen nicht unerheblichen Überschneidungsbereich verfügen.⁸⁹⁰ Eine pauschal anzunehmende Gefährdung der Interessen der Gläubiger ist nicht gerechtfertigt.⁸⁹¹

Fraglich ist, wem gesellschaftsintern die Entscheidungsbefugnis über die Antragstellung zukommt. Aufgrund der in der materiellen Insol-

⁸⁸⁵ Vgl. § 8 A. I. 1., 2., II.

⁸⁸⁶ Vgl. § 7 A. I. 1.; ferner BeckOK-InsO/Wolfer, § 1 COVInsAG Rn. 11; Römermann, NJW 2020, 1108.

⁸⁸⁷ MüKo InsO/Kern, § 270 Rn. 107; Flöther/Smid/Wehdeking, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, Kap. 2 Rn. 6; anders noch Lakies, BB 1999, 1759, 1760; Smid, WM 1998, 2489, 2508; ferner Dietrich, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 82.

⁸⁸⁸ MüKo InsO/Kern, § 270 Rn. 107.

⁸⁸⁹ MüKo InsO/Kern, § 270 Rn. 107.

⁸⁹⁰ MüKo InsO/Kern, § 270 Rn. 107; vgl. Gottwald/Haas/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch § 85 Rn. 35; aber Dietrich, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 107 f.

⁸⁹¹ MüKo InsO/Kern, § 270 Rn. 107; Gottwald/Haas/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch § 85 Rn. 35; anders noch in der Voraufgabe, Andres in Andres/Leithaus, InsO, § 270 Rn. 6.

venz eskalierten wirtschaftlichen Lage könnte es sich um eine am Gläubigerinteresse sowie an den Zielen der InsO ausgerichteten Entscheidung im Ermessen der Geschäftsleiter handeln.⁸⁹² Hierfür lässt sich anführen, dass bei materieller Insolvenz aus wirtschaftlicher Sicht die Gläubiger als Eigentümer des Unternehmens anzusehen sind.⁸⁹³ Außerdem erleichtert das fehlende Blockadepotential der Gesellschafter das Erreichen der insolvenzrechtlichen Ziele und die Gläubiger sind mangels eigener Möglichkeiten auf die Antragstellung durch die Gesellschaft angewiesen.⁸⁹⁴ Schließlich wird ein Vergleich mit den ab materieller Insolvenz im Gläubigerinteresse greifenden Pflichten § 15a InsO und § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG angeführt.⁸⁹⁵ Diese Sichtweise trägt den Gläubigerinteressen bestmöglich Rechnung.

Für die Fortgeltung der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung mit der Konsequenz, dass die Gesellschafter zuständig sind, spricht jedoch, dass zwar das für das Geschäftsleiterhandeln ursprünglich relevante Gesellschaftsinteresse bei materieller Insolvenz durch die Gläubigerinteressen ersetzt wird,⁸⁹⁶ die Interessen der Gesellschafter an sich aber weiterhin existieren. Der Gesellschafterposition darf in der materiellen Insolvenz und auch im Insolvenzverfahren nicht jegliche Bedeutung abgesprochen werden. Dies soll insbesondere gelten, wenn die Gesellschaft nur zahlungsunfähig ist.⁸⁹⁷ Aber auch bei Eintritt der Überschuldung verfügen sie weiterhin über mitgliedschaftliche Verwaltungsrechte. Der Spielraum der Gesellschaft und ihrer Geschäftsleiter wird durch die hervorgehobene Relevanz der Gläubigerinteressen und § 15a InsO sowie § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG eingeschränkt. Den durch diese Normen vermittelten Gläubigerschutz hält das Gesetz für ausreichend. Innerhalb des durch das Gesetz gesteckten Rahmens dürfen die Gesellschafter ihre Interessen frei verfolgen. Sie können weiter-

⁸⁹² So *Tresselt/Müller*, KSzW 2015, 198, 201 ff.; für die GmbH: *Skauradzsun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2263.

⁸⁹³ Für die GmbH: *Skauradzsun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2263; *Tresselt/Müller*, KSzW 2015, 198, 203 f.

⁸⁹⁴ Vgl. für die GmbH: *Skauradzsun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2263; *Tresselt/Müller*, KSzW 2015, 198, 202 ff.

⁸⁹⁵ *Tresselt/Müller*, KSzW 2015, 198, 203.

⁸⁹⁶ Vgl. § 7 B. IX.

⁸⁹⁷ Für die GmbH: Auch nach Insolvenzeröffnung, *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 567.

hin von ihren Kompetenzen Gebrauch machen, im Fall der GmbH Weisungen erteilen⁸⁹⁸ und insbesondere Kapitalmaßnahmen durchführen sowie den Geschäftsführer abberufen bzw. den Vorstandsmitgliedern das Vertrauen entziehen. Dies wird wohl auch von der sich gegen die Mitwirkung der Gesellschafter aussprechenden Ansicht nicht geleugnet. Die Verwaltungsrechte werden allein im eröffneten Regelverfahren über § 80 InsO oder in der Eigenverwaltung über § 276a InsO eingeschränkt. Sie werden den Gesellschaftern aber auch im Stadium der formellen Insolvenz nicht vollständig entzogen. Gerade die Nutzung von Verfahrensrechten der InsO richtet sich nach der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung. Dies gilt als Teil des Gemeinschuldnerbereichs bis hinein ins Insolvenzverfahren. Ein solches Verfahrensrecht stellt das Recht auf Beantragung der Eigenverwaltung dar. Anders als die Pflichten aus § 15a InsO und § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG gewährt § 270 II Nr. 1 InsO der Gesellschaft ein Recht, eine Möglichkeit zur Gestaltung des Insolvenzverfahrens, nicht aber eine für den Gläubigerschutz normierte Pflicht.⁸⁹⁹ Ein Vergleich ist daher nicht zielführend. Etwaiges Blockadepotential der Gesellschafter liegt bei Schuldner in Gestalt von Gesellschaften in der Natur der Sache. Insbesondere in der GmbH verfügen die Gesellschafter bereits durch ihre Einflussmöglichkeiten auf die personelle Besetzung der Geschäftsleitung über Blockadepotential. Das fehlende Antragsrecht der Gläubiger ist eine Entscheidung des Gesetzgebers und als solche zu akzeptieren. Die Entscheidung über die Ausübung des Rechts auf Beantragung der Eigenverwaltung treffen auch bei materieller Insolvenz gesellschaftsintern folglich die Gesellschafter/Aktionäre. Handelt es sich bei der Eigenverwaltung um die *erfolgsversprechendste* Variante, manifestiert sich eine Pflicht der Geschäftsleiter zur Hinwirkung auf die Antragstellung.⁹⁰⁰

⁸⁹⁸ Schulz, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 193 f.; a.A. Hölzle, ZIP 2013, 1846, 1847.

⁸⁹⁹ Vgl. aber Tresselt/Müller, KSzW 2015, 198, 204.

⁹⁰⁰ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt.

III. Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans, § 218 I 1 InsO

Das Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans besteht auch, wenn der Eröffnungsantrag wegen Zahlungsunfähigkeit und bzw. oder Überschuldung gestellt wird. Zu beachten ist aber, dass die dreiwöchige Höchstfrist nur zur Vornahme solcher Sanierungsmaßnahmen ausgeschöpft werden darf, die die objektive Aussicht der Behebung der materiellen Insolvenz innerhalb der Frist begründen.⁹⁰¹ Ein Insolvenzplan stellt ein Sanierungsinstrument innerhalb des Insolvenzverfahrens dar. Auch wenn mit der Prüfung der Erfolgsaussichten eines Insolvenzplans und dessen Erarbeitung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begonnen werden kann oder sogar muss, können diese Maßnahmen eine Sanierung, mit Ausnahme des Einsatzes des Plans (lediglich) als Druckmittel,⁹⁰² nur im Rahmen des Insolvenzverfahrens herbeiführen. Prüfung und Erarbeitung eines Insolvenzplans können die zwingenden Insolvenzgründe vor Ablauf der Frist (bis auf die eine Ausnahme) nicht beheben. Die Prüfung der Erfolgsaussichten und die Erarbeitung eines Insolvenzplans können die Ausschöpfung der Frist des § 15a I InsO folglich nicht rechtfertigen. Lediglich nachrangig zur Vornahme von Sanierungsmaßnahmen, die die Nutzung der Sanierungsfrist rechtfertigen, und ohne diese zu behindern, kann eine gerichtliche Sanierung vorbereitet werden.⁹⁰³ Unter diesen Voraussetzungen ist ein Insolvenzplan zu erarbeiten oder zu vervollständigen, wenn dieser das *erfolgversprechendste Mittel* darstellt.⁹⁰⁴ Die Zeitspanne wird für die (Erst-)Erarbeitung eines Insolvenzplans mit dem Ziel einer fortführenden Sanierung meist nicht ausreichen.⁹⁰⁵ Zur Hinwirkung auf die Vorlage eines ausgearbeiteten Insolvenzplans mit einer Sanierung des Unternehmensträgers als Gegenstand sind die Geschäftsleiter nur verpflichtet, wenn es sich bei diesem im konkreten Fall um das *erfolgversprechendste Instrument* handelt.⁹⁰⁶

⁹⁰¹ Vgl. Fn. 860.

⁹⁰² Vgl. § 4 C. II. 6. b) bb) (2).

⁹⁰³ Wohl ohne diese Einschränkungen, vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 159.

⁹⁰⁴ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt.

⁹⁰⁵ *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 69.

⁹⁰⁶ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt; ferner MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 139; stets für eine Vorlagepflicht, *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 381.

IV. Pflichten zur Einberufung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung

Der Eintritt der materiellen Insolvenz stellt ein einschneidendes Ereignis und die Stellung des Eröffnungsantrags eine bedeutende, grundlegende Maßnahme für die Gesellschaft dar⁹⁰⁷. Eine Einberufungspflicht aufgrund des *Ereignisses* des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung sieht das Gesetz nicht ausdrücklich vor. Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und bzw. oder der Überschuldung kann eine Einberufungspflicht aufgrund des Erfordernisses im Interesse bzw. zum Wohl der Gesellschaft gemäß § 49 II Hs. 2 GmbHG/§ 121 I Var. 3 AktG begründen.⁹⁰⁸ Ob dies der Fall ist, ist im Einzelfall anhand der oben dargelegten Kriterien zu bestimmen.⁹⁰⁹ Eine bei materieller Insolvenz einberufene Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung kann die Information der Gesellschafter bezwecken und den Raum gewähren, die Insolvenzantragspflicht durch Beseitigung der Insolvenzgründe zu beheben.⁹¹⁰ Auch wenn eine Einberufungspflicht anzunehmen ist, rechtfertigt die Erfüllung dieser Pflicht keine Verzögerung bei der Stellung des Eröffnungsantrags.

§ 15a I 1 InsO verpflichtet die Geschäftsleiter mit dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung zur Antragstellung. Die Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung verfügt über keine Entscheidungskompetenz hinsichtlich der Insolvenzantragstellung.⁹¹¹ Eine Einberufungspflicht kann daher mangels Entscheidungszuständigkeit für diese *Maßnahme* nicht aus § 49 II Alt. 2 GmbHG/§ 121 I Var. 1 AktG hergeleitet werden. Im Übrigen können sich bei materieller Insolvenz Einberufungspflichten aufgrund besonderer Ereignisse und besonderer Maßnahmen weiterhin aus § 49 II, III GmbHG/§ 121 I AktG ergeben. Unter besondere Maßnahmen fallen insbesondere die Beantragung der Eigenverwaltung und die Vorlage eines Insolvenzplans.

⁹⁰⁷ Vgl. *Schmidt/Grundlach*, DStR 2018, 198, 201.

⁹⁰⁸ Für die GmbH: eine Einberufungspflicht stets bejahend, *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 155.

⁹⁰⁹ Vgl. § 3 A. 1. 2. b), II, 2, § 7 B. IX.

⁹¹⁰ Für die GmbH: MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 52.

⁹¹¹ Vgl. *Schmidt/Grundlach*, DStR 2018, 198, 201 f.

V. Informationspflichten

Ist die Gesellschaft materiell insolvent, können Änderungen der Unternehmensplanung zur unverzüglichen Berichterstattung verpflichten, § 90 I Nr. 1, II Nr. 1 AktG. Die Intervalle der Berichte nach § 90 I 1 Nr. 3 AktG müssen im Vergleich zur drohenden Zahlungsunfähigkeit noch kürzer werden. Es ist mindestens wöchentlich zu berichten. Die Insolvenzantragstellung, die Beantragung der Eigenverwaltung und die Vorlage eines Insolvenzplans lösen jeweils eine Berichtspflicht nach § 90 I 1 Nr. 4 InsO aus. § 90 I 3 AktG verpflichtet bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung als Umstände, welche die Situation der AG erheblich verändern, zur Erstattung eines Sonderberichts an den Aufsichtsratsvorsitzenden. Die aus § 92 I Alt. 2 AktG, § 176 I 3 AktG und §§ 71 III 1 Alt. 1, 71e AktG folgenden Informationspflichten gelten fort. Die Informationspflichten gegenüber anderen Organen im Zusammenhang mit deren Zuständigkeiten greifen bei der Entscheidung über die Stellung eines Insolvenzantrags gegenüber der Hauptversammlung mangels Zuständigkeit und Einberufungspflicht aus § 121 I Var. 1 AktG nicht. Wird die Einberufung der Hauptversammlung aufgrund des Eintritts der materiellen Insolvenz aber im Einzelfall als i.S.d. § 121 I Var. 3 AktG für das Wohl der Gesellschaft erforderlich angesehen, ist eine Informationspflicht zu bejahen. Soll ein Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung gemäß § 270 II Nr. 1 InsO gestellt oder ein Insolvenzplan nach § 218 I 1 InsO vorgelegt werden, sind die Aktionäre zuständig und zu informieren. Die Erfüllung der Informationspflichten kann eine Verzögerung der Stellung des Eröffnungsantrags aber nicht rechtfertigen.

Die Geschäftsführer der GmbH können bei Eintritt einer der zwingenden Insolvenzgründe verpflichtet sein, die Gesellschaftergesamtheit hierüber als wichtige Angelegenheit zu informieren,⁹¹² wenn nicht bereits die Einberufung der Gesellschafterversammlung als im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint. Eine Informationspflicht ist dann in der Regel zu bejahen. Die Verlustanzeigepflicht gilt fort. Gegenüber dem nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz

⁹¹² Vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 154 f.; *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 506.

obligatorischen Aufsichtsrat gelten die bereits näher beschriebenen Pflichten zur Berichterstattung gemäß § 90 I, II AktG. Gegenüber den übrigen Aufsichtsräten besteht aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht eine Informationspflicht, insbesondere bei dem Ereignis der materiellen Insolvenz und den Maßnahmen der Insolvenzantragstellung, der Stellung eines Antrags auf Anordnung der Eigenverwaltung gemäß § 270 II Nr. 1 InsO und der Vorlage eines Insolvenzplans nach § 218 I 1 InsO. Informationspflichten gegenüber der Gesellschaftergesamtheit im Zusammenhang mit deren Zuständigkeiten bestehen, im Gleichlauf mit dem Aktiengesetz, nicht hinsichtlich der Stellung des Insolvenzantrags. Die Erfüllung dieser Informationspflichten rechtfertigt keine Verzögerung der Stellung des Eröffnungsantrags.

VI. Auskunfts- und Einsichtsverweigerungspflichten

Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung bringen hinsichtlich der Auskunfts- und Einsichtsverweigerung des Vorstands und des Geschäftsführers gegenüber den Aktionären/Gesellschaftern sowie gegenüber dem Aufsichtsrat und dem Aufsichtsratsvorsitzenden zunächst⁹¹³ keine Besonderheiten mit sich.

VII. Vermögensbezogene Pflichten

1. Zahlungsverbot und Ersatzpflicht, § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG

Gemäß § 64 S. 1 GmbHG sind die Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind, S. 2. Die ab materieller Insolvenz zu einem Zahlungsverbot⁹¹⁴ führende insolvenzrechtliche⁹¹⁵ Masseer-

⁹¹³ Siehe noch § 7 B. IX.

⁹¹⁴ Trennungslehre, MüKo GmbHG/H.-F. Müller, § 64 Rn. 137, 139 ff.; a.A. Ausschnitt der Insolvenzverschleppungshaftung (Variante der Einheitslehre), Scholz

haltungspflicht⁹¹⁶ des S. 1 schützt die Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger vor Insolvenzverschleppungsschäden⁹¹⁷ und mittelbar deren Gleichbehandlung.⁹¹⁸

Zulässig i.S.v. S. 2 sind Zahlungen, welche keine Verringerung der Insolvenzmasse herbeiführen,⁹¹⁹ von Gesetzes wegen vorgenommen werden müssen und folglich zu gesetzlichen Pflichtenkollisionen führen⁹²⁰ oder der erforderlichen Sicherung sowie dem notwendigen Erhalt des Vermögens dienen.⁹²¹ Hierunter fallen zunächst Zahlungen, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs „für die Zwecke des Insolvenzverfahrens oder die Durchführung eines berechtig-

GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 64 Rn. 10 ff.; diesem folgend, Ulmer/Casper GmbHG § 64 Rn. 6 f.; a.A. Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 5.

⁹¹⁵ BeckOK-GmbHG/Mätzig, § 64 Rn. 4; MüKo GmbHG/H.-F. Müller, § 64 Rn. 143; Michalski-Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 11; vgl. EUGH, Urt. v. 4.12.2014 - C-295/13 = ZIP 2015, 196 ff.; Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 9; ferner Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 64 Rn. 5; a.A. gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot, K. Schmidt, NZG 2015, 129, 130.

⁹¹⁶ MüKo GmbHG/H.-F. Müller, § 64 Rn. 142; Michalski-Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 9; Meyer, BB 2008, 1742, 1747; vgl. Ulmer/Casper GmbHG § 64 Rn. 1 f.; Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 4.

⁹¹⁷ BGH, Urt. v. 16.3.2009 - II ZR 280/07 = NJW 2009, 2454, 2455; Ulmer/Casper GmbHG § 64 Rn. 4, 82; MüKo GmbHG/H.-F. Müller, § 64 Rn. 1, 137, 141; Michalski-Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 9, 12; vgl. Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 4, 10; BeckOK-GmbHG/Mätzig, § 64 Rn. 4; Beck, GmbHR 2017, 181; Geißler, DZWIR 2011, 309, 313; Meyer, BB 2008, 1742, 1747.

⁹¹⁸ Ulmer/Casper GmbHG § 64 Rn. 4, 82; BeckOK-GmbHG/Mätzig, § 64 Rn. 4 f.; MüKo GmbHG/H.-F. Müller, § 64 Rn. 1; Strohn, NZG 2011, 1161, 1163; vgl. Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 64 Rn. 1; gleichmäßige Befriedigung als alleiniges Ziel, Schmidt/Poertzgen, NZI 2013, 369, 370; wohl auch Knittel/Schwall, NZI 2013, 782, 783; ferner Geißler, DZWIR 2011, 309, 313 f.

⁹¹⁹ Michalski-Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 22; Frege, NZI 2006, 545, 546; Knittel, GmbH-StB 2015, 138, 141; Schmidt/Poertzgen, NZI 2013, 369, 370; auf Tatbestands-ebene korrigierend, Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 69 ff., 81 ff.; stets BeckOK-GmbHG/Mätzig, § 64 Rn. 52.

⁹²⁰ Hierzu BGH, Urt. v. 14.5.2007 - II ZR 48/06 = NJW 2007, 2118, 2120; OLG Hamburg, Urt. v. 25.6.2010 - 11 U 133/06 = NZG 2010, 1225 f.; BeckOK-GmbHG/Mätzig, § 64 Rn. 58 ff.; MüKo GmbHG/H.-F. Müller, § 64 Rn. 157; Michalski-Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 22; Knittel/Schwall, NZI 2013, 782, 784 f.; K. Schmidt, NZG 2015, 129, 131; vgl. Heeg, DStR 2007, 2134 ff.; Schmidt/Poertzgen, NZI 2013, 369, 370; teilweise eine Zahlung verneinend, Ulmer/Casper GmbHG § 64 Rn. 119 ff.; übergesetzlicher Notstand, Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 64 Rn. 31; a.A. Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 101 ff.

⁹²¹ Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 93.

ten Sanierungsversuchs⁹²² erbracht werden. Größere Aufwendungen im Rahmen einer Sanierung müssen, um unter den Ausnahmetatbestand zu fallen, „im Lichte des Gläubigerschutzes durch die Finanzlage gerechtfertigt“⁹²³ sein. Zu weit geht die von *Knittel/Schwall* aufgestellte Behauptung, Zahlungen, „die infolge einer Fortsetzung der werbenden Tätigkeit letztlich zu einer Massemehrung geführt haben“⁹²⁴, seien bereits nach S. 2 privilegiert.⁹²⁵ Es ist auf die ex ante-Sicht des Geschäftsführers abzustellen. Nur auf diesem Weg lässt sich die durch ihn getroffene Entscheidung korrekt bewerten. Ein späterer zufälliger, außerhalb jeglicher Wahrscheinlichkeit liegender Erfolg kann eine Zahlung, die nach den vorgenannten Kategorien nicht bereits als sorgfaltsgemäß zu erklären ist, nicht legitimieren. Eine andere Sichtweise wird der von § 64 S. 1 GmbHG bezweckten präventiven Handlungsanweisung an die Geschäftsführer, alsbald einen richtigen Insolvenzantrag zu stellen respektive die materielle Insolvenz zu beheben,⁹²⁶ nicht gerecht.⁹²⁷

In seltenen Einzelfällen kann eine Zahlung noch nach dem Ablauf der Sanierungsfrist des § 15a I InsO und damit in der Verschleppungsphase unter hohem persönlichen straf- und haftungsrechtlichen Risiko des Geschäftsleiters zulässig sein.⁹²⁸ Zulässig sind in dieser Phase aber nur Zahlungen, die auch von einem vorläufigen Insolvenzverwalter vorgenommen worden wären.⁹²⁹ Gleiches gilt für

⁹²² Michalski-*Nerlich*, GmbHG, § 64 Rn. 22; vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 25.6.2010 - 11 U 133/06 = NZG 2010, 1225, 1226; OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.6.1999 - 6 U 65/97 = NZG 1999, 1066, 1068; Ulmer/*Casper* GmbHG § 64 Rn. 117; Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG § 64 Rn. 91 f.; BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 55 ff.; MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 154; *Frege*, NZI 2006, 545, 546; *Geißler*, DZWIR 2011, 309, 314; *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 141; *ders./Schwall*, NZI 2013, 782, 784 f.; *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 370, 372; *Strohn*, NZG 2011, 1161, 1166.

⁹²³ BGH, Urt. v. 5.2.2007 - II ZR 51/06 = ZIP 2007, 1501 Rz. 4; Scholz GmbHG/*K. Schmidt*, 11. Aufl., § 64 Rn. 52.

⁹²⁴ *Knittel/Schwall*, NZI 2013, 782, 784.

⁹²⁵ *Knittel/Schwall*, NZI 2013, 782, 784.

⁹²⁶ Vgl. Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG § 64 Rn. 3; *Blöse*, GmbHR 2012, 471, 474; *Geißler*, DZWIR 2011, 309, 314.

⁹²⁷ Vgl. aber Fn. 1005;

⁹²⁸ *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 373; ferner OLG Hamburg, Urt. v. 25.6.2010 - 11 U 133/06 = NZG 2010, 1225, 1226.

⁹²⁹ Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 64 Rn. 33; Ulmer/*Casper* GmbHG § 64 Rn. 117; *Strohn*, NZG 2011, 1161, 1166; lediglich schwaches Indiz, Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG § 64 Rn. 93.

Zahlungen, die als Masseschulden auch noch im Insolvenzfall getätigt werden müssten⁹³⁰ bzw. die auch im Falle einer rechtzeitigen Eröffnungsantragstellung noch beglichen worden wären.⁹³¹ In diesen Fällen wird weder der Schutzzweck des Zahlungsverbots, noch der der Insolvenzantragspflicht beeinträchtigt. Eine nachträgliche wirtschaftliche Gesundung hebt die Verletzung auf.⁹³² Auf den Ersatzanspruch aus § 64 S. 1 GmbHG findet § 43 III, IV GmbHG entsprechende Anwendung, § 64 S. 4 GmbHG. Voraussetzung für die Durchsetzung der Forderung ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder die Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse.⁹³³

§ 92 II 1 AktG gleicht § 64 S. 1 GmbHG.⁹³⁴ Es kann daher weitestgehend auf das eben Ausgeführte verwiesen werden. Eine Haftung kann sich gegenüber der Gesellschaft aus § 93 III Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 II 1 AktG⁹³⁵ und gegenüber den Gläubigern gemäß § 823 II BGB i.V.m. § 92 II 1 AktG ergeben⁹³⁶.

Eine Sonderregelung aufgrund der COVID-19-Pandemie enthält § 2 I Nr. 1 COVInsAG, soweit die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt ist. Hiernach gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne des § 64 S. 2 GmbHG/§ 92 II 2 AktG vereinbar.

⁹³⁰ Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 64 Rn. 53.

⁹³¹ Ulmer/Casper GmbHG § 64 Rn. 117.

⁹³² Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 84.

⁹³³ Ulmer/Casper GmbHG § 64 Rn. 128; Michalski-Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 23; ferner Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 3; MüKo GmbHG/H.-F. Müller, § 64 Rn. 173 f.; a.A. Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 64 Rn. 72; Schmidt/Poertzgen, NZI 2013, 369, 370; dies für die Entstehung des Anspruchs verlangend, Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 25.

⁹³⁴ Strohn, NZG 2011, 1161, 1163.

⁹³⁵ Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 92 Rn. 18, 33; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 92 Rn. 29 f., 35; Habersack/Foerster in Großkomm AktG, § 92 Rn. 123, 134; Hüffer/Koch/Koch AktG § 92 Rn. 41; KK-AktG/Mertens/Cahn, § 92 Rn. 33; Hölter/Müller-Michaels AktG § 92 Rn. 29; K. Schmidt/Lutter AktG/Sailer-Coceani, § 92 Rn. 17; MüKo AktG/Spindler, § 92 Rn. 23, 42; Strohn, NZG 2011, 1161, 1163.

⁹³⁶ KK-AktG/Mertens/Cahn, § 92 Rn. 31, 37; Hölter/Müller-Michaels AktG § 92 Rn. 29; K. Schmidt/Lutter AktG/Sailer-Coceani, § 92 Rn. 17; MüKo AktG/Spindler, § 92 Rn. 43; a.A. Habersack/Foerster in Großkomm AktG, § 92 Rn. 142.

Mit dem SanInsFoG werden § 64 S. 1 GmbH/§ 92 II 1 AktG gestrichen. Zahlungen bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung werden in § 15b InsO-RegE geregelt.

2. Die übrigen vermögensbezogenen Pflichten

Ist die Gesellschaft materiell insolvent, gelten die Auszahlungs- und Rückzahlungsverbote gemäß § 30 GmbHG/§ 57 AktG fort. Insbesondere greift § 30 GmbHG auch bei Überschuldung der Gesellschaft.⁹³⁷ Die Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 S. 3 GmbHG/§ 92 II 3 AktG kann bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit nicht mehr greifen.⁹³⁸ Der Erwerb eigener Aktien/Geschäftsanteile ist bei materieller Insolvenz weitgehend ausgeschlossen. Ist die Gesellschaft überschuldet, kann eine nach § 71 II 2 AktG/§ 33 II 1 GmbHG erforderliche (fiktive) Rücklage nicht gebildet werden. Bei Zahlungsunfähigkeit kann der Erwerb an der Aufbringung der anfallenden Aufwendungen scheitern. Außerdem können Auszahlungsverbote greifen. Die Inpfandnahme scheidet bei Überschuldung an §§ 71 II 2, 71e I 1 AktG bzw. § 33 II 2 GmbHG. Die Verwendungsvorgaben für Beträge aus der Auflösung der Kapital- oder Gewinnrücklagen und aus der Kapitalherabsetzung sowie für Gewinne gelten unverändert fort. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Vornahme einer Kapitalherabsetzung aufgrund des Zeitaufwands innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a I 1 InsO nicht machbar ist.⁹³⁹ Ist die Gesellschaft materiell insolvent, ist die Kreditgewährung an Führungskräfte und Aufsichtsratsmitglieder unzulässig. Bei Überschuldung greift für die GmbH bereits § 43a GmbHG und verbietet die Auszahlung des Darlehens. Stets findet § 64 S. 1 GmbHG Anwendung. Der Erwerb selbst eines

⁹³⁷ Für Abs. 1: Baumbach/Hueck/*Fastrich* GmbHG § 30 Rn. 20; Michalski-Heidinger, GmbHG, § 30 Rn. 46; vgl. BGH, Urt. v. 5.2.1990 - II ZR 114/89 = NJW 1990, 1730; Roth/Altmeyen/*Altmeyen*, GmbHG, § 30 Rn. 19; Ulmer/*Habersack* GmbHG § 30 Rn. 3, 26; für die bilanzielle/rechnerische Überschuldung: MüKo GmbHG/*Ekkenga*, § 30 Rn. 80; BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30 Rn. 87 f.; Scholz GmbHG/*Verse*, § 30 Rn. 54; für Abs. 2: Ulmer/*Habersack* GmbHG § 30 Rn. 141; Michalski-Heidinger, GmbHG, § 30 Rn. 221; BeckOK-GmbHG/*Schmolke*, § 30 Rn. 237.

⁹³⁸ BGH, Urt. v. 9.10.2012 - II ZR 298/11 = BGHZ 195, 42, 44 Rz. 7 = ZIP 2012, 2391 Rz. 7; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 852.

⁹³⁹ Vgl. Uhlenbruck/*Hirte* § 15a InsO Rn. 17; *Geißler*, ZInsO 2013, 167, 169.

jederzeit fälligen sowie werthaltigen Darlehensrückzahlungsanspruchs gemäß § 488 I 2 Alt. 2 BGB ist keine die Zahlung erlaubende Gegenleistung nach § 64 S. 2 GmbHG und kann an dem Zahlungsverbot daher nichts ändern.⁹⁴⁰ Für die AG greift bei materieller Insolvenz § 92 II 1 AktG und verbietet die Auszahlung des Darlehens. Eine Kreditgewährung ist trotz Aufsichtsratseinwilligung unzulässig, wenn diese der Umgehung der Insolvenzantragspflicht dient.⁹⁴¹ Bei zulässigerweise gewährten Krediten müssen sich die Geschäftsleiter um eine schnellstmögliche Rückführung der Mittel bemühen.

VIII. Auswirkungen auf die allgemeinen Geschäftsleiterpflichten, § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG

Die Pflicht zur Stellung eines Eröffnungsantrags gemäß § 15a I 1 InsO und die Masseerhaltungspflicht aus § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG werden flankiert durch der allgemeinen Sorgfaltspflicht entspringenden Geschäftsleiterpflichten, § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG.⁹⁴²

1. Die allgemeine Sorgfaltspflicht

a) Ausgestaltung der internen Organisation

Die Insolvenzantrags- und die Masseerhaltungspflicht können als zum Kernbereich der zwingenden Gesamtzuständigkeit in der GmbH⁹⁴³ und zu den „organschaftlichen Mindestzuständigkeiten“ des Vorstands⁹⁴⁴ gehörende Pflichten weder horizontal noch vertikal delegiert werden.⁹⁴⁵ Die Gesamtzuständigkeit des Geschäftslei-

⁹⁴⁰ Vgl. Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 70 f.; Casper, ZIP 2016, 793, 797.

⁹⁴¹ Für die AG: Kort in Großkomm AktG, § 89 Rn. 126.

⁹⁴² Vgl. MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 34.

⁹⁴³ Für die GmbH: Scholz GmbHG/Verse, § 43 Rn. 125; vgl. MüKo GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 116; BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 213.1.

⁹⁴⁴ Frels, ZHR 122 (1959), 8, 24 ff.

⁹⁴⁵ Für die GmbH: vgl. MüKo GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 116; BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 213.1; MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 70; Scholz GmbHG/Verse, § 43 Rn. 125; Schmidt/Grundlach, DStR 2018, 198, 199; zu

tungsgremiums schränkt die Verpflichtung jedes einzelnen Geschäftsleiters durch diese Normen aber nicht ein. Zur Beteiligung an der Überwachung der Finanzlage und zur Überwachung des Geschäftsleiters, der hierfür primär zuständig sind, ist jedes Mitglied der Geschäftsleitung verpflichtet.⁹⁴⁶ Die für die genauere Überwachung eines Kollegen erforderlichen erkennbaren Anhaltspunkte einer Fehlentwicklung werden bei materieller Insolvenz in der Regel vorliegen.⁹⁴⁷ Die gesellschaftsinterne Organisation muss eine noch stärkere Einbeziehung der Geschäftsleiter in sämtliche Aufgabenbereiche sicherstellen. Der Geschäftsleiter muss Vorkehrungen treffen, um sicherzustellen, dass auch von Mitarbeitern keine Zahlungen getätigt werden, die gegen das Zahlungsverbot des § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG verstoßen.⁹⁴⁸ Das Berichtssystem muss aufgrund der Fortführung des Unternehmens in der wirtschaftlich maximal zugespitzten Lage ohne Einbeziehung des Insolvenzgerichts weiter ausgebaut werden. Die gesellschaftsinterne Organisation muss vom Geschäftsleiter dergestalt eingerichtet werden, dass der Überblick über die Lage der Gesellschaft ihn zur pflichtgemäßen Reaktion bei Eintritt der materiellen Insolvenz befähigt.⁹⁴⁹

b) Die allgemeine Überwachungspflicht

Die allgemeine Überwachungspflicht hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft besteht bei materieller Insolvenz intensiviert⁹⁵⁰ fort.⁹⁵¹ Die §§ 17, 19 InsO verpflichten selbst nicht zur Fest-

§ 64 I GmbHG a.F., BGH, Urt. v. 1.3.1993 - II ZR 61/92 = NJW 1994, 2149, 2150; für die AG: MüKo AktG/*Spindler*, § 77 Rn. 64.

⁹⁴⁶ Karsten Schmidt/*K. Schmidt/Herchen* InsO § 15a Rn. 36; vgl. *Lange*, GmbHR 2015, 1009, 1014.

⁹⁴⁷ *Lange*, GmbHR 2015, 1009, 1014; vgl. MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 159;

⁹⁴⁸ Für die AG: *Habersack/Foerster* in Großkomm AktG, § 92 Rn. 124; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 92 Rn. 26; für die GmbH: vgl. *Bitter/Baschmagel*, ZInsO 2018, 557, 581.

⁹⁴⁹ BGH, Urt. v. 19.6.2012 - II ZR 243/11 = NJW-RR 2012, 1122, 1123 Rz. 13; *Uhlenbruck/Hirte* § 15a InsO Rn. 32; *Steffek* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 15a InsO Rn. 112; vgl. *Baumbach/Hueck/Haas* GmbHG § 64 Rn. 105.

⁹⁵⁰ *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 126 ff.; vgl. FK-InsO/*Schmerbach* § 15a Rn. 31; für die GmbH: vgl. *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138,

stellung der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung.⁹⁵² Laut IDW S 11 muss im fortgeschrittenen Krisenverlauf, zur Einschätzung des Vorliegens von zwingenden Insolvenzgründen, eine insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose aufgestellt werden.⁹⁵³ Umsatzeinbrüche, wachsende Vorräte, Forderungsausfälle, drohende finanzielle Einbußen ebenso wie negative operative Cashflows, gekündigte und bzw. oder ausgeschöpfte Kreditlinien und Liquiditätsengpässe⁹⁵⁴ sowie der Auflauf von Verbindlichkeiten in einer beträchtlichen Höhe und das Eingreifen der Einberufungspflicht nach § 49 III GmbHG/§ 92 I Alt. 1 AktG⁹⁵⁵ stellen Krisenmerkmale dar, die die Geschäftsleiter zur Prüfung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht zwingen.⁹⁵⁶ Hinsichtlich der Überschuldung treten die Unterkapitali-

139; für die AG: MüKo AktG/*Spindler*, § 92 Rn. 31; ferner *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 28.

⁹⁵¹ MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 1, 124; *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 82. Lieferung 10.2019, § 15a InsO Rn. 15, 55; vgl. *Uhlenbruck/Hirte* § 15a InsO Rn. 14, 31; *Karsten Schmidt/K. Schmidt* InsO § 19 Rn. 18; im Zusammenhang mit der Insolvenzantragspflicht, *Karsten Schmidt/K. Schmidt/Herchen* InsO § 15a Rn. 2, 25; *Kirstein*, *ZInsO* 2006, 966; für die GmbH: vgl. BGH, *Urt. v. 26.1.2016 - II ZR 394/13 = ZIP* 2016, 1119, 1121 Rz. 33; *ders.*, *Urt. v. 19.6.2012 - II ZR 243/11 = NJW-RR* 2012, 1122 f. Rz. 11; *ders.*, *Urt. v. 27.3.2012 - II ZR 171/10 = ZIP* 2012, 1174, 1175 Rz. 15; *Baumbach/Hueck/Haas GmbHG* § 64 Rn. 105; *MüKo GmbHG/H.-F. Müller*, § 64 Rn. 5, 159; *Schmidt/Grundlach*, *DStR* 2018, 198, 201; für die AG: *KK-AktG/Mertens/Cahn*, § 92 Rn. 32; *MüKo AktG/Spindler*, § 92 Rn. 31.

⁹⁵² *Uhlenbruck/Mock* § 17 InsO Rn. 33, § 19 InsO Rn. 48; vgl. *FK-InsO/Schmerbach* § 19 Rn. 15, 45.

⁹⁵³ IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, *IDWLife* 2017, 332 Rn. 2.

⁹⁵⁴ *Uhlenbruck/Mock* § 17 InsO Rn. 33, § 19 InsO Rn. 48; vgl. *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 82. Lieferung 10.2019, § 15a InsO Rn. 55; *FK-InsO/Schmerbach* § 19 Rn. 31.

⁹⁵⁵ *Baumbach/Hueck/Haas GmbHG* § 64 Rn. 105; vgl. *FK-InsO/Schmerbach* § 19 Rn. 45.

⁹⁵⁶ *Uhlenbruck/Mock* § 17 InsO Rn. 33, § 19 InsO Rn. 48; ferner BGH, *Urt. v. 26.1.2016 - II ZR 394/13 = ZIP* 2016, 1119, 1121 Rz. 33; *ders.*, *Urt. v. 19.6.2012 - II ZR 243/11 = NJW-RR* 2012, 1122 f. Rz. 11; *ders.*, *Urt. v. 27.3.2012 - II ZR 171/10 = ZIP* 2012, 1174, 1175 Rz. 15; IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, *IDWLife* 2017, 332, 333, 339 Rn. 5, 55; *Uhlenbruck/Hirte* § 15a InsO Rn. 14, 31; *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 82. Lieferung 10.2019, § 15a InsO Rn. 55; *Karsten Schmidt/K. Schmidt* InsO § 19 Rn. 18; *Karsten Schmidt/ders./Herchen* InsO § 15a Rn. 2, 25; *MüKo InsO/Stephan*, § 101 Rn. 15; *Schmidt/Grundlach*, *DStR* 2018, 198, 201; zur Pflicht, Anzeichen eines Insolvenzgrundes wahrzunehmen, *HK-InsO/Rüntz/Laroche*, 9. Auflage 2018, § 15a Rn. 52.

sierung, jede Unterbilanz, die Erkennbarkeit der rechnerischen Überschuldung, die hohe Gesamtverschuldung des von der Gesellschaft geführten Unternehmens⁹⁵⁷ sowie (in der Regel) ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag in der Handelsbilanz nach § 268 III HGB⁹⁵⁸ als Auslöser der Prüfungspflicht hinzu. Mit steigender Unternehmensgefährdung erhöhen sich auch die Anforderungen, die an die durchgängige Aktualisierung der Prüfung zu stellen sind.⁹⁵⁹ Die allgemeine Überwachungspflicht hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft konkretisiert sich in Insolvenznähe zur Pflicht, den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung exakt⁹⁶⁰ festzustellen. Nur so kann den bei Eintritt der materiellen Insolvenz greifenden gesetzlichen Pflichten, insbesondere der Insolvenzantragspflicht und der Massesicherungspflicht, normgerecht nachgekommen werden. Auch die Drei-Wochen-Frist des § 15a I 1 InsO kann nur bei rechtzeitigem Erkennen des Eintritts der materiellen Insolvenz genutzt werden.⁹⁶¹

Die der Prüfung zugrundeliegenden Informationen haben umfassend, aktuell, verlässlich sowie schlüssig zu sein.⁹⁶² Zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit ist „eine Liquiditätsbilanz oder eine finanzwirtschaftliche Prognoserechnung auf Finanzplanbasis“⁹⁶³ nötig.⁹⁶⁴ Zur Prüfung der Überschuldung ist zunächst eine Fortbestehensprüfung durchzuführen. Diese ist mit einem Unternehmenskonzept, dessen Umsetzung in einem Finanzplan und der daraus zu ermittelnden

⁹⁵⁷ Uhlenbruck/Mock § 19 InsO Rn. 20, 22, 26, 48.

⁹⁵⁸ Pape in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 82. Lieferung 10.2019, § 15a InsO Rn. 55; FK-InsO/Schmerbach § 19 Rn. 45; Picot/Aleth, DSWR 1997, 260, 261; allgemein Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 105.

⁹⁵⁹ Für die Überschuldung: IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, IDWLife 2017, 332, 339 Rn. 55.

⁹⁶⁰ Vgl. MüKo InsO/Eilenberger, § 17 Rn. 25; Götker, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 343; für die GmbH: Uhlenbruck, WiB 1996, 409, 413.

⁹⁶¹ Vgl. Karsten Schmidt/K. Schmidt/Herchen InsO § 15a Rn. 32.

⁹⁶² IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, IDWLife 2017, 332, 333 Rn. 8.

⁹⁶³ MüKo InsO/Eilenberger, § 17 Rn. 27b.

⁹⁶⁴ MüKo InsO/Eilenberger, § 17 Rn. 10 ff., 19 f., 27b; vgl. FK-InsO/Schmerbach § 17 Rn. 29 f., 45; betriebswirtschaftliche Methode, IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, IDWLife 2017, 332, 336 ff. Rn. 23 ff.; Harz/Bornmann/Conrad/Ecker, NZI 2015, 737, 738 ff.; ferner Braun/Bußhardt InsO § 17 Rn. 12; Leithaus in Andres/Leithaus, InsO, § 17 Rn. 2; Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO § 17 Rn. 31 ff.

Fortbestehensprognose dreistufig aufzubauen.⁹⁶⁵ Für eine positive Fortführungsprognose spricht die Bereitschaft von Gesellschaftern und Gläubigern, sich an der Sanierung zu beteiligen.⁹⁶⁶ Die Fortführungswahrscheinlichkeit wird regelmäßig zu verneinen sein, wenn Gesellschafter und bzw. oder Gesellschaftsgläubiger zur Leistung der erforderlichen Sanierungsbeiträge nicht bereit sind respektive wenn die Sanierungsverhandlungen hierüber gescheitert sind.⁹⁶⁷ Fällt die Prognose negativ aus, muss unter Liquidationsgesichtspunkten ein Überschuldungsstatus stichtagsbezogen aufgestellt werden.⁹⁶⁸ Geht aus diesem die bilanzielle bzw. rechnerische Überschuldung hervor, ist die Gesellschaft auch im Rechtssinne überschuldet.⁹⁶⁹ Die Zahlungsunfähigkeits- und die Überschuldungsprüfung sind von den Geschäftsleitern im eigenen Interesse zu dokumentieren.⁹⁷⁰ Eine ungenügende Information des Geschäftsleiters über die finanzielle Situation seiner GmbH/AG kann zur Strafbarkeit gemäß § 15a V InsO führen.⁹⁷¹

⁹⁶⁵ Uhlenbruck/Mock § 19 InsO Rn. 218 ff.; *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 19 InsO Rn. 41 ff.; Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO § 19 Rn. 51 ff.; vgl. IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, IDWLife 2017, 332, 339 Rn. 59; FK-InsO/Schmerbach § 19 Rn. 40; ferner *Bork*, ZIP 2000, 1709 ff.

⁹⁶⁶ *Bork*, ZIP 2000, 1709, 1713.

⁹⁶⁷ *Bork*, ZIP 2000, 1709, 1713; vgl. BGH, Urt. v. 23.2.2004 - II ZR 207/01 = ZIP 2004, 1049, 1051; ders., Urt. v. 15.6.1998 - II ZR 17/97 = NJW 1998, 3200, 3201; ders., Urt. v. 20.3.1995 - II ZR 205/94 = NJW 1995, 1739, 1748 (Girmes); *Mohaupf*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 93.

⁹⁶⁸ Braun/Bußhardt InsO § 19 Rn. 10, 15; vgl. IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, IDWLife 2017, 332, 339 f., 342 Rn. 54, 69, 74, 94 f.; *Leithaus* in Andres/Leithaus, InsO, § 19 Rn. 9; Uhlenbruck/Mock § 19 InsO Rn. 60 f., 130 ff.; FK-InsO/Schmerbach § 19 Rn. 10, 17 f.; *Harz/Bornmann/Conrad/Ecker*, NZI 2015, 737, 743.

⁹⁶⁹ Vgl. IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, IDWLife 2017, 332, 339 f., 342 Rn. 54, 69, 90; Uhlenbruck/Mock § 19 InsO Rn. 40; FK-InsO/Schmerbach § 19 Rn. 15; Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO § 19 Rn. 13.

⁹⁷⁰ Vgl. OLG Naumburg, Urt. v. 20.8.2003 - 5 U 67/03 = GmbHR 2004, 361, 362; IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, IDWLife 2017, 332, 334 Rn. 11 f.; Uhlenbruck/Mock § 17 InsO Rn. 33, § 19 InsO Rn. 45 f.; Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO § 19 Rn. 19, 50; *Bork*, ZIP 2000, 1709, 1711 f.; ferner *Leithaus* in Andres/Leithaus, InsO, § 19 Rn. 6; *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 19 InsO Rn. 37, 51; FK-InsO/Schmerbach § 19 Rn. 40, 43.

⁹⁷¹ Braun/Bußhardt InsO § 15a Rn. 34.

Die Liquiditätsentwicklung muss auch bei Ablehnung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit weiterhin kritisch beobachtet werden.⁹⁷² Wird der Eintritt der Überschuldung gemäß § 19 InsO aufgrund positiver Fortbestehensprognose verneint, müssen die Geschäftsleiter die Prognose ständig dahingehend überprüfen (lassen), ob die zugrunde gelegten Prämissen weiterhin fortgelten oder ob die Prognose zu korrigieren ist.⁹⁷³ Machen die Geschäftsleiter von der Drei-Wochen-Frist des § 15a InsO aufgrund der objektiven Aussicht, die materielle Insolvenz noch vor Fristablauf zu beheben, Gebrauch, müssen sie während des Fristlaufs genau überprüfen, ob diese Einschätzung weiterhin begründet und das Aufschieben der Stellung des Eröffnungsantrags zulässig bleibt.

c) Weitere Ausprägungen

Ergibt die Prüfung, dass noch kein zwingender Insolvenzgrund eingetreten ist, müssen die Geschäftsleiter Gläubigeranträgen entgegenwirken.⁹⁷⁴ Dies kann beispielsweise durch die Einreichung einer Schutzschrift beim Insolvenzgericht geschehen.⁹⁷⁵ Wurde vor Eintritt der materiellen Insolvenz bereits ein Fremdantrag gestellt, müssen sie gegen diesen vorgehen.⁹⁷⁶ Dass Zahlungen zur Beschwichtigung der Gläubiger später der Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff. InsO unterfallen können, steht deren Vornahme hiernach nicht entgegen.⁹⁷⁷ Aufgrund der vielen Pflichten und der mit diesen einhergehenden hohen straf- und haftungsrechtlichen Risiken ist die Beratung durch eine insolvenzrechtlich fachkundige Person regelmäßig unerlässlich.⁹⁷⁸ Rat ist bei unabhängigen sowie fachlich qualifizierten Berufs-

⁹⁷² IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, IDWLife 2017, 332, 336 Rn. 24.

⁹⁷³ Harz/Bornmann/Conrad/Ecker, NZI 2015, 737, 742; ferner IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, IDWLife 2017, 332, 340 Rn. 68.

⁹⁷⁴ Für die GmbH: MüKo InsO/Stephan, § 101 Rn. 15.

⁹⁷⁵ Hierzu Frege/Keller/Riedel, HdB Insolvenzrecht, Rn. 571 ff.; a.A. Götter, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 806.

⁹⁷⁶ Vallender, ZIP 1996, 529, 530; vgl. Uhlenbruck, GmbHR 2005, 817, 822 f.; regelmäßig, Götter, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 806.

⁹⁷⁷ Aber Götter, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 822.

⁹⁷⁸ Für die GmbH: Knittel, GmbH-StB 2015, 138, 142.

trägern zu holen.⁹⁷⁹ Beratungsbedarf besteht insbesondere bei Prüfung der materiellen Insolvenz.⁹⁸⁰ Gleiches gilt auch im Hinblick auf § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG, insbesondere hinsichtlich Zahlungsfreigaben in der materiellen Insolvenz,⁹⁸¹ und bei der Insolvenzantragstellung.⁹⁸²

Mit der materiellen Insolvenz wandelt sich die Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks,⁹⁸³ zu der Pflicht zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens für die Gläubiger.⁹⁸⁴ Teil dieser generellen „Masseerhaltungspflicht“ ist das Zahlungsverbot gemäß § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG. Die generelle „Masseerhaltungspflicht“ verpflichtet die Geschäftsleiter aber nicht stets dazu, das vorhandene Vermögen für die Verteilung an die Gläubiger zu konservieren. Wie das Zahlungsverbot steht auch diese einer Sanierung und damit auch einer Nutzung der noch vorhandenen Masse nicht entgegen, da von einem Erfolg gerade auch die Gläubiger in Form von höheren Befriedigungsquoten profitieren. Weil die Geschäftsleiter die vorhandene Masse nicht stets streng aufbewahren müssen, ist es vorzuziehen, sie ab Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zur *Verwaltung* des Vermögens im Sinne der Gläubiger für verpflichtet zu halten. Wird eine Sanierung betrieben, müssen die Geschäftsleiter das Vermögen der Gesellschaft für den Fall des Scheiterns von Sanierungsbemühungen insoweit sichern, wie es dem Erfolg einer Sanierung nicht entgegensteht.⁹⁸⁵

⁹⁷⁹ BGH, Urt. v. 14.5.2007 - II ZR 48/06 = NJW 2007, 2118 ff.

⁹⁸⁰ *Steffan/Solmecke*, WPg 2015, 429, 431; *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009, 2014; vgl. FK-InsO/*Schmerbach* § 15a Rn. 31; *Mohaupt*, Geschäftsleitersplichten in der Unternehmenskrise, S. 127; für die GmbH: *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 343; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 139 ff.

⁹⁸¹ Für die GmbH: *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138, 141.

⁹⁸² Vgl. *Frege*, NZI 2006, 545, 546.

⁹⁸³ Für die AG: *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 92 Rn. 27; anders *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 1; *ders.* in: *Fleischer HdB* Vorstandsrecht, § 20 Rn. 1.

⁹⁸⁴ Für die GmbH: BGH, Urt. v. 26.3.2007 - II ZR 310,05 = NJW-RR 2007, 984; OLG Brandenburg, Urt. v. 12.1.2016 - 6 U 123/13 = GmbHR 2016, 810, 811; Beck Hdb GmbH/*Axhausen/Rieser*, § 15 Rn. 150; für die AG: *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 92 Rn. 22, 27.

⁹⁸⁵ Entwickelt aus: für die GmbH: OLG Brandenburg, Urt. v. 12.1.2016 - 6 U 123/13 = GmbHR 2016, 810, 812.

2. Die Treuepflicht

Auch in der materiellen Insolvenz verbietet die organschaftliche Treuepflicht den Geschäftsleitern die Verfolgung eigener oder fremder Vorteile. Bezugspunkt derselben stellt nicht etwa die Vielzahl der jeweiligen Interessen der einzelnen Gläubiger, sondern weiterhin das Interesse der Gesellschaft, nun aber in Form der aggregierten Interessen der Gläubigerschaft, dar.⁹⁸⁶

3. Die Verschwiegenheitspflicht

Der Geschäftsleiter kann trotz des grundsätzlichen Geheimhaltungsinteresses zur Aufklärung über die finanzielle Situation der GmbH/AG gegenüber Dritten verpflichtet sein.⁹⁸⁷ Ab Eintritt der zwingenden Insolvenzgründe ist dem Vertragspartner der Gesellschaft die aktuelle Finanzlage vor Vertragsschluss offenzulegen,⁹⁸⁸ wenn das Hinauszögern des Eröffnungsantrags während der Drei-Wochen-Frist nach § 15a I 1 InsO nicht (noch) zulässig ist⁹⁸⁹ oder das Gegenüber nicht durch Sicherungs- und Zurückbehaltungsrechte geschützt ist.⁹⁹⁰ Aussichtsreiche Sanierungsversuche erlauben folglich während der Drei-Wochen-Frist die Eingehung neuer Vertragsbeziehungen ohne Aufklärung des Gegenübers.⁹⁹¹ In diesen Fällen ist

⁹⁸⁶ Vgl. § 7 B. IX.

⁹⁸⁷ MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 288; für die GmbH: Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 64 Rn. 219; Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 188; Götker, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 727 ff.; Knittel, GmbH-StB 2015, 138, 142; a.A. Poertzgen, ZInsO 2010, 416, 419.

⁹⁸⁸ BGH, Urt. v. 25.1.1984 - VIII ZR 227/82 = NJW 1984, 2284, 2286; ders., Urt. v. 27.10.1982 - VIII ZR 187/81 = NJW 1983, 676, 677; vgl. ders., Urt. v. 2.3.1988 - VIII ZR 380/86 = NJW 1988, 2234; MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 288; Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 188; Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 79; für Neugläubiger: Götker, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 727 ff.

⁹⁸⁹ Für die AG: Reuter, BB 2003, 1797, 1803; vgl. BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1832; ders., Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 109, 112, 115 = NJW 1979, 1823, 1826, 1828; gegenüber Neugläubigern, Poertzgen, ZInsO 2010, 416, 421; für die GmbH: vgl. Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 64 Rn. 219; strenger Götker, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 730 f.

⁹⁹⁰ MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 288.

⁹⁹¹ Für die GmbH: Einschränkung, Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 64 Rn. 219.

eine Aufklärung verboten, wenn eine solche die Sanierung gefährden könnte. Unrichtige Angaben sind stets unzulässig.⁹⁹² Mit der Verpflichtung, den Eröffnungsantrag (nun) nach Ablauf der Sanierungsfrist des § 15a I 1 InsO⁹⁹³ zu stellen, sind die Vertragspartner aufzuklären.⁹⁹⁴ Bei Missachtung kann eine Haftung aus culpa in contrahendo folgen.⁹⁹⁵

IX. Folgerungen

Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und bzw. oder der Überschuldung verändert die Stellung des Geschäftsleiters als Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan nicht. Mit der materiellen Insolvenz ist aber ein ökonomischer Zustand eingetreten, welcher die Stellung der Gesellschaftsgläubiger abwertet, weswegen eine unveränderte, namentlich eine die Autonomie der Gesellschaftsorgane und der Gesellschafter beibehaltende, Weiterführung der Gesellschaft nunmehr unzulässig ist.⁹⁹⁶ Das Gesetz reagiert bei materieller Insolvenz mit der gläubigerschützenden Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO und dem primär gläubigerschützende Zahlungsverbot des § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG. Mit der Insolvenzverschleppungshaftung geht eine Außenhaftung der Geschäftsleiter einher. § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG führen zu einer Vorverlagerung der Gläubigermaxime der InsO.⁹⁹⁷

Fraglich ist, ob mit der materiellen Insolvenz über den auf die jeweiligen Normen begrenzten Gläubigerschutz hinaus ein Wandel der Ausrichtung des Geschäftsleiterhandelns von dem eigentlichen Gesellschaftsinteresse hin zu den Interessen der Gesellschaftsgläubiger erfolgt. Das Insolvenzverfahren, zu dessen Beantragung der Eintritt

⁹⁹² MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 288; vgl. Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 64 Rn. 219.

⁹⁹³ Für die GmbH: Für eine individuelle Aufklärungspflicht spätestens bei Ablauf der Frist des § 15a I 1 InsO, Scholz GmbHG/K. Schmidt, Aufl. 11., § 64 Rn. 219.

⁹⁹⁴ A.A. Poertzgen, ZInsO 2010, 416, 422.

⁹⁹⁵ MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 288; vgl. Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 64 Rn. 219; Karsten Schmidt/ders./Herchen InsO § 15a Rn. 39; Lange, GmbHR 2015, 1009, 1014; ferner Uhlenbruck/Hirte § 15a InsO Rn. 36 ff.; Knittel, GmbH-StB 2015, 138, 142.

⁹⁹⁶ MüKo InsO/Drukarczyk, § 18 Rn. 1.

⁹⁹⁷ Vgl. Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 92 Rn. 18; Goette in FS Kreft, 53, 58 f.; Strohn, NZG 2011, 1161, 1163.

der materiellen Insolvenz verpflichtet, dient gemäß § 1 InsO der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger des Schuldners und damit deren Interessen. Es ist aber der Eintritt jedenfalls eines der zwingenden Insolvenzgründe, der die wirtschaftlichen Interessen der Gläubiger stark gefährdet. So ist der Schuldner nicht mehr in der Lage, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen und bzw. oder das Schuldnervermögen deckt die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr. Jedenfalls mit Überschuldung der Gesellschaft geht eine Entwertung der vermögenswerten Position der Anteilhaber einher.⁹⁹⁸ Den Anteilen ist bei negativer Fortführungsprognose nicht einmal mehr eine berücksichtigungswürdige Chance auf Fortführung immanent. Aufgrund der Entwertung sind die Gläubiger aus wirtschaftlicher Sicht Inhaber des Unternehmens.⁹⁹⁹ Wenn das Gesellschaftsvermögen in wirtschaftlicher Hinsicht bereits den Gesellschaftsgläubigern gehört,¹⁰⁰⁰ müssen die Verwalter des Vermögens, die Geschäftsleiter, auch in deren Interessen agieren. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bildet (nur) das Resultat aus dieser der materiellen Insolvenz immanenten Gläubigergefährdung. Außerdem sollte der Wandel der Interessenausrichtung nicht von der unterschiedlichen Bearbeitungsdauer des Insolvenzgerichts abhängen, die je nach Zuständigkeit der handelnden Personen sowie der zahlenmäßigen Besetzung des Gerichts (insbesondere in der Urlaubssaison) variieren kann. Zu bedenken ist des Weiteren, dass das Insolvenzverfahren in den besonders gläubigergefährdenden Situationen der Masselosigkeit überhaupt nicht eröffnet wird. Ein Wandel der Interessenausrichtung erst mit der formellen Insolvenz würde keinen effektiven Gläubigerschutz bieten. Der Eintritt der materiellen Insolvenz rechtfertigt daher den Wechsel der Interessenausrichtung. Die Geschäfts-

⁹⁹⁸ Für die GmbH: *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 567; für die materielle Insolvenz, *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2263; für GmbH und AG: vgl. *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1877; ausführlich für das eröffnete Insolvenzverfahren, *Bitter*, ZGR 2010, 147, 189 ff.

⁹⁹⁹ Für die GmbH: *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 567; für die materielle Insolvenz, *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2263; für GmbH und AG: vgl. *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1877; ausführlich für das eröffnete Insolvenzverfahren, *Bitter*, ZGR 2010, 147, 189 ff.

¹⁰⁰⁰ *Buchalik/Schröder*, ZInsO 2016, 189, 193; für die GmbH: *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 567.

leiter müssen ihr Handeln an den Gläubigerinteressen ausrichten.¹⁰⁰¹ Ein außerdem relevantes „öffentliche[s] Interesse am Bestand überlebenschäftiger Betriebe“¹⁰⁰² ist aufgrund des Widerspruchs zu § 1 S. 1 InsO zu verneinen.¹⁰⁰³

Die materielle Insolvenz bringt nicht nur die Insolvenzantragspflicht des § 15a I 1 InsO und das Zahlungsverbot mit der Ersatzpflicht aus § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG mit sich, sondern hat auch starke Auswirkungen auf die bestehenden gesellschaftsrechtlichen Pflichten. So folgen insbesondere aus den allgemeinen Geschäftsleiterpflichten der § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG zusätzliche konkrete Verhaltenspflichten, wie insbesondere die Pflicht zur Verwaltung des Gesellschaftsvermögens im Sinne der Gläubiger. In den Dienst dieses zur Pflicht gewordenen Ziels sind Geschäftsleiterpflichten im Vorfeld der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt.¹⁰⁰⁴ Fraglich ist, wie sich diese Interessenausrichtung zum bisher relevanten Gesellschaftsinteresse verhält. Beim unternehmerischen Handeln bilden nun die Gläubigerinteressen die Maxime. Es stellt sich die Frage, ob dies auch bei der Erfüllung der gesellschaftsrechtlichen Pflichten gilt. Zahlreiche dieser Pflichten stellen auf das Wohl der Gesellschaft oder auf deren Interesse ab.¹⁰⁰⁵ Wenn nun die Gesellschaft in wirtschaftlicher Hinsicht den Gläubiger gehört, so müssen auch deren Interessen den Maßstab für die Ausübung dieser Pflichten bilden. Die Interessen der Gläubiger, die in der prosperierenden Gesellschaft je nach Sichtweise eine mehr oder weniger große Rolle bei der Vermittlung des Willens der Gesellschaft bilden, dominieren bei materieller Insolvenz und drängen die Interessen der anderen (letztlich immer) natürlichen Personen zurück. Die gesellschaftsrechtlichen Pflichten, die an das Wohl respektive das Interesse der Gesellschaft

¹⁰⁰¹ Bork/Schäfer GmbHG/Klöhn, § 43 Rn. 5; Haas in FS Stürmer, 749, 766; Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2240; Klöhn, ZGR 2008, 110, 155; Röhrich, ZIP 2005, 505, 511; Skauradzun/Spahlinger, DB 2015, 2559, 2263; Strohn, NZG 2011, 1161, 1166; vgl. MüKo InsO/Drukarczyk, § 18 Rn. 1; gegen eine alleinige Ausrichtung an dem Gläubigerinteresse, Thole/Brünkmans, ZIP 2013, 1097, 1098; für die GmbH: vgl. Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 567.

¹⁰⁰² Zur Beurteilung im Rahmen des § 64 S. 2 GmbHG/§ 64 II 2 GmbHG a.F.: vgl. Michalski-Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 22; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh GmbHG, 18. Aufl., § 64 Rn. 81.

¹⁰⁰³ Klöhn, ZGR 2008, 110, 155.

¹⁰⁰⁴ Für die AG: Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, § 92 Rn. 22.

¹⁰⁰⁵ Vgl. § 3.

anknüpfen, erfahren eine Modifikation. Ob die Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung gemäß § 49 II Hs. 2 GmbHG bzw. § 121 I Var. 3 AktG einzuberufen ist, Auskünfte und Einsichten gemäß § 131 III AktG/§ 51a II GmbHG verweigert werden dürfen oder nach § 93 I (3) AktG/§ 43 I GmbHG sogar müssen sowie ob die Kreditgewährung an die Führungskräfte und Aufsichtsratsmitglieder von GmbH/AG zulässig ist, muss sich an den aggregierten Gläubigerinteressen messen lassen. Gleiches gilt für § 64 S. 2 GmbHG/§ 92 II 2 AktG.¹⁰⁰⁶ Maßstab der Pflichten aus § 43 GmbHG/§ 93 AktG sind die Gläubigerinteressen. Ein unmittelbarer, über die vom Gesetz vorgesehenen Ansprüche hinausgehender, haftungsrechtlicher Schutz¹⁰⁰⁷ der Gesellschaftsgläubiger folgt hieraus jedoch nicht. Agieren die Geschäftsleiter nicht getreu den Gläubigerinteressen, ist die Gesellschaft als Inhaberin des modifizierten Gesellschaftsinteresses unmittelbarer Schutzadressat.

C. Formelle Insolvenz

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ändert nichts am Fortbestand der GmbH/AG als Rechtsträgerin und an der Existenz der Geschäftsorgane.¹⁰⁰⁸ Die Geschäftsleiter müssen im Insolvenzverfahren – wie auch bei der prosperierenden Gesellschaft – die ihnen persönlich zugeordneten Pflichten und als gesetzliche Vertreter (§ 35 GmbHG/§ 78 AktG) auch die gemeinschuldnerischen Pflichten und die der schuldnerischen Gesellschaft zustehenden Verfahrensrechte wahrnehmen.¹⁰⁰⁹ Über eigene Verfahrensrechte verfügen die

¹⁰⁰⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 8.1.2001 - II ZR 88/99 = BGHZ 146, 264, 274 f. = NJW 2001, 1280, 1282; Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 89; Michalski-Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 22; Röhrich, ZIP 2005, 505, 511; Strohn, NZG 2011, 1161, 1166; für die AG: Klöhn, ZGR 2008, 110, 155.

¹⁰⁰⁷ Vgl. Veil, ZGR 2006, 374, 380.

¹⁰⁰⁸ Ferner MüKo InsO/Stephan, § 101 Rn. 21; Klöhn, NZG 2013, 81; für die GmbH: MAH GmbH-Recht/Schluck-Amend § 23 Rn. 221; K. Schmidt in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 7.5, 7.6; Gutsche, Die Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, Rn. 309; Ströhmann/Längsfeld, NZI 2013, 271, 272; für die AG: Noack, ZIP 2002, 1873, 1874.

¹⁰⁰⁹ Für die GmbH: BGH, Beschl. v. 11.1.2007 - IX ZB 271/04 = NJW-RR 2007, 624, 626; Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 60 Rn. 47 f.; Gottwald/Haas/ders./Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch § 90 Rn. 339; Kölner Schrift/Henssler, Kap. 30 Rn. 40; Uhlenbruck, GmbHR 1999, 390, 396.

Mitglieder des Geschäftsleitungsorgans nicht.¹⁰¹⁰ Das Insolvenzverfahren kann als Regelinsolvenzverfahren – in regulärer Form oder in Eigenverwaltung¹⁰¹¹ – und als Insolvenzplanverfahren durchgeführt werden.

I. Verfahrensübergreifende Rechte und Pflichten

1. Gleichmäßige und bestmögliche Gläubigerbefriedigung, § 1 S. 1 InsO

Unabhängig davon, ob der Insolvenzantrag fakultativ oder obligatorisch gestellt wurde, gilt mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Insolvenzzweck der gemeinschaftlichen und bestmöglichen¹⁰¹² Gläubigerbefriedigung.¹⁰¹³ Im Insolvenzverfahren herrscht der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung (par conditio creditorum) und nicht mehr „Krieg aller gegen alle“.¹⁰¹⁴¹⁰¹⁵ Dieser Zweck des Insolvenzverfahrens verdrängt¹⁰¹⁶ mit Auflösung der Gesellschaft

¹⁰¹⁰ BGH, Beschl. v. 20.7.2006 - IX ZB 274/05 = NZI 2006, 700; Uhlenbruck/Wegener § 13 InsO Rn. 160.

¹⁰¹¹ Uhlenbruck/Pape § 1 InsO Rn. 3; vgl. BGH, Beschl. v. 11.1.2007 - IX ZB 10/05 = ZIP 2007, 448, 449 f.; Karsten Schmidt/Undritz InsO § 270 Rn. 1 f.; ferner Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2235; anders Biehl, InVo 1998, 237, 240.

¹⁰¹² RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 108; MüKo InsO/Ganter/Bruns, § 1 Rn. 51; FK-InsO/Schmerbach § 1 Rn. 12; HK-InsO/Sternal § 1 Rn. 3, 7; Haarmeyer, ZInsO 2009, 556, 560.

¹⁰¹³ K. Schmidt in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, 7.5; Uhlenbruck in FS Kirchhof, 479, 496; Gulde, Anordnung der Eigenverwaltung, S. 42 f.; Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 4 ff.; Prütting/Huhn, ZIP 2002, 777, 781; vgl. RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 108; BGH, Urt. v. 25.4.2002 - IX ZR 313/99 = BGHZ 150, 353, 360 = ZIP 2002, 1093, 1095; FK-InsO/Schmerbach § 1 Rn. 12; HK-InsO/Sternal § 1 Rn. 3; Frind, DB 2014, 165, 168.

¹⁰¹⁴ Uhlenbruck/Pape § 1 InsO Rn. 2.

¹⁰¹⁵ BGH, Urt. v. 14.11.1996 - IX ZR 339/95 = BGHZ 134, 79, 82 = NJW 1997, 524, 525; MüKo InsO/Ganter/Bruns, § 1 Rn. 52; Braun/Ludwig InsO § 1 Rn. 2; FK-InsO/Schmerbach § 1 Rn. 1 f.; Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO § 1 Rn. 4 f.; HK-InsO/Sternal § 1 Rn. 3; aufgrund der Anfechtungsregeln der §§ 129 ff. InsO strahlt dieses Prinzip in das Vorfeld des Insolvenzverfahrens aus, Uhlenbruck/Pape § 1 InsO Rn. 2.

¹⁰¹⁶ H.M. Verdrängungstheorie, BGH, Urt. v. 14.12.1987 - II ZR 170/87 = BGHZ 103, 1, 6 = NJW 1988, 1326, 1327; Klöhn, NZG 2013, 81; Prütting/Huhn, ZIP 2002, 777, 781; Seibt/Bulgrin, ZIP 2017, 353, 358; vgl. BGH, Urt. v. 6.7.1954 - I ZR 38/53 = BGHZ 14, 163, 168 = NJW 1954, 1682, 1983; Hüffer/Koch/Koch AktG § 262 Rn. 2; MüKo AktG/ders., § 262 Rn. 12.

nach § 60 I Nr. 4 GmbHG/§ 262 I Nr. 3 AktG oder überlagert¹⁰¹⁷ partiell¹⁰¹⁸ durch Einwirkung auf Rechte sowie Pflichten der Organe der Gesellschaft¹⁰¹⁹ den hiernach auch im Insolvenzverfahren fortgeltenden, im Gesellschaftsvertrag festgelegten Gesellschaftszweck. Aus diesem Grund sind auch die Geschäftsleiter durch den Zweck des Insolvenzverfahrens, die optimale Gläubigerbefriedigung, gebunden.¹⁰²⁰ Dies äußert sich in der Pflicht, alles zu unterlassen, was dem Insolvenzweck zuwiderläuft.¹⁰²¹ Während in der prosperierenden Gesellschaft gesellschaftszweckwidrige Handlungen als pflichtwidrig einzuordnen sind,¹⁰²² muss dies im Insolvenzverfahren für insolvenzweckwidrige Handlungen gelten. Evident insolvenzweckwidrige Handlungen des Eigenverwalters sind entsprechend der Behandlung derartiger Handlungen des Insolvenzverwalters¹⁰²³ unwirksam.¹⁰²⁴

¹⁰¹⁷ Überlagerungstheorie, *K. Schmidt* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, 7.5; *ders.*, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 99 f.; diesem folgend, *Finke*, Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, S. 193 ff.; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 5.

¹⁰¹⁸ Für die AG: *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 127 f, 138.

¹⁰¹⁹ *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 4.

¹⁰²⁰ *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 6; für die GmbH: *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 567.

¹⁰²¹ Vgl. anders, aus der gesetzlichen Pflicht zur generellen Verfahrensförderung, *Uhlenbruck/Zipperer* § 97 InsO Rn. 21.

¹⁰²² *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 560.

¹⁰²³ BGH, Beschl. v. 20.3.2008 - IX ZR 68/06 = NJW-RR 2008, 1074 f.; *ders.*, Ur. v. 25.4.2002 - IX ZR 313/99 = BGHZ 150, 353, 360 = ZIP 2002, 1093, 1095; MüKo InsO/*Ganter/Bruns*, § 1 Rn. 7; HK-InsO/*Sternal* § 1 Rn. 2; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 84.

¹⁰²⁴ Die Regeln des Missbrauchs der Vertretungsmacht anwendend, *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 81 ff., 105; so auch *Finke*, Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, S. 220 ff., 224 f.; vgl. MüKo InsO/*Kern*, § 270 Rn. 141, 149; Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270 Rn. 17; *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 132, 135; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 91 f.; *Noack*, ZIP 2002, 1873; *Westrick*, NZI 2003, 65, 70; ferner *Thole*, ZIP 2018, 1565, 1570 f.; *ders./Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100; die schlichte Insolvenzzweckwidrigkeit für die Unwirksamkeit ausreichen lassend, *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 852; ferner FK-InsO/*Foltis* § 270 Rn. 35; a.A. *Huhn*, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Rn. 609 ff.; ohne Begrenzung: *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 852, 857.

2. Pflicht zur Mitarbeit

§ 97 InsO verpflichtet den Schuldner zu einer Mitwirkung im Sinne einer Unterstützung¹⁰²⁵ bei der Vermögensverwaltung und -verwertung. Eine darüber hinsichtlich des Umfangs hinausgehende Pflicht zur unentgeltlichen oder entgeltlichen Mitarbeit dergestalt, dass eine berufliche Vollzeittätigkeit zusätzlich nicht möglich ist, folgt hieraus nicht.¹⁰²⁶ Unabhängig davon, ob eine Liquidation oder eine Sanierung angestrebt wird, begründet ein fortgeltender oder neu begründeter Anstellungsvertrag eine Mitarbeitspflicht im Insolvenzverfahren.¹⁰²⁷ In der Literatur wird teilweise aufgrund der Begründung zu § 110 RegE und des Verfahrenszwecks eine Mitarbeitspflicht „bei Eigeninteresse des Schuldners bzw. des Schuldnerunternehmens“¹⁰²⁸ angenommen, „wenn das Schuldnerunternehmen entweder im ausschließlichen Interesse des Schuldners oder der Gesellschafter oder auf Grund eines Insolvenzplans im Interesse aller Beteiligten fortgeführt werden soll.“¹⁰²⁹ Auch ohne das Bestehen eines Vertragsverhältnisses trifft die Geschäftsleiter eine Mitarbeitspflicht aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht, wenn die Mitarbeit im durch den Insolvenzszweck begrenzten Gesellschaftsinteresse¹⁰³⁰ liegt. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass eine Sanierung beabsichtigt ist.¹⁰³¹ Dann lässt sich die Pflicht aus der Sanierungsbemühenspflicht der Geschäftsleiter ableiten. Die allgemeine Mitwirkungspflicht erweitert sich in der Eigenverwaltung zu einer Mitarbeitspflicht, da die Aufgaben ebenso wie die Pflichten des Insolvenzverwalters den Schuldner treffen.¹⁰³² Für seine Mitarbeit ist der Geschäftsleiter zu entlohnen.¹⁰³³ Eine schuldhafte Missachtung der Mitarbeitspflicht

¹⁰²⁵ Vgl. § 7 C. II. 1. a), 2. c), III. 6.

¹⁰²⁶ Vgl. MüKo InsO/*Haarmeyer/Schildt*, § 22 Rn. 174; Kölner Schrift/*Henssler*, Kap. 30 Rn. 50.

¹⁰²⁷ *Uhlenbruck*, InVo 1997, 225, 227; vgl. *Uhlenbruck/Zipperer* § 101 InsO Rn. 2; Kölner Schrift/*Henssler*, Kap. 30 Rn. 50.

¹⁰²⁸ *Uhlenbruck*, InVo 1997, 225, 227.

¹⁰²⁹ MüKo InsO/*Ganter/Bruns*, § 1 Rn. 133; *Uhlenbruck*, InVo 1997, 225, 227.

¹⁰³⁰ Vgl. § 7 C. II. 1. f.

¹⁰³¹ *Uhlenbruck*, InVo 1997, 225, 227; vgl. *Vallender*, WM 1998, 2129, 2135.

¹⁰³² FK-InsO/*Wimmer-Amend* § 97 Rn. 34; *Uhlenbruck/Zipperer* § 97 InsO Rn. 19; *Vallender*, WM 1998, 2129, 2135; vgl. *Uhlenbruck*, InVo 1997, 225, 227.

¹⁰³³ *Uhlenbruck*, InVo 1997, 225, 227; ferner *Schluck-Amend* in: Schmidt K./*Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, 7.202.

kann von den Gesellschaftern durch Ersetzung des Geschäftsleiters, von den Gesellschaftsgläubigern mittels Ablehnung des vorbereiteten Insolvenzplans und von dem Gericht durch Versagung der gerichtlichen Bestätigung des Insolvenzplans sanktioniert werden.¹⁰³⁴ In der Eigenverwaltung kann die Aufhebung derselben als Sanktion angestrebt werden.¹⁰³⁵ Wird die Mitarbeitspflicht auf ein Vertragsverhältnis gestützt, können Pflichtverletzungen über §§ 280 ff. BGB und im Falle der Heranziehung der allgemeinen Sorgfaltspflicht mittels § 43 II GmbHG/§ 93 II AktG geahndet werden.

3. Recht auf Stellung eines Antrags auf Einstellung des Verfahrens, §§ 212, 213 InsO

a) Einstellungsantrag gemäß § 212 InsO

Nach § 212 S. 1 InsO ist das Insolvenzverfahren auf Antrag des Schuldners einzustellen, wenn gewährleistet ist, dass nach der Einstellung beim Schuldner weder Zahlungsunfähigkeit noch drohende Zahlungsunfähigkeit noch, soweit die Überschuldung Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist, Überschuldung vorliegt. Der Antrag ist nach S. 2 nur zulässig, wenn das Fehlen der Eröffnungsgründe glaubhaft gemacht wird. Liegt ein materieller Insolvenzgrund nicht (mehr)¹⁰³⁶ vor, können die massiven Eingriffe in die Rechtsstellung des Schuldners, die mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens einhergehen, nicht mehr gerechtfertigt werden.¹⁰³⁷

¹⁰³⁴ Vgl. *Uhlenbruck*, InVo 1997, 225, 227.

¹⁰³⁵ *Uhlenbruck*, InVo 1997, 225, 227.

¹⁰³⁶ *Andres* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 212 Rn. 3; *MüKo InsO/Hefermehl*, § 212 Rn. 1, 4; *FK-InsO/Kießner* § 212 Rn. 1 ff.; *Braun/Ludwig* InsO § 212 Rn. 4; *HK-InsO/Hölzle* § 212 Rn. 2; *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 212 InsO Rn. 1; *Uhlenbruck/Ries* § 212 InsO Rn. 2; genau *Karsten Schmidt/Jungmann* InsO § 212 Rn. 2 f.

¹⁰³⁷ *RegE* InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 221; vgl. *MüKo InsO/Hefermehl*, § 212 Rn. 1; *Karsten Schmidt/Jungmann* InsO § 212 Rn. 1; *FK-InsO/Kießner* § 212 Rn. 4; *Braun/Ludwig* InsO § 212 Rn. 1; *HK-InsO/Hölzle* § 212 Rn. 1; *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 212 InsO Rn. 1; *Uhlenbruck/Ries* § 212 InsO Rn. 1.

b) Einstellungsantrag gemäß § 213 InsO

Gemäß § 213 I 1 InsO ist das Insolvenzverfahren auf Antrag des Schuldners einzustellen, wenn er nach Ablauf der Anmeldefrist die Zustimmung aller Insolvenzgläubiger beibringt, die Forderungen angemeldet haben. Das Verfahren kann nach Abs. 2 auf Antrag des Schuldners vor dem Ablauf der Anmeldefrist eingestellt werden, wenn außer den Gläubigern, deren Zustimmung der Schuldner beibringt, andere Gläubiger nicht bekannt sind. Sprechen sich die Verfahrensbeteiligten, deren Interessen das Insolvenzverfahren vorrangig dient, für eine vorzeitige Verfahrensbeendigung aus, entfällt das öffentliche Bedürfnis für eine Weiterführung des Verfahrens.¹⁰³⁸ Ein Einstellungsantrag gemäß § 213 InsO darf von den Geschäftsleitern aufgrund der Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO nicht gestellt werden, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig und bzw. oder überschuldet ist.¹⁰³⁹ Vorab sollte den zu überzeugenden Gläubigern eine Gegenüberstellung der voraussichtlichen Quote des Insolvenzverfahrens mit der im Falle einer vorzeitigen Verfahrenseinstellung gemäß § 213 InsO erwarteten Quote vorgelegt werden.¹⁰⁴⁰ Bei der Einstellung nach § 213 InsO kann es sich im Vergleich zum Insolvenzplan um die zügigere, einfachere und billigere Alternative handeln.¹⁰⁴¹

c) Pflicht zur Antragstellung bzw. zur Hinwirkung auf die Antragstellung

Sowohl § 212 InsO als auch § 213 InsO gewähren Antragsrechte. Fraglich ist, ob die Geschäftsleiter auch zur Antragstellung¹⁰⁴² bzw. bei Annahme einer gesellschaftsinternen Zuständigkeit der Gesell-

¹⁰³⁸ MüKo InsO/*Hefermehl*, § 213 Rn. 1; Braun/*Ludwig* InsO § 213 Rn. 2; Uhlenbruck/*Ries* § 213 InsO Rn. 1; *Haarmeyer*, ZInsO 2009, 556, 557; vgl. *Andres* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 213 Rn. 1; HK-InsO/*Hölzle* § 213 Rn. 1.

¹⁰³⁹ Karsten Schmidt/*Jungmann* InsO § 213 Rn. 5.

¹⁰⁴⁰ Vgl. *Haarmeyer*, ZInsO 2009, 556, 557.

¹⁰⁴¹ *Haarmeyer*, ZInsO 2009, 556, 564; vgl. MüKo InsO/*Hefermehl*, § 213 Rn. 3; *Haarmeyer*, ZInsO 2009, 556, 561; kritisch Karsten Schmidt/*Jungmann* InsO § 213 Rn. 1, 20.

¹⁰⁴² So *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 326; für § 212 InsO: *Gutsche*, Die Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, Rn. 315; *Tresselt/Müller*, KSzW 2015, 198, 204.

schafterversammlung/Hauptversammlung¹⁰⁴³ zur Hinwirkung auf die Antragstellung verpflichtet sein können und sich um eine Einstellung des Insolvenzverfahrens aus diesen Gründen, beispielsweise in Form von Überzeugungsarbeit bei den Gläubigern, bemühen müssen. Die Antragsrechte ermöglichen die Einstellung des an den Gläubigerinteressen ausgerichteten Insolvenzverfahrens und die Versetzung in den außerinsolvenzlichen Zustand mit wieder grundsätzlich unbegrenzter Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners. Häufig werden die Geschäftsleiter und Gesellschafter – wenn auch aus eigenützigen Gründen – ein Interesse daran haben, ein Insolvenzverfahren so schnell wie möglich wieder zu beenden. Eine Pflicht der Geschäftsleiter, ein Insolvenzverfahren stets um jeden Preis zu vermeiden¹⁰⁴⁴ bzw. nach Eröffnung stets sobald wie möglich wieder zu schließen,¹⁰⁴⁵ entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers. Eine solche Haltung wäre für die Zwecke des Insolvenzverfahrens kontraproduktiv und kann insbesondere aufgrund der grundsätzlichen Gleichberechtigung einer außergerichtlichen Sanierung und einer Sanierung im Insolvenzverfahren¹⁰⁴⁶ nicht angenommen werden. Zu berücksichtigen sind auch die Nachteile einer Verfahrenseinstellung für die Gesellschaft: anhängige Anfechtungsklagen müssen für erledigt erklärt werden und Insolvenzgläubiger können ihre Ansprüche grundsätzlich wieder uneingeschränkt geltend machen sowie aus dem vollstreckbaren Tabellenauszug, sofern vorhanden, vollstrecken¹⁰⁴⁷. Die Fortführung des Insolvenzverfahrens kann gerade auch für die Gesellschaft von Vorteil sein, namentlich wenn eine Sanierung nur im Rahmen des Insolvenzverfahrens mit der Möglichkeit der Überstimmung einzelner Beteiligter gemäß § 245 InsO und der Verwässerung der Anteile oder gar der Herausdrängung eines opponierenden Gesellschafters (vgl. § 225a InsO) eine reelle Chance hat. Eher theoretisch stellt sich die Frage, ob das Insolvenzverfahren durchgeführt und die Gesellschaft auf Kosten der Beteiligten mit den Mitteln der InsO saniert werden darf, wenn nie Insolvenzgründe

¹⁰⁴³ Für § 213 InsO: *Windel* in Jaeger, InsO, § 80 Rn. 81.

¹⁰⁴⁴ Vgl. aber *Meyer-Löwy/Bruder*, GmbHHR 2012, 432, 439.

¹⁰⁴⁵ Vgl. *Gutsche*, Die Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, Rn. 315; *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 326.

¹⁰⁴⁶ Vgl. § 8 A. I.

¹⁰⁴⁷ *Uhlenbruck/Ries* § 212 InsO Rn. 16 f.; vgl. *Braun/Ludwig* InsO § 212 Rn. 13; *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 212 InsO Rn. 19 f.

vorlagen bzw. sie (nachhaltig)¹⁰⁴⁸ beseitigt wurden. Das Insolvenzverfahren bringt nicht nur Einschränkungen für die schuldnerische Gesellschaft mit sich, sondern beeinträchtigt auch Rechte und Rechtsgüter der Gläubiger und der Gesellschafter. Diese Beeinträchtigungen finden ihre Rechtfertigung im Vorliegen eines Eröffnungsgrundes gemäß §§ 17 ff. InsO. Eine Differenzierung könnte dahingehend angebracht sein, ob Insolvenzgründe überhaupt nie vorlagen, es ein Irrtum war, der zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens geführt hat, oder ob die eingetretenen Insolvenzgründe inzwischen wieder behoben sind. Der Gesetzgeber der InsO hat aber nur Antragsrechte und keine Antragspflichten normiert. Folglich wurde – unabhängig von der Formulierung der Überschrift – das Unterlassen der Antragstellung und die Nutzung der Mittel der InsO auch in beiden Situationen für zulässig gehalten. Die Problematik entschärft sich dadurch, dass, wenn sich das Insolvenzgericht über das Vorliegen eines Insolvenzgrundes irrt, sich die Gesellschaft jedenfalls zumindest in unmittelbarer Insolvenznähe befinden wird. Spätestens mit Verfahrenseröffnung wird dann meist die materielle Insolvenz eintreten.

Die Rechte auf Beantragung der Einstellung des Verfahrens kommen – ebenso wie deren Verengung zu einer Pflicht – nur bei einer nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzgründe (§ 212 InsO) und maximal bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 213 InsO) in Betracht. In diesen wirtschaftlichen Lagen sind die Geschäftsleiter eigentlich dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet.¹⁰⁴⁹ Das eröffnete Insolvenzverfahren erklärt aber den Insolvenzzweck für handlungsleitend.¹⁰⁵⁰ Die Verfahrensrechte sind im durch den Insolvenzzweck begrenzten Gesellschaftsinteresse auszuüben.¹⁰⁵¹ Eine Ermessensreduktion auf Null und eine Verengung zur Pflicht zur Antragstellung ist im Einzelfall – jedenfalls theoretisch – denkbar. Dies gilt insbesondere für den Fall einer unbegründeten Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Ist eine außergerichtliche Sanierung auch in diesem Stadium noch der *erfolgsversprechendste Weg* für eine Sanierung, verpflichtet die Sa-

¹⁰⁴⁸ Vgl. MüKo InsO/Hefermehl, § 212 Rn. 1, 5; Braun/Ludwig InsO § 212 Rn. 3; Uhlenbruck/Ries § 212 InsO Rn. 2; ferner Andres in Andres/Leithaus, InsO, § 212 Rn. 3 f.; Karsten Schmidt/Jungmann InsO § 212 Rn. 11; Pape in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 212 InsO Rn. 6.

¹⁰⁴⁹ Vgl. § 3 G., § 7 A. IX.

¹⁰⁵⁰ Vgl. § 7 C. I. 1.

¹⁰⁵¹ Vgl. § 7 C. II. 1. f).

nierungsbemühenspflicht, sofern der Insolvenzzweck nicht entgegen steht, zur (Hinwirkung auf die) Antragstellung. Nach Verfahrenseinstellung müssen die Geschäftsleiter auf die Vornahme eines Fortsetzungsbeschlusses durch die Gesellschafter hinwirken.¹⁰⁵² Handelt es sich bei einer Sanierung mit den Mitteln der InsO um den *erfolgversprechendsten Weg*, reduziert sich das Ermessen aufgrund der Sanierungsbemühenspflicht zu einer Pflicht, die Antragstellung zu unterlassen bzw. sich um eine Unterlassung derselben zu bemühen.¹⁰⁵³

II. Insolvenzzweckliches Regelverfahren

Unter das insolvenzzweckliche Regelverfahren sind das reguläre Regelverfahren und die Eigenverwaltung zu fassen.¹⁰⁵⁴

1. Regelverfahren

Gemäß § 80 I InsO geht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über. Dieser Übergang und die mit ihm einhergehende Entmachtung des Geschäftsleiters lässt dessen Organstellung als solche unberührt.¹⁰⁵⁵ Sie erfährt insoweit eine Einschränkung, wie der Verfahrenszweck es erfordert.¹⁰⁵⁶ Als Verfahrensbeteiligte treten im Regelinsolvenzverfahren neben dem Insolvenzverwalter die Organe der Gläubiger, die Gläubigerversammlung und der Gläubigerausschuss, hinzu.

¹⁰⁵² Für die GmbH: *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 830.

¹⁰⁵³ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt.

¹⁰⁵⁴ Vgl. § 7 C.

¹⁰⁵⁵ BGH, Beschl. v. 11.1.2007 - IX ZB 271/04 = NJW-RR 2007, 624, 626; ders., Urt. v. 26.1.2006 - IX ZR 282/03 = ZInsO 2006, 260; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 8.1.1993 - 4 W 28/92 = NJW 1993, 1931; Braun/Kroth InsO § 80 Rn. 16; MüKo InsO/Stephan, § 101 Rn. 21; Uhlenbruck/Zipperer § 97 InsO Rn. 18; vgl. MüKo InsO/Vuia, § 80 Rn. 112; Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 87; Henssler, ZInsO 1999, 121; für die GmbH: Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 60 Rn. 44; Gottwald/Haas/ders./Kolmann/Kurz, Insolvenzzrechts-Handbuch § 90 Rn. 320; MAH GmbH-Recht/Schluck-Amend § 23 Rn. 327; Haas in FS Stürmer, 749, 753; Uhlenbruck, GmbHR 1999, 390, 396; vgl. Schluck-Amend in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, 7.201; für die AG: Noack, ZIP 2002, 1873, 1874.

¹⁰⁵⁶ MüKo InsO/Stephan, § 101 Rn. 21.

Hinsichtlich der Kompetenzverteilung im Regelverfahren wird zwischen dem Verdrängungsbereich, dem Schuldnerbereich und dem Überschneidungsbereich unterschieden (Verdrängungslehre).¹⁰⁵⁷ Die Verdrängungslehre, die auf *Weber*¹⁰⁵⁸ zurückgeht, stellt die Kompetenzen aber nicht vollständig dar. Die folgende Aufteilung bietet sich an: Für den *Verdrängungsbereich*, welcher Verwaltung sowie Verwertung der Insolvenzmasse betrifft,¹⁰⁵⁹ ist der Insolvenzverwalter zuständig.¹⁰⁶⁰ Die dem Insolvenzrecht eigenen Kompetenzen des Insolvenzverwalters, wie beispielsweise die Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO, sind außerhalb des Insolvenzverfahrens nicht vertreten. Sie sollten der Vollständigkeit wegen im Modell der Kompetenzverteilung berücksichtigt und mangels Wegnahme vom Schuldner nicht dem Verdrängungsbereich, sondern einem eigenen „*Insolvenzverwaltereigenbereich*“ zugeordnet werden. Als Überbegriff für den Verdrängungsbereich des Insolvenzverwalters und den Insolvenzverwaltereigenbereich bietet sich der Begriff „*Insolvenzverwalterbereich*“ an. Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung bleiben in der ursprünglichen und der weiterentwickelten¹⁰⁶¹ Verdrängungslehre unberücksichtigt. Auch ihre Kompetenzen sind jeweils in einen Verdrängungs- und einen Eigenbereich aufzuteilen. Trotz des verdrängenden respektive überlagernden¹⁰⁶² Insolvenz zwecks und der weitgehenden Einnahme der Geschäftsleitung durch den Insolvenzverwalter verbleibt ein Bereich, in welchem die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung intakt bleibt. Der *Schuldnerbereich* betrifft das insolvenzfreie Vermögen, die Aufgaben, die insolvenzneutral sind, namentlich die gesellschaftsrechtlichen Interna (sog. *konkursfreier Bereich*) und die, die die InsO für den Schuldner vorsieht (sog. *Gemeinschuldnerbereich*).¹⁰⁶³ Für die Vornahme

¹⁰⁵⁷ Diese Aufteilung ist zurückzuführen auf *Weber*, KTS 1970, 73, 77; zu einem alternativen Modell der Kompetenzverteilung, *Schulz*, KTS 1986, 389 ff.

¹⁰⁵⁸ *Weber*, KTS 1970, 73, 77.

¹⁰⁵⁹ *Ott/Brauckmann*, ZIP 2004, 2117, 2118.

¹⁰⁶⁰ *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 101 ff.; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 86; *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1874.

¹⁰⁶¹ Vgl. aber *Petersen*, Jahresabschlussprüfung in der Insolvenz, S. 80.

¹⁰⁶² Vgl. § 7 C. I. 1.

¹⁰⁶³ MüKo InsO/*Vuia*, § 80 Rn. 112a ff.; vgl. Braun InsO/*Kroth*, § 80 Rn. 16; Neric/Römermann/*Wittkowski/Kruth* InsO § 80 Rn. 34; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 86; *Henssler*, ZInsO 1999, 121, 123; *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1874; *Weber*, KTS 1970, 73, 77; für die GmbH: MAH GmbH-

von Rechtshandlungen, die die Insolvenzmasse und den Organisationsbereich berühren, müssen Insolvenzverwalter und die Organe der Gesellschaft zusammenarbeiten, sog. *Überschneidungsbereich*.¹⁰⁶⁴ Der Gegenstand der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis des Geschäftsleiters schrumpft folglich auf Vorgänge, die generell masseneutral sind, die Wahrnehmung der Verfahrensrechte und -pflichten sowie eine Zusammenarbeit im Überschneidungsbereich herab.¹⁰⁶⁵

a) Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten

Die Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten öffentlich-rechtlicher Art¹⁰⁶⁶ aus § 97 InsO und deren Ausweitung, insbesondere auf Organe über § 101 InsO, sollen das Insolvenzverfahren mittels effektiver Aufklärung fördern.¹⁰⁶⁷ Gemäß §§ 97 I 1, 101 I 1 InsO sind unter anderem die Mitglieder des Vertretungsorgans eines Schuldners, der keine natürliche Person ist, verpflichtet, dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und auf Anordnung des Gerichts auch der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben. Die Auskunftspflicht beinhaltet Vorarbeiten, wie die Suche nach vorhandenen Unterlagen und deren Aufbereitung,¹⁰⁶⁸ die Unterstützung bei

Recht/*Schluck-Amend* § 23 Rn. 327; ferner *dies.* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, 7.311; *Uhlenbruck*, GmbH 1999, 390, 396; für die AG: *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 103 ff.; *Ott/Brauckmann*, ZIP 2004, 2117, 2118 ff.

¹⁰⁶⁴ *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 86; vgl. *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 106 ff.; *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1874; *Weber*, KTS 1970, 73, 80 f.; anders MüKo InsO/*Vuia*, § 80 Rn. 112; *Ott/Brauckmann*, ZIP 2004, 2117, 2118 f.

¹⁰⁶⁵ Vgl. *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 86, 89.

¹⁰⁶⁶ *Uhlenbruck/Zipperer* § 97 InsO Rn. 1.

¹⁰⁶⁷ *Braun/Kroth* InsO § 97 Rn. 1; *Leithaus* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 101 Rn. 2; vgl. *Lüke* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 97 InsO Rn. 2, § 101 InsO Rn. 2; MüKo InsO/*Stephan*, § 97 Rn. 1, 3; FK-InsO/*Wimmer-Amend* § 97 Rn. 1; *Uhlenbruck/Zipperer* § 101 InsO Rn. 5; ferner *Karsten Schmidt/Jungmann* InsO § 97 Rn. 20.

¹⁰⁶⁸ *Uhlenbruck/Zipperer* § 97 InsO Rn. 6; vgl. *Karsten Schmidt/Jungmann* InsO § 97 Rn. 6; HK-InsO/*Schmidt* § 97 Rn. 11; MüKo InsO/*Stephan*, § 97 Rn. 29; *Kölner Schrift/Henssler*, Kap. 30 Rn. 51; *ders.*, ZInsO 1999, 121, 125; ferner FK-InsO/*Wimmer-Amend* § 97 Rn. 14.

Nachforschungen,¹⁰⁶⁹ eine selbstständige Offenbarungspflicht hinsichtlich Informationen, die offensichtlich von Relevanz sein können ohne dass sie klar vorhanden sind,¹⁰⁷⁰ und eine Aktualisierungspflicht¹⁰⁷¹.

Laut §§ 97 II, 101 I 1 InsO haben die Geschäftsleiter den Verwalter bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen, sog. allgemeine (aktive)¹⁰⁷² Mitwirkungspflicht¹⁰⁷³. Von einer umfangreichen Mitwirkungspflicht ist bis zum Berichtstermin, in welchem der Insolvenzverwalter voll sowie selbstständig handlungsfähig wird, auszugehen.¹⁰⁷⁴ Verpflichtet wird anschließend zur punktuellen Mitarbeit.¹⁰⁷⁵ Wird der Betrieb fortgeführt, müssen Fach- sowie Sachkenntnisse zur Verfügung gestellt werden.¹⁰⁷⁶ Der Mitwirkung ist eine besondere Relevanz zuzusprechen, wenn die Sanierung des vom Schuldner geführten Unternehmens betrieben werden soll, da der Betrieb schließlich wieder in dessen Hände zurückgegeben werden soll.¹⁰⁷⁷ Spezielle (aktive) Mitwirkungspflichten finden sich im Gesetz (wie § 151 I 2 InsO, § 153 II InsO und bei §§ 176 (S. 2), 177 InsO) oder folgen mittelbar aus diesem.¹⁰⁷⁸ Stellt

¹⁰⁶⁹ Geringer, Uhlenbruck/*Zipperer* § 97 InsO Rn. 7; vgl. Karsten Schmidt/*Jungmann* InsO § 97 Rn. 6; MüKo InsO/*Stephan*, § 97 Rn. 29; ferner FK-InsO/*Wimmer-Amend* § 97 Rn. 14.

¹⁰⁷⁰ BGH, Beschl. v. 11.2.2010 - IX ZB 126/08 = NZI 2010, 264, 265; MüKo InsO/*Stephan*, § 97 Rn. 16; vgl. BGH, Beschl. v. 22.11.2012 - IX ZB 23/10 = ZInsO 2013, 138 f.; Karsten Schmidt/*Jungmann* InsO § 97 Rn. 6; *Leithaus* in Andres/*Leithaus*, InsO, § 97 Rn. 7; FK-InsO/*Wimmer-Amend* § 97 Rn. 11; ferner Braun/*Kroth* InsO § 97 Rn. 9.

¹⁰⁷¹ Karsten Schmidt/*Jungmann* InsO § 97 Rn. 7.

¹⁰⁷² Uhlenbruck/*Zipperer* § 20 InsO Rn. 24.

¹⁰⁷³ Karsten Schmidt/*Jungmann* InsO § 97 Rn. 19; MüKo InsO/*Stephan*, § 97 Rn. 43; Uhlenbruck/*Zipperer* § 97 InsO Rn. 17, § 101 InsO Rn. 11; *Uhlenbruck*, GmbH 2005, 817, 829; vgl. *ders.*, InVo 1997, 225, 226.

¹⁰⁷⁴ Braun/*Kroth* InsO § 97 Rn. 12; für die GmbH: lediglich in seltenen Sonderfällen, *Henssler*, ZInsO 1999, 121, 125.

¹⁰⁷⁵ Vgl. Braun/*Kroth* InsO § 97 Rn. 12; HK-InsO/*Schmidt* § 97 Rn. 37; Uhlenbruck/*Zipperer* § 97 InsO Rn. 16; ferner Karsten Schmidt/*Jungmann* InsO § 97 Rn. 20.

¹⁰⁷⁶ Braun/*Kroth* InsO § 97 Rn. 12.

¹⁰⁷⁷ HK-InsO/*Schmidt* § 97 Rn. 1; FK-InsO/*Wimmer-Amend* § 97 Rn. 29.

¹⁰⁷⁸ Vgl. Karsten Schmidt/*Jungmann* InsO § 97 Rn. 19; Braun/*Kroth* InsO § 97 Rn. 16; HK-InsO/*Schmidt* § 97 Rn. 41; MüKo InsO/*Stephan*, § 97 Rn. 43; FK-InsO/*Wimmer-Amend* § 97 Rn. 33; Uhlenbruck/*Zipperer* § 97 InsO Rn. 2, 17, § 101 InsO Rn. 11; Kölner Schrift/*Henssler*, Kap. 30 Rn. 49; Gott-

der Insolvenzverwalter einen Insolvenzplan auf, wirkt unter anderem der Schuldner beratend mit, § 218 III InsO. Eine Mitwirkungspflicht der Geschäftsleiter folgt nicht aus dieser Norm, aber aus den §§ 97, 101 I InsO.¹⁰⁷⁹

Gemäß §§ 97 III 1, 101 I 1 InsO sind die Geschäftsleiter verpflichtet, sich auf Anordnung des Gerichts jederzeit zur Verfügung zu stellen, um ihre Auskunft- und Mitwirkungspflichten zu erfüllen. Unabhängig von einer gerichtlichen Anordnung müssen die Geschäftsleiter ihre jederzeitige problemlose tatsächliche sowie postalische Erreichbarkeit zweifelsfrei gewährleisten.¹⁰⁸⁰ Es sind außerdem gemäß §§ 97 III 2, 101 I 1 InsO alle Handlungen zu unterlassen, die der Erfüllung dieser Pflichten zuwiderlaufen, sog. Behinderungsverbot¹⁰⁸¹ oder passive Mitwirkungspflicht¹⁰⁸². Über § 101 I 1 InsO sowie Verweise für einige der besonderen Mitwirkungspflichten¹⁰⁸³ sind bei Nichtbefolgung die Zwangsmittel aus § 98 InsO anwendbar.

b) Eingriffsmöglichkeiten in den Handlungsspielraum des Insolvenzverwalters, §§ 161 S. 2, 158 II 2, 163 I InsO

Der Schuldner verfügt im Regelinsolvenzverfahren über Eingriffsmöglichkeiten in den Handlungsspielraum des Insolvenzverwalters. Diese finden sich in den §§ 161 S. 2, 158 II 2, 163 I InsO. § 161 S. 2 InsO, der die Untersagung einer Rechtshandlung ermöglicht, sichert die Gläubigerautonomie.¹⁰⁸⁴ Der Schuldner erhält die Gelegenheit, Bedenken seinerseits darzulegen, selbst Vorschläge zu

wald/Haas/*Pechartscheck*, Insolvenzrechts-Handbuch § 18 Rn. 14; *Henssler*, ZInsO 1999, 121, 124; *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 829.

¹⁰⁷⁹ *Uhlenbruck/Lüer/Streit* § 218 InsO Rn. 37; *Karsten Schmidt/Spliedt* InsO § 218 Rn. 13; vgl. HK-InsO/*Haas* § 218 Rn. 18; für den Schuldner: *Braun/Braun/Frank* InsO § 218 Rn. 6; a.A. *MüKo InsO/Eidenmüller*, § 218 Rn. 49, 62.

¹⁰⁸⁰ *Karsten Schmidt/Jungmann* InsO § 97 Rn. 7.

¹⁰⁸¹ *Braun/Kroth* InsO § 97 Rn. 15; HK-InsO/*Schmidt* § 97 Rn. 2, 49; *Uhlenbruck/Zipperer* § 97 InsO Rn. 21.

¹⁰⁸² Vgl. *Karsten Schmidt/Hölzle* InsO § 20 Rn. 13; *Uhlenbruck/Zipperer* § 20 InsO Rn. 24.

¹⁰⁸³ *Uhlenbruck/Zipperer* § 97 InsO Rn. 17.

¹⁰⁸⁴ *Andres* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 161 Rn. 1; *MüKo InsO/Janssen*, § 161 Rn. 2 f.; vgl. *Uhlenbruck/Zipperer* § 161 InsO Rn. 1.

machen und damit zusätzlichen Sachverstand einzubringen.¹⁰⁸⁵ Das Antragsrecht gemäß § 158 II 2 InsO betreffend die Untersagung der Stilllegung oder Veräußerung des Unternehmens bezweckt unmittelbar nur einen Schuldnerschutz.¹⁰⁸⁶ § 163 I InsO, der die Betriebsveräußerung unter Wert betrifft, bietet die Möglichkeit, einer konkreten Gefahr der Schädigung der Masse entgegenzutreten.¹⁰⁸⁷ Sie schützt vor Risiken übertragender Sanierungen.¹⁰⁸⁸ Die Anträge sollten jeweils begründet werden.¹⁰⁸⁹ Obwohl die Antragsrechte wie im Fall des § 158 II 2 InsO nur oder in den Fällen der §§ 161 S. 2, 163 I InsO unter anderem an den Schuldner adressiert sind, kann dieser die eigentliche Entscheidung nicht treffen. Er hat die Entscheidung in die Hände der Gläubigerversammlung zu legen. Als Verfahrensrechte sind die Antragsrechte im durch den Insolvenzszweck begrenzten Gesellschaftsinteresse auszuüben.¹⁰⁹⁰ Sie können sich im konkreten Fall zu Antragspflichten verdichten. So kann insbesondere die Schadensabwendungspflicht den Geschäftsleiter im Einzelfall dazu verpflichten, einen Antrag auf vorläufige Untersagung der Vornahme von besonders bedeutsamen Rechtshandlungen (§ 161 S. 2 InsO) oder einen Antrag auf Unterlassung der Stilllegung des von der Gesellschaft geführten Unternehmens (§ 158 II 2 InsO) zu stellen.¹⁰⁹¹ Gleiches hat für das Antragsrecht aus § 163 I InsO zu gelten. Wird die Geltendmachung der Verfahrens-

¹⁰⁸⁵ MüKo InsO/*Janssen*, § 161 Rn. 1; Uhlenbruck/*Zipperer* § 161 InsO Rn. 1, 5; vgl. Braun/*Bünning/Beyer* InsO § 161 Rn. 1; FK-InsO/*Wegener* § 161 Rn. 1.

¹⁰⁸⁶ MüKo InsO/*Janssen*, § 158 Rn. 32; FK-InsO/*Wegener* § 158 Rn. 16; Uhlenbruck/*Zipperer* § 158 InsO Rn. 21; a.A. *Andres* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 158 Rn. 13.

¹⁰⁸⁷ Karsten Schmidt/*Jungmann* InsO § 163 Rn. 1; vgl. MüKo InsO/*Janssen*, § 163 Rn. 1.

¹⁰⁸⁸ MüKo InsO/*Janssen*, § 163 Rn. 1; vgl. *Köchling*, ZInsO 2007, 690, 693; ferner Braun/*Bünning/Beyer* InsO § 163 Rn. 2.

¹⁰⁸⁹ Für § 161 S. 2 InsO: Karsten Schmidt/*Jungmann* InsO § 161 Rn. 6; *Webel* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 161 InsO Rn. 4, 5a; Uhlenbruck/*Zipperer* § 161 InsO Rn. 3, 5; vgl. *Andres* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 161 Rn. 4; FK-InsO/*Wegener* § 161 Rn. 5; eine Begründung fordernd, Braun/*Bünning/Beyer* InsO § 161 Rn. 5; vgl. MüKo InsO/*Janssen*, § 161 Rn. 8; für § 158 II 2 InsO: MüKo InsO/*Janssen*, § 158 Rn. 26; *Webel* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 158 InsO Rn. 11; Uhlenbruck/*Zipperer* § 158 InsO Rn. 15.

¹⁰⁹⁰ Vgl. § 7 C. II. 1. f).

¹⁰⁹¹ Vgl. Uhlenbruck/*Zipperer* § 101 InsO Rn. 12.

rechte gesellschaftsintern den Gesellschaftern zugeordnet,¹⁰⁹² können die Geschäftsleiter nur als zur Hinwirkung auf die Antragstellung verpflichtet angesehen werden.

c) Bemühung um die nachträgliche Anordnung der Eigenverwaltung

Gemäß § 271 S. 1 InsO ordnet das Gericht die Eigenverwaltung an, wenn die Gläubigerversammlung diese mit der in § 76 II InsO genannten Mehrheit und der Mehrheit der abstimmenden Gläubiger beantragt und der Schuldner zustimmt. Stellt die Eigenverwaltung noch oder nun im Regelinsolvenzverfahren die *erfolgsversprechendste Möglichkeit der Sanierung* dar,¹⁰⁹³ sind die Geschäftsleiter aufgrund der Sanierungsbemühenspflicht zur Bemühung um die nachträgliche Anordnung der Eigenverwaltung verpflichtet.¹⁰⁹⁴ Ist die Eigenverwaltung auch über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinaus noch als *erfolgsversprechendste Möglichkeit* einzuordnen, wandelt sich die Pflicht zur Beantragung der Eigenverwaltung gemäß § 270 II Nr. 1 InsO zu einer Pflicht zum Bemühen um eine nachträgliche Anordnung gemäß § 271 S. 1 InsO. Stellt sich die Eigenverwaltung erst nach Eröffnung des Verfahrens als die *erfolgsversprechendste Sanierungsmöglichkeit* heraus, manifestiert sich die Sanierungsbemühenspflicht direkt zu Letzterer. Die Pflicht umfasst die Vornahme von Versuchen zur Überzeugung der entscheidenden Gläubiger und, wenn die Überzeugung nicht aussichtslos erscheint, die Vorbereitung der Eigenverwaltung. Unter die Vorbereitung sollte insbesondere die Anpassung oder die erstmalige Erarbeitung eines Sanierungskonzepts fallen. Des Weiteren ist die Liquiditätsplanung zu aktualisieren oder neu vorzunehmen, die Finanzierung bei Fortführung des Unternehmens vorzubereiten und es müssen die wesentlichen Stakeholder einbezogen werden.¹⁰⁹⁵ Zu berücksichtigen ist jedoch, dass bei nachträglicher Anordnung die Vorteile der Kontinuität und der fehlenden Einarbeitungszeit nicht mehr vorhanden

¹⁰⁹² Vgl. Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 60 Rn. 47; a.A. wohl Brinkmann in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 7.301.

¹⁰⁹³ Vgl. bereits § 7 A. II.

¹⁰⁹⁴ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt.

¹⁰⁹⁵ Vgl. § 7 A. II.

sind.¹⁰⁹⁶ Der Beginn der Verwertung des Schuldnervermögens durch den Insolvenzverwalter erschwert eine Sanierung. Hat er mit einem Stillstand oder einer Einstellung des Betriebs vollendete Tatsachen geschaffen, ist eine Sanierung (im Rahmen der Eigenverwaltung) in der Regel nicht mehr möglich.¹⁰⁹⁷

d) Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans, § 218 I 1 InsO

Ein Insolvenzplan kann bis zum Abschluss des Schlusstermins vorgelegt werden, § 218 I 3 InsO. Die Aufhebung des Insolvenzverfahrens, die der Bestätigung des Insolvenzplans grundsätzlich folgt (§ 258 I InsO), ermöglicht Sanierungsbemühungen auch noch in einer so späten Phase.¹⁰⁹⁸ Eine Vorlage des Plans nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat den Vorteil, dass die angemeldeten Ansprüche bekannt sind.¹⁰⁹⁹

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen sich das Planinitiativ- und bzw. oder das Planvorlagerecht zu Pflichten verdichten.¹¹⁰⁰ *Spahlinger* lehnt eine Pflicht des Schuldners zur Vorlage eines Plans auch im Einzelfall jedenfalls innerhalb des Regelverfahrens ab, „da der Schuldner gegenüber den Gläubigern keine Verpflichtung hat, eine bestmögliche Gläubigerbefriedigung im Insolvenzverfahren zu ermöglichen.“¹¹⁰¹ Zuzustimmen ist dieser Aussage insoweit, dass eine Pflicht des Schuldners nicht angenommen werden kann.¹¹⁰² Unabhängig davon, inwieweit die insolvenzrechtliche Gläubigermaxime auch den Schuldner und seine Geschäftsleiter bindet, kann aber gerade das Gesellschaftsinteresse, das im Schuldnerbereich in seiner

¹⁰⁹⁶ *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 118.

¹⁰⁹⁷ Vgl. *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 119, 124; *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 423.

¹⁰⁹⁸ *Kölner Schrift/Uhensler*, Kap. 30 Rn. 53; aber *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 543.

¹⁰⁹⁹ Die Vorlage regelmäßig nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens empfehlend, *Uhlenbruck/Lüer/Streit* § 218 InsO Rn. 22, 28.

¹¹⁰⁰ *Kölner Schrift/Uhlenbruck*, 2. Aufl., S. 1160 Rn. 4; für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 161; *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 958.

¹¹⁰¹ *Spahlinger* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 22.

¹¹⁰² Vgl. Fn. 771.

ursprünglichen Ausprägung Anwendung findet,¹¹⁰³ die Vorlage eines Insolvenzplans erfordern.

Mit Erarbeitung und Vorlage eines Insolvenzplans kann der Schuldner seine eigenen Interessen innerhalb des Insolvenzverfahrens wahren.¹¹⁰⁴ Aus der auch innerhalb des Regelverfahrens fortbestehenden Sanierungsbemühenspflicht¹¹⁰⁵ kann eine Pflicht der Geschäftsleitung zur Erstellung und Hinwirkung auf die Vorlage eines Insolvenzplans gegenüber der Gesellschaft folgen. Dies gilt unabhängig von der Ausübung des Planinitiativrechts der Gläubigerversammlung oder des Planvorlagerechts des Insolvenzverwalters.¹¹⁰⁶ Stellt die Vorlage eines (bestimmten) bereits erarbeiteten oder noch zu erarbeitenden Insolvenzplans im konkreten Fall das *erfolgsversprechendste Sanierungsinstrument* dar, bestehen eine Planinitiativpflicht und eine Pflicht, auf die Planvorlage hinzuwirken.¹¹⁰⁷ Der Insolvenzplan darf nicht auf Kosten der Masse erarbeitet werden.¹¹⁰⁸ Sind die Gesellschaft respektive die Gesellschafter zur Finanzierung nicht in der Lage oder nicht willens, kann die Aufstellung des Plans auf eigene Kosten nicht vom Geschäftsleiter verlangt werden.¹¹⁰⁹

e) Gesellschaftsrechtliche Pflichten

Die gesellschaftsrechtlichen Pflichten der Geschäftsleiter gelten, soweit sie mit dem Insolvenzverfahren vereinbar sind, fort.¹¹¹⁰ In der Literatur werden bei Tätigkeitsbeschreibungen der Geschäftsleitung neben der Verwaltung des insolvenzfreien Vermögens ausdrücklich lediglich organisatorische Aufgaben der Geschäftsleiter, wie die Einberufung der Gesellschafterversammlung (§ 49 I GmbHG) bzw. Hauptversammlung oder die Anmeldungen sowie Einreichungen

¹¹⁰³ Vgl. § 7 C. I. 1., II. 1. f).

¹¹⁰⁴ Vgl. § 7 C. II. 1. f).

¹¹⁰⁵ Vgl. § 8 C. I. 1. a).

¹¹⁰⁶ A.A. *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 428; vgl. aber für die Eigenverwaltung: MüKo InsO/*Kern*, § 284 Rn. 15.

¹¹⁰⁷ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt.

¹¹⁰⁸ Uhlenbruck/*Lüer/Streit* § 218 InsO Rn. 50; *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 958.

¹¹⁰⁹ *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 958.

¹¹¹⁰ Uhlenbruck/*Zipperer* § 101 InsO Rn. 12; vgl. OLG Hamm, Urt. v. 15.10.1979 - 8 U 149/78 = ZIP 1980, 280, 281; Baumbach/*Hueck/Haas* GmbHG § 60 Rn. 52; ferner OLG Karlsruhe, Beschl. v. 8.1.1993 - 4 W 28/92 = ZIP 1993, 133, 134.

zum Handelsregister, unter der Überschrift „gesellschaftsinterne[r] Bereich“¹¹¹¹ angeführt.¹¹¹² Die sub § 3 beschriebenen Pflichten finden in diesem Zusammenhang keine Berücksichtigung. Fraglich ist, ob und, wenn ja, welche Modifikationen die dargestellten gesellschaftsrechtlichen Pflichten im Regelverfahren erfahren. Da die Geschäftsleitung vom Verdrängungsbereich ausgeschlossen ist, können sie diesbezüglich auch keine gesellschaftsrechtlichen Pflichten treffen. Gesellschaftsrechtliche Pflichten kommen nur hinsichtlich des Schuldner- und des Überschneidungsbereichs in Betracht.

aa) Pflichten zur Einberufung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung

Die Einberufungsbefugnis der Geschäftsführung¹¹¹³ und des Vorstands¹¹¹⁴ bleibt auch im Insolvenzverfahren intakt. Die Einberufungspflichten aus § 49 II Hs. 2 GmbHG/§ 121 I Var. 3 AktG bei einem Erfordernis im Interesse der Gesellschaft bzw. für das Wohl der Gesellschaft gelten fort, da außerhalb des Verdrängungsbereichs die Gesellschafterversammlung weiterhin die Spitze der gesellschaftsinternen Willensbildung darstellt und die Hauptversammlung ihre Stellung in der Organtrias der AG behält. Gleiches gilt für § 121 I Var. 1 AktG. Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten nach der Holz Müller-Gelatine-Rechtsprechung können theoretisch weiterhin in Betracht kommen.¹¹¹⁵ Da zur Einberufung verpflichtende Gründe jedoch ausschließlich außerhalb des Verdrängungsbereichs liegen dürfen, sind derartige Einberufungspflichten

¹¹¹¹ Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzsrechts-Handbuch § 90 Rn. 332 ff.; vgl. Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 60 Rn. 45.

¹¹¹² Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 60 Rn. 45; Gottwald/Haas/ders./Kolmann/Kurz, Insolvenzsrechts-Handbuch § 90 Rn. 332 f.; Uhlenbruck, GmbHR 2005, 817, 828; vgl. Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 91; Henssler, ZInsO 1999, 121, 123.

¹¹¹³ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 49 Rn. 3; Michalski-Römermann, GmbH, § 49 Rn. 30 f.; Scholz GmbHG/Seibt, § 49 Rn. 6.

¹¹¹⁴ Hölters/Drinhausen AktG § 121 Rn. 14.

¹¹¹⁵ Vgl. OLG München, Urt. v. 10.11.1994 - 24 U 1036/93 = AG 1995, 232, 233; Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 109; für den Schuldnerbereich der Eigenverwaltung, Kessler, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 221.

kaum denkbar.¹¹¹⁶ Weil die Entscheidung über die Vorlage eines Insolvenzplans nach § 218 I 1 InsO im Innenverhältnis der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung zusteht, muss diese vor der Vorlage einberufen werden. Wird die Entscheidung über die Stellung eines Antrags auf Einstellung des Verfahrens gemäß § 213 InsO den Gesellschaftern/Aktionären zugewiesen, hat das Gleiche zu gelten.

§ 49 III GmbHG/§ 92 I AktG greift im Insolvenzverfahren nicht mehr.¹¹¹⁷ Der Insolvenzantrag gemäß § 13 I InsO gewährleistet die Information der Aktionäre ebenso wie die Einberufung und Verlustanzeige.¹¹¹⁸ Dem zusätzlich gegen die Anwendung der Normen angeführten Argument, die Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung habe die Kompetenz über Reaktionsmaßnahmen zu beschließen in diesem Stadium verloren,¹¹¹⁹ kann nicht vollumfänglich zugestimmt werden. Trotz § 80 I InsO obliegen beispielsweise effektive Kapitalerhöhungen weiterhin den Gesellschaftern.¹¹²⁰ Steht eine solche Maßnahme im Einzelfall im Raum, kann aber § 49 II Hs. 2 GmbHG/§ 121 I Nr. 1 AktG bemüht werden.¹¹²¹ Der Fortgeltung des § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG bedarf es nicht. Eine Einberufung der Hauptversammlung erfordert aufgrund der Kosten der Veranstaltung eine Genehmigung des Insolvenzverwalters,¹¹²² wenn die Kosten nicht von einem Dritten übernommen wer-

¹¹¹⁶ Vgl. *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 109; zum Konkursverfahren aber OLG München, Urt. v. 10.11.1994 - 24 U 1036/93 = AG 1995, 232, 233.

¹¹¹⁷ Für die GmbH: MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 55; Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 19; für die AG: Spindler/*Stilz/Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 11; Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 92 Rn. 8; Hölter/*Müller-Michaels* AktG § 92 Rn. 12; MüKo AktG/*Spindler*, § 92 Rn. 6; vgl. Hüffer/*Koch/Koch* AktG § 92 Rn. 5; *Reuter*, BB 2003, 1797, 1802; ferner *Habersack/Foerster* in Großkomm AktG, § 92 Rn. 7; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking*, § 25 Rn. 100.

¹¹¹⁸ Für die GmbH: MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 55; Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 19; für die AG: Spindler/*Stilz/Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 11; Hölter/*Müller-Michaels* AktG § 92 Rn. 12; MüKo AktG/*Spindler*, § 92 Rn. 6; vgl. Hüffer/*Koch/Koch* AktG § 92 Rn. 5; *Reuter*, BB 2003, 1797, 1802; ferner *Habersack/Foerster* in Großkomm AktG, § 92 Rn. 7.

¹¹¹⁹ Für die GmbH: MüKo GmbHG/*Liebscher*, § 49 Rn. 55; für die AG: Spindler/*Stilz/Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 11; Hölter/*Müller-Michaels* AktG § 92 Rn. 12; MüKo AktG/*Spindler*, § 92 Rn. 6; vgl. *Reuter*, BB 2003, 1797, 1802.

¹¹²⁰ *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 102.

¹¹²¹ Vgl. Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 19.

¹¹²² Hölter/*Drinhausen* AktG § 121 Rn. 14; *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1874.

den. Gleiches gilt für die GmbH, wenn für die Versammlung Kosten anfallen.

bb) Informationspflichten

Im Insolvenzverfahren bezieht sich die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats weiterhin auf den Vorstand und damit auf dessen Handeln im Schuldner- und Überschneidungsbereich. Die Inhalte der Berichtspflichten des § 90 I 1 AktG sind auf die unternehmerisch tätige Aktiengesellschaft gemünzt. Über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (Nr. 1), die Rentabilität der Gesellschaft (Nr. 2) sowie den Gang der Geschäfte und die Lage der Gesellschaft (Nr. 3) kann der Vorstand mangels Zuständigkeit keine Auskünfte mehr erteilen. Auch Geschäfte, die für die Rentabilität oder die Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können (Nr. 4), wird er im Regelverfahren nicht mehr vornehmen können. Sie gehören nun zu den Aufgaben des Insolvenzverwalters und des Gläubigerausschusses bzw. der Gläubigerversammlung, vgl. § 160 InsO. Der Vorstand kann aber über die Tätigkeit im Rahmen seiner Restkompetenz berichten. Über die die Geltendmachung von Verfahrensrechten und die das insolvenzfremde Vermögen betreffende Planung (Nr. 1), die Rentabilität des Letzteren (Nr. 2) und den Gang der Geschäfte (Nr. 3 Alt. 1) hat er wegen § 90 I AktG zu berichten. Bei Anwendungsfällen der Nr. 4 handelt es sich um die Stellung eines Antrags auf Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§§ 212, 213 InsO), die Nutzung der Eingriffsmöglichkeiten aus §§ 161 S. 2, 158 II 2, 163 I InsO, die Hinwirkung auf die nachträgliche Anordnung der Eigenverwaltung i.S.v. § 271 S. 1 InsO und die Vorlage eines Insolvenzplans, § 218 I 1 InsO. Während mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der materiellen Insolvenz eine weitere Verkürzung der Intervalle und eine Mehrung der Anlässe der Berichtspflichten einhergehen,¹¹²³ findet im Regelinsolvenzverfahren eine gegenläufige Entwicklung statt. Die Intervalle (§ 90 I 1 Nr. 3, II Nr. 3 AktG) nähern sich wieder dem gesetzlichen Mindestmaß an und außerordentliche Anlässe nach § 90 I 1 Nr. 1, II Nr. 1 AktG treten seltener auf.

¹¹²³ Vgl. § 7 A. V., B. V.

Das Stellungnahmegebot des § 176 I 3 AktG soll den Vorstand dazu bringen, sich zu einem Jahresfehlbetrag oder einem, das Jahresergebnis wesentlich beeinträchtigenden, Verlust zu erklären. Rechtfertigen kann er sich nur hinsichtlich eines solchen Jahresfehlbetrags oder Verlusts, der auf sein Handeln zurückgeführt werden kann und damit aus seiner Tätigkeit aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung (oder im Schuldner- und Überschneidungsbereich) hervorgegangen ist. Während das Stellungnahmegebot insbesondere unmittelbar nach Verfahrenseröffnung zum Tragen kommt, verliert es an Relevanz, je länger das Verfahren und die Verdrängung des Vorstands durch den Insolvenzverwalter andauert. Je weiter das Verfahren fortschreitet, desto weiter ist der Vorstand von der Geschäftsführung entfernt und desto weniger ist es dem dahingehend unbeteiligten Vorstand möglich, sich zu einem Jahresfehlbetrag oder einem solchen Verlust rechtfertigend zu äußern. Ein Informationswunsch der Aktionäre ist dann mit den (begrenzten) Mitteln der InsO gegenüber dem Insolvenzverwalter zu decken. Erfolgt ein Erwerb oder eine Inpfandnahme eigener Aktien durch den Vorstand zur Abwendung eines schweren, unmittelbar bevorstehenden Schadens, ist die Berichtspflicht aus §§ 71 III 1 Alt. 1, 71e I 1 AktG zu erfüllen.

Die Geschäftsführer treffen weiterhin eine Informationspflicht in wichtigen Angelegenheiten gegenüber der Gesellschaftergesamtheit und Berichtspflichten gegenüber einem existierenden Aufsichtsrat. Sowohl die Informationspflicht als auch die Berichtspflichten verlieren im Insolvenzverfahren aufgrund des Ausschlusses des Verdrängungsbereichs an Umfang. Die Stellung eines Antrags auf Einstellung des Verfahrens, die Nutzung der §§ 161 S. 2, 158 II 2, 163 I InsO, die Hinwirkung auf die nachträgliche Anordnung der Eigenverwaltung und die Vorlage eines Insolvenzplans stellen Maßnahmen von wesentlicher Bedeutung dar, die eine außerordentliche Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat rechtfertigen. Hinsichtlich des laut MontanMitbestG in der GmbH obligatorischen Aufsichtsrats gilt das zum Aufsichtsrat der AG Dargestellte.

Mangels Einberufungspflicht gemäß § 92 I 1 Alt. 1 AktG bzw. § 49 III GmbHG entfällt für Vorstand und Geschäftsführer auch die Verlustanzeigespflicht. Die Informationspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung/Gesellschafterversammlung

im Zusammenhang mit deren Zuständigkeiten gelten fort. Die Hauptversammlung/Gesellschafterversammlung ist insbesondere bei Vorlage eines Insolvenzplans nach § 218 I 1 InsO zu informieren. Die im Verlauf der Krise angestiegenen Informationspflichten verringern sich bei AG und GmbH im Regelinsolvenzverfahren wieder.

cc) Auskunfts- und Einsichtsverweigerung

Die Auskunfts- und Einsichtsverweigerungsmöglichkeiten des Vorstands und des Geschäftsführers gegenüber den Aktionären/Gesellschaftern sowie gegenüber Aufsichtsrat und Aufsichtsratsvorsitzendem gelten im Insolvenzverfahren fort. Die Auskunfts- und Einsichtsrechte der Gesellschafter aus § 51a InsO richten sich jedoch nur insoweit gegen die Geschäftsführung, wie es nicht der Insolvenzverwalter ist, der über die gewünschten Informationen verfügt.¹¹²⁴ Inhalt und Reichweite richten sich danach, was für die sachgerechte Ausübung des Stimmrechts erforderlich ist.¹¹²⁵ Gleiches gilt für das Auskunftsrecht des Aktionärs aus § 131 I AktG.¹¹²⁶

dd) Vermögensbezogene Pflichten

So wie § 57 AktG auch im Insolvenzverfahren gilt (vgl. § 62 II 2 AktG),¹¹²⁷ greifen in der GmbH weiterhin das Auszahlungsverbot des § 30 I GmbHG und das Rückzahlungsverbot aus § 30 II GmbHG. Die Geschäftsleiter haben aber über die Insolvenzmasse keine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis mehr, vgl. § 80 I InsO. § 64 S. 1 GmbHG greift im Insolvenzverfahren in Form des Regelverfahrens nicht mehr.¹¹²⁸ Mit Eröffnung des Verfahrens

¹¹²⁴ Scholz GmbHG/K. Schmidt/Bitter, 10. Aufl., Vor § 64 Rn. 111; Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch § 90 Rn. 333; a.A. wohl OLG Hamm, Beschl. v. 25.10.2001 - 15 W 118/01 = NJW-RR 2002, 1396 ff.; MüKo InsO/Vuia, § 80 Rn. 112a.

¹¹²⁵ Vgl. Haas in FS Stürner, 749, 759 f.

¹¹²⁶ Siehe aber noch § 7 C. II. 1. f).

¹¹²⁷ Spindler/Stilz/Cahn/v. Spannenberg, AktG, § 57 Rn. 50; vgl. MüKo AktG/Bayer, § 57 Rn. 14.

¹¹²⁸ BeckOK-GmbHG/Mätzig, § 64 Rn. 53; Michalski-Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 21; Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 64 Rn. 27; Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 431; Gehrlein, ZInsO 2017, 849, 851;

erledigt sich dessen Schutzzweck.¹¹²⁹ Das gesellschaftsrechtliche Haftungssystem wird dort von den Gläubiger-Schutzmechanismen des Insolvenzrechts verdrängt, wo die gesellschaftsrechtlichen Pflichten allein die Gläubigergesamtheit schützen.¹¹³⁰ Dies ist hier der Fall.¹¹³¹ Ansprüche gegen den Insolvenzverwalter gemäß §§ 60, 61 InsO sowie gegen die Geschäftsleiter, insbesondere gemäß § 823 I BGB, § 823 II BGB i.V.m. §§ 246, 263, 266, 283 ff. StGB, bieten ausreichend Schutz.¹¹³² Mangels Verfügungsbefugnis kann der Geschäftsführer masseschmälernde Anordnungen auch nicht mehr treffen.¹¹³³ Auch § 64 S. 3 GmbHG findet keine Anwendung mehr.¹¹³⁴ Gleiches hat für die aktienrechtlichen Pendanten gemäß § 92 II 1, II 3 AktG zu gelten.¹¹³⁵

Beim Erwerb eigener Geschäftsanteile müssen die noch unbeglichenen Entgeltansprüche des Anteilserwerbs dem freien Vermögen i.S.v. § 33 II GmbHG gegenübergestellt werden.¹¹³⁶ Nur so kann auf der einen Seite dem durch die Norm intendierten Gläubigerschutz und auf der anderen Seite den als schützenswert einzuordnenden Interessen der inzwischen ausgeschiedenen Gesellschafter ausreichend Rechnung getragen werden, indem ausgeschlossen wird, dass Gesellschafter und Gläubiger der Gesellschaft in Konkurrenz geraten und die Gleichbehandlung der Gesellschafter sichergestellt wird.¹¹³⁷ Dies ist aber nicht Teil des Schuldner- oder Überschneidungsbereichs und wird die Geschäftsleiter daher nicht betreffen. Kapital-

Schmidt/Poertzgen, NZI 2013, 369, 376; vgl. *Baumbach/Hueck/Haas GmbHG* § 64 Rn. 85, 87; ferner *Ulmer/Casper GmbHG* § 64 Rn. 118.

¹¹²⁹ *Michalski-Nerlich*, GmbHG, § 64 Rn. 21; vgl. *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 851; *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 376.

¹¹³⁰ *Baumbach/Hueck/Haas GmbHG* § 64 Rn. 87; vgl. *BeckOK-GmbHG/Mätzig*, § 64 Rn. 53.

¹¹³¹ *Baumbach/Hueck/Haas GmbHG* § 64 Rn. 87; *BeckOK-GmbHG/Mätzig*, § 64 Rn. 53.

¹¹³² *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 376; vgl. *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 851.

¹¹³³ *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 851.

¹¹³⁴ *Scholz GmbHG/K. Schmidt*, 11. Aufl., § 64 Rn. 27; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 431.

¹¹³⁵ Vgl. *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 431.

¹¹³⁶ Noch zum Gesamtvollstreckungsverfahren: BGH, Urt. v. 29.6.1998 - II ZR 353-97 = BGHZ 139, 132, 137 = NJW 1998, 3121, 3123.

¹¹³⁷ Noch zum Gesamtvollstreckungsverfahren: BGH, Urt. v. 29.6.1998 - II ZR 353-97 = BGHZ 139, 132, 137 = NJW 1998, 3121, 3123; vgl. *BeckOK-GmbHG/Schindler*, § 33 Rn. 46; *Michalski-Sosnitzer*, GmbHG, § 33 Rn. 26; *Scholz GmbHG/H. P. Westermann*, § 33 Rn. 19.

maßnahmen verbleiben grundsätzlich in der Zuständigkeit der Gesellschaftsorgane.¹¹³⁸ Dies gilt auch für die vereinfachte Kapitalherabsetzung.¹¹³⁹ Die Verwendungsvorgaben für Beträge aus der Auflösung der Kapital- oder Gewinnrücklagen und aus der Kapitalherabsetzung sowie für Gewinne gelten unverändert fort. Auch im eröffneten Insolvenzverfahren begrenzen § 43a GmbHG¹¹⁴⁰ und §§ 89, 115 AktG die Kreditgewährung an Führungskräfte und Aufsichtsratsmitglieder. § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG kann mangels Anwendbarkeit im Insolvenzverfahren eine Auszahlung nicht verbieten. Es wird (den Geschäftsleitern) aber ohnehin kein Vermögen für die Kreditgewährung zur Verfügung stehen.

ee) Allgemeine Geschäftsleiterpflichten,
§ 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG

Das Gesetz trifft keine Aussage über die Auswirkungen des Regelverfahrens auf die allgemeinen Geschäftsleiterpflichten.

(1) Die allgemeine Sorgfaltspflicht

Während es bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage aufgrund der *allgemeinen Sorgfaltspflicht* zu einer *Konzentration der Kompetenzen* bei den Geschäftsleitern kommt, die sich im Verlauf der Krise weiter verstärkt, bestimmt im Regelverfahren der *Entzug der Kompetenzen* die Ausprägung der allgemeinen Geschäftsleiterpflichten aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG. Über Maßnahmen, die in und außerhalb der Krise dem „unveräußerlichen Kernbereich der Leitungsaufgaben“¹¹⁴¹ angehören oder über eine besondere Bedeutung für die Gesellschaft verfügen¹¹⁴² und deshalb außerhalb des

¹¹³⁸ Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 102 ff.; Ott/Brauckmann, ZIP 2004, 2117, 2120.

¹¹³⁹ Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 102.

¹¹⁴⁰ MüKo GmbHG/Löwisch, § 43a Rn. 67.

¹¹⁴¹ Für die GmbH: vgl. Fn. 310; für die AG: vgl. Kort in Großkomm AktG, § 77 Rn. 31; KK-AktG/Mertens/Cahn, § 77 Rn. 22 f.; MüKo AktG/Spindler, § 77 Rn. 63.

¹¹⁴² Für die GmbH: BeckOK-GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 215; Michalski-Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 331; Hommelhoff in FS Sandrock, 373, 380; vgl. MüKo GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 116; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 37 Rn. 32; Leuring/Dornhegge, NZG 2010, 13, 15; für die AG: vgl. Kort in

Insolvenzverfahrens vom Geschäftsleitungsgremium zu treffen sind, entscheidet im Regelverfahren grundsätzlich nicht mehr die Geschäftsleitung. Änderungen der gesellschaftsinternen Organisation die die Mitarbeiter betreffen, können aufgrund des Verlusts der Arbeitgeberfunktion nicht mehr durch die Geschäftsleiter vorgenommen werden.

Innerhalb der dem Geschäftsleiter zustehenden Möglichkeiten gilt die allgemeine Überwachungspflicht hinsichtlich der (wirtschaftlichen) Lage der Gesellschaft fort. Behält er die Entwicklungen nicht – soweit ihm möglich – im Blick, werden der Gesellschaft insbesondere die Möglichkeiten erschwert, vom Antragsrecht gemäß § 212 InsO und den Eingriffsmöglichkeiten aus § 163 I InsO Gebrauch zu machen. Aufgrund des weitgehenden Ausschlusses des Geschäftsleiters von der Geschäftsführung sind die Möglichkeiten der Informationsbeschaffung und damit die Möglichkeiten zur Überwachung der wirtschaftlichen Lage begrenzt. Der Schuldnerberatung kann in einem Regelinsolvenzverfahren, in welchem die Liquidation der Gesellschaft angestrebt wird, beinahe keine Relevanz zugesprochen werden.¹¹⁴³

Die Ausübung der insolvenzrechtlichen Verfahrensrechte muss aufgrund der allgemeinen Unternehmensleitungspflicht im durch den Insolvenzzweck begrenzten Gesellschaftsinteresse¹¹⁴⁴ erfolgen.¹¹⁴⁵ Insbesondere allgemein die aus Organisations- und Vertragsrecht gegenüber der Gesellschaft folgende Pflicht zur Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen¹¹⁴⁶ und konkreter die Schadensabwendungspflicht¹¹⁴⁷ können im Einzelfall zur Inanspruchnahme von Rechten im Insolvenzverfahren verpflichten.¹¹⁴⁸ So kann der Geschäftsleiter

Großkomm AktG, § 77 Rn. 31; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 77 Rn. 23; MüKo AktG/*Spindler*, § 77 Rn. 63.

¹¹⁴³ *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009, 2017.

¹¹⁴⁴ Vgl. § 7 C. II. 1. f.

¹¹⁴⁵ *Uhlenbruck/Zipperer* § 101 InsO Rn. 12; vgl. *Gutsche*, Die Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, Rn. 311; für die GmbH: *Kölner Schrift/Henssler*, Kap. 30 Rn. 55; ferner für die AG: *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 119; siehe aber noch § 7 C. II. 1. f.

¹¹⁴⁶ *Kölner Schrift/Henssler*, Kap. 30 Rn. 55.

¹¹⁴⁷ *Uhlenbruck/Zipperer* § 101 InsO Rn. 12.

¹¹⁴⁸ Ferner OLG Hamm, Urt. v. 15.10.1979 - 8 U 149/78 = ZIP 1980, 280, 281.

unter anderem dazu verpflichtet sein, angemeldete Forderungen im Prüfungstermin zu bestreiten, § 176 S. 2 InsO.¹¹⁴⁹

(2) Die Treuepflicht

Bei der Ausübung der Restkompetenzen bindet die organschaftliche Treuepflicht die Geschäftsleiter an das Gesellschaftswohl. Anders als bei materieller Insolvenz sind nicht die aggregierten Gläubigerinteressen maßgeblich. Im Schuldner- und im Überschneidungsbereich bindet die Geschäftsleiter das Gesellschaftswohl in der Ausprägung, die ihm vor Eintritt der materiellen Insolvenz zukommt.

(3) Die Verschwiegenheitspflicht

Geheimhaltungsinteressen hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage werden aufgrund der mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einhergehenden Publizität obsolet. Gegenüber dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und auf Anordnung des Gerichts auch gegenüber der Gläubigerversammlung normieren §§ 97 I 1, 101 I 1 InsO ausdrücklich eine Auskunftspflicht hinsichtlich aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse.

f) Folgerungen

Das Regelverfahren lässt die Stellung der Geschäftsleiter als Organe der Gesellschaft unberührt. Die Position verändert sich aufgrund des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gemäß § 80 InsO auf den Insolvenzverwalter und der aufgewerteten Stellung der Gläubiger massiv. Der Gegenstand der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsleiter schrumpft auf Vorgänge, die generell masseneutral sind, die Wahrnehmung der im Verfahren für den Schuldner vorgesehenen Aufgaben¹¹⁵⁰ und eine Zusammenarbeit im Überschneidungsbereich.

Im Insolvenzverfahren bestimmt der Insolvenzszweck die Ausrichtung von GmbH und AG.¹¹⁵¹ Nicht mehr der in der prosperierenden

¹¹⁴⁹ Uhlenbruck/Zipperer § 101 InsO Rn. 12.

¹¹⁵⁰ Gutsche, Die Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, Rn. 311.

¹¹⁵¹ Vgl. § 7 C. I. 1.

Gesellschaft regelmäßige Gesellschaftszweck der Gewinnerzielung dominiert, sondern die gleichmäßige und bestmögliche Gläubigerbefriedigung. Der den Gesellschaftszweck im Falle einer Auflösung der Gesellschaft verdrängende Abwicklungszweck kommt trotz Auflösung durch die Verfahrenseröffnung nicht zum Tragen.¹¹⁵² Für sich irrelevant sind öffentliche Zwecke.¹¹⁵³ Dem Unternehmensgegenstand der werbenden Gesellschaft, namentlich „das konkrete Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszwecks“¹¹⁵⁴, entspricht im Insolvenzverfahren zunächst die unter den drei möglichen Verwertungsarten – Liquidation, übertragende Sanierung und fortführende Sanierung – gewählte Verwertungsart.

Fraglich ist, ob und wie die Gläubigermaxime das Handeln im Regelverfahren beeinflusst. Der Insolvenzzweck aus § 1 S. 1 InsO bindet den Schuldner, folglich die Gesellschaft.¹¹⁵⁵ Für den Schuldner agieren der Insolvenzverwalter in den massebezogenen Angelegenheiten des Verdrängungs- und des Überschneidungsbereichs und der Geschäftsleiter in den nicht-massebezogenen Angelegenheiten des Schuldner- und des Überschneidungsbereichs. Das schuldnerische Vermögen ist im Insolvenzverfahren den Gläubigern zugeordnet, die, da regelmäßig spätestens mit der Verfahrenseröffnung auch die Überschuldung eintritt, die Gesellschafter als (wirtschaftliche) Eigentümer der Gesellschaft ablösen.¹¹⁵⁶ Aufgrund dieser Stellung ist bei der Verwaltung und Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch den Insolvenzverwalter in deren Interessen zu handeln. Aufgrund der multipolaren Einzelinteressen der Gläubiger¹¹⁵⁷ kann im Insolvenzverfahren nicht von einem „Gläubigerinteresse“ gesprochen werden, sondern ist besser von „Gläubigerinteressen“ zu spre-

¹¹⁵² König, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 42 f.; vgl. § 264 I AktG, Kautzsch, Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, S. 68; Klöhn, NZG 2013, 81; ferner Karsten Schmidt/Undritz InsO § 270 Rn. 19; aber Ströhmann/Längsfeld, NZI 2013, 271, 272; Vallender, WM 1998, 2129, 2134; für die AG: Suspendierung, Kessler, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 129 ff.

¹¹⁵³ HK-InsO/Sternal § 1 Rn. 6; vgl. MüKo InsO/Ganter/Bruns, § 1 Rn. 71.

¹¹⁵⁴ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 3 Rn. 30.

¹¹⁵⁵ Vgl. § 7 C. I. 1.

¹¹⁵⁶ Vgl. Jungmann, NZI 2009, 80, 83.

¹¹⁵⁷ Vgl. Uhlenbruck/Pape § 1 InsO Rn. 13; Haarmeyer, ZInsO 2009, 556, 563; ferner FK-InsO/Schmerbach § 1 Rn. 2.

chen. Die Interessen der anderen Beteiligten erklärt § 1 S. 1 InsO für diesbezüglich irrelevant.¹¹⁵⁸

Der dem Kompetenzbereich der Gesellschaftsorgane unterfallende Schuldnerbereich beinhaltet die Verwaltung des insolvenzfreien Vermögens, die gesellschaftsinternen insolvenzneutralen Aufgaben und die Ausübung der Verfahrensrechte und -pflichten. Er berührt die Masse und damit auch die Interessen der Gläubiger folglich nicht unmittelbar. Eine insolvenzrechtliche Determination bei der Verwaltung des insolvenzfreien Vermögens ist widersprüchlich.¹¹⁵⁹ Mitwirkungs- und Antragsrechte wie §§ 34 II, 158 II 2, 161 S. 2, 212, 213, 218 I 1 247 I 1 InsO, die dem Schuldner zustehen, können nur sachgerecht ausgeübt und nicht als bloße Förmelerei bezeichnet werden, wenn diese im Eigeninteresse ausgeübt werden können.¹¹⁶⁰ Die Tätigkeiten des für den Schuldner handelnden Geschäftsleiters im Schuldner- und auch im Überschneidungsbereich sind daher grundsätzlich im Gesellschaftsinteresse vorzunehmen.¹¹⁶¹

Fraglich ist, was unter dem *Gesellschaftsinteresse* zu verstehen ist. Die Subjektstellung der Gesellschaft im Rechtsverkehr geht auch in der Insolvenz nicht verloren.¹¹⁶² Hinsichtlich der verbleibenden Bedeutung ist dahingehend zu unterscheiden, ob die Gesellschaft liquidiert oder saniert wird. Im Falle einer Liquidation beschränken sich die Beteiligteninteressen auf die gerechte Verteilung der noch in der Gesellschaft vorhandenen Mittel. Die Interessen aller Beteiligten schrumpfen auf ihre Vermögensinteressen herab.¹¹⁶³ Es handelt sich folglich tatsächlich um Gläubigerinteressen. Ohne Zukunftsprognose ist die Gesellschaft zum Objekt der Gläubiger (insbesondere auch

¹¹⁵⁸ Vgl. *Klöhn*, ZGR 2008, 110, 155.

¹¹⁵⁹ Für die AG: *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 123 f.

¹¹⁶⁰ Für die AG: *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 119 f.

¹¹⁶¹ Für die AG: vgl. im Schuldnerbereich allein das Gesellschaftsinteresse für relevant haltend, *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 128; anders, das Gesellschaftsinteresse mit dem Gläubigerinteresse gleichsetzend, für den Schuldnerbereich bei der Eigenverwaltung, *Klöhn*, ZGR 2008, 110, 156; für GmbH und AG: Die Ausübung der Verfahrensrechte dem Gesellschaftsinteresse verschreibend, *Uhlenbruck/Zipperer* § 101 InsO Rn. 12; ferner *Henssler*, ZInsO 1999, 121, 123; a.A. *MüKo InsO/Ganter/Bruns*, § 1 Rn. 56; für die GmbH: vgl. *Kölner Schrift/Henssler*, Kap. 30 Rn. 55.

¹¹⁶² Für die AG: vgl. *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 120.

¹¹⁶³ Für die Gläubiger, RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 18.

der Gesellschafter als Gläubiger) zu degradieren.¹¹⁶⁴ Die Tätigkeiten der Geschäftsleiter im Schuldner- und Überschneidungsbereich sind daher in diesem Fall faktisch an Gläubigerinteressen auszurichten.

Soll die Gesellschaft fortgeführt werden, stellt das Insolvenzverfahren „lediglich“ eine Phase im Kreislauf des Lebens der Gesellschaft dar, nur ein Intermezzo in Form des hoheitlichen Gesamtvollstreckungsverfahrens¹¹⁶⁵. Die Interessen der Beteiligten beschränken sich nicht auf die Verteilung des Gesellschaftsvermögens. Eine Degradierung zum bloßen Objekt der Gläubiger wird dieser Situation nicht gerecht.¹¹⁶⁶ Obwohl bei materieller Insolvenz, die regelmäßig spätestens mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegeben ist, die Gläubigerinteressen maßgeblich sind,¹¹⁶⁷ bilden der Schuldnerbereich und die Tätigkeit im Überschneidungsbereich eine Enklave des ursprünglichen Gesellschaftsinteresses in Mitten der sonst relevanten Gläubigerinteressen.

Es darf aber nicht davon ausgegangen werden, „dass die innergesellschaftlichen Bindungen in gleicher Weise fortbestünden, wie dies außerhalb der Insolvenzsituation der Fall wäre.“¹¹⁶⁸ Da die Gesellschaft nur als Insolvenzgesellschaft erhalten bleibt,¹¹⁶⁹ muss das Handeln der Geschäftsleiter im Gesellschaftsinteresse seine Grenze in § 1 S. 1 InsO und der Pflichtwidrigkeit von insolvenzzweckwidrigen Handlungen finden.¹¹⁷⁰ Die Geschäftsleiter müssen alles unterlassen, was dem Insolvenzweck zuwiderläuft. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist der Schutz der Gläubiger durch den Insolvenzverwalter und die Grenze des § 1 S. 1 InsO als Rahmen des Handelns im Schuldner- und Überschneidungsbereich nötig, aber auch ausreichend. Der Schuldnerbereich bleibt folglich nicht unangestastet.¹¹⁷¹

¹¹⁶⁴ Vgl. *K. Schmidt*, ZIP 2012, 2085, 2088.

¹¹⁶⁵ *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 322.

¹¹⁶⁶ Vgl. *K. Schmidt*, ZIP 2012, 2085, 2088.

¹¹⁶⁷ Vgl. § 7 B. IX.

¹¹⁶⁸ *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 6; vgl. *Klöhn*, NZG 2013, 81, 82 f.; ferner *Spahlinger* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 29.

¹¹⁶⁹ *MüKo AktG/J. Koch*, § 264 Rn. 65; vgl. Fn. 1151 ff.

¹¹⁷⁰ Vgl. § 7 C. I. 1.; für die Verwaltung des insolvenzfremden Vermögens, *MüKo AktG/J. Koch*, § 264 Rn. 65.

¹¹⁷¹ Ferner für die GmbH: *Strömann/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 277; für GmbH und AG: So aber *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 5.

Obwohl eine übertragende Sanierung mit einer Liquidation der Gesellschaft einhergeht, lassen sich die Interessen der Beteiligten bei ihrer Durchführung nicht auf bloße Gläubigerinteressen begrenzen. Im Falle einer übertragenden Sanierung müssen sich die Geschäftsleiter wie im Fall einer fortführenden Sanierung am durch den Insolvenzverfahren begrenzten Gesellschaftsinteresse orientieren.

Zu seinen Gläubigern befindet sich der Schuldner im Insolvenzverfahren in einem speziellen Pflichtenverhältnis.¹¹⁷² Die Geschäftsleiter treffen einerseits (weiterhin) gesellschaftsinterne Pflichten gegenüber der Gesellschaft und andererseits insolvenzrechtliche Verfahrenspflichten.¹¹⁷³ Prägend für die Rolle der Geschäftsleiter sind die gesetzlich normierten Pflichten der §§ 97, 101 InsO, nach welchen der Geschäftsleiter den Akteuren der InsO und insbesondere dem Insolvenzverwalter durch Auskünfte und Mitwirkung ein informiertes Tätigwerden ermöglichen muss. Dem Geschäftsleiter wird folglich eine Unterstützerrolle zuteil.

2. Insolvenzzrechtliche Eigenverwaltung

Die Eigenverwaltung dient insbesondere der Eigensanierung, außerdem der Vereinfachung des Verfahrens und der Senkung der Kosten.¹¹⁷⁴ Eigenverwalter(in) ist die Gesellschaft selbst.¹¹⁷⁵ Die Normen der §§ 270 ff. InsO betreffen unmittelbar die juristische Person und

¹¹⁷² Zur Konkursordnung: BVerfG, Beschl. v. 13.1.1981 - 1 BvR 116/77 = BVerfG 56, 31, 48 ff. = NJW 1981, 1431, 1432 f.; HK-InsO/*Schmidt* § 97 Rn. 18; MüKo InsO/*Stephan*, § 97 Rn. 14.

¹¹⁷³ Für die GmbH: *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 828.

¹¹⁷⁴ Braun/*Riggert* InsO § 270 Rn. 1; vgl. MüKo InsO/*Kern*, § 270 Rn. 73; *Uhlenbruck/Zipperer* § 270 InsO Rn. 3; *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 592 ff.

¹¹⁷⁵ *Jacoby* in FS Vallender, 261, 268; *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 329, 334; *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 36 ff.; *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 61 f.; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 342; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 7, 434; *Jungmann*, NZI 2009, 80, 85; *Wehdeking/Smid*, ZInsO 2010, 1713, 1715; vgl. BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2131 Rz. 52; FK-InsO/*Foltis* § 270 Rn. 16; *Uhlenbruck* in FS Kirchhof, 479, 494; *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 591; *Gutsche*, Die Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, Rn. 316; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 105; *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 624; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1104; *Westrick*, NZI 2003, 65, 70; für die GmbH: *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 831; aber *K. Schmidt*, BB 2011, 1603, 1607.

nur mittelbar – aber faktisch¹¹⁷⁶ – den Geschäftsleiter als „mittelbaren Eigenverwalter“. Bei Gesellschaften kommt es „zu einem Auseinanderfallen des Schuldners und der für ihn auch in der Eigenverwaltung handelnden Organe.“¹¹⁷⁷

a) Grundlagen

aa) Aufgaben des Geschäftsleiters

Der Geschäftsleiter übt die mit der Eigenverwaltung verbundenen Aufgaben aus. Den Schuldner treffen alle Aufgaben eines Insolvenzverwalters im Regelverfahren, die die §§ 270 ff. InsO nicht dem Sachwalter zugeteilt haben.¹¹⁷⁸ Ist keine explizite Zuordnung einer Aufgabe in den §§ 270 ff. InsO vorhanden, ist stets selbstständig zu ermitteln, wem diese Aufgabe im Kompetenzgefüge der Eigenverwaltung zusteht.¹¹⁷⁹ Der Schuldner übernimmt die Durchführung des Verfahrens, ist für die Geschäftsführung sowie grundsätzlich für die Führung von Prozessen zuständig und nimmt die Rolle des Arbeitgebers wahr.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁶ BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2127, 2131 Rz. 24, 52; *Jacoby* in FS Vallender, 261, 268, 272; *Flöther*, ZIP 2012, 1833, 1842; *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1104 f.; so auch *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 238 ff.; vgl. *Götiker*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 999 f., 1010.

¹¹⁷⁷ BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2127 Rz. 24.

¹¹⁷⁸ FK-InsO/*Foltis* § 270 Rn. 24; *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270 InsO Rn. 190; *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 117 f., 199; *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 45; *Hammes*, NZI 2017, 233, 236; *Jaffé*, ZHR 175 (2011), 38, 40; vgl. *Buchta/Ott*, ZInsO 2015, 288, 289; *Henkel*, ZIP 2015, 562 f.

¹¹⁷⁹ BeckOK-InsO/*Ellers*, § 270 Rn. 66; MüKo InsO/*Kern*, § 270 Rn. 147; *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 116; ausführlich *Huhn*, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Rn. 835 ff.; Aufgaben, die dem Schuldner wegen Interessenkollisionen (Anfechtungs- und Haftungsansprüche) oder weil er sein eigener Kontrolleur (Aufsicht) werden würde, nicht übertragen werden können, obliegen dem Sachwalter; anders *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270 InsO Rn. 182; *Braun/Riggert* InsO § 270 Rn. 8; vgl. *Graf-Schlicker/Graf-Schlicker* InsO § 270 Rn. 24; *Kölner Schrift/Pape*, Kap. 24 Rn. 50.

¹¹⁸⁰ *Karsten Schmidt/Undritz* InsO § 270 Rn. 18; vgl. *Andres* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 270 Rn. 12; *Braun/Riggert* InsO § 270 Rn. 8; MüKo InsO/*Kern*, § 270 Rn. 164, 187 ff.; *Uhlenbruck/Zipperer* § 270 InsO Rn. 14; *Huhn*, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Rn. 826; *Vallender*, WM 1998, 2129, 2135.

Die Rechtsmacht des Schuldners erfährt im Vergleich zum Regelinsolvenzverfahren Erweiterungen, im Vergleich zur Lage vor Verfahrenseröffnung aber auch Einschränkungen. Auf die Geschäftsleiter hat dies weitreichende Auswirkungen. Die Legalitätspflicht der Geschäftsleiter umfasst die zusätzlichen Bindungen der Eigenverwaltung und damit auch die mit der Eigenverwaltung einhergehenden insolvenzrechtlichen Pflichten.¹¹⁸¹ § 281 I InsO verpflichtet den Schuldner zur Erstellung des Verzeichnisses der Massegegenstände, des Gläubigerverzeichnisses sowie der Vermögensübersicht. Zwischenberichte müssen regelmäßig erstattet werden.¹¹⁸² Er hat im Berichtstermin einen Bericht gemäß § 156 InsO zu erstatten und ist für die Rechnungslegung zuständig, § 281 II 1, III 1 InsO. Des Weiteren hat er den Sachwalter über den Eintritt der Masseunzulänglichkeit oder der Masselosigkeit zu unterrichten.¹¹⁸³ Mitwirkungsrechte des Sachwalters und des Gläubigerausschusses finden sich in §§ 275 I, 276 S. 1 InsO. Weitere Einschränkungen im Vergleich zur Lage vor Verfahrenseröffnung kann der Sachwalter gemäß § 275 II InsO, das Insolvenzgericht auf Antrag nach § 277 InsO schaffen. Zu einer Erweiterung der Rechtsmacht führt § 279 InsO, indem er dem Schuldner, unter Mitwirkung des Sachwalters, die Ausübung der insolvenzrechtlichen Möglichkeiten hinsichtlich gegenseitiger Verträge aus §§ 103 - 128 InsO zuspricht ebenso wie § 276a InsO, der die Geschäftsleiter für die Rolle des Eigenverwalters von den gesellschaftsrechtlichen Überwachungsorganen freispricht.¹¹⁸⁴ Gemäß § 282 InsO darf er, unter Mitwirkung des Sachwalters, Sicherungsgut verwerten. Die Geschäftsleitung unterliegt einem Sachzwang zur Abstimmung ihres Handelns mit dem Sach-

¹¹⁸¹ BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2131 Rz. 31, 61; *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 328; *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsleitungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 64; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 422; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 106; *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1099, 1105 f.

¹¹⁸² *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 206.

¹¹⁸³ *Huhn*, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Rn. 876, 881.

¹¹⁸⁴ Vgl. für den Bereich, der im Rahmen des Regelverfahrens den Verdrängungsbereich darstellen würde, MüKo InsO/*Klöhn*, § 276a Rn. 23; *ders.*, DB 2013, 41, 43 f.; *ders.*, NZG 2013, 81, 84; für einen Ausschluss des Bereichs, der im Regelverfahren dem Schuldnerbereich angehören würde, *Ströhmman/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 275.

walter und in Grundzügen mit dem eingesetzten Gläubigeraus-
schuss.¹¹⁸⁵

bb) Erlangung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis

Ob der Schuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis in der Eigenverwaltung „behält“ oder neu „erhält“ ist umstritten. Die Beantwortung dieser Frage entscheidet über die Rechtsstellung des Schuldners, darüber, ob er (mehrheitlich) aus privatautonomer Rechtsmacht oder als Amtswalter agiert. Eine Ansicht spricht sich für den Verbleib beim Schuldner aus.¹¹⁸⁶ Die privatautonome Rechtsmacht erfahre durch den Anordnungsbeschluss hinsichtlich der Sonderbefugnisse gemäß §§ 279 S. 1, 282 I 1, 283 I 1 InsO eine insolvenzrechtliche Ergänzung, gleichzeitig aber auch eine insolvenzrechtliche Begrenzung.¹¹⁸⁷ Dem entgegen tritt die Meinung, laut welcher der Schuldner mittels Übertragung der Kompetenzen als Amtswalter¹¹⁸⁸ im Interesse seiner Gläubiger tätig wird.¹¹⁸⁹ Der Wortlaut des § 270 I 1 InsO stützt diese Sichtweise: dem Anordnungsbeschluss lediglich deklaratorische Wirkung zuzusprechen, was der ersten Ansicht entspräche, stünde mit ihm nicht im Ein-

¹¹⁸⁵ Für die GmbH: *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2236.

¹¹⁸⁶ HK-InsO/*Brünkmans* § 270 Rn. 39; *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270 InsO Rn. 21 f.; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 464, 471; *Finke*, Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, S. 38 ff.; *Bit-ter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 565; *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2243 f.; *Klöhn*, NZG 2013, 81, 82; *Noack*, ZIP 2002, 1873; *Vallender*, WM 1998, 2129, 2134 f.; *Westrick*, NZI 2003, 65, 68; vgl. *Huhn*, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Rn. 603; *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 47 ff.

¹¹⁸⁷ *Huhn*, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Rn. 603; *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 72.

¹¹⁸⁸ *Braun/Riggert* InsO § 270 Rn. 1; *Karsten Schmidt/Undritz* InsO § 270 Rn. 17; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 857; *Ströhmman/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 275.

¹¹⁸⁹ H.M. FK-InsO/*Foltis* § 270 Rn. 7, 18, 20, 35; MüKo InsO/*Kern*, § 270 Rn. 141, 149 ff.; *Karsten Schmidt/Undritz* InsO § 270 Rn. 17; *Uhlenbruck/Zipperer* § 270 InsO Rn. 8, 12; *Bierbach*, in: Kübler, HRI, § 11 Rn. 6; *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 119; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 91; *Buchta/Ott*, ZInsO 2015, 288, 290; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 857; *Henkel*, ZIP 2015, 562, 563; *Hess/Ruppe*, NZI 2002, 577, 578; *Klinck*, ZIP 2013, 853, 856 f.; *Madaus*, KTS 2015, 115, 125; *Noack*, ZIP 2002, 1873; vgl. *Braun/Riggert* InsO § 270 Rn. 1; ferner *Uhlenbruck* in FS Kirchhof, 479, 498 f.; a.A. *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 64 ff.

klang.¹¹⁹⁰ Auch die Verwendung des Begriffs „Insolvenzmasse“ spricht für die Sonderung des vorhandenen Vermögens aus haftungsrechtlicher Sicht.¹¹⁹¹ Nur dieses Verständnis kann stimmig begründen, dass der Schuldner in der Eigenverwaltung über Befugnisse verfügt, die seine privatautonomen Rechte übersteigen, und gleichzeitig Einschränkungen existieren, die zuvor nicht bestanden.¹¹⁹² Der zweiten Ansicht ist daher zu folgen. Die Verleihung dieser Rechtsmacht hat zur Folge, dass innerhalb einer „logischen Sekunde“ die Verwaltungs- und Verfügungsmacht aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens genommen und durch die Anordnung der Eigenverwaltung wieder partiell erteilt wird.¹¹⁹³

cc) Kompetenzverteilung

Die für das Regelverfahren dargestellte Funktionsteilung¹¹⁹⁴ bedarf zur Darstellung der Kompetenzverteilung in der Eigenverwaltung einer Modifikation.¹¹⁹⁵ In der Eigenverwaltung kann der *Schuldnerbereich* in zwei Komponenten aufgeteilt werden. Die erste Komponente umfasst den mit Eröffnung des Verfahrens *zuwachsenden Aufgabenbereich*.¹¹⁹⁶ Sie kann wiederum aufgeteilt werden in den die regulären Verfahrensrechte und -pflichten beinhaltenden, der Gesellschaft und nicht nur dem gesetzlichen Vertreter derselben zuwachsenden, *Gemeinschuldnerbereich*¹¹⁹⁷ und in den dem gesetzlichen Vertreter zuwachsenden *Eigenverwalterbereich*,¹¹⁹⁸ der die Verwal-

¹¹⁹⁰ Uhlenbruck/*Zipperer* § 270 InsO Rn. 12; vgl. MüKo InsO/*Kern*, § 270 Rn. 149; a.A. Neutralität des Wortlauts, *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 49 ff.

¹¹⁹¹ Uhlenbruck/*Zipperer* § 270 InsO Rn. 12; a.A. *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 50 ff.

¹¹⁹² *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 119; vgl. MüKo InsO/*Kern*, § 270 Rn. 141, 149; Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270 Rn. 17; Uhlenbruck/*Zipperer* § 270 InsO Rn. 12.

¹¹⁹³ FK-InsO/*Foltis* § 270 Rn. 9, 20, 35.

¹¹⁹⁴ Vgl. § 7 C. II. 1.

¹¹⁹⁵ Für eine Modifikation der Verdrängungslehre, *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 182 ff.; für die Geltung des allgemeinen Kompetenzabgrenzungssystems, *Finke*, Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, S. 115; *Ott/Brauckmann*, ZIP 2004, 2117, 2122.

¹¹⁹⁶ Zum Konkurs einer natürlichen Person, die mangels voller Geschäftsfähigkeit gesetzlich vertreten wird, *Weber*, KTS 1970, 73, 77.

¹¹⁹⁷ Zum Konkurs einer natürlichen Person, die mangels voller Geschäftsfähigkeit gesetzlich vertreten wird, *Weber*, KTS 1970, 73, 77.

¹¹⁹⁸ Vgl. *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 184 f.

tungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse und die Rechte und Pflichten des Eigenverwalters umfasst. Die zweite Komponente stellen die dem Schuldner verbleibenden Aufgaben, der *konkursfreie Bereich*, dar.¹¹⁹⁹ Wird der Geschäftsleiter im Gemeinschuldnerbereich oder im konkursfreien Bereich tätig, agiert er für die Gesellschaft als (reine) Schuldnerin. Wird er im Eigenverwalterbereich tätig, füllt er die Rolle der Gesellschaft als Eigenverwalterin aus. Der Behauptung, ein Verdrängungsbereich existiere in der Eigenverwaltung nicht,¹²⁰⁰ kann nicht gefolgt werden. Ein *Verdrängungsbereich* kann vom Geschäftsleiter¹²⁰¹ aus gesehen in den der alleinigen Rechtsmacht des Schuldners entnommenen und dem Sachwalter¹²⁰² oder dem Gläubigerausschuss zugewiesenen Aufgaben gesehen werden. Hierbei handelt es sich um die in §§ 274 II 1 Var. 1, 275 II InsO normierten Befugnisse. Aus Sicht der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung und des fakultativen sowie obligatorischen Aufsichtsrats ist ein Verdrängungsbereich hinsichtlich des § 274 II 1 Var. 2 InsO sowie wegen § 276a InsO auch hinsichtlich des Eigenverwalterbereichs anzunehmen. Die dem Sachwalter originär zugeteilten Aufgaben sind einem eigenen Bereich, dem *Sachwaltereigenbereich*, zuzuteilen. Für die inhaltliche Bestimmung des *Überschneidungsbereichs* ist auch in der Eigenverwaltung die Notwendigkeit der Zusammenarbeit erforderlich. Zusätzlich zur „Zusammenarbeit“ des Schuldners und des Eigenverwalters¹²⁰³ finden sich in den §§ 270 ff. InsO einige Mitwirkungsrechte des Sachwalters und des Gläubigerausschusses. Während dem Überschneidungsbereich teilweise¹²⁰⁴ mit den §§ 277, 279 S. 3 InsO sowie dem § 77 II 1 InsO nur Maßnahmen zugeordnet werden, bei welchen die Beteiligung des Sachwalters für die Wirksamkeit im

¹¹⁹⁹ Nur hinsichtlich der dem gesetzlichen Vertreter der natürlichen, nicht voll geschäftsfähigen Person verbleibenden Aufgaben, *Weber*, KTS 1970, 73, 77.

¹²⁰⁰ *Uhlenbruck* in FS Kirchhof, 479, 500; *Klöhn*, DB 2013, 41, 42; *ders.*, NZI 2013, 81, 82.

¹²⁰¹ Vom gesetzlichen Vertreter der natürlichen, nicht voll geschäftsfähigen Person aus gesehen, *Weber*, KTS 1970, 73, 77.

¹²⁰² *Finke*, Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, S. 115; *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 182 f.

¹²⁰³ Vgl. „Pseudo-Überschneidungsbereich“, *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 186.

¹²⁰⁴ *Finke*, Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, S. 159; *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 185.

Außenverhältnis erforderlich ist, müssen auch die §§ 275 I, 276 InsO, welche eine Zusammenarbeit nur im Innenverhältnis anordnen, diesem Bereich zugewiesen werden. Das Erfordernis einer solchen Außenwirkung kann weder den ursprünglich unter die Bezeichnung „Zweifelsfälle“ gefassten „Rechtshandlungen, bei denen die Zuweisung zweifelhaft ist oder die Auswirkungen auf beide Bereiche haben“¹²⁰⁵, noch der weiterentwickelten, heutigen Definition des Überschneidungsbereichs entnommen werden. Eine Zuordnung der §§ 275 I, 276 InsO zum Verdrängungsbereich wäre außerdem gerade aufgrund der Wirksamkeit der die Beteiligung missachtenden Handlungen unpassend. Die Alternativen, die Formung eines neuen Bereichs oder die Annahme der Bereichslosigkeit, wären gekünstelt, unnötig und können so vermieden werden. Im Überschneidungsbereich kann der Geschäftsleiter für die Gesellschaft sowohl in der Rolle der (reinen) Schuldnerin, als auch in der Rolle der Eigenverwalterin auftreten. Dieses System sorgt dafür, dass die Begriffe „Verdrängung“ und „Überschneidung“ entsprechend ihrem Wortsinn verwendet werden. Es werden nicht nur die Zuständigkeiten unter allen Beteiligten verteilt, sondern gleichzeitig die Art der Zuständigkeit, namentlich die mit den Zuständigkeitsbereichen einhergehenden Rollen und gesellschaftsrechtlichen bzw. insolvenzrechtlichen Bindungen, verdeutlicht.¹²⁰⁶

b) Pflicht zur vorläufigen Fortführung des Unternehmens bis zum Berichtstermin

Der Geschäftsleiter ist als mittelbarer Eigenverwalter grundsätzlich zur Fortführung des von der Gesellschaft geführten Unternehmens bis zum Berichtstermin nach § 156 InsO, in welchem die Gläubigerversammlung über den Fortgang des Verfahrens entscheidet, verpflichtet.¹²⁰⁷ Die Entscheidung der Gläubigerversammlung darf nicht

¹²⁰⁵ Ohne diese Bezeichnung zu verwenden, *Weber*, KTS 1970, 37, 80.

¹²⁰⁶ Dies als Nachteil ansehend, *Finke*, Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, S. 112 f.

¹²⁰⁷ Vgl. *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 125; *Huhn*, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Rn. 623; *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 292; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 93; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849; *Henkel*, ZIP 2015, 562, 564.

durch den Schuldner prädisponiert werden.¹²⁰⁸ Fragen hinsichtlich des Ob und Wie der Fortführung des Unternehmens sind im Interesse der Gläubiger zu entscheiden. Eine Begrenzung auf die Interessen der Insolvenzgläubiger findet nicht statt.¹²⁰⁹ Die Erfüllung der Forderungen der Insolvenzgläubiger hängt zwar am stärksten von der Betriebsfortführung ab. Je nachdem wie viel Vermögen noch vorhanden ist, können aber auch das Befriedigungsinteresse der Massegläubiger bedroht und bei Verwendung der Objekte, an welchen Aussonderungs- oder Absonderungsrechte bestehen, die Interessen der Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten berührt werden. Die in der InsO herrschende Gläubigermaxime umfasst alle Gläubiger des Schuldners. Bei der Bestimmung des Fehlens eines Nachteils i.S.v. § 270 II Nr. 2 InsO als Voraussetzung für die Anordnung der Eigenverwaltung wird nach herrschender Meinung auf alle Gläubiger abgestellt.¹²¹⁰ Die Pflicht zur vorläufigen Betriebsfortführung gilt bis zum Berichtstermin, in welchem über den Fortgang des Verfahrens entschieden wird, § 157 InsO. Diese Entscheidung wird von der Gläubigerversammlung und damit nicht nur von den grundsätzlich am stärksten gefährdeten Insolvenzgläubigern, sondern von allen Gläubigern getroffen. Der Betrieb ist daher im Interesse aller Gläubiger fortzuführen.

Bei der Fortführung des Unternehmens handelt es sich um die Grundlage einer Sanierung.¹²¹¹ Ein Stillstand oder eine Einstellung des Betriebs vernichtet, auch unter Berücksichtigung der Sanierungsinstrumente der InsO, in aller Regel jegliche Sanierungschancen.¹²¹² Die geordnete Betriebsfortführung muss im Mittelpunkt der Anstrengungen zwar nicht aller Verfahrensbeteiligten,¹²¹³ aber doch im Zentrum der Bemühungen des Geschäftsleiters stehen. Da der Geschäftsleiter den Betrieb selbst fortführt, können erforderliche personengebundene Kenntnisse sowie Erfahrungen zur Aufrechterhaltung

¹²⁰⁸ Huhn, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Rn. 623; Kessler, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 292.

¹²⁰⁹ A.A. wohl Hofmann, Eigenverwaltung, Rn. 126.

¹²¹⁰ Karsten Schmidt/Undritz InsO § 270 Rn. 10; vgl. MüKo InsO/Kern, § 270 Rn. 51; die Aussonderungsgläubiger ausklammernd, Henkel, ZIP 2015, 562, 563 f.

¹²¹¹ Dietrich, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 101; Hofmann, Eigenverwaltung, Rn. 423.

¹²¹² Vgl. Dietrich, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 123; Hofmann, Eigenverwaltung, Rn. 423.

¹²¹³ So aber Hofmann, Eigenverwaltung, Rn. 124; 423.

von Kundenbeziehungen und produktbezogenem Wissen unmittelbar nutzbar gemacht werden.¹²¹⁴ Bei dauerhafter Gefährdung der Gläubigerbefriedigung manifestiert sich aber eine Pflicht zur Betriebseinstellung.¹²¹⁵ Eine (teilweise) Einstellung des Geschäftsbetriebs oder die Vornahme einer übertragenden Sanierung bevor die Entscheidung nach § 157 InsO getroffen wurde, ist zustimmungsbedürftig, §§ 275 I 1, 158 I InsO.¹²¹⁶

c) Auskunft-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten

§ 101 InsO, der unter anderem den Geschäftsleitern die Auskunft-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten des § 97 InsO auferlegt, gilt auch in der Eigenverwaltung, vgl. § 270 I 2 InsO.¹²¹⁷ Die Pflichten bestehen über §§ 22 III, 274 II 2 InsO gegenüber dem Sachwalter, damit dieser seinen Überprüfungs- sowie Überwachungspflichten nachkommen kann.¹²¹⁸ Gläubigerversammlung respektive Gläubigerausschuss sind ebenfalls auskunftsberechtigt (vgl. § 276 InsO), das Gericht hingegen allein im Ausnahmefall.¹²¹⁹ Weder die Auskunftspflichten¹²²⁰ noch die Mitwirkungspflichten des § 97 II InsO¹²²¹ oder die Bereitschaftspflicht werden vollständig bedeutungslos.¹²²² Die die Geschäftsleiter unmittelbar verpflichtenden §§ 97, 101, 270 I 2 InsO sind entsprechend den Gläubigerinteressen auszuüben.¹²²³ Aus §§ 275-277, 281 InsO folgt eine Pflicht, mit dem eingesetzten Sachwalter zusammenzuwirken.¹²²⁴ Die Dul-

¹²¹⁴ *Madaus*, KTS 2015, 115, 119; vgl. *Kautzsch*, Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, S. 140 f.

¹²¹⁵ Vgl. *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 126.

¹²¹⁶ *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 127.

¹²¹⁷ *Lüke* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 101 InsO Rn. 11; *HK-InsO/Schmidt* § 101 Rn. 5; *MüKo InsO/Stephan*, § 101 Rn. 36; *FK-InsO/Wimmer-Amend* § 101 Rn. 4; *Uhlenbruck/Zipperer* § 97 InsO Rn. 4.

¹²¹⁸ *MüKo InsO/Stephan*, § 101 Rn. 36; *Uhlenbruck/Zipperer* § 270 InsO Rn. 28, 35; vgl. *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 204.

¹²¹⁹ *Uhlenbruck/Zipperer* § 270 InsO Rn. 35; weitergehend *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2236, 2243.

¹²²⁰ *MüKo InsO/Stephan*, § 101 Rn. 36.

¹²²¹ *MüKo InsO/Stephan*, § 101 Rn. 36.

¹²²² Vgl. aber *Lüke* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 101 InsO Rn. 11; für § 97 II InsO: *Uhlenbruck/Zipperer* § 101 InsO Rn. 2.

¹²²³ *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 203, 215.

¹²²⁴ *Braun/Kroth* InsO § 97 Rn. 4; *FK-InsO/Wimmer-Amend* § 97 Rn. 6; für die GmbH: vgl. *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 831.

dungspflicht aus § 69 S. 2 InsO und die Pflicht zur Erteilung einzelner Auskünfte und zur Übermittlung eines Berichts über den Sachstand und die Geschäftsführung gegenüber der Gläubigerversammlung aus § 79 S. 1 InsO treffen in der Eigenverwaltung den Schuldner.¹²²⁵ Erstellt der Sachwalter einen Insolvenzplan, gilt § 218 III InsO entsprechend.¹²²⁶ Wird infolge des SanInsFoG ein Sondersachwalter nach § 274a InsO-RegE eingesetzt, bestehen diesem gegenüber Auskunftspflichten nach § 274a III InsO-RegE.

d) Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans, §§ 218 I 1, 284 I InsO

Die Eigenverwaltung eignet sich gerade für den Fall, dass frühzeitig eine Sanierung mittels Insolvenzplans vorgesehen ist.¹²²⁷ Ihr Anwendungsbereich ist aber nicht auf diesen Fall begrenzt. Wenn ein Insolvenzplan vorgelegt wird, spielt dieser eine maßgebliche Rolle für die Beurteilung der Nachteiligkeit i.S.d. § 270 II Nr. 2 InsO.¹²²⁸ Die Regelungen über den Insolvenzplan nach §§ 217 ff. InsO sind mit der Modifikation anwendbar, dass die Gläubigerversammlung einen Auftrag zur Ausarbeitung eines Insolvenzplans an den Schuldner richten kann, § 284 I InsO. Der Schuldner verfügt zunächst aufgrund einer doppelten Legitimation über *originäre* Planinitiativ- und Planvorlagerechte.¹²²⁹ In der Gesellschaft vereinen sich die Planinitiativ- und Planvorlagerechte des (*reinen*) Schuldners (vgl. § 218 I 1 Alt. 2 InsO) mit denen des *Eigenverwalters* (vgl.

¹²²⁵ Huhn, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Rn. 836 f., 860 f.

¹²²⁶ Uhlenbruck/Lüer/Streit § 218 InsO Rn. 36; vgl. HK-InsO/Haas § 218 Rn. 16.

¹²²⁷ Götter, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 1023; Vasilev, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 21; Hofmann, ZIP 2007, 260, 263; vgl. ders., Eigenverwaltung, Rn. 497 ff.; König, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 18; Henkel, ZIP 2015, 562, 565; dafür, dass nur ein vom Schuldner vorgelegter prepackaged plan die Möglichkeit bietet, einzuschätzen, ob i.S.v. § 270 II Nr. 2 InsO zu erwarten ist, dass, die Anordnung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird, Wehdeking/Smid, ZInsO 2010, 1713, 1716; vgl. Frind, ZInsO 2011, 656, 659; für ein faktisches Junktim zwischen der Eigenverwaltung und der Vorlage eines Insolvenzplans, Wehdeking/Smid, ZInsO 2010, 1713, 1716; vgl. Dietrich, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 98, 100; Flöther, ZIP 2012, 1833, 1834; ferner Kessler, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 326.

¹²²⁸ So auch Jaffé, ZHR 175 (2011), 38, 41; vgl. Götter, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 545; ferner Dietrich, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 100, 120 ff.; Hermann/Zistler, ZInsO 2018, 10, 13.

¹²²⁹ Vgl. MüKo InsO/Kern, § 284 Rn. 14; ferner Hofmann, Eigenverwaltung, Rn. 501.

§§ 218 I 1 Alt. 1, 270 S. 2 InsO). Erstere gehören dem Gemeinschuldnerbereich an. Dieses Planvorlagerecht ist ein Instrument, mit welchem der Schuldner seine eigenen Interessen innerhalb des Insolvenzverfahrens wahren kann.¹²³⁰ Das aus § 276a InsO folgende Einflussverbot findet keine Anwendung.¹²³¹ Stellt die Vorlage eines Insolvenzplans im konkreten Fall das *erfolgsversprechendste Sanierungsinstrument* dar, sind eine Planinitiativpflicht und eine Pflicht, auf die Planvorlage hinzuwirken, anzunehmen.¹²³² Dies wird in der Regel der Fall sein.¹²³³ Ist die Zustimmung der Gesellschafter zur Vorlage nicht zu erwarten, bleibt den Geschäftsleitern der Weg über den Insolvenzverwalter, der sich nach Rücknahme der Eigenverwaltung den Plan zu eigen machen kann.¹²³⁴ Den einfacheren Weg bildet aber die Vorlage des Insolvenzplans in der Rolle des Eigenverwalters. Eine Haftung für Pflichtverletzungen ist denkbar. Für die Erarbeitung und Vorlage eines originären Insolvenzplans des Schuldners als Gebrauchmachung von einer strategischen Handlungsoption dürfen grundsätzlich keine Verbindlichkeiten zu Lasten der Masse eingegangen werden.¹²³⁵

Hinsichtlich des Planinitiativ- und Vorlagerechts des Eigenverwalters sind die Gläubigerinteressen relevant und es findet § 276a InsO Anwendung.¹²³⁶ Zwar soll der Schuldner zur Erfüllung der Berichtspflicht gemäß § 156 I InsO „insofern einen „Plan“ seiner Maßnahmen im Rahmen der Eigenverwaltung vor[...]legen, als er nicht wortlos der Gläubigerversammlung die Fortdauer seiner Masseverwaltung zuzumuten berechtigt ist.“¹²³⁷ Bei diesem „Plan“ muss es sich aber nicht um einen Insolvenzplan handeln. Da die Geschäftsleiter in der Eigenverwaltung den Befriedigungsinteressen der Gesellschaftsgläubiger verpflichtet sind, müssen sie die Prüfung vornehmen, ob

¹²³⁰ MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 138, 168.

¹²³¹ HK-InsO/*Haas* § 218 Rn. 7; ungenau Karsten Schmidt/*Spliedt* InsO § 225a Rn. 38; *Haas*, FS Kübler, 2015, 203, 209.

¹²³² Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt.

¹²³³ Vgl. *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 326.

¹²³⁴ Vgl. *Graf Brockdorff/Heintze/Rolle*, BB 2014, 1859, 1862 f.

¹²³⁵ Vgl. MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 103; *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 60.

¹²³⁶ Ungenau MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 81; Uhlenbruck/*Lüer/Streit* § 218 InsO Rn. 11; *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 28.

¹²³⁷ *Wehdeking/Smid*, ZInsO 2010, 1713, 1718.

diesen mit einem Insolvenzplan *am besten* Rechnung getragen werden kann.¹²³⁸ Fällt die Prüfung positiv aus, sind sie zur Aufstellung und Vorlage eines Insolvenzplans verpflichtet.¹²³⁹ Bei Missachtung dieser Pflichten kommt eine Haftung in Betracht.¹²⁴⁰ Die Kosten einer Beratung können aus der Masse entnommen werden.¹²⁴¹

Erging von der Gläubigerversammlung ein Auftrag über die Vorlage eines (dann *derivativen*) Insolvenzplans an den Schuldner gemäß § 284 I 1 InsO, ist dieser zur Vorlage eines Insolvenzplans verpflichtet, § 218 II InsO analog.¹²⁴² Die Vorlagepflicht gehört zum Eigenverwalterbereich. Bei der Aufstellung des Insolvenzplans und der Vorlage müssen die Geschäftsleiter daher im Gläubigerinteresse handeln. An von der Gläubigerversammlung bestimmte Zielvorgaben¹²⁴³ muss sich der Schuldner halten, vgl. § 157 S. 2 InsO. Der derivative Plan muss entsprechend § 218 II InsO innerhalb einer angemessenen Frist vorgelegt werden.¹²⁴⁴ Der Schuldner darf weiterhin, insbesondere unabhängig von einer solchen Beauftragung, von seinen originären Planinitiativ- und Planvorlagerechten Gebrauch machen.¹²⁴⁵ Revidiert die Gläubigerversammlung den Beschluss zur Beauftragung oder ändert sie die Zielvorgaben, ist der Schuldner zur Rücknahme des Plans innerhalb einer angemessenen Frist und im Falle der Änderung zur Erstellung sowie Vorlage eines die Änderungen berücksichtigenden neuen Insolvenzplans verfahrensrechtlich verpflichtet.¹²⁴⁶

¹²³⁸ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt; *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 26.

¹²³⁹ *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 26.

¹²⁴⁰ *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 26.

¹²⁴¹ HK-InsO/*Haas* § 218 Rn. 6; Karsten Schmidt/*Spliedt* InsO § 218 Rn. 4; ungenau Uhlenbruck/*Lüer/Streit* § 218 InsO Rn. 49; *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 60.

¹²⁴² MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 137; *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 6, 33.

¹²⁴³ Für die Zulässigkeit, MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 105 f.

¹²⁴⁴ MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 108; HK-InsO/*Haas* § 218 Rn. 12; Uhlenbruck/*Lüer/Streit* § 218 InsO Rn. 29; *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 6, 33.

¹²⁴⁵ Vgl. MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 107; MüKo InsO/*Kern*, § 284 Rn. 15; *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 34.

¹²⁴⁶ MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 149, 163.

e) Gesellschaftsrechtliche Pflichten

aa) In der Rolle als Geschäftsleiter der (reinen) Schuldnerin

Wird der Geschäftsleiter für die Gesellschaft in ihrer Rolle als (reine) Schuldnerin tätig, kann insoweit weitestgehend auf die Ausführungen zum Regelverfahren verwiesen werden.¹²⁴⁷ Auch in dieser Konstellation stehen dem Schuldner Verfahrensrechte zu. Dies gilt grundsätzlich auch für die aus §§ 161 S. 2, 158 II 2, 163 I InsO. Deren Anwendung ist aber nur schwer vorstellbar.

bb) In der Rolle als mittelbarer Eigenverwalter

(1) Einberufungspflichten, Informationspflichten und Auskunfts- und Einsichtsverweigerung

In der Rolle als mittelbarer Eigenverwalter ist der Geschäftsleiter gemäß § 276a InsO von den Überwachungsorganen der Gesellschaft unabhängig. Die Einberufungspflichten, Informationspflichten sowie die Auskunfts- und Einsichtsverweigerung¹²⁴⁸ bestehen gerade im Verhältnis zwischen dem Geschäftsleitungsorgan auf der einen und der Gesellschafterversammlung und dem Aufsichtsrat, die ausdrücklich in § 276a InsO angeführt werden, sowie der Hauptversammlung auf der anderen Seite.

Meist werden bereits die gesellschaftsrechtlichen Anforderungen des Mitwirkungsrechts mangels Entscheidungskompetenz der Gesellschafter zu verneinen sein.¹²⁴⁹ Ist dies nicht der Fall, sind Einberufungs-, Informations- sowie vergleichbare Rechte ausgeschlossen.¹²⁵⁰ Zur Begründung sind die vom Gesetzgeber gewünschte klare Kompetenzabgrenzung, der Verlust der Überwachungsaufgabe an die Gläubigerorgane und der Gleichlaufgedanke, nach welchem ein

¹²⁴⁷ Vgl. § 7 C. II. 1. e).

¹²⁴⁸ Vgl. § 3 A. - C., § 7 A. IV. - VI., B. IV. - VI.

¹²⁴⁹ *Klöhn*, NZG 2013, 81, 86; vgl. AG Montabaur, Beschl. v. 19.6.2012 - HRB 20744 = ZIP 2012, 1307, 1308; *Zipperer*, ZIP 2012, 1492, 1495.

¹²⁵⁰ *Klöhn*, DB 2013, 41, 44; *ders.*, NZG 2013, 81, 86; vgl. *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 147, 149; *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 693, 697; *Hölzle*, NZI 2011, 124, 131; a.A. *Ströhmann/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 277; *Zipperer*, ZIP 2012, 1492, 1494 f.

Gleichlauf zwischen den Rechten gegenüber dem Insolvenzverwalter im Regelverfahren und dem als Eigenverwalter tätigen Geschäftsleiter hergestellt werden soll, anzuführen.¹²⁵¹ Außerdem hat der Gesetzgeber die Verhinderung von hemmenden sowie blockierenden Wirkungen bezweckt.¹²⁵²

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Entziehung des Überwachungsauftrags nach § 276a InsO auch von der Berichtspflicht aus § 90 I 3 AktG befreit. Der Aufsichtsratsvorsitzende wird in § 276a InsO zwar nicht ausdrücklich genannt, die Sonderberichterstattung dient aber wie auch die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden der Erfüllung der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats. Ihm kommt lediglich die Funktion eines Vehikels zu.

Das Stellungnahmegebot gemäß § 176 I 3 AktG dient der Hauptversammlung als eine Informationsgrundlage für die Entscheidung über die Entlastung der Verwaltung.¹²⁵³ In der Eigenverwaltung obliegt die Entlastung weiterhin der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung.¹²⁵⁴ Dieser ist (bei der AG bereits wegen § 120 II 2 AktG) die haftungsbefreiende Wirkung abzusprechen.¹²⁵⁵

Zur Entscheidung über die Entlastung benötigen die Gesellschafter/Aktionäre Informationen. Die Befolgung des Stellungnahmegebots würde den Vorstand jedoch in eine Rechtfertigungssituation versetzen, was durch § 276a InsO gerade verhindert werden soll. § 176 I 3 AktG ist folglich ebenfalls nicht anzuwenden.

Auskunfts- und Einsichtsverlangen können mit Verweis auf die fehlende Zuständigkeit und § 276a InsO zurückgewiesen werden. Dies gilt auch für Anfragen einzelner Gesellschafter gemäß § 51a GmbHG/Aktionäre gemäß § 131 I AktG, obwohl diese in § 276a InsO keine Erwähnung finden.¹²⁵⁶ Damit soll dem Zweck

¹²⁵¹ Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 143, 145 f., 149; Hirte/Knof/Mock, DB 2011, 693, 697; Klöhn, DB 2013, 41, 44; ders., NZG 2013, 81, 86.

¹²⁵² RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 42; vgl. Hölzle, NZI 2011, 124, 131.

¹²⁵³ Vgl. Fn. 149.

¹²⁵⁴ Für die GmbH: Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 162.

¹²⁵⁵ Für die GmbH: Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 95, 162.

¹²⁵⁶ Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 155 ff.; vgl. Hirte/Knof/Mock, DB 2011, 693, 697; Klöhn, DB 2013, 41, 44; ders., NZG 2013, 81, 86; a.A. Strömann/Längsfeld, NZI 2013, 271, 277.

dieser Norm, dem Verbot jeglicher Einflussnahme auf die im Eigenverwalterbereich stattfindende Geschäftsführung, Rechnung getragen werden.¹²⁵⁷ Der Aussage von *Ströhmman/Längsfeld*, es sei befremdlich, den Gesellschaftern kein Recht zur Erkundigung nach dem Verfahrensstand sowie den aktuellen Entwicklungen zu gewähren,¹²⁵⁸ ist zunächst entgegenzuhalten, dass auch im Regelverfahren kein solches hinsichtlich der zum Verdrängungsbereich gehörenden Verwaltung und Verwertung existiert.¹²⁵⁹ Es besteht auch in der Eigenverwaltung lediglich eine Informationsmöglichkeit über § 4 InsO i.V.m. § 299 ZPO, §§ 66, 154 InsO, § 175 InsO, §§ 167, 168 InsO.¹²⁶⁰ Außerdem steht auch den einzelnen Gläubigern, die keine besondere insolvenzrechtliche Rolle im Verfahren übernommen haben, kein besonderes eigenes Informationsrecht zu, vgl. § 97 I 1 InsO. Diese haben aber die wirtschaftliche Eigentümerstellung von den Gesellschaftern übernommen.¹²⁶¹ Eine Privilegierung der Gesellschafter gegenüber den einzelnen Gläubigern bei der Informationserlangung ist nicht zu rechtfertigen. Ein Recht mit Grundlage im Gesellschaftsrecht kann ihnen folglich nicht mehr zugesprochen werden. Die Freiheit von direkten und indirekten Einflussnahmen¹²⁶² auf die eigenverwaltende Geschäftsführung befreit den Geschäftsleiter von den gesellschaftsrechtlichen Einberufungs- und Informationspflichten ebenso wie von der Gewährung von Auskunft und Einsicht.

(2) Vermögensbezogene Pflichten

Die gesellschaftsrechtlichen vermögensbezogenen Pflichten behalten grundsätzlich ihre Wirkung. Es ist aber für jede Pflicht zu prüfen, ob sich ihr Schutzzweck erledigt hat und eine Anwendung deshalb abzulehnen ist. Die grundlegende Vorschrift der Kapitalerhaltung (§ 30 I 1 GmbHG) bezweckt neben dem Gläubigerschutz auch den

¹²⁵⁷ Vgl. *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 151, 155.

¹²⁵⁸ *Ströhmman/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 277.

¹²⁵⁹ Vgl. *Haas* in FS Stürmer, 749, 759 f.

¹²⁶⁰ Scholz GmbHG/K. *Schmidt/Bitter*, 10. Aufl., Vor § 64 Rn. 111.

¹²⁶¹ Vgl. Fn. 662.

¹²⁶² *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 151 ff.; *Klöhn*, DB 2013, 41, 44; *ders.*, NZG 2013, 81, 85 f.; vgl. *Haas* in FS Stürmer, 749, 759 f.; ferner *Zipperer*, ZIP 2012, 1492 f.

Schutz der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter.¹²⁶³ Die an den Gläubigern ausgerichteten Schutzbestimmungen der Eigenverwaltung können die Schutzzwecke der Norm mangels Berücksichtigung der Gesellschaft und der Gesellschafter nicht vollständig abbilden. Die Voraussetzung einer Zahlung aus Gründen der Mitgliedschaft verhindert, dass die Norm einer Sanierung entgegensteht. Das Auszahlungsverbot aus § 30 I GmbHG gilt folglich fort. Auch das Rückzahlungsverbot des § 30 II InsO muss aufgrund seiner primär auf angehende Gesellschafter bezogenen Schutzrichtung¹²⁶⁴ auch im Eigenverwaltungsverfahren gelten. § 57 AktG dient ausschließlich dem Gläubigerschutz.¹²⁶⁵ Das durch diese Norm gewährte Schutzbedürfnis kann durch die (Gläubigerschutz-)Bestimmungen der Eigenverwaltung aber nicht in gleichem Umfang abgedeckt werden. Dies gilt insbesondere für die verschärften Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes. Eine Verminderung des Gläubigerschutzes durch Nichtanwendung der Norm wäre für das Ziel des Insolvenzverfahrens, die gleichmäßige und bestmögliche Befriedigung der Gläubiger, gerade abträglich. Auch § 57 AktG ist daher weiterhin anzuwenden.

Gegen die Anwendung des § 64 S. 1 GmbHG sprechen zunächst die bereits zum Regelverfahren vorgebrachten Argumente.¹²⁶⁶ Ansprüche gegen den Geschäftsleiter bieten des Weiteren ausreichend Schutz.¹²⁶⁷ Eine die Gläubigerinteressen gefährdende Haftungslücke entsteht nicht.¹²⁶⁸ Eine Geltung im Eigenverwaltungsverfahren widerspricht dem Ziel der Fortführung des Unternehmens im Interesse einer Sanierung.¹²⁶⁹ Auch eine Liquidation gemäß § 283 II InsO (nach erfolgloser Sanierung) wäre mit § 64 GmbHG nicht zu vereinbaren.¹²⁷⁰ Der Behauptung, die Massesicherungspflicht sei in der Eigenverwaltung wichtiger denn je und erfahre mit Insolvenzeröffnung eine Modifizierung von der Pflicht zur Erhaltung der Masse hin

¹²⁶³ Vgl. Fn. 211.

¹²⁶⁴ Vgl. Fn. 219.

¹²⁶⁵ Vgl. Fn. 233.

¹²⁶⁶ Vgl. § 7 C. II. 1. e) dd); BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 53; Michalski-*Nerlich*, GmbHG, § 64 Rn. 21; Gottwald/Haas/*Haas*, Insolvenzsrechts-Handbuch § 88 Rn. 68 ff.; *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 376.

¹²⁶⁷ Vgl. § 7 C. II. 2. f) cc); *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 376; aber Scholz GmbHG/*Bitter*, § 64 Rn. 54.

¹²⁶⁸ So aber *Klinck*, DB 2014, 938, 942.

¹²⁶⁹ Roth/*Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 64 Rn. 6.

¹²⁷⁰ *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 851 f.

zu der Pflicht, „eine möglichst effiziente, die Interessen der Gläubiger bestmöglich wahrende Verwaltung und Verteilung“¹²⁷¹ vorzunehmen,¹²⁷² ist entgegen zu halten, dass die Geschäftsleiter hierzu ohnehin verpflichtet sind. Einer Modifikation des § 64 S. 1 GmbHG bedarf es nicht. Die Anwendung der Norm ist folglich nicht zu legitimieren.¹²⁷³ Auch § 64 S. 3 GmbHG findet keine Anwendung mehr.¹²⁷⁴ Gleiches gilt für die aktienrechtlichen Pendanten.¹²⁷⁵ Die anderen behandelten vermögensbezogenen Pflichten behalten aufgrund einer von den Gesellschaftsgläubigern verschiedenen Schutzrichtung oder besonderer Rechtsfolgen ihre Bedeutung und damit auch ihre Geltung in der Eigenverwaltung.¹²⁷⁶

(3) Allgemeine Geschäftsleiterpflichten, § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG

Die allgemeine Sorgfaltspflicht erfährt zunächst in ihrer Ausprägung als Organisationspflicht Besonderheiten. Die Übertragung der wesentlichen Durchführung der Eigenverwaltung auf den eingesetzten Sachwalter oder einen sonstigen Dritten ist unzulässig.¹²⁷⁷ Insol-

¹²⁷¹ *Klinck*, DB 2014, 938, 942.

¹²⁷² *Klinck*, DB 2014, 938, 942.

¹²⁷³ Teleologische Reduktion, h.M. Roth/*Altmeyden/Altmeyden*, GmbHG, § 64 Rn. 6; Baumbach/*Hueck/Haas* GmbHG § 64 Rn. 87; BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 53; MüKo GmbHG/H.-F. Müller, § 64 Rn. 152; Michalski-*Nerlich*, GmbHG, § 64 Rn. 21; Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 64 Rn. 26; Uhlenbruck/*Zipperer* § 270 InsO Rn. 24; *Jacoby* in FS Vallender, 261, 276; *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 109 ff.; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 258 ff.; *Brinkmann*, DB 2012, 1369; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 851 f.; *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 376; *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2564; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100; a.A. Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270 Rn. 21; *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 194 ff.; *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2240; *Klinck*, DB 2014, 938, 942; vgl. *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 575 f.; ferner *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108.

¹²⁷⁴ Scholz GmbHG/K. Schmidt, 11. Aufl., § 64 Rn. 90; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 290 f.; a.A. Uhlenbruck/*Zipperer* § 270 InsO Rn. 24; *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 194 ff.

¹²⁷⁵ *Brinkmann*, DB 2012, 1369; vgl. *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 109 ff.; a.A. *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 194 ff.; a.A. für § 92 II 1 AktG, *Habersack/Foerster* in Großkomm AktG, § 92 Rn. 127.

¹²⁷⁶ Vgl. für § 43a GmbHG, Uhlenbruck/*Zipperer* § 270 InsO Rn. 23.

¹²⁷⁷ *Hammes*, NZI 2017, 233, 239 f.; ferner *Frind*, NZI 2014, 937, 941.

venzverfahrensspezifische Tätigkeiten und mit ihnen von der InsO geforderte Erklärungen von Seiten des Schuldners sowie die Berichterstattung, die Fortführung und Sanierung und sonstige Kernaufgaben, namentlich die ganze Verwaltung und Verwertung des Gesellschaftsvermögens, sind vom Schuldner höchstpersönlich zu erfüllen.¹²⁷⁸ Dies muss die Geschäftsleitung übernehmen. Vorbereitende sowie nachgeordnete Aufgaben sind gesellschaftsintern und -extern delegierbar.¹²⁷⁹ Die internen Berichtspflichten zur stärkeren Einbeziehung der Geschäftsleiter in sämtliche Aufgabenbereiche müssen das gleiche Ausmaß haben wie vor Verfahrenseröffnung bei materieller Insolvenz. In der Eigenverwaltung ist die Lage weiterhin zuge- spitzt. Der Vertrauensvorschuss, der gerade den Geschäftsleitern zu Teil wird, erfordert deren umfassende Beteiligung.

Die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft ist weiterhin zu überwa- chen. Dies gilt insbesondere, da eine sinnvolle Nutzung der Eigen- verwaltung nur im Falle eines rechtzeitigen Handelns mittels konti- nuierlicher Auswertung der erhobenen betriebswirtschaftlichen Da- ten möglich ist.¹²⁸⁰ Zur Vorbereitung der Eigenverwaltung, Erfüllung der Anforderung des § 270 II Nr. 3 InsO und ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben der Eigenverwaltung ist professioneller externer Sachverstand meist unerlässlich.¹²⁸¹ Neben der Beauftra- gung von Sanierungsberatern kommt die Einsetzung der Berater als organschaftliche Vertreter in Betracht.¹²⁸² Die Wahl des Beraters ist für den Erfolg der Eigenverwaltung von entscheidender Bedeu- tung.¹²⁸³

Wird der Geschäftsleiter für die Gesellschaft in ihrer Rolle als Ei- genverwalterin tätig, ist er dem Wohl der Gläubiger verpflichtet und

¹²⁷⁸ Hammes, NZI 2017, 233, 240; ferner Frege, NZI 2006, 545, 547.

¹²⁷⁹ Hammes, NZI 2017, 233, 240.

¹²⁸⁰ BeckOK-GmbHG/Mätzig, § 64 Rn. 5.

¹²⁸¹ Vgl. FK-InsO/Wimmer-Amend § 97 Rn. 34; Bierbach, in: Kübler, HRI, § 11 Rn. 83 ff.; König, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 14 f.; Frege, NZI 2006, 545, 547; Hammes, NZI 2017, 233, 237; schwächer Kessler, Die AG in der Eigenverwal- tung, S. 331; Hofmann, ZIP 2007, 260, 263 f.; Lau, DB 2014, 1417, 1419; zu den Gefahren, Hammes, NZI 2017, 233 ff., diese relativierend, Bierbach, in: Kübler, HRI, § 11 Rn. 85.

¹²⁸² Bierbach, in: Kübler, HRI, § 11 Rn. 84; König, Die Haftung bei der Eigenverwal- tung, S. 15; Hammes, NZI 2017, 233; Lau, DB 2014, 1417, 1419; vgl. Brinkmann, DB 2012, 1369.

¹²⁸³ Hammes, NZI 2017, 233, 234.

darf weder seinen eigenen Nutzen noch den Vorteil Einzelner verfolgen.

Die Geheimhaltungsinteressen verlieren mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an Bedeutung.¹²⁸⁴ Insbesondere in der Eigenverwaltung ist der Kommunikation nach außen über die gesetzlichen Auskunftspflichten hinaus (wie §§ 97 I 1, 101 I 1 InsO) eine besondere Bedeutung zuzusprechen.¹²⁸⁵

f) Folgerungen

aa) Stellung der Geschäftsleiter

Im Rahmen der Eigenverwaltung wird die Rechtsposition des Schuldners insolvenzrechtlich bestimmt und umgestaltet.¹²⁸⁶ Handelt es sich bei dem Schuldner um eine juristische Person, erfährt die Position des Geschäftsleiters eine qualitative Änderung.¹²⁸⁷ Mit der Anordnung der Eigenverwaltung geht eine Spaltung der Geschäftsleiterrolle einher. Während er im Gemeinschuldnerbereich und im konkursfreien Bereich *für den und als Schuldner* tätig wird, ersetzt er bei Ausübung der insolvenzrechtlichen Kompetenzen des Eigenverwalterbereichs weitestgehend *den Insolvenzverwalter*. Im Überschneidungsbereich ist anhand der Art der Tätigkeit zu unterscheiden. Der eigenverwaltende Geschäftsleiter absolviert eine Gratwanderung.¹²⁸⁸ Im Rahmen der Tätigkeit als Eigenverwalter schwinden die gesellschaftsrechtlichen Bindungen.¹²⁸⁹ Er und nicht die Schuldnergesellschaft wird zum Quasi-Verfahrensorgan,¹²⁹⁰ zum Organ der Gläubigergemeinschaft.¹²⁹¹ Die Anordnung der Eigenverwaltung gemäß § 270 I 1 InsO führt über die durch die Mitwirkungsrechte der Akteure der InsO begrenzte Wiedererlangung der Verwaltungs- und

¹²⁸⁴ Vgl. § 7 C. II. 1. e).

¹²⁸⁵ Vgl. § 8 C. I. 2. b).

¹²⁸⁶ Nur hinsichtlich des Verwaltungs- und Verfügungsrechts, *Schlegel*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 125.

¹²⁸⁷ *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 240.

¹²⁸⁸ Für die GmbH: *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 831; für die AG: *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 343, 346.

¹²⁸⁹ Für die GmbH: *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2264.

¹²⁹⁰ Zum Begriff: *Klöhn*, NZG 2013, 81, 83; a.A. *K. Schmidt*, BB 2011, 1603, 1607.

¹²⁹¹ So aber FK-InsO/*Foltis* § 270 Rn. 20.

Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse hinaus und überträgt ihm einen Großteil der im Regelverfahren dem Insolvenzverwalter zugeordneten Befugnisse. Der Handlungsspielraum erfährt folglich sowohl Erweiterungen als auch Einschränkungen.

bb) Anzuwendender Sorgfaltsmaßstab

Die Eigenverwaltung erfordert vom Schuldner besondere Sorgfalt.¹²⁹² Als Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsleiters kommt die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters¹²⁹³ respektive eines ordentlichen Kaufmanns¹²⁹⁴ oder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters bzw. Eigenverwalters¹²⁹⁵ in Betracht. Um der Zwitterstellung¹²⁹⁶ bzw. Doppelrolle¹²⁹⁷ des Geschäftsleiters in der Eigenverwaltung gerecht zu werden, ist eine Differenzierung anhand der jeweils vorzunehmenden Aufgabe durchzuführen. Wird der Geschäftsleiter in der Schuldnerrolle tätig, findet der gesellschaftsrechtliche Sorgfaltsmaßstab Anwendung. Agiert er als mittelbarer Eigenverwalter, der insolvenzrechtliche Sorgfaltsmaßstab gemäß §§ 270 I 2, 60 I 2 InsO. Dieser sollte als Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften (mittelbaren) Eigenverwalters bezeichnet werden, da ein Insolvenzverwalter nie im Rahmen der §§ 270 ff. InsO tätig wird. Die Anwendung des § 60 I 2 InsO über § 270 I 2 InsO trägt dem Rechnung. Die

¹²⁹² Ferner FK-InsO/*Foltis* § 270 Rn. 51.

¹²⁹³ Für die GmbH: *Splietdi* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 9.134; für den Schuldnerbereich, *Schlegel*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 201; für die AG: vgl. *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 330 ff.

¹²⁹⁴ Für die Betriebsfortführung, *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 128; *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 13.

¹²⁹⁵ Für die AG: *Jungmann*, NZI 2009, 80, 85; für GmbH und AG: Eigenverwalter, Gottwald/Haas/Haas, Insolvenzsrechts-Handbuch § 88 Rn. 78; *Hammes*, NZI 2017, 233, 235; Insolvenzverwalter, *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 277 f.; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 853; für die GmbH: für den Verdrängungsbereich, Insolvenzverwalter, *Schlegel*, Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 201.

¹²⁹⁶ Für den Schuldner: Bereits *Schlegel*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 129; *Klinck*, ZIP 2013, 853, 856; vgl. *Huhn*, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Rn. 579.

¹²⁹⁷ Für den Schuldner: *Häsemeyer* in FS Schilken, 693, 697.

gespaltene Rolle spiegelt sich folglich im zu beachtenden Sorgfaltsmaßstab wider.

cc) Anzuwendendes Haftungsregime

(1) Gesellschaftsrechtliches Modell

Verletzt der Geschäftsleiter seine Pflichten in der Eigenverwaltung, könnte eine Haftung gegenüber der Gesellschaft aus § 43 II GmbHG/§ 93 II 1 AktG folgen.¹²⁹⁸ Diese Haftung wird in der Literatur teilweise durch insolvenzspezifische Besonderheiten modifiziert.¹²⁹⁹ Nach einer Ansicht hat es bei der Anwendung dieses gesellschaftsrechtlichen Haftungsregimes sein bewenden (gesellschaftsrechtliches Modell)^{1300, 1301}. Die Haftung allein nach dem gesellschaftsrechtlichen Modell wird der bloß mittelbaren Eigenverwalterstellung des Geschäftsleiters gerecht. Er übernimmt die Aufgaben des Eigenverwalters nur, weil die Gesellschaft hierzu berechtigt und verpflichtet ist. Aufgrund dieser intern vermittelten Rechtsmacht ist eine Innenhaftung grundsätzlich dogmatisch stringent. Sie ist aber auch unter Berücksichtigung von möglichen Ansprüchen aus §§ 823 ff. BGB gegenüber der Gesellschaft¹³⁰² und aus §§ 241 II, 280 I, 311 III 2 BGB sowie §§ 823 ff. BGB, § 48 InsO

¹²⁹⁸ BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2126, 2128 Rz. 17, 30, 32; FK-InsO/*Foltis* § 270 Rn. 43; Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270 Rn. 20; *Hofmann*, ZIP 2007, 260, 262; *Madaus*, KTS 2015, 115, 124; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1099 f.; vgl. *Uhlenbruck/Zipperer* § 270 InsO Rn. 19, 21, 23; *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 143 ff.; für die GmbH: *Haas* in FS *Stürmer*, 749, 763 f.; *Schlegel*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 199; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 242 ff.; *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2263 f.; vgl. *Gulde*, Anordnung der Eigenverwaltung, S. 43; für die AG: *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 324 ff.; ferner *Jungmann*, NZI 2009, 80, 85.

¹²⁹⁹ *Uhlenbruck/Zipperer* § 270 InsO Rn. 23; vgl. *Brinkmann*, DB 2012, 1369; *Buchta/Ott*, ZInsO 2015, 288, 290 ff.; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 853; für die GmbH: *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 566; vgl. *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 106; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 853; *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2240.

¹³⁰⁰ *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 568.

¹³⁰¹ Insbesondere *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1097 ff.; ferner *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108.

¹³⁰² *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 333.

gegenüber den Gläubigern¹³⁰³ sowie einer etwaigen Inanspruchnahme des Sachwalters und des Gläubigerausschusses wegen Verletzung der Überwachungsaufgabe als nicht ausreichend und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger damit als mangelhaft anzusehen.¹³⁰⁴ So besteht im Vergleich zum Regelinsolvenzverfahren ein Haftungsdefizit.¹³⁰⁵

(2) Allgemeine zivilrechtliche Regeln

Die teilweise¹³⁰⁶ formulierte drittschützende Geschäftsführerhaftung gemäß § 280 I BGB kann dieses Defizit ebenso wie eine Ausfallhaftung für Masseverbindlichkeiten aus c.i.c. nicht sachgerecht füllen.¹³⁰⁷ Gleiches gilt für die in der Literatur¹³⁰⁸ vertretene Haftung gemäß § 43 II GmbHG/§ 93 II AktG i.V.m. den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter.

¹³⁰³ Vgl. Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270 Rn. 22; Uhlenbruck/*Zipperer* § 270 InsO Rn. 19 f., 25; *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 336 ff.; *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 131 ff.; *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 66 ff., 253 ff.; *Schlegel*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 199, 202; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 299 ff.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 570 f.; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 854 f.; ferner *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG, §§ 270, 270a InsO Rn. 25; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 442; *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2236; *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 631 ff.; *Madaus*, KTS 2015, 115, 124, 126; aber BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2126, 2128 Rz. 17, 31, 37; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 107; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1098 f.

¹³⁰⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2127 ff. Rz. 26, 30 ff., 36 f., 56, 62; *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 219 f.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 565 f., 569, 571; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 855; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100 f.; ferner *Flöther*, in: Kübler, HRI, § 18 Rn. 27.

¹³⁰⁵ *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 855.

¹³⁰⁶ *Jacoby* in FS Vallender, 261, 266 ff., 276 ff.; vgl. zu Letzterem, *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG, §§ 270, 270a InsO Rn. 25; *Brinkmann*, DB 2012, 1369, 1370.

¹³⁰⁷ Ebenso *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 251 ff.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 569 f.

¹³⁰⁸ *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 259 ff.

(3) Insolvenzrechtliches Modell

In Betracht kommt auch eine Einstandspflicht neben der Haftung der Gesellschaft¹³⁰⁹ gemäß §§ 60, 61 InsO analog¹³¹⁰ gegenüber einem weiteren Personenkreis zusätzlich zu den allgemeinen Haftungsnormen¹³¹¹ oder an deren Stelle¹³¹² (insolvenzrechtliches Modell)^{1313, 1314}. Mit dem SanInsFoG wird klargestellt, dass die Geschäftsleiter nach §§ 60 ff. InsO haften, vgl. § 276a II 1 InsO-RegE. Für eine Haftung der Geschäftsleiter nach insolvenzrechtlichen Maßstäben gemäß §§ 60, 61 InsO spricht insbesondere, dass sie mit den Rechten und Pflichten des Eigenverwalters gerade insolvenzrechtliche Befugnisse ausüben.¹³¹⁵ Faktisch machen die Geschäftsleiter weitgehend von den Befugnissen Gebrauch, die im eröffneten Regelverfahren vom

¹³⁰⁹ E.A. §§ 60, 61 (analog), FK-InsO/*Foltis* § 270 Rn. 43; MüKo InsO/*Kern*, § 270 Rn. 167; Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270 Rn. 18; *Jacoby* in FS Vallender, 261, 264 f.; *Gulde*, Anordnung der Eigenverwaltung, S. 37, 43; *Schlegel*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 172 ff.; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 440 f.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 568; *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1102 ff.; vgl. *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2244; a.A. bewusste Haftungslücke, Uhlenbruck/*Zipperer* § 270 InsO Rn. 17 f.; *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 73 ff.; *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 28 ff.; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 345 ff.; vgl. *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 1003 f.; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 102 ff.; gegen eine Haftungslücke: *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 291 ff.

¹³¹⁰ BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125 ff.; MüKo InsO/*Kern*, § 270 Rn. 173; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 571 f.; *Hill*, ZInsO 2010, 1825, 1828 f.; *Madaus*, KTS 2015, 115, 125; vgl. *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 254 ff.; *Marotzke*, KTS 2014, 113, 117 f.

¹³¹¹ *Ludwig/Rühle*, GWR 2018, 221.

¹³¹² *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 282 f.; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 104.

¹³¹³ *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 568.

¹³¹⁴ BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125 ff.; AG Duisburg, Beschl. v. 4.10.2005 - 60 IN 136/02 = ZIP 2005, 2335; MüKo InsO/*Kern*, § 270 Rn. 173; *Flöther*, in: Kübler, HRI, § 18 Rn. 26 ff.; *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 254 ff.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 571 f.; *Flöther*, ZIP 2012, 1833, 1842; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 856; vgl. *Hofmann*, NZI 2010, 798, 804 f.; *Marotzke*, KTS 2014, 113, 117 f.; für § 60 InsO, *Madaus*, KTS 2015, 115, 125; für § 61 InsO: Wohl auch *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2244.

¹³¹⁵ BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2126 f., 2131 Rz. 19, 27 f., 53; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 856; vgl. *Madaus*, KTS 2015, 115, 124.

Insolvenzverwalter wahrgenommen werden.¹³¹⁶ Die bei der Führung der Geschäfte vom Gesetzgeber vorgesehene Ausrichtung an den Gläubigerinteressen und die Zurückdrängung der gesellschaftsrechtlichen Überwachungsorgane gemäß § 276a InsO nähert die Stellung des Geschäftsleiters dem des Insolvenzverwalters weiter an.¹³¹⁷ In ihrer Rolle als Entscheidungsträger im Rahmen des Eigenverwaltungsverfahrens sollten sie auch insolvenzrechtlich haften („liability follows function“¹³¹⁸, „Gleichlauf von Herrschaft und Haftung“¹³¹⁹).¹³²⁰ Eine Haftung ist für die Disziplinierung der Geschäftsleiter unumgänglich.¹³²¹ Die §§ 60, 61 InsO sollen die Inanspruchnahme eines vom Schuldner personenverschiedenen, leistungsfähigen¹³²² sowie verantwortlichen¹³²³ Dritten ermöglichen. Diese Lösung gleicht mit der parallelen Verantwortlichkeit von Sachwalter und Geschäftsleitung die Haftung des Überwachers und die des

¹³¹⁶ BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2126, 2131 Rz. 19, 52, 56; *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 266.

¹³¹⁷ BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2126, 2131 Rz. 20, 53; vgl. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 42; *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 232 ff.; *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2236; ferner *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1104; aber *Ströhm/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 275 ff.; *Zipperer*, ZIP 2012, 1492, 1493 f.; dagegen wiederum RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 42; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 143, 145 f.; *Klöhn*, DB 2013, 41; *ders.*, NZG 2013, 81, 86.

¹³¹⁸ *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2236.

¹³¹⁹ *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 256.

¹³²⁰ BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2127, 2131 Rz. 27, 52, 56; *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 244, 256 ff.; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 856; für die GmbH: *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 572.

¹³²¹ BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2132 Rz. 59 f.; *Flöther*, in: Kübler, HRI, § 18 Rn. 28; vgl. *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 260; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1102; ferner *Skauradzsun/Spahlinger*, DB 2015, 2559.

¹³²² BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2129 Rz. 35; vgl. *Flöther*, in: Kübler, HRI, § 18 Rn. 28; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 104; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1104.

¹³²³ *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 260; Handelndenhaftung, *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 572.

Überwachten sinnvollerweise an.¹³²⁴ Das insolvenzrechtliche Modell berücksichtigt die bloß mittelbare Eigenverwalterstellung des Geschäftsleiters auf den ersten Blick aber nicht.¹³²⁵ Jedoch verlässt der Geschäftsleiter mit der Wahrnehmung der Aufgaben des Eigenverwalters teilweise den gesellschaftsinternen Bereich, da er von der Kontrolle der Überwachungsorgane der Gesellschaft befreit wird, § 276a InsO. Trotz Zweifeln am Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke¹³²⁶ haften Geschäftsführung/Vorstand den Beteiligten für die Missachtung insolvenzrechtlicher Pflichten daher gemäß §§ 60, 61 InsO analog.¹³²⁷ Die Business Judgement Rule findet auf diese Haftung Anwendung.¹³²⁸ Freizeichnungsklauseln inklusive summenmäßigen Haftungsbeschränkungen in den Anstellungsverträgen sind, um den effektiven Gläubigerschutz nicht einzubüßen, unwirksam.¹³²⁹ Je nach Zuordnung der verletzten Pflicht zum reinen Schuldner- oder zum Eigenverwalterbereich darf nur das gesellschaftsrechtliche oder muss (zusätzlich) das insolvenzrechtliche Haftungsregime angewandt werden. Die gespaltene Rolle zeigt sich daher auch in der Haftung.

dd) Interessenausrichtung des Geschäftsleiterhandelns

Die gespaltene Rolle der Geschäftsleiter spiegelt sich ebenfalls in der Interessenausrichtung des Geschäftsleiterhandelns wider. Wird der Geschäftsleiter als reiner Schuldner im Schuldner- oder Überschnei-

¹³²⁴ BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2129 Rz. 25; *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 258 f.; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 105.

¹³²⁵ Ferner *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 334; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1102, 1106.

¹³²⁶ *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 340 ff.; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1104; vgl. *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 439.

¹³²⁷ BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2130 Rz. 47; vgl. *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 148 ff.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 572 f.

¹³²⁸ *Str.*, *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2238; dafür: *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204 ff.; *dies./Nicht*, NZI 2010, 321 ff.; vgl. *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 106; *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 279; dagegen: *Jungmann*, NZI 2009, 80 ff.; einen Rückgriff für nicht erforderlich haltend, MüKo InsO/*Schoppmeyer*, § 60 Rn. 90a.

¹³²⁹ *Uhlenbruck/Zipperer* § 270 InsO Rn. 26.

dungsbereich tätig, gleicht die Interessenausrichtung der des Regelverfahrens. Im Falle einer Sanierung muss er sein Handeln am durch § 1 S. 1 InsO begrenzten Gesellschaftsinteresse ausrichten.¹³³⁰ In der Rolle als mittelbare Eigenverwalter ist er den Interessen der Gläubiger verpflichtet (Wahrer der Gläubigerinteressen)¹³³¹.¹³³² Aus der Legalitätspflicht folgt die umfassende Pflicht zum Gläubigerschutz.¹³³³ Interessen des Schuldners sind zurückzustellen.¹³³⁴ Faktisch sind Konflikte aber möglich.¹³³⁵ Die Kommission für Insolvenzrecht prophezeite Pflichten- und Interessenkollisionen bei der Tätigkeit als Eigenverwalter.¹³³⁶ Tatsächlich werden die Geschäftsleiter das Gesellschaftsinteresse bei den als Eigenverwalter zu treffenden Entscheidungen meist zumindest mitberücksichtigen. Die das Gesellschaftsinteresse mittelnden Personen haben redlicherweise den Bestand des Unternehmens¹³³⁷ und damit eine Sanierung zum Ziel.

¹³³⁰ Vgl. *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 193; a.A. das unveränderte Gesellschaftsinteresse, *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 215 ff.; vgl. *Gutsche*, Die Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, Rn. 311; die in dieser Arbeit vertretene Auffassung macht die von *Kessler* vorgenommene Erklärung der §§ 97, 101 InsO zum Ausnahmefall entbehrlich; a.A. Zweck des Insolvenzverfahrens (als Gesellschaftsinteresse), *Klöhn*, ZGR 2008, 110, 155 f.

¹³³¹ *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, S. 225; vgl. *Haas* in FS Stürmer, 749, 761; für den Schuldner: *Henkel*, ZIP 2015, 562, 563.

¹³³² *Uhlenbruck/Zipperer* § 270 InsO Rn. 23; *Haas* in FS Stürmer, 749, 760; vgl. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 42; BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2126 Rz. 20; *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270 InsO Rn. 59; *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 44; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 106; *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2235; *Klöhn*, DB 2013, 41; für die AG: *Jungmann*, NZI 2009, 80, 85; *Zipperer*, ZIP 2012, 1492, 1494; vgl. *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 289 ff.; für den Schuldner: HK-InsO/*Brinkmans* § 270 Rn. 31; FK-InsO/*Foltis* § 270 Rn. 20, 22, 35; *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 45; *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 28 f.; *Hammes*, NZI 2017, 233, 236; *Henkel*, ZIP 2015, 562, 563; *Prütting/Huhn*, ZIP 2002, 777, 779 f.; *Vallender*, WM 1998, 2129, 2135; vgl. *Brinkmann*, DB 2012, 1369; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 853; schwächer *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2237; *Buchta/Ott*, ZInsO 2015, 288, 290.

¹³³³ *Uhlenbruck/Zipperer* § 270 InsO Rn. 23.

¹³³⁴ Vgl. FK-InsO/*Foltis* § 270 Rn. 22; *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 29; *Henkel*, ZIP 2015, 562, 563.

¹³³⁵ Für die AG: vgl. *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 294.

¹³³⁶ *BMJ*, Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Begründung zum Leitsatz I.3.1.1., S. 125 f.

¹³³⁷ Als kleinster gemeinsamer Nenner, an welchem grundsätzlich alle redlichen Beteiligten ein (zumindest mittelbares) Interesse haben; für die AG: vgl. Hüfner/*Koch/Koch* AktG § 76 Rn. 34; ferner OLG Hamm, Urt. v. 10.5.1995 - 8 U 59/94 =

Die Gläubigerinteressen liegen in deren gleichmäßigen und bestmöglichen Befriedigung, § 1 S. 1 InsO. Hierunter wird verbreitet im Sinne einer reinen Zeitpunkt Betrachtung eine weitestgehende Befriedigung ihrer Forderungen, ¹³³⁸ wohl die höchstmögliche Insolvenzquote, verstanden. ¹³³⁹ *Buchalik* ¹³⁴⁰ wendet hingegen überzeugend eine Zeitrumbetrachtung an mit dem Ergebnis, dass viele Gläubiger von der Fortführung des Unternehmens(trägers) in größerem Maße profitieren und an dieser ein größeres Interesse haben als an einer um ein paar Prozent erhöhten, einmaligen Quote. Die Arbeitnehmer bevorzugen ebenso wie die Bundesagentur für Arbeit und die Sozialversicherungsträger (sowie die Politik) einen Arbeitsplatzverlust, der Fiskus den Erhalt des Steuerpflichtigen, Dienstleister und Lieferanten die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung und Banken die Fortführung der Geschäftsbeziehung und die Werthaltigkeit etwaiger Forderungen gegen die Arbeitnehmer. ¹³⁴¹ Dieses Interesse äußert sich auch in der Gewährung finanzieller Zugeständnisse wie Stundungen, Ratenzahlungen und Forderungsverzichte. ¹³⁴² Zwischen dem Ziel der Gläubiger und dem Ziel der das Gesellschaftsinteresse mittelnden Personen kann folglich ein Gleichlauf bestehen. ¹³⁴³ Während die Sanierung mittels Eigenverwaltung den Gesellschaftern/Aktionären häufig die letzte Chance bietet, das Unternehmen und mit diesem die von ihnen getätigte Investition zu retten, ¹³⁴⁴ ist die Sanierung häufig gerade die Voraussetzung und das Mittel zur bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger. ¹³⁴⁵ Die Problematik der

ZIP 1995, 1263, 1268; *Kort* in *Großkomm AktG*, § 76 Rn. 53; *MüKo AktG/Spindler*, § 76 Rn. 73; *Hölters/Weber AktG* § 76 Rn. 19; *Hüffer* in *FS Raiser*, 163, 168; *Henze*, *BB* 2000, 209, 212, 216; a.A. *Semler*, *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*, S. 30; für die GmbH: vgl. *Meyer-Löwy/Pickerill*, *GmbHR* 2013, 1065; ferner *Ziemons* in *Oppenländer/Tröllitzsch*, *GmbH-Geschäftsführung*, § 22 Rn. 10; *Leinekugel/Skauradszun*, *GmbHR* 2011, 1121.

¹³³⁸ *Braun/Ludwig InsO* § 1 Rn. 2; *Uhlenbruck/Pape* § 1 *InsO* Rn. 2; *Bremen*, *NZI* 2014, 137, 138; vgl. *Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO* § 1 Rn. 4.

¹³³⁹ Vgl. *Buchalik*, *ZInsO* 2015, 484, 486.

¹³⁴⁰ *Buchalik*, *ZInsO* 2015, 484, 486 f.

¹³⁴¹ *Buchalik*, *ZInsO* 2015, 484, 486 f.

¹³⁴² *Buchalik*, *ZInsO* 2015, 484, 487.

¹³⁴³ Stärker, für eine praktische Übereinstimmung, für die AG: *Kessler*, *Die AG in der Eigenverwaltung*, S. 294; für GmbH und AG: vgl. *Kautzsch*, *Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren*, S. 142; *Buchalik*, *ZInsO* 2015, 484, 487; *Prütting/Huhn*, *ZIP* 2002, 777, 781; ferner *Westrick*, *NZI* 2003, 65, 69.

¹³⁴⁴ Für die AG: vgl. *Kessler*, *Die AG in der Eigenverwaltung*, S. 294.

¹³⁴⁵ *Buchalik*, *ZInsO* 2015, 484, 486 f.

Position des Dieners zweier Herren¹³⁴⁶ – der Gläubiger in der Eigenverwalterrolle und der das Gesellschaftsinteresse vermittelnden Personen in der reinen Schuldnerrolle – hält sich folglich in Grenzen.

ee) Geschäftsleiterpflichten

Mit der Übernahme der Rolle des Eigenverwalters treffen den Schuldner und seine Geschäftsleiter gesellschaftsrechtliche und insolvenzrechtliche Pflichten. Die insolvenzrechtlichen Pflichten können in reine Schuldner- und Eigenverwalterpflichten unterteilt werden.

III. Insolvenzplanverfahren

1. Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten

Bei der Planaufstellung durch den Verwalter wirkt unter anderem auch der Schuldner gemäß § 218 III InsO beratend mit. Die Möglichkeit der Stellungnahme zu dem vom Insolvenzverwalter vorgelegten Plan (§ 232 I Nr. 2 InsO) muss, um die Interessen der Gesellschaft zu wahren, in Anspruch genommen werden.¹³⁴⁷ Dem Geschäftsführer obliegt bei Vorlage eines Insolvenzplans durch den Insolvenzverwalter auch im Falle von Vorgaben der Gläubigerversammlung die Prüfung des Plans und der Vorgaben.¹³⁴⁸ Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten treffen die Geschäftsleiter bei der Planerfüllung gegenüber dem Insolvenzverwalter über §§ 261 I 3, 22 III InsO.

2. Pflicht zur Erfüllung des Insolvenzplans

Sobald die Bestätigung des Insolvenzplans rechtskräftig ist und der Insolvenzplan nicht etwas Anderes vorsieht, beschließt das Insolvenzgericht die Aufhebung des Insolvenzverfahrens, § 258 I InsO. Der Schuldner erlangt seine verlorene Rechtsmacht gemäß

¹³⁴⁶ So *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2337.

¹³⁴⁷ *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 830; vgl. *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 965.

¹³⁴⁸ *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 390, 399.

§ 259 I 2 InsO (eventuell) durch §§ 260, 263 InsO eingeschränkt und seine Gesellschaftsorgane ihre Kompetenzen zurück. Die Erfüllung des Insolvenzplans obliegt dem Schuldner. Gesellschaftsintern ist grundsätzlich die Geschäftsleitung für die Erfüllung des Insolvenzplans zuständig. Sie muss sich im Falle eines bedingten Insolvenzplans gemäß § 249 InsO um die Erbringung der vorgesehenen Leistungen durch die Gesellschafter kümmern.¹³⁴⁹ Bei der Planerfüllung sehen sich der Schuldner und mit ihm seine Geschäftsleiter der Kontrolle des Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses (§§ 260, 261 I InsO) sowie der Aufsicht des Insolvenzgerichts (§ 261 I 2 InsO) ausgesetzt.

In diesem Zusammenhang wird die Frage aufgeworfen, ob die Geschäftsleiter in der Eigenverwaltung bei inhaltlicher Uneinigkeit mit den Gesellschaftern den in Arbeit befindenden oder bereits vorgelegten Insolvenzplan (in Form eines originären Schuldnerplans) unterlaufen dürfen.¹³⁵⁰ Dies könne mittels Verwaltungs- oder Verwertungsmaßnahmen geschehen, wie beispielsweise dem Verkauf von – für die Durchführung des Plans essentiellen – Gegenständen.¹³⁵¹

Während die Rechte zur Erarbeitung und Vorlage eines originären Schuldnerplans dem Gemeinschuldnerbereich angehören und damit den innergesellschaftlichen Bindungen unterliegen,¹³⁵² fällt die konkrete Verwaltungs- bzw. Verwertungsmaßnahme als Teil der Insolvenzverwaltung in den durch § 276a S. 1 InsO entkoppelten Eigenverwalterbereich.

Für sich noch in der Erarbeitung befindende Insolvenzpläne existiert ein Schutz nur über die Herbeiführung eines der unverzüglichen Verwertung entgegenstehenden Beschlusses der Gläubigerversammlung, vgl. §§ 75, 159 InsO. Dieser Weg ist den Gesellschaftern mangels unmittelbarer oder mittelbarer Antragsbefugnis gemäß § 75 I InsO nicht zugänglich. Wurde der Insolvenzplan vorgelegt, kann gemäß § 233 S. 1 InsO die Aussetzung der Verwertung und Verteilung beantragt werden. Antragsberechtigt sind regulär der Schuldner und der Insolvenzverwalter. In der Eigenverwaltung verfügen die Gesellschaft in ihrer Rolle als Schuldnerin (originäres

¹³⁴⁹ Für die GmbH: *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 390, 399.

¹³⁵⁰ Karsten Schmidt/*Spliedt* InsO § 218 Rn. 6.

¹³⁵¹ Vgl. Karsten Schmidt/*Spliedt* InsO § 218 Rn. 6.

¹³⁵² HK-InsO/*Haas* § 218 Rn. 7 f.

Planvorlagerecht) und in ihrer Rolle als Eigenverwalterin (originäres und derivatives Planvorlagerecht) und der Sachwalter (derivatives Planvorlagerecht), sofern es sich bei ihm um den Vorlegenden handelt,¹³⁵³ über eine Antragsbefugnis nach § 233 S. 1 InsO (analog). Die Gesellschafter können im skizzierten Fall über ihre gesellschaftsinternen Einwirkungsmöglichkeiten die Nutzung des, dem Gemeinschuldnerbereich angehörenden, schuldnerischen Antragsrechts initiieren. Die GmbH-Gesellschafter können Weisungen erteilen. Aufgrund der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands ist den Aktionären dieser Weg aber verwehrt. Die Entscheidungsfreiheit der für die Gesellschaft als mittelbare Eigenverwalter agierenden Geschäftsleiter wird folglich grundsätzlich im gleichen Maße geschützt wie der Schutz der Freiheit eines Fremdverwalters.¹³⁵⁴

3. (Folgen-)Verantwortung für den vorgelegten Insolvenzplan

Die Zuständigkeit des Geschäftsleiters für den Insolvenzplan endet nicht mit dessen Vorlage. Erfolgte die Vorlage des Insolvenzplans vor dem Eröffnungsbeschluss, sollte zur Beschleunigung des Verfahrens die Verbindung von Berichts-, Prüfungs- sowie Erörterungs- und Abstimmungstermin gemäß §§ 29 II, 236 InsO beantragt werden.¹³⁵⁵ Während des weiteren Verlaufs des Insolvenzplanverfahrens kann der Geschäftsleiter einer Zurückweisung durch das Insolvenzgericht mit einer sofortigen Beschwerde begegnen (§ 231 III InsO), die Aussetzung der Verwertung und Verteilung nach § 233 S. 1 InsO und die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung des (Betriebs-)Grundstücks gemäß § 30d II ZVG beantragen. Dem Schuldner steht gegen den Beschluss, durch den ein Insolvenzplan bestätigt oder durch den die Bestätigung versagt wird, gemäß § 253 I InsO die sofortige Beschwerde zu. In der Eigenverwaltung kann der Schuldner gemäß §§ 270 I 2, 253 IV S. 1 InsO einen Antrag auf Zurückweisung einer Beschwerde stellen.¹³⁵⁶ Nach Aufhebung des Verfahrens kann der Schuldner nach § 259a InsO Vollstreckungsschutz beantragen, wenn die von Insolvenzgläubigern, welche ihre Forderungen bis

¹³⁵³ Nerlich/Römermann/*Ober* InsO § 233 Rn. 5; Uhlenbruck/*Streit* § 233 InsO Rn. 8.

¹³⁵⁴ Vgl. Karsten Schmidt/*Spliedt* InsO § 218 Rn. 6.

¹³⁵⁵ Vgl. *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 103.

¹³⁵⁶ Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270 Rn. 18.

zum Abstimmungstermin nicht angemeldet haben, betriebenen Zwangsvollstreckungen die Durchführung des Insolvenzplans gefährden. Handelt es sich bei dem vom Schuldner oder vom Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter vorgelegten Insolvenzplan um die *erfolgsversprechendste Möglichkeit*,¹³⁵⁷ hat der Geschäftsleiter von diesen Rechten und Möglichkeiten für die Gesellschaft bei Bedarf Gebrauch zu machen.

4. Folgepflicht gegenüber dem Insolvenzverwalter?

Zunächst ist zu ermitteln, worauf ein Weisungsrecht des Insolvenzverwalters gegenüber der Geschäftsleitung und eine damit einhergehende Folgepflicht der Geschäftsleiter beruhen könnten. Der Anstellungsvertrag scheidet als Grundlage aus. Zwar übernimmt der Insolvenzverwalter die Arbeitgeberfunktion,¹³⁵⁸ bei den Anstellungsverträgen der Geschäftsleiter handelt es sich aber gerade nicht um Arbeitsverträge, die dem „Arbeitgeber“ ein Weisungsrecht gewähren. Die Arbeitgeberrolle wird außerhalb der Insolvenz gerade von der Geschäftsleitung selbst wahrgenommen. Die Rolle des Insolvenzverwalters als Arbeitgeber und Unternehmer kann ein Weisungsrecht nicht rechtfertigen.¹³⁵⁹ Ein Übergang des Weisungsrechts der Gesellschafterversammlung aus § 37 GmbHG auf den Insolvenzverwalter findet nicht statt. Zwar verliert auch die Gesellschafterversammlung Kompetenzen an den Insolvenzverwalter; ihre Organstellung und das dieser immanente Weisungsrecht bleiben aber – inhaltlich auf den reinen Schuldner- und den Überschneidungsbereich begrenzt – erhalten. Die Befugnisse des Insolvenzverwalters folgen aus der InsO. Mitwirkungspflichten der Geschäftsleitung sind in § 97 InsO normiert. Der Insolvenzverwalter kann auf dieser Grundlage Auskunft, Mitwirkung und Bereitschaft fordern. In den Schuldnerbereich an sich darf er gerade nicht einwirken. Im Überschneidungsbereich ist eine Zusammenarbeit vorgesehen, ohne dass eine dominierende Stellung des Insolvenzverwalters anzunehmen ist, die eine allgemei-

¹³⁵⁷ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt.

¹³⁵⁸ BAG, Urt. v. 21.9.2006 - 2 AZR 573/05 = NJW 2007, 458, 459; MüKo InsO/Vuia, § 80 Rn. 120 ff.; Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO § 1 Rn. 14.

¹³⁵⁹ A.A. Steffan in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 38 Rn. 92.

ne Folgepflicht des Geschäftsleiters rechtfertigen könnte. Alleinige Zweckmäßigkeitserwägungen wie die Notwendigkeit einer einvernehmlichen Zusammenarbeit bei der Sanierung können ein Weisungsrecht (im Einzelfall) und insbesondere eine Differenzierung zwischen der Fortführung des Unternehmens (durch Insolvenzplan), die für die Annahme eines Weisungsrechts erforderlich sein soll, und dessen Stilllegung, welche hiernach ein Weisungsrecht auszuschließen vermag, nicht rechtfertigen.¹³⁶⁰ Ein über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehendes Weisungsrecht ist folglich nicht zu begründen.

5. Gesellschaftsrechtliche Pflichten

a) Erarbeitung und Vorlage eines Insolvenzplans

aa) Schuldnerplan

Bei der Intention der Geschäftsleiter, einen Schuldnerplan zu erarbeiten und vorzulegen, handelt es sich um eine grundsätzliche Frage der Unternehmensplanung i.S.d. § 90 I 1 Nr. 1 AktG. Der Vorstand muss dem Aufsichtsrat daher über diese berichten. Gleiches gilt für den Geschäftsführer einer in den Anwendungsbereich des Montan-MitbestG fallenden GmbH.

Die Erarbeitung des Schuldnerplans ist, um eine effektive Überwachung durch den Aufsichtsrat zu gewährleisten, mit Hilfe einer exzessiven Auslegung unter § 90 I 1 Nr. 4 InsO zu subsumieren und begründet damit ebenfalls eine Berichtspflicht. Die Geschäftsführer der nicht dem MontanMitbestG unterfallenden GmbHs müssen dem Aufsichtsrat über die Planaufstellung aufgrund der Pflicht zur außerordentlichen Berichterstattung, die unter anderem bei Maßnahmen von wesentlicher Bedeutung greift, berichten. Das Planinitiativrecht ist Teil des Kernbereichs der Leitungsaufgaben und deshalb vom Gesamtgremium wahrzunehmen.¹³⁶¹ Die Vorbereitung einer Sanie-

¹³⁶⁰ A.A., für ein begrenztes Weisungsrecht, *Steffan* in *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 38 Rn. 92; *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 390, 398.

¹³⁶¹ HK-InsO/*Haas* § 218 Rn. 7; für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 162.

rung mittels Schuldnerplans ist regelmäßig nur mit Unterstützung durch fachlich spezialisierte Berater möglich.¹³⁶²

Die Vorlage des Schuldnerplans beim Insolvenzgericht stellt ein Geschäft dar, das für die Rentabilität oder die Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung ist, § 90 I 1 Nr. 4 AktG. Der Vorstand muss dem Aufsichtsrat daher über diese berichten. Gleiches gilt für den Geschäftsführer einer in den Anwendungsbereich des MontanMitbestG fallenden GmbH. Die Planvorlage ist eine Maßnahme von wesentlicher Bedeutung. Als solche begründet sie in den übrigen GmbHs eine außerordentliche Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat. Die Auskunfts- und Einsichtsverweigerungsmöglichkeiten gegenüber den Gesellschaftern/Aktionären sowie gegenüber Aufsichtsrat und Aufsichtsratsvorsitzendem gelten fort.

bb) Eigenverwalterplan

Wurde der Plan von der Gesellschaft in ihrer Rolle als Eigenverwalterin originär bzw. derivativ aufgestellt, treffen den mittelbaren Eigenverwalter aufgrund des § 276a S. 1 InsO keine gesellschaftsrechtlichen Einberufungs- und Informationspflichten. Auskunfts- und Einsichtsbegehren können mit § 276a InsO verweigert werden.

cc) Fremdverwalterplan

Aufstellung und Vorlage eines Insolvenzplans durch den Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter verpflichten den Vorstand und die Geschäftsführer einer in den Anwendungsbereich des MontanMitbestG fallenden GmbH bei Erkennbarkeit zur Erstattung eines Sonderberichts gemäß § 90 I 3 AktG und begründen in den übrigen GmbHs eine außerordentliche Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat.

¹³⁶² *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 24; *Frege*, NZI 2006, 545, 547; *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009, 2014, 2017; vgl. *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 589; für die Eigenverwaltung: *Uhlenbruck/Lüer/Streit* § 218 InsO Rn. 49; zur Insolvenzanfechtung, BGH, Urt. v. 6.12.2007 - IX ZR 113/06 = NJW 2008, 659 ff.; *Uhlenbruck/Lüer/Streit* § 218 InsO Rn. 46.

dd) Planinhalt

Ob gesellschaftsrechtliche Maßnahmen im Insolvenzplan gesellschaftsrechtlichen Maßstäben in materieller Hinsicht genügen müssen, ist umstritten. Während § 225a InsO nach einer Ansicht jegliche Eingriffe in Rechte von Gesellschaftern, die auch Inhalt von Änderungen des Gesellschaftsvertrags bzw. Satzungsänderungen sein können, zulässt,¹³⁶³ sprechen Wortlaut und mangelnde Erforderlichkeit einer solchen Auslegung dagegen.¹³⁶⁴ Teilweise wird der gesellschaftsrechtliche Typenzwang für die Grenze gehalten¹³⁶⁵ und bzw. oder sich für die Beschränkung durch das zwingende Gesellschaftsrecht und eine Überlagerung durch die spezialgesetzlichen Vorschriften der InsO ausgesprochen¹³⁶⁶.

b) Insolvenzplanverfahren

Die gerichtliche Bestätigung bzw. Versagung der Bestätigung des Insolvenzplans löst unabhängig von seiner Herkunft bei GmbH und AG außerordentliche Berichtspflichten (gemäß § 90 I 3 AktG) gegenüber dem Aufsichtsrat aus. Im Insolvenzplanverfahren ersetzt die Gläubigerversammlung die Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung in ihrer Rolle als Entscheidungsträger.¹³⁶⁷ Da die Gesellschafter auch über außergewöhnliche gesellschaftsrechtliche Maßnahmen, die im Insolvenzplan vorgesehen sind, innergesellschaftlich nicht gesondert entscheiden müssen (§ 254a II InsO),¹³⁶⁸ können diese keine Einberufungspflichten gemäß § 49 II Hs. 2 GmbHG/§ 121 I Var. 1 AktG begründen.

¹³⁶³ *Madaus*, ZIP 2014, 500, 503.

¹³⁶⁴ *Meyer*, DB 2015, 538, 540.

¹³⁶⁵ *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 232 f.; *Haas*, NZG 2012, 961, 965; *Meyer*, ZInsO 2013, 2361, 2363; vgl. *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103, 106.

¹³⁶⁶ *Eidenmüller*, NJW 2014, 17 f.; *Haas*, NZG 2012, 961, 965; *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353, 357 f.; zum Ausschluss des Bezugsrechts: Str., Erfordernis einer materiellen Rechtsfertigung, *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121, 126; a.A. MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 225a Rn. 50; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 318 ff.; *Eidenmüller*, NJW 2014, 18.

¹³⁶⁷ *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 238; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 247.

¹³⁶⁸ Vgl. § 7 A. III.

Die Rolle des Schuldners im Insolvenzplanverfahren muss von der Geschäftsleitung ausgeübt werden. Vorbereitende sowie nachgeordnete Aufgaben sind gesellschaftsintern und -extern delegierbar. Die Zustimmung des Schuldners zum Insolvenzplan (§§ 247, 248 I InsO) muss vom Gesamtgremium erklärt werden. Für die Gesellschaft nimmt die Geschäftsleitung die Anhörungsrechte (§§ 248 II, 248a II InsO) und das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 253 I InsO) wahr. Die Teilnahme am Planverfahren wird meist nicht ohne die Unterstützung von Beratern zu bewältigen sein. Bereits aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlieren Geheimhaltungsinteressen an Bedeutung.¹³⁶⁹ Der Erfolg eines Insolvenzplanverfahrens erfordert die Mitwirkung der Beteiligten und damit auch ein gewisses Maß an Kommunikation.

6. Folgerungen

Die Organstellung der Geschäftsleiter bleibt auch im Insolvenzplanverfahren bestehen. Sie verfolgen bei einem Schuldnerplan das durch § 1 S. 1 InsO begrenzte Gesellschaftsinteresse. Bei einem Eigenverwalterplan sind die Gläubigerinteressen maßgeblich. Die Gesellschaft nimmt an der Abstimmung über den Insolvenzplan nicht teil. Als Schuldner wird aber die Zustimmung derselben zum Plan verlangt, §§ 247, 248 I InsO. Hierbei handeln allein die Geschäftsleiter in- und extern für die Gesellschaft und können das Gesellschaftsinteresse über die Erklärung (der Zustimmung oder) eines Widerspruchs verfolgen. Dem Geschäftsleiter wird das Recht gewährt, gegen einen vom Insolvenzverwalter eingereichten Insolvenzplan vorzugehen, falls dieser die schuldnerischen Interessen nicht oder nicht in einem ausreichenden Maß berücksichtigt.¹³⁷⁰ Die Durchsetzung des Gesellschaftsinteresses erfährt wiederum in § 247 II InsO eine insolvenzrechtliche Begrenzung. Außerdem kann der Geschäftsleiter für die Gesellschaft Anhörungsrechte (§§ 248 II, 248a II InsO) und das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 253 I InsO) wahrnehmen. Zu berücksichtigen ist, dass die Gesellschafter, wenn im Insolvenzplan in die Gesellschafterstellung gemäß § 225a II, III InsO eingegriffen wird, ihre eigennützigen Interessen in der Abstimmung über

¹³⁶⁹ Vgl. § 7 C. II. 1. e).

¹³⁷⁰ Für die GmbH: *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 831.

den Insolvenzplan (§ 238a InsO), in der Anhörung vor der gerichtlichen Bestätigung einer Planberichtigung (§ 248a II InsO) und mittels einer sofortigen Beschwerde (§§ 248a IV, 253 I InsO) selbst verfolgen können. Die Gesellschafter werden nicht nur als (nachrangige) *Gläubiger*, sondern als *Anteilshaber* Beteiligte des Verfahrens. Die Interessen der bisherigen Gesellschafter verselbstständigen sich folglich vom Gesellschaftsinteresse¹³⁷¹. Dies wirkt sich auch auf das Gesellschaftsinteresse aus. Jedenfalls eine vorrangige Berücksichtigung der Interessen der bisherigen Gesellschafter ist dann nicht mehr zulässig. Bei den Möglichkeiten, einen Insolvenzplan aufzustellen und vorzulegen, handelt es sich um Rechte der Gesellschaft. Wird von ihnen Gebrauch gemacht, folgen im Insolvenzplanverfahren weitere Pflichten für die Geschäftsleiter.

D. Dogmatische Einordnung

1. Gesetzliche Veränderung des Handlungsspielraums der Geschäftsleiter

Das Vorliegen von Insolvenzgründen führt durch das Hinzutreten von insolvenzrechtlichen Rechten und Pflichten zu einer gesetzlichen Veränderung des Handlungsspielraums des Geschäftsleiters. Der Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit erweitert mit dem Insolvenzantragsrecht des § 18 InsO und den mit diesem verbundenen Rechten zur Beantragung der Eigenverwaltung (§ 270 II Nr. 1 InsO) und zur Vorlage eines Insolvenzplans (§ 218 I 1 InsO) die Handlungsmöglichkeiten. Erst mit Eintritt der materiellen Insolvenz treten ausdrückliche gesetzliche Pflichten hinzu. Zahlungsunfähigkeit und bzw. oder Überschuldung gehen mit der Insolvenzantragspflicht aus § 15a I 1 InsO und dem Zahlungsverbot gemäß § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG einher. Der Geschäftsleiter ist ab materieller Insolvenz zur Verwaltung des Vermögens im Sinne der Gläubiger verpflichtet. Mit der Insolvenzantragstellung kann weiterhin die Eigenverwaltung beantragt und ein Insolvenzplan vorgelegt werden.

Die vorgestellten gesellschaftsrechtlichen Pflichten gelten sowohl bei drohender Zahlungsunfähigkeit als auch bei Zahlungsunfähigkeit

¹³⁷¹ Für die AG: vgl. *Casper*, EBLR (2015), 203, 207.

und bzw. oder Überschuldung fort. Der Eintritt von Insolvenzgründen kann zu Einberufungspflichten führen, löst Informationspflichten aus und lässt (in aller Regel) die Zahlungsverbote des § 30 GmbHG und § 64 S. 3 GmbHG/§ 92 II 3 AktG, die Erwerbs- und Inpfandnahmeverbote hinsichtlich eigener Aktien/Geschäftsanteile, Verbote von Kreditgewährungen an Führungskräfte und Aufsichtsratsmitglieder sowie allgemeine Geschäftsleiterpflichten greifen. Die Insolvenzantragspflicht des § 15a I 1 InsO belässt dem Geschäftsleiter bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Ausschöpfung der Drei-Wochen-Frist und § 64 S. 2 GmbHG bzw. § 92 II 2 AktG bei der Bestimmung der Zulässigkeit einer Zahlung Spielraum.

Die formelle Insolvenz ändert den Handlungsspielraum der Geschäftsleiter erheblich. Dominierend ist das Verfahrensziel der gleichmäßigen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung aus § 1 S. 1 InsO. Neben verfahrensübergreifenden Rechten und Pflichten bringt jede Verfahrensart eigene und unterschiedlich ausgestaltete Rechte und Pflichten mit sich. Im Regelverfahren sind die Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten prägend, da die Tätigkeit des Geschäftsleiters wegen § 80 I InsO weitestgehend auf eine Unterstützerrolle herabgestuft wird. Diese Pflichten treffen ihn in modifizierter Form auch im Rahmen der Eigenverwaltung und im Insolvenzplanverfahren. In der Eigenverwaltung sind die den Schuldner repräsentierenden Geschäftsleiter für die Verwaltung und Verwertung der Masse zuständig, vgl. § 270 I 1 InsO. Sie nehmen weitestgehend die Rolle des Insolvenzverwalters des Regelverfahrens ein und müssen die hinzutretenden insolvenzrechtlichen Aufgaben erfüllen. Der Insolvenzplan ermöglicht gemäß § 217 InsO Abweichungen von den gesetzlichen Regelungen. Der bestätigte Insolvenzplan ist vom Schuldner und grundsätzlich durch die Geschäftsleiter zu erfüllen. Bei den Pflichten im eröffneten Insolvenzverfahren handelt es sich weniger um Krisen- als um Verfahrenspflichten. Sie verfügen über einen klar abgesteckten Anwendungsbereich.

Die gesellschaftsrechtlichen Pflichten beschränken sich auf den Schuldner- und den Überschneidungsbereich. § 49 III GmbHG bzw. § 92 I AktG und § 64 S. 1 GmbHG bzw. § 92 II 1 AktG finden keine Anwendung mehr. Im Eigenverwalterbereich sind zusätzlich Einberufungs-, Informations- und vergleichbare Pflichten ausgeschlossen.

Aufstellung und Vorlage eines Insolvenzplans in Form eines Schuldnerplans lösen Einberufungs-, Berichts- und Informationspflichten aus, die Aufstellung und Vorlage durch den Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter Berichtspflichten. Verfahrensrechte der Gesellschaft als reine Schuldnerin müssen von den Geschäftsleitern unabhängig von der Verfahrensart in der Grenze des § 1 S. 1 InsO im Sinne der Gesellschaft ausgeübt werden. Wird eine Sanierung betrieben, trifft die Geschäftsleiter eine Mitarbeitspflicht.

2. Schutzrichtung der Pflichten

§ 15a I 1 InsO und § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG dienen den Gesellschaftsgläubigern. Die im Insolvenzverfahren hinzutretenden Pflichten sollen die Durchführung des Insolvenzverfahrens fördern bzw. ermöglichen. Die insolvenzrechtlichen Pflichten teilen sich folglich mit den Gesellschaftsgläubigern ihre unmittelbare oder mittelbare Schutzrichtung. Es ist nicht der Inhalt der Pflichten, ihre Kategorisierung als vermögensbezogene oder nicht unmittelbar vermögensbezogene Pflichten, der in diesen Stadien über ihre Schutzrichtung bestimmt.

3. Rechtsfolgen bei Pflichtverletzungen

Die Missachtung der Insolvenzantragspflicht zieht mit der primären Leistungspflicht aus § 26 IV InsO, mit Erstattungsansprüchen gemäß §§ 26 III 1, 207 I 2 Hs. 2 InsO, mit der Anwendung der Rechtsgedanken der §§ 50, 93 V 3 AktG und mit einer, einen Inhabilitätsgrund für die Bestellung als Geschäftsleiter begründen könnenden, Strafbarkeit aus § 15a IV, V InsO verschärfte Rechtsfolgen nach sich. Ein Verstoß gegen das Masseschmälerungsverbot aus § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG führt insbesondere zu einer über § 43 III, IV GmbHG verschärften Erstattungspflicht bzw. zu einer aus § 93 III Nr. 6 AktG folgenden verschärften Haftung. Kommt der Geschäftsleiter seinen ihm zum Schutz der Gläubiger übertragenen insolvenzrechtlichen Pflichten im Verfahren nicht ordnungsgemäß nach, ist eine Haftung über § 43 II GmbHG¹³⁷²/§ 93 II AktG,

¹³⁷² Für die GmbH: Schaden ist aus Sicht der Gläubigergesamtheit zu bestimmen, Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 121.

§ 64 S. 1 GmbHG analog/§ 92 II 1 AktG analog oder § 823 II BGB i.V.m. den jeweils als Schutzgesetze zu qualifizierenden Pflichten¹³⁷³ denkbar.¹³⁷⁴ In der Eigenverwaltung greifen §§ 60, 61 InsO analog. Bei Nichtbefolgung der Unterstützungspflichten drohen Zwangsmittel aus § 98 InsO. Zur Planerfüllung hält die Wiederauflebensklausel gemäß §§ 255 f. InsO an.

§ 8 Reaktionsmöglichkeiten auf das Vorliegen von Insolvenzgründen

Aufbauend auf dem Vorherigen werden die Reaktionsmöglichkeiten auf das Vorliegen von Insolvenzgründen in den einzelnen Stadien jeweils durch die Darstellung der Entscheidungskompetenz und der Durchführung der Sanierung dargelegt.

A. Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO

I. Entscheidungskompetenz

Die Sanierungsverantwortlichkeit der Geschäftsleiter besteht bei drohender Zahlungsunfähigkeit fort.¹³⁷⁵ Sie äußert sich insbesondere in der Pflicht, die drohende Insolvenz wieder abzuwenden.¹³⁷⁶ Gerät die Gesellschaft in den Zustand der drohenden Zahlungsunfähigkeit, bleibt die Wahlmöglichkeit der Gesellschafter zwischen der Vornahme einer Sanierung der Gesellschaft, der Abwicklung der Gesellschaft und der reinen Fortführung der Geschäfte intakt. Hinzu tritt das Insolvenzantragsrecht gemäß § 18 InsO. Eine Sanierung kann in diesem Zustand durch die (weitere) Vornahme von außergerichtlichen Sanierungsbemühungen oder nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens durch Ausübung des Insolvenzantragsrechts als Sanierung im Rahmen des insolvenzrechtlichen Regimes¹³⁷⁷ betrieben werden.

¹³⁷³ Für die GmbH: Für das Eröffnungsverfahren, *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 800, 855.

¹³⁷⁴ Für die GmbH: *Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 64 Rn. 120 f.*; für GmbH und AG: Zur Haftung in der Eigenverwaltung, vgl. § 7 C. II. 2. f) cc).

¹³⁷⁵ Für die GmbH: vgl. *MAH GmbH-Recht/Schluck-Amend § 23 Rn. 221*; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHHR 2001, 375, 376; ferner *Wälzholz* in: *Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch*, 174. Lieferung 10.2020, Rn. 4150.

¹³⁷⁶ Für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 156.

¹³⁷⁷ *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 62.

1. Verhältnis außergerichtliche Sanierung – Sanierung im Insolvenzverfahren

Fraglich ist, ob diese beiden Möglichkeiten ebenbürtig nebeneinanderstehen oder ob einer Alternative generell der Vorrang gegenüber der anderen einzuräumen ist. Zur Begründung eines (grundsätzlichen)¹³⁷⁸ Vorzugs der außergerichtlichen Sanierung¹³⁷⁹ werden zunächst die Nachteile eines Insolvenzverfahrens angeführt. Negativ sind die Folgen der Publizität der kritischen Lage der Gesellschaft, namentlich die Zurückhaltung der Geschäftspartner, Stärkung der Konkurrenz und der Verlust von Mitarbeitern, die Vernichtung oder Schmälerung von Vermögenswerten¹³⁸⁰ und die (Verfahrens-)Kosten¹³⁸¹ (Makel der Insolvenz¹³⁸²). Die außergerichtliche Sanierung kann frei von gerichtlichen Zwängen erfolgen und verfügt über die Möglichkeit eines Zeitgewinns und damit über einen Effizienz-

¹³⁷⁸ *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 189; *Oberle* in FS Wellensiek, 73, 74; *Seibt*, ZIP 2013, 1597, 1599.

¹³⁷⁹ *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 189; *Oberle* in FS Wellensiek, 73, 74; für die GmbH: *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 156; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 378.

¹³⁸⁰ Folgen der Antragstellung, *Frege*, NZI 2006, 545, 546.

¹³⁸¹ *Oberle* in FS Wellensiek, 73, 75; vgl. *Uhlenbruck* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.2; *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 62; *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1934; *Madaus*, NZI 2011, 622, 623; für die GmbH: *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 378; vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 156.

¹³⁸² *Leithaus* in Andres/Leithaus, InsO, § 18 Rn. 2; *Vallender*, NZI 2010, 838, 839; *Paulus*, ZGR 2005, 309, 310 f.; vgl. FK-InsO/*Jaffé* § 218 Rn. 17; *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 189; *Steffan* in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 129; *Oberle* in FS Wellensiek, 73, 75; *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 62; *Eidenmüller*, ZHR 175 (2011), 11, 18; *Hölzle*, KTS 2011, 291, 295 f.; *Madaus*, NZI 2011, 622, 623; *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353; ferner MAH GmbH-Recht/*Schluck-Amend* § 23 Rn. 222; *Uhlenbruck* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.2; *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197, 1201; *Jaffé*, ZHR 175 (2011), 38, 52 ff.; auch hinsichtlich der Eigenverwaltung, *Madaus*, KTS 2015, 115, 121 f.; Folgen bereits der Antragstellung: *Brinkmann* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 5.40; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 156; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 60, 64 ff., 69; *Frege*, NZI 2006, 545, 546; *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1934; *Reuter*, BB 2003, 1797, 1803; *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1202; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 378; *Uhlenbruck*, WiB 1996, 409, 413.

vorteil.¹³⁸³ Ein außergerichtlicher Vergleich bietet einen umfassenden Gestaltungsspielraum.¹³⁸⁴ Jedoch ist dessen Durchsetzbarkeit aufgrund der heterogenen Interessen der Beteiligten und des erheblichen Erpressungspotentials, insbesondere der Akkordstörer, erschwert.¹³⁸⁵ Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung gilt nur eingeschränkt.¹³⁸⁶ Die Attraktivität der Stellung eines freiwilligen Eröffnungsantrags wird für die Geschäftsleitung und die Gesellschafter aufgrund der nur bedingten Planbarkeit des Insolvenzverfahrens beschnitten.¹³⁸⁷ Dies liegt an dem drohenden totalen Kontrollverlust des Unternehmensmanagements,¹³⁸⁸ der gestärkten Gläubigerautonomie sowie dem vergrößerten Handlungsinstrumentarium der Gläubiger.¹³⁸⁹ Aus diesen Gründen wird behauptet, die Stellung eines freiwilligen Insolvenzantrags bilde die letzte Alternative.¹³⁹⁰ Nutze der Geschäftsleiter die Vorteile eines außergerichtlichen Vergleichs nicht, solle ihm eine Haftung aus § 43 II GmbHG/§ 93 II AktG drohen.¹³⁹¹ Die Sanierung im Insol-

¹³⁸³ Uhlenbruck in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.2; Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 59 ff.; vgl. Oberle in FS Wellensiek, 73, 75.

¹³⁸⁴ Für die GmbH: Schluck-Amend/Walker, GmbHR 2001, 375, 378; für GmbH und AG: vgl. Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 59, 61.

¹³⁸⁵ Uhlenbruck in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.1, 2.6; Haas in FS Stürmer, 749, 751; Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 59, 64, 67; Haas, NZG 2012, 961, 962; Liebig/Witt, DB 2011, 1929, 1930, 1934; Madaus, NZI 2011, 622, 623; vgl. MAH GmbH-Recht/Schluck-Amend § 23 Rn. 222; Mönning/Schäfer/Schiller, BB 2017, Beil. 1, 4; Uhlenbruck, BB 1998, 2009, 2011; ferner Oberle in FS Wellensiek, 73, 74; aber Schluck-Amend/Walker, GmbHR 2001, 375, 378; vgl. Wälzholz in: Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, 174. Lieferung 10.2020, Rn. 4157; Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 70; Liebig/Witt, DB 2011, 1929, 1934.

¹³⁸⁶ Uhlenbruck, BB 1998, 2009, 2011.

¹³⁸⁷ Brinkmann, in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 5.43, 5.54; Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 64; vgl. Madaus, NZI 2011, 622, 623.

¹³⁸⁸ Vgl. MüKo InsO/Drukarczyk, § 18 Rn. 3; MAH GmbH-Recht/Schluck-Amend § 23 Rn. 222; Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 64; Madaus, NZI 2011, 622, 623.

¹³⁸⁹ Brinkmann, in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 5.43, 5.54; Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 64; vgl. MüKo InsO/Drukarczyk, § 18 Rn. 3; Madaus, NZI 2011, 622, 623.

¹³⁹⁰ Pape in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 18 InsO Rn. 2; Madaus, NZI 2011, 622, 623; vgl. Braun/Bußhardt InsO § 18 Rn. 3; Nerlich/Römermann/Mönning InsO § 18 Rn. 22.

¹³⁹¹ Für die GmbH: Schluck-Amend/Walker, GmbHR 2001, 375, 378.

venzverfahren verfügt aber mit einem Arsenal an Mitteln, die in den Dienst einer Sanierung gestellt werden können, über ihre Vorzüge.¹³⁹² Die Transparenz und die nachvollziehbare Struktur des Insolvenzverfahrens vermeiden Gestaltungs- und Verschleierungspotential bei Informationsmitteilungen an die Gläubiger, verringern das Blockadepotential Einzelner und erschweren die Verschaffung von Vorteilen durch Einzelne.¹³⁹³ Dies kann die Sanierungsbereitschaft erhöhen.¹³⁹⁴ Im Falle einer außergerichtlichen Sanierung müssen die Gesellschaftsgläubiger auf die Integrität der von den Geschäftsleitern im Namen der Gesellschaft übermittelten Informationen vertrauen.¹³⁹⁵ Durch die Einbeziehung aller Gläubiger kann im Rahmen des Insolvenzverfahrens insgesamt ein höherer Sanierungsbeitrag erreicht werden.¹³⁹⁶ Mit der Sanierung im Insolvenzverfahren geht eine geringere Haftungsgefahr für Investoren einher.¹³⁹⁷

Die außergerichtliche Sanierung muss bereits deshalb vorrangig betrieben werden, weil die Sanierungsbemühungspflicht ab Erkennbarkeit von Krisensignalen im Rahmen der pflichtgemäßen Überwachung¹³⁹⁸ und damit in einem Stadium beginnt, in welchem die freiwillige Eröffnung eines Insolvenzverfahrens noch nicht möglich ist. Werden keine Sanierungsbemühungen unternommen, droht eine

¹³⁹² Vgl. § 8 C. I. 1. b); IDW Standard: Anforderungen an Sanierungskonzepte (IDW S 6), Stand: 16.5.2018, IDWLife 2018, 813, 814 Rn. 3; *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 188; *Uhlenbruck* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.1; *Wälzholz* in: Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, 174. Lieferung 10.2020, Rn. 4157, 4159; *Oberle* in FS Wellensiek, 73, 75; *Uhlenbruck* in FS Kirchhof, 479, 490; *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 77; *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 390; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 57, 63, 68; *Ehlers*, DStR 2010, 2523, 2525; *Gessner*, NZI 2018, 185, 186; *Hölzle*, KTS 2011, 291, 296; *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929; *Madaus*, NZI 2011, 622, 623; *Paulus*, ZGR 2005, 309, 319 f.; *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1202; *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009, 2013; *ders.*, WiB 1996, 409, 412; ferner MAH GmbH-Recht/*Schluck-Amend* § 23 Rn. 222.

¹³⁹³ Vgl. *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 62 f.

¹³⁹⁴ *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 69.

¹³⁹⁵ *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 71; ferner *Brinkmann* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 5.55.

¹³⁹⁶ Vgl. *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 62; *Paulus*, ZGR 2005, 309, 320; ferner *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 18 InsO Rn. 13.

¹³⁹⁷ *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 64.

¹³⁹⁸ Vgl. § 4 B. I. 2. a).

Haftung aus § 43 II GmbHG/§ 93 II AktG. Tritt die drohende Zahlungsunfähigkeit und mit ihr die Wahlmöglichkeit zwischen der Weiterführung der freien Sanierung und einer Sanierung im Insolvenzverfahren ein, kann nicht mehr von einem unbedingten Vorrang der einen oder anderen Art gesprochen werden.¹³⁹⁹ Sie stellen bei drohender Zahlungsunfähigkeit grundsätzlich gleichwertige strategische Optionen dar.¹⁴⁰⁰ Die Geschäftsleiter müssen sich mit (der Weiterführung) einer freien Sanierung und einer Sanierung im Insolvenzverfahren auseinandersetzen. Die konkrete Lage des Unternehmens ist ausschlaggebend.¹⁴⁰¹ Die Möglichkeiten, Vor- und Nachteile, Kosten sowie Risiken der Alternativen sind gegenüberzustellen.¹⁴⁰² Relevant ist insbesondere das erwartete wirtschaftliche Ergebnis.¹⁴⁰³ Gleiches gilt für die Kooperationsbereitschaft und die Homogenität der Interessen der Beteiligten, das vorhandene Erpressungspotential, das Vertrauen in die Geschäftsleitung, der Verdacht des Bestandes von Ansprüchen gegen Geschäftsleitung und Gesellschafter, den bisherigen Bekanntheitsgrad sowie das Ausmaß der Sanierungsbedürftigkeit, namentlich ob die Einbeziehung einer geringen Anzahl an (Haupt-)Gläubigern für eine Sanierung ausreicht. Auch die Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe ist zu berücksichtigen.¹⁴⁰⁴ Gleiches gilt für die Frage, ob das Geschäftsmodell des Schuldners „insolvenzfähig“ ist.¹⁴⁰⁵ Dies ist der Fall, „wenn die Marktfähigkeit des Geschäftsmodells durch den Verlust des Vertrauens in die Solvenz des Unternehmens nicht beeinträchtigt wird.“¹⁴⁰⁶

¹³⁹⁹ So auch *Uhlenbruck* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.1; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 66 ff.

¹⁴⁰⁰ Vgl. *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 71; a.A. *Oberle* in FS Wellensiek, 73, 74.

¹⁴⁰¹ *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 66; *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009, 2011.

¹⁴⁰² Vgl. *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 72.

¹⁴⁰³ *Oberle* in FS Wellensiek, 73, 75, 81 ff.

¹⁴⁰⁴ *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 190.

¹⁴⁰⁵ Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Sanierung im Schutzschirmverfahren, *Siemon*, ZinsO 2012, 1045, 1047 ff.

¹⁴⁰⁶ *Siemon*, ZinsO 2012, 1045, 1048.

Ist eine einvernehmliche Kooperation der an der Sanierung Beteiligten als Voraussetzung für den Erfolg einer freien Sanierung¹⁴⁰⁷ nicht zu erwarten, bietet das Insolvenzverfahren der (sanierungswilligen) Mehrheit Möglichkeiten, sich gegen die opponierende Minderheit, die sich auch aus Gesellschaftern zusammensetzen kann, durchzusetzen.¹⁴⁰⁸ Auch bei fehlendem Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger in die Fähigkeiten und in die Integrität der Geschäftsleitung ist ein Insolvenzverfahren grundsätzlich die bessere Wahl. Stehen Ansprüche gegen die Geschäftsleiter und bzw. oder gegen Gesellschafter im Raum, die geltend gemacht werden sollen, besteht eine höhere Chance der Aufklärung und Geltendmachung im Rahmen des Insolvenzverfahrens.¹⁴⁰⁹ Je bekannter die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Gesellschaft sind, desto geringer sind die mit der Insolvenzantragstellung noch folgenden Publizitätsnachteile. Je mehr Beteiligte bei der Sanierung mitwirken müssen, desto eher bietet sich das Insolvenzverfahren mit seinen Möglichkeiten zur Einbindung derselben an.

2. Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags gemäß § 18 InsO

Aus der Sanierungsbemühenspflicht des § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG kann die Pflicht folgen, auf eine Entscheidung der Gesellschafter für die Insolvenzantragstellung hinzuwirken.¹⁴¹⁰ Eine solche Pflicht ist anzunehmen, wenn es sich bei der Insolvenzantragstellung um die *erfolgversprechendste Sanierungs-*

¹⁴⁰⁷ Vgl. *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 67 f.; *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1934; *Madaus*, NZI 2011, 622, 623 f.

¹⁴⁰⁸ *Uhlenbruck/Mock* § 18 InsO Rn. 3; *Wälzholz* in: *Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch*, 174. Lieferung 10.2020, Rn. 4157; *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1934 f.; ferner *Uhlenbruck/Mock* § 18 InsO Rn. 3; *Bitzer* in: *Kindler/Nachmann/Bitzer*, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 190; *Müller* in *Liber amicorum Winter*, 487, 494; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 68; *Seefelder*, Unternehmenssanierung, S. 17; *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 35; *Wertenbruch*, DB 2013, 1592.

¹⁴⁰⁹ *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 71; ferner *Uhlenbruck* in: *Schmidt K./Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.4.

¹⁴¹⁰ Für die GmbH: vgl. *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 399; ferner Für die GmbH: *Uhlenbruck* in: *Schmidt K./Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, Rn. 5.99.

möglichkeit handelt.¹⁴¹¹ Ist das Unternehmen unter insolvenzspezifischen Bedingungen nicht oder nur teilweise bzw. eingeschränkt fortführungsfähig, bleibt im Insolvenzverfahren neben der Liquidation der Gesellschaft regelmäßig nur noch die übertragende Sanierung.¹⁴¹² Die Sanierungsbemühenspflicht verpflichtet in diesem Fall in der Regel dazu, von der Hinwirkung auf die Gebrauchmachung vom Insolvenzantragsrecht abzulassen und (weiter) eine außergerichtliche Sanierung zu betreiben. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit bleibt mit der Bestimmung der groben Handlungsoption (dem „Ob“ der Sanierung) und der Wahl des Sanierungsrahmens (als Teil des „Wie“ der Sanierung) die Bestimmung des einzuschlagenden Kurses der Gesellschaft zum großen Teil in den Händen der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung.

II. Durchführung der Sanierung

Ob die Stellung des freiwilligen Eröffnungsantrags gemäß § 18 InsO und damit die Nutzung des Insolvenzverfahrens zur Sanierung sinnvoll ist, muss im Sanierungskonzept ermittelt werden.¹⁴¹³ Wird von dem Insolvenzantragsrecht des § 18 InsO kein Gebrauch gemacht, stehen der Gesellschaft weiterhin die außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen zur Verfügung.¹⁴¹⁴ Eine Sanierung der Gesellschaft wird in diesem Stadium nicht mehr nur durch eine rein interne Sanierung erreicht werden können; vielmehr wird auch Hilfe von außen unerlässlich sein.¹⁴¹⁵

Steht eine Insolvenzantragstellung im Raum, sollte sich der Geschäftsleiter schon vorab mittels Überzeugungsarbeit die Mitwirkungsbereitschaft der relevanten Entscheidungsträger, insbesondere der Hauptgläubiger,¹⁴¹⁶ sowie des Insolvenzgerichts sichern.¹⁴¹⁷

¹⁴¹¹ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt; für die GmbH: *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 398; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1128; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 156.

¹⁴¹² Vgl. *Siemon*, ZInsO 2012, 1045, 1047 ff.

¹⁴¹³ *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 185, 187.

¹⁴¹⁴ Vgl. § 4 C.

¹⁴¹⁵ Für die GmbH: *Wälzholz* in: Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, 164. Lieferung 03.2018, Rn. 4155.

¹⁴¹⁶ Für die GmbH: *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 921, 924.

Voraussetzung für eine erfolgreiche Sanierung im Rahmen des Insolvenzverfahrens ist die zeitnahe sowie professionelle Kommunikation denjenigen gegenüber, die an der Sanierung mitwirken.¹⁴¹⁸ Wird ein Eröffnungsantrag aufgrund des fakultativen Insolvenzgrundes gestellt, kann die Verwirklichung der Anreize, die der Erleichterung der Überwindung der Insolvenz und bzw. oder der Abmilderung ihrer Folgen dienen,¹⁴¹⁹ angestrebt werden. Hierbei handelt es sich um die vorläufigen Maßnahmen des § 21 II Nr. 3, 5 InsO, die Herausgabesperren des eröffneten Insolvenzverfahrens gemäß §§ 165, 166 InsO, § 30d Abs. 1 ZVG, das Recht bei Antragstellung einen Insolvenzplan vorzulegen (§ 218 I InsO), die Möglichkeit der Eigenverwaltung inklusive des Schutzschirmverfahrens (§§ 270 ff. InsO) sowie „die Offenhaltung aller Verwertungsoptionen auch nach Verfahrenseröffnung.“¹⁴²⁰ Da fällige Forderungen nicht mehr zu begleichen sind, kommt es zu einer kurzfristigen Liquiditätentlastung.¹⁴²¹ Die drohende Zahlungsunfähigkeit kann anhand von Stundungsvereinbarungen, der mittel- sowie langfristigen Beschaffung von Zahlungsmitteln und anhand von Zahlungszusagen beseitigt werden.¹⁴²²

III. Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen des StaRUG-RegE

Mit dem StaRUG wird die Richtlinie (EU) 2019/1023 vom 20.6.2019 umgesetzt und mit dem Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen (§§ 4 ff. StaRUG-RegE) ein (präventiver) Restrukturierungsrahmen außerhalb des Insolvenzverfahrens geschaffen. Die gerichtlichen Instrumente des § 31 StaRUG-RegE können ab dro-

¹⁴¹⁷ Vgl. *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 191.

¹⁴¹⁸ *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 66.

¹⁴¹⁹ MüKo InsO/*Drukarczyk*, § 18 Rn. 3; vgl. Braun/*Bußhardt* InsO § 18 Rn. 21; Uhlenbruck/*Mock* § 18 InsO Rn. 2; *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 18 InsO Rn. 12.

¹⁴²⁰ MüKo InsO/*Drukarczyk*, § 18 Rn. 3; vgl. Braun/*Bußhardt* InsO § 18 Rn. 21 f.; *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 18 InsO Rn. 13; Karsten Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 18 Rn. 5, 29; *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 921; *Saenger/Al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1202; *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009, 2014; ferner *Gessner*, NZI 2018, 185.

¹⁴²¹ Braun/*Bußhardt* InsO § 18 Rn. 21.

¹⁴²² Uhlenbruck/*Mock* § 18 InsO Rn. 58 ff.; ferner *Gessner*, NZI 2018, 185, 187.

hender Zahlungsunfähigkeit in Anspruch genommen werden.¹⁴²³ Sie setzen die Anzeige des Restrukturierungsvorhabens beim zuständigen Restrukturierungsgericht voraus, vgl. § 33 I StaRUG-RegE. Aufgrund der mit der Anzeige einzureichenden Unterlagen (§ 33 II StaRUG-RegE), insbesondere des Entwurfs eines Restrukturierungsplans oder jedenfalls eines Restrukturierungskonzepts, ist die Anzeige nicht ohne Vorbereitung möglich.¹⁴²⁴ Mit der Anzeige wird die Restrukturierungssache nach § 33 III StaRUG-RegE rechtshängig. § 33 IV Nr. 4 StaRUG-RegE legt den Zeitraum für die Restrukturierung auf grundsätzlich sechs und maximal zwölf Monate fest.¹⁴²⁵

Die Restrukturierungssache muss gemäß § 34 StaRUG-RegE mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers unter Wahrung der Gläubigerinteressen betrieben werden. § 45 StaRUG-RegE normiert für schuldhafte Verletzungen der Pflicht aus § 2 I StaRUG-RegE während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache eine Außenhaftung der Geschäftsleiter. § 34 StaRUG-RegE stellt außerdem Unterlassungs- und Anzeigepflichten auf. An die Stelle der während der Rechtshängigkeit ruhenden Insolvenzantragspflicht (§ 44 I 1 StaRUG-RegE) tritt die strafbewehrte Pflicht, dem Restrukturierungsgericht den Eintritt der materiellen Insolvenz unverzüglich anzuzudeuten, §§ 44 I 2, III, 34 III StaRUG-RegE. § 96 III StaRUG-RegE modifiziert das Zahlungsverbot aus § 15b InsO-E (§ 64 S. 1 GmbHG/§ 92 I 1 AktG) bei Anzeige der materiellen Insolvenz gemäß § 34 III StaRUG-RegE.

Der Restrukturierungsplan ist an den Insolvenzplan angelehnt und ermöglicht Eingriffe in Forderungen sowie Rechte der Beteiligten durch Mehrheitsentscheidung derselben.¹⁴²⁶ Die gestaltbaren Rechtsverhältnisse legen §§ 4 ff. StaRUG-RegE fest. Der Plan enthält einen darstellenden und einen gestaltenden Teil, §§ 7 ff. StaRUG-RegE. Beizufügen sind außerdem mehrere Anlagen, §§ 16, 17 StaRUG-RegE. Die Auswahl der Planbetroffenen obliegt dem Schuldner nach Maßgabe des § 10 StaRUG. Die Planabstimmung kann mit oder

¹⁴²³ *Desch*, BB 2020, 2498; ferner *Thole*, ZIP 2020, 1985, 1990.

¹⁴²⁴ *Desch*, BB 2020, 2498, 2499.

¹⁴²⁵ *Desch*, BB 2020, 2498, 2500.

¹⁴²⁶ Begründung RegE.

ohne gerichtliche Beteiligung erfolgen. Die privatautonome Abstimmung gemäß §§ 19 ff. StaRUG-RegE bietet sich an, wenn die Sanierung mithilfe von professionellen Finanzgläubigern lediglich in kleiner Runde angestrebt wird.¹⁴²⁷ Sind zahlreiche Gruppen und gerade Kleingläubiger planbetroffen, eignet sich die gerichtliche Planabstimmung nach §§ 47 f. StaRUG-RegE.¹⁴²⁸ Zu berücksichtigen ist, dass bei einer privatautonomen Abstimmung gemäß § 70 III StaRUG-RegE Zweifel an der ordnungsgemäßen Annahme des Restrukturierungsplans durch die Planbetroffenen zu Lasten des Schuldners gehen. Zur Annahme des Restrukturierungsplans ist erforderlich, dass in jeder Gruppe auf die dem Plan zustimmenden Gruppenmitglieder mindestens drei Viertel der Stimmrechte in dieser Gruppe entfallen, § 27 I StaRUG-RegE. Die Zustimmungsersetzung ist in §§ 28 ff. StaRUG-RegE geregelt. Der Restrukturierungsplan kann durch das Gericht bestätigt werden, §§ 67 ff. StaRUG-RegE. Die Wirkungen des bestätigten Restrukturierungsplans regeln die §§ 74 ff., 97 StaRUG-RegE. In den Dienst der Restrukturierung sind außerdem die Regelungen über Lösungs- und Vertragsanpassungsklauseln (§ 46 StaRUG-RegE), über die Vertragsbeendigung (§§ 51 ff. StaRUG-RegE) und über die Stabilisierung (§§ 56 ff. StaRUG-RegE) gestellt.

Über die Einleitung des Restrukturierungsverfahrens entscheiden gesellschaftsintern allein die Geschäftsleiter. Ein Beschluss der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung ist nicht notwendig. Ein Blick auf die gesellschaftsinterne Kompetenzverteilung ist entbehrlich, da aus § 2 II 2 StaRUG-RegE folgt, dass weder entgegenstehende Beschlüsse noch das Fehlen eines Beschlusses der Inanspruchnahme der Sanierungsmöglichkeiten des StaRUG-RegE entgegenstehen, solange diese den Gläubigerinteressen entsprechen.¹⁴²⁹ Die Nutzung des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens stellt eine Alternative zur freiwilligen Insolvenzantragstellung und der Sanierung im Insolvenzverfahren dar. Das Insolvenzverfahren geht stets mit Nachteilen bzw. Gefahren, namentlich negativen Außenwirkungen, der Vernichtung oder Schmälerung von Vermögenswerten, (Verfahrens-)Kosten und einer bedingten Planbarkeit, ein-

¹⁴²⁷ Thole, ZIP 2020, 1985, 1994.

¹⁴²⁸ Thole, ZIP 2020, 1985, 1994.

¹⁴²⁹ Vgl. Desch, BB 2020, 2498, 2501; ferner Thole, ZIP 2020, 1985, 2000.

her.¹⁴³⁰ Es wird sich zeigen, wie das Restrukturierungsverfahren des StaRUG in der Praxis aufgenommen wird. Eine Veröffentlichung erfolgt jedenfalls nur auf Antrag des Schuldners, § 91 I StaRUG-RegE. Eine Restrukturierung kann daher still erfolgen.¹⁴³¹ Im Vergleich zum Insolvenzverfahren werden wohl zumindest bei größeren Insolvenzmassen geringere Kosten anfallen.¹⁴³² Es spricht viel dafür, dass das StaRUG-Verfahren in Zukunft grundsätzlich als milderes Mittel angesehen werden muss. Dies hätte zur Folge, dass die Geschäftsleiter vor der Hinwirkung auf die freiwillige Einleitung des Insolvenzverfahrens zuerst das StaRUG-Restrukturierungsverfahren bemühen müssten, wenn dieses erfolversprechend wäre. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Nutzung des Restrukturierungsverfahrens des StaRUG einer späteren Eigenverwaltung entgegen stehen kann, vgl. § 270b II Nr. 2 InsO-E.¹⁴³³

B. Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder der Überschuldung (§ 19 InsO), materielle Insolvenz

I. Entscheidungskompetenz

Eine Sanierungs(bemühens)pflcht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern vermitteln die Insolvenzantragspflichten nicht.¹⁴³⁴ Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und bzw. oder der Überschuldung beseitigt die Sanierungsbemühenspflicht der Geschäftsleiter aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG gegenüber ihrer Gesellschaft aber nicht.¹⁴³⁵ Sie wird nun jedoch durch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger begrenzt. Nur, wenn die Vornahme von Sanierungsbemühungen und die konkret ausgewählten Maßnahmen im Interesse der Gläubiger liegen, dürfen sie angestrengt und durchgeführt werden. Die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO, die Masseerhaltungspflichten gemäß §§ 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG und die begrenz-

¹⁴³⁰ Vgl. § 8 A. I.

¹⁴³¹ *Desch*, BB 2020, 2498, 2511.

¹⁴³² *Desch*, BB 2020, 2498, 2511.

¹⁴³³ *Desch*, BB 2020, 2498, 2511.

¹⁴³⁴ Uhlenbruck/*Hirte* § 15a InsO Rn. 13.

¹⁴³⁵ Für die GmbH: vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 155 f.; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 376.

te Sanierungsbemühenspflicht aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG stehen nebeneinander.¹⁴³⁶

Innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a I 1 InsO existiert auch bei materieller Insolvenz eine Alternativität zwischen der Vornahme von außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen und der Stellung eines Eröffnungsantrags, insbesondere zur Einleitung einer Sanierung im Rahmen und mit den Mitteln der Insolvenzordnung. Eine außergerichtliche Sanierung kommt in diesem Zeitraum aber nur in Betracht, „solange noch [die] objektive Aussicht besteht, die Insolvenzreife vor Ablauf der Frist zu beseitigen“¹⁴³⁷. Andernfalls ist ein Insolvenzantrag zu stellen.

Die durch § 15a I 1 InsO gewährte Sanierungsfrist muss aufgrund der Sanierungsbemühenspflicht, nach welcher der Geschäftsleiter erfolgversprechende Sanierungschancen suchen und nutzen muss, zunächst zur *Prüfung* von Sanierungsmaßnahmen genutzt werden.¹⁴³⁸ Die Vornahme der Prüfung ist regelmäßig im Einklang mit den Gläubigerinteressen. Anschließend muss der Geschäftsleiter *beurteilen*, ob die Vornahme außergerichtlicher Sanierungsmaßnahmen zulässig ist, namentlich die Anforderungen an eine Hinauszögerung der Insolvenzantragstellung gegeben sind, und sich bei Zulässigkeit für oder gegen eine Sanierung *entscheiden* sowie die konkreten Maßnahmen auswählen.¹⁴³⁹

Im Rahmen der Beurteilung, ob eine Hinauszögerung der Insolvenzantragstellung zulässig ist, sind die Erwägungen des BGH¹⁴⁴⁰ zu verorten, nach welchen der Geschäftsleiter im Falle einer eingetrete-

¹⁴³⁶ Unvollständig, für die GmbH: vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 156; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 376.

¹⁴³⁷ Vgl. Fn. 860.

¹⁴³⁸ Vgl. *Pelz*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 31 Rn. 32; für die GmbH: vgl. *Uhlenbruck* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.5; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 156; ferner MünchHdB GesR III/Oberle § 66 Rn. 32; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 854 f.; für die AG: BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 108 ff. = NJW 1979, 1823, 1827; anders, fakultativ, „darf“ genutzt werden, *Reuter*, BB 2003, 1797, 1803.

¹⁴³⁹ Für die AG: vgl. BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 108 = NJW 1979, 1823, 1826; ders., Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1830; für die GmbH: vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 156; für GmbH und AG: MüKo InsO/Klöhn, § 15a Rn. 125 ff.

¹⁴⁴⁰ Für die AG: BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 108 ff. = NJW 1979, 1823, 1826 ff.; für GmbH und AG: vgl. *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 854.

nen¹⁴⁴¹ Überschuldung gemäß § 19 InsO in seine Überlegungen, ob eine *außergerichtliche Sanierung* innerhalb der Frist des § 15a InsO angestrebt werden soll, etwaige Vorteile möglichen Nachteilen für Neugläubiger gegenüberstellen muss. „Je größer das Risiko einer Schädigung gutgläubiger Geschäftspartner ist, um so gewissenhafter ist zu überlegen, ob dieses Risiko um der Aussichten und Vorzüge einer Sanierung willen in Kauf genommen werden kann und muß.“¹⁴⁴² Gleiches gilt ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, da diese ebenfalls die materielle Insolvenz begründet. Der Grad an Erfolgsaussicht, der dem Sanierungsversuch außerhalb der Insolvenz zugesprochen werden muss, um die Ausschöpfung der Drei-Wochen-Frist zu rechtfertigen, ist laut BGH „nicht allgemein, sondern nur von Fall zu Fall [zu] beantworten.“¹⁴⁴³ Es bietet sich an, den erforderlichen Grad an Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs im ersten Schritt an der Branche auszurichten, in welcher die Gesellschaft tätig ist. So hat es dem BGH bei einer Bank genügt, wenn die Sanierungsbemühungen „als nicht von vornherein unrealistisch“¹⁴⁴⁴ angesehen werden dürfen.¹⁴⁴⁵ Dieser Maßstab ist auf die Branche „Banken“ auszuweiten. Der Geschäftsleiter darf und muss vor Stellung des Eröffnungsantrags alle nicht allzu entfernten Rettungschancen nutzen.¹⁴⁴⁶ Dieser geringe Grad an Wahrscheinlichkeit rechtfertigt sich dadurch, dass „die Schließung einer Bank regelmäßig sehr weite Kreise zieh[...][t]“¹⁴⁴⁷ und die Folgen für das Unternehmen, die Betriebsangehörigen, die Kunden sowie die Allgemeinheit regelmäßig immens

¹⁴⁴¹ Entsprechend der inzwischen aufgegebenen Rechtsprechung zum Beginn der Drei-Wochen-Frist noch eine erkannte Überschuldung fordernd, für die AG: BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 108 ff. = NJW 1979, 1823, 1826 ff.; ders., Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1830.

¹⁴⁴² Für die AG: BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1830; *Reuter*, BB 2003, 1797, 1803.

¹⁴⁴³ Für die AG: BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 112 = NJW 1979, 1823, 1827; ders., Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1830.

¹⁴⁴⁴ Für die AG: BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1831; vgl. ders., Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 113 = NJW 1979, 1823, 1827.

¹⁴⁴⁵ Für die AG: BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1831; vgl. ders., Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 113 = NJW 1979, 1823, 1827.

¹⁴⁴⁶ Für einen Einzelfall: Für die AG: BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 112 = NJW 1979, 1823, 1827; ders., Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1831.

¹⁴⁴⁷ Für einen Einzelfall: Für die AG: BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1831.

sind.¹⁴⁴⁸ Der gleiche Maßstab muss bei Versicherungen und sonstigen Finanzdienstleistern angewendet werden. Für andere Branchen werden höhere Anforderungen an den Grad der Erfolgsaussicht gestellt werden können. In einem zweiten Schritt sind die Folgen im konkreten Einzelfall auszuloten und der im ersten Schritt ermittelte Grad an Wahrscheinlichkeit gegebenenfalls zu korrigieren. Erst im dritten Schritt ist zu bestimmen, ob der erforderliche Grad an Erfolgsaussicht im Einzelfall gegeben ist.

Liegen die (hohen) Voraussetzungen für eine Hinauszögerung der Insolvenzantragstellung vor, besteht also noch die objektive Chance, die materielle Insolvenz innerhalb der drei Wochen nachhaltig zu beseitigen, bieten die außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen die *erfolgsversprechendste Sanierungschance*. In diesem Fall sind die Geschäftsleiter aufgrund der Sanierungsbemühenspflicht¹⁴⁴⁹ verpflichtet, die Sanierungsfrist¹⁴⁵⁰ und den Spielraum des § 64 S. 2 GmbHG/§ 92 II 2 AktG¹⁴⁵¹ zur Vornahme von Sanierungsmaßnahmen zu nutzen, bis die Ausschöpfung der Frist schuldhaft wird.¹⁴⁵² Dies ist regelmäßig im Einklang mit den Gläubigerinteressen. Da die Entscheidung, ob und wie eine außergerichtliche Sanierung durchgeführt werden soll, an den Gläubigerinteressen ausgerichtet werden muss, dürfen Sanierungsbemühungen und die konkret ausgewählten Maßnahmen nur angestrengt und durchgeführt werden, wenn sie im Interesse der Gläubiger liegen.

Anders als bei drohender Zahlungsunfähigkeit stehen sich die Alternativen – freie Sanierung und Sanierung im Insolvenzverfahren – bei materieller Insolvenz nicht als gleichwertige Optionen gegenüber. Die Geschäftsleiter sind bei hinreichender objektiver Aussicht grundsätzlich zur Betreibung von außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen und bei Verneinung einer hinreichenden objektiven Aussicht derselben zur Stellung eines Eröffnungsantrags verpflichtet.

¹⁴⁴⁸ Für einen Einzelfall: Für die AG: BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 112 = NJW 1979, 1823, 1827; ders., Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 211/76 = NJW 1979, 1829, 1830 f.

¹⁴⁴⁹ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt.

¹⁴⁵⁰ Für die GmbH: *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 378; vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 156; für die AG: *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 92 Rn. 25.

¹⁴⁵¹ *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 92 Rn. 25.

¹⁴⁵² Für die GmbH: vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 156; für die AG: *Schwächer Reuter*, BB 2003, 1797, 1803.

Von einer freien Entscheidung zwischen den groben Handlungsoptionen der Sanierung des Unternehmensträgers, dessen Abwicklung und der reinen Fortführung der Geschäfte kann nicht mehr gesprochen werden. Die Frage nach dem „Ob“ der Sanierung ist nicht mehr von den Gesellschaftern, sondern von den Geschäftsleitern anhand des vorgegebenen Prüfungsschemas zu beantworten. Die Pflicht der Geschäftsleitung, das Vermögen der Gesellschaft bei materieller Insolvenz im Sinne der Gläubiger zu verwalten,¹⁴⁵³ prägt die Reaktion in diesem wirtschaftlichen Zustand.

II. Durchführung der Sanierung

Der Inhalt der Sanierungsprüfung ist bei materieller Insolvenz dahingehend abzuwandeln, dass die Sanierungsfähigkeit anzunehmen ist, wenn die Insolvenzreife bei Vornahme von Sanierungsmaßnahmen mit großer Wahrscheinlichkeit beseitigt und die Ertragsfähigkeit des von der Gesellschaft geführten Unternehmens mit großer Wahrscheinlichkeit wiederhergestellt wird. Wird bei materieller Insolvenz innerhalb der Drei-Wochen-Frist eine freie Sanierung betrieben, stehen der Gesellschaft grundsätzlich alle außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen zur Verfügung.¹⁴⁵⁴ In dieser Phase bieten sich insbesondere Kapitalbeschaffungsmaßnahmen, die Leistung freiwilliger Zuschüsse durch die Gesellschafter und Rangrücktritte sowie Erlasse von Seiten der Gesellschaftsgläubiger an.¹⁴⁵⁵ Zur Beseitigung einer Zahlungsunfähigkeit eignen sich neben der Zuführung frischer Zahlungsmittel durch Kreditgewährung und der Zuführung von neuem Kapital Zahlungsaufschübe.¹⁴⁵⁶ Zur Überwindung des Insolvenzgrundes der Überschuldung eignen sich primär einerseits gesellschaftsrechtliche Schritte wie Umwandlungsmaßnahmen, andererseits finanzwirtschaftliche Maßnahmen wie Eigenkapitalbeschaffungen in Form von effektiven Kapitalerhöhungen und Debt-Equity-

¹⁴⁵³ Vgl. § 7 B. VIII. 1. c).

¹⁴⁵⁴ Vgl. § 4 C.; für die GmbH: eingeschränkt, *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 156.

¹⁴⁵⁵ MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 121; vgl. *Böcker/Poertzgen*, GmbHR 2013, 17, 18; für die AG: *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 70; vgl. BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 113 = NJW 1979, 1823, 1826.

¹⁴⁵⁶ *Lutter/Hommelhoff/Timm*, BB 1980, 737, 742; vgl. *Pelz*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, Corporate Compliance, § 31 Rn. 33.

Swaps, Rangrücktritte, Erlasse sowie Aufrechnungen.¹⁴⁵⁷ Sekundär können leistungswirtschaftliche Maßnahmen vorgenommen werden.¹⁴⁵⁸

Die Sanierungsbemühungen müssen sich aber innerhalb des bei materieller Insolvenz verengten rechtlichen Rahmens halten. Der begrenzt zur Verfügung stehende zeitliche Spielraum von drei Wochen aus § 15a I 1 InsO und die vermögensbezogenen Pflichten, insbesondere das Verbot grundsätzlich jeglicher Zahlungen aus § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG, schränken die Möglichkeit einer freien Sanierung ein. Während Zahlungen der Gesellschaft, die zur Sanierung erbracht werden, grundsätzlich zu den privilegierten und damit ausnahmsweise zulässigen Zahlungen gemäß § 64 S. 2 GmbHG/§ 92 II 1 AktG zählen, handelt es sich bei dem von § 15a I 1 InsO gewährten – zeitlich eng bemessenen – Spielraum¹⁴⁵⁹ um eine strikte Grenze. Dieser Zeitraum genügt in der Regel nicht für die Durchführung einer Sanierung.¹⁴⁶⁰ Innerhalb der von der Antragsfrist maximal gewährten drei Wochen sind (sanierende) Kapitalerhöhungen aufgrund der Ladungsfristen der § 51 I GmbHG/§ 123 AktG und dem gegebenenfalls erforderlichen Nachweis der Übernahme der Einlagen und der freien Verfügbarkeit über die Einzahlung gegenüber dem Notar nach § 58f I 3 GmbHG/§ 235 I 3 AktG nicht machbar.¹⁴⁶¹ Die Erstellung eines Sanierungsplans wird in dieser Zeitspanne regelmäßig nicht gelingen.¹⁴⁶² Eine Chance auf eine Sanierung wird in der Regel ausschließlich bei Vorhandensein eines soliden sowie in Teilen bereits

¹⁴⁵⁷ Pape in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 19 InsO Rn. 71; vgl. Uhlenbruck/Mock § 19 InsO Rn. 230 ff.; FK-InsO/Schmerbach § 19 Rn. 34; Pelz, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 31 Rn. 34; Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, 737, 740 ff.

¹⁴⁵⁸ Pape in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 19 InsO Rn. 71.

¹⁴⁵⁹ BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 108 = NJW 1979, 1823, 1826; Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, § 92 Rn. 70; vgl. Gehrlein, ZInsO 2017, 849, 854.

¹⁴⁶⁰ Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 58, 69; vgl. Uhlenbruck/Hirte § 15a InsO Rn. 17; Uhlenbruck in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.5; Geißler, ZInsO 2013, 167, 169; ferner HK-InsO/Kleindiek § 15a Rn. 13; Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 410 f.

¹⁴⁶¹ Uhlenbruck/Hirte § 15a InsO Rn. 17; Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 58; vgl. Geißler, ZInsO 2013, 167, 169.

¹⁴⁶² Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 69.

umgesetzten Sanierungsplans bestehen.¹⁴⁶³ Die Sanierungsbemühungen müssen von der Geschäftsleitung mit der gebotenen Beschleunigung vorangetrieben werden.¹⁴⁶⁴ Nachrangig zur Vornahme von Sanierungsmaßnahmen, die die Nutzung der Sanierungsfrist rechtfertigen, und ohne diese zu behindern, sind Vorbereitungen für eine gerichtliche Sanierung zu treffen.

Besteht keine objektive Aussicht (mehr), die materielle Insolvenz innerhalb der Drei-Wochen-Frist zu beheben, sollten die Geschäftsleiter versuchen, insbesondere falls die Eigenverwaltung und bzw. oder ein Insolvenzplanverfahren angestrebt werden, Vorbereitungen für eine gerichtliche Sanierung zu treffen und die Mitwirkungsbereitschaft jedenfalls der Hauptgläubiger der Gesellschaft zu sichern. Diese Bemühungen können ein Herauszögern der Insolvenzantragstellung aber nicht rechtfertigen.

Ist die Insolvenzantragspflicht gemäß § 1 COVInsAG ausgesetzt, muss der Aussetzungszeitraum aufgrund der Sanierungsbemühungspflicht dazu genutzt werden, Sanierungslösungen zu finden.¹⁴⁶⁵ Dies entspricht in der Regel auch den Gläubigerinteressen. Es kann eine außergerichtliche Sanierung mit dem Ziel, die materielle Insolvenz bis spätestens zum Ende des Aussetzungszeitraums zu beseitigen, betrieben und/oder eine gerichtliche Sanierung vorbereitet werden. Als hilfreich wird sich § 2 COVInsAG erweisen.

C. Formelle Insolvenz

1970 führte *Weber* aus, „der Konkurs [sei] ebenso wie die normale Liquidation die Form eines mehr oder weniger langsamen Sterbens, allerdings mit der schwachen Möglichkeit der Wiederbelebung“¹⁴⁶⁶. Auch die Vergleichsordnung vermochte es nicht, aussichtsreiche Chancen zur Wiederbelebung zu bieten. Aus der schwachen Möglichkeit der Wiederbelebung ist inzwischen aufgrund der Reformierung des Insolvenzrechts durch den Gesetzgeber und des voran-

¹⁴⁶³ *Geißler*, ZInsO 2013, 167, 169.

¹⁴⁶⁴ Für die AG: *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, § 92 Rn. 74; *Goette* in: *HdB Corporate Governance*, 713, 733.

¹⁴⁶⁵ Ferner *Schluck-Amend*, NZI 2020, 289, 293.

¹⁴⁶⁶ *Weber*, KTS 1970, 73, 79.

schreitenden Umdenkens in Literatur¹⁴⁶⁷ und Praxis¹⁴⁶⁸ eine reelle Chance auf die langfristige Fortführung der Gesellschaft geworden. Die von Gesetzes wegen nach Insolvenzantragstellung vorgesehenen Sanierungsmöglichkeiten übersteigen das, was in einer außergerichtlichen Sanierung machbar ist.¹⁴⁶⁹

Die Insolvenzordnung verfügt über drei Verwertungsarten: die Liquidation, die übertragende Sanierung¹⁴⁷⁰ und die fortführende Sanierung.¹⁴⁷¹ Alle Formen der Masseverwertung stehen gleichrangig nebeneinander.¹⁴⁷² Die Sanierung ist – wie die anderen Verwertungsarten auch – ein Mittel zur Erreichung des primären Verfahrenszwecks, der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger.¹⁴⁷³ Da mit der

¹⁴⁶⁷ Vgl. Beck Hdb GmbH/Axhausen/Rieser, § 15 Rn. 119; Seefeldler, Unternehmenssanierung, S. 17; Körner, NZI 2007, 270; Paulus, ZGR 2005, 309 ff.; siehe aber auch Pape in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270 InsO Rn. 194; Madaus, NZI 2011, 622, 623.

¹⁴⁶⁸ Vgl. IDW Standard: Anforderungen an Sanierungskonzepte (IDW S 6), Stand: 16.5.2018, IDWLife 2018, 813, 814 Rn. 3.

¹⁴⁶⁹ Liebig/Witt, DB 2011, 1929, 1932.

¹⁴⁷⁰ Hierzu Müller-Feldhammer, ZIP 2003, 2186 ff.; Wellensiek, NZI 2002, 233 ff.

¹⁴⁷¹ MüKo InsO/Ganter/Bruns, § 1 Rn. 2, 9, 11, 45; FK-InsO/Schmerbach § 1 Rn. 12; HK-InsO/Sternal § 1 Rn. 5; Jaffé, ZHR 175 (2011), 38, 40; Verfahrensziele: Uhlenbruck/Pape § 1 InsO Rn. 6; Uhlenbruck, GmbHR 1999, 313, 315.

¹⁴⁷² RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 77 f.; MüKo InsO/Ganter/Bruns, § 1 Rn. 11, 45; Uhlenbruck/Pape § 1 InsO Rn. 1; FK-InsO/Schmerbach § 1 Rn. 12; HK-InsO/Sternal § 1 Rn. 5; vgl. FK-InsO/Foltis § 270 Rn. 26; Prütting in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 1 InsO Rn. 23; Steffan in: Oppenländer/Tröltzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 113; Dietrich, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 21; Buchalik, ZInsO 2015, 484; Fischer, ZGR 2006, 403.

¹⁴⁷³ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des RechtsA zu RegE InsO, BT-Drucks. 12/7302, S. 155; Karsten Schmidt/Jungmann InsO § 157 Rn. 5; Braun/Ludwig InsO § 1 Rn. 2; Uhlenbruck/Pape § 1 InsO Rn. 1; Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO § 1 Rn. 4; Uhlenbruck in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.1; Brinkmann/Zipperer, ZIP 2011, 1337, 1338; Klinck, ZIP 2013, 853; Landfermann, WM 2012, 821, 822; Vallender, WM 1998, 2129, 2136 f.; ferner RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 109; HK-InsO/Sternal § 1 Rn. 5; Dietrich, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 73; Buchalik, ZInsO 2015, 484, 485 f.; Fischer, ZGR 2006, 403; anders, Berichtigung RegE InsO, EGInsO, BT-Drucks. 12/8506, S. 2; Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 414; vgl. Rattunde/Smid/Zeuner-Smid, InsO, § 1 Rn. 31; anders Pape in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 14 ff.; und nebeneinander, Kölner Schrift/Prütting, Kap. 1 Rn. 65; anders vgl. Buchalik/Schröder, ZInsO 2016, 189; anders vgl. Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO § 1 Rn. 3; anders noch zum alten Recht: BGH, Urt. v. 14.11.1996 - IX ZR 339/95 = BGHZ 134, 79, 84 = NJW 1997, 524, 525; ders., Urt. v. 27.5.1993 - IX ZR 254/92 = BGHZ 122, 373, 379 = NJW 1993, 2312, 2314; anders MüKo InsO/Ganter/Lohmann, 3. Aufl., § 1 Rn. 85.

Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Auflösung der Gesellschaft gemäß § 60 I Nr. 4 GmbHG/§ 262 I Nr. 3 AktG einhergeht, muss für eine fortführende Sanierung ein Fortsetzungsbeschluss durch die Gesellschafter gefasst werden, vgl. § 60 I Nr. 4 GmbHG/§ 274 II Nr. 1 AktG, § 225a III InsO.¹⁴⁷⁴

I. Insolvenzzrechtliches Regelverfahren

1. Regelverfahren

Während Insolvenzplan und Eigenverwaltung gerade auf eine fortführende Sanierung ausgelegt sind, wird dem Regelverfahren die Liquidation der Gesellschaft zugeordnet. Bei der übertragenden Sanierung handelt es sich um das gängigste Sanierungsinstrument im Insolvenzverfahren¹⁴⁷⁵ und im Regelverfahren. Tatsächlich enden die vollständig durchgeführten Regelverfahren in der Regel mit der Abwicklung des Unternehmensträgers. Eine fortführende Sanierung ist aber auch im Regelverfahren denkbar.¹⁴⁷⁶ Das Regelverfahren könne sogar „im Einzelfall das geeignetste Verf[ahren] zur Durchführung einer Sanierung sein.“¹⁴⁷⁷

a) Entscheidungskompetenz

Ebenso wie die anderen Pflichten aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG gilt auch die Sanierungsbemühenspflicht der Geschäftsleiter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fort.¹⁴⁷⁸ Die mit der Verfah-

¹⁴⁷⁴ Für die GmbH: vgl. *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 90.

¹⁴⁷⁵ *Steffan* in *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 110; vgl. *Oberle* in *FS Wellensiek*, 73, 77; *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 120; hierzu *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 414, 433 ff.; *Kautzsch*, Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, S. 145 ff.; *Maus*, DStR 2002, 1104; *Wellensiek*, NZI 2002, 233 ff.

¹⁴⁷⁶ *Karsten Schmidt/K. Schmidt* InsO § 1 Rn. 6; *Bitzer* in: *Kindler/Nachmann/Bitzer*, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 196 ff.; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 422; *Buchalik/Schröder*, ZInsO 2016, 189, 190; für die GmbH: *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 119.

¹⁴⁷⁷ HK-InsO/*Brückmans* § 270b Rn. 3; weitere Ausführungen finden sich in § 9.

¹⁴⁷⁸ Vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 161; für die GmbH: *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 117;

renseröffnung automatisch einhergehende Auflösung der Gesellschaft ändert am Fortbestehen der Sanierungsbemühenspflicht nichts. Der Abwicklungszweck kommt im Insolvenzverfahren nicht zum Tragen.¹⁴⁷⁹ Die Sanierungsbemühenspflicht greift solange, bis die Sanierung keine Aussicht auf Erfolg mehr hat.¹⁴⁸⁰ Diese Pflicht schützt weiterhin die Gesellschaft. Sie findet aber in § 1 S. 1 InsO und der Pflichtwidrigkeit von insolvenzzweckwidrigen Handlungen eine Grenze. Der Insolvenzverwalter ist grundsätzlich¹⁴⁸¹ zur vorläufigen Fortführung des Unternehmens bis zum Berichtstermin verpflichtet.¹⁴⁸² Im Berichtstermin gemäß § 156 InsO entscheidet die Gläubigerversammlung nach Informierung durch den Insolvenzverwalter, über den Fortgang des Verfahrens, § 157 InsO. Die Gläubigerversammlung entscheidet nach dem Prinzip der Gläubigerautonomie¹⁴⁸³ über den Fortgang des Verfahrens in Form der Liquidation, der übertragenden oder fortführenden Sanierung.¹⁴⁸⁴ Die Fortführung des Unternehmens ist „betriebswirtschaftlich sinnvoll, volkswirtschaftlich erwünscht und juristisch geboten, wenn der Wert des Unternehmens im Fall der Fortführung größer ist als bei einer Liquidation.“¹⁴⁸⁵ Der Insolvenzverwalter und die Gläubiger unterliegen keiner Pflicht, sich um eine Sanierung der Gesellschaft zu bemühen. Die grundsätzliche Pflicht des Insolvenzverwalters, das Unternehmen vorläufig fortzuführen,¹⁴⁸⁶ dient ebenso wie die Pflicht, die Ursachen für die wirtschaftliche Lage zu erforschen und Möglichkei-

Schluck-Amend/Walker, GmbHR 2001, 375, 376, 378; für die AG: *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 152; *Schuster*, ZGR 2010, 325, 331.

¹⁴⁷⁹ Vgl. § 7 C. II. 1. f).

¹⁴⁸⁰ Vgl. *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 161; für die GmbH: *Roßkothen*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld, S. 117; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 376, 378; für die AG: *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 152; *Schuster*, ZGR 2010, 325, 331.

¹⁴⁸¹ Zu Ausnahmen: *Karsten Schmidt/Jungmann* InsO § 158 Rn. 1 f.; vgl. *Westrick*, NZI 2003, 65.

¹⁴⁸² *Karsten Schmidt/Jungmann* InsO § 158 Rn. 1.

¹⁴⁸³ Hierzu *Neumann*, Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren, S. 1 ff.; *Uhlenbruck/Pape* § 1 InsO Rn. 3, 13.

¹⁴⁸⁴ *Bitzer* in: *Kindler/Nachmann/Bitzer*, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 197; vgl. *MüKo InsO/Ganter/Bruns*, § 1 Rn. 56; *Karsten Schmidt/Jungmann* InsO § 158 Rn. 1; *MünchHdB GesR III/Oberle* § 66 Rn. 32; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 422; *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 64.

¹⁴⁸⁵ *Uhlenbruck/Pape* § 1 InsO Rn. 4; vgl. *MüKo InsO/Ganter/Bruns*, § 1 Rn. 44; *Eidenmüller*, ZHR 175 (2011), 11, 16; *Jaffé*, ZHR 175 (2011), 38, 52.

¹⁴⁸⁶ *Karsten Schmidt/Jungmann* InsO § 158 Rn. 1.

ten für eine (Teil-)Fortführung des Unternehmens zu erarbeiten und vorzustellen (§ 156 I InsO) dazu, den Gläubigern die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens zu ermöglichen und diese Entscheidung nicht vorwegzunehmen. Entscheiden sich die Gläubiger endgültig gegen eine Sanierung, sind dieser in aller Regel keine Erfolgsaussichten mehr zuzusprechen. In diesem Fall endet die Sanierungsbemühenspflicht der Geschäftsleiter.

Hinsichtlich des „Wie“ der Sanierung in Form der groben Vorgehensweise muss der Insolvenzverwalter im Berichtstermin über die wirtschaftliche Lage und die Insolvenzursachen berichten sowie die Sanierungsaussichten, die Möglichkeit eines Insolvenzplans und die Folgen darlegen, § 156 I InsO. Die Sanierungsbemühungen obliegen primär dem Insolvenzverwalter bzw. den Gläubigern.¹⁴⁸⁷ Letztere können insbesondere gemäß §§ 57, 59 InsO durch Wahl und Entlassung des Insolvenzverwalters auf die Sanierung einwirken, da eine Sanierung einen besonders erfahrenen sowie qualifizierten Insolvenzverwalter erfordert, der weniger als Zwangsvollstreckungsorgan, sondern vielmehr als Unternehmer handelt.¹⁴⁸⁸

Hinsichtlich der konkret geplanten Sanierungsmaßnahmen muss für jede einzelne Sanierungsmaßnahme entschieden werden, in wessen Kompetenzbereich sie fällt. Die von der InsO gewährten Möglichkeiten richten sich, wenn sie einen Adressaten haben, an den Insolvenzverwalter. Bei der Vornahme von Sanierungsbemühungen kann wegen §§ 160, 161 InsO die Mitwirkung des Gläubigerausschusses/der Gläubigerversammlung erforderlich sein. Eine Sanierung des von der GmbH/AG geführten Unternehmens in betriebswirtschaftlicher und finanzwirtschaftlicher Hinsicht kann vom Insolvenzverwalter ohne Mitwirkung und sogar ohne Billigung der Gesellschafter durchgeführt werden.¹⁴⁸⁹ Die gesellschaftsrechtliche Reorganisation in Form von Satzungsänderungen erfordert aber die Beteiligung von Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung.¹⁴⁹⁰ Insbesondere für die gesellschaftsrechtlichen Kapitalmaßnahmen sind diese zum

¹⁴⁸⁷ *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 198; vgl. *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 423.

¹⁴⁸⁸ *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 423.

¹⁴⁸⁹ *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1877.

¹⁴⁹⁰ *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1877.

größten Teil weiterhin zuständig.¹⁴⁹¹ Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Sanierungsherrschaft von der Gesellschaft und ihren Organen zu den Gläubigern und deren Akteuren verlagert.¹⁴⁹²

b) Durchführung der Sanierung

Der Insolvenzverwalter übernimmt die Unternehmensfortführung und „die Wahrung von Sanierungschancen durch das Ergreifen möglicher und sinnvoller Maßnahmen“¹⁴⁹³. Er muss eine Sanierungsprüfung vornehmen und deren Ergebnisse im Berichtstermin erläutern, vgl. § 156 I 2 InsO.¹⁴⁹⁴ Entscheidet sich die Gläubigerversammlung für eine Sanierung, muss er deren Durchführung übernehmen. Im Regelverfahren hat der Geschäftsleiter nur begrenzte Möglichkeiten, um seiner Sanierungsbemühenspflicht nachzukommen. Er muss alle ihm verbliebenen Kompetenzen einsetzen. Die Sanierungsbemühenspflicht kann im Einzelfall zur Inanspruchnahme von Rechten im Insolvenzverfahren verpflichten.¹⁴⁹⁵ So muss er im Berichtstermin durch eine Stellungnahme gemäß § 156 II 1 InsO grundsätzlich eine Einflussnahme auf die Entscheidung über das „Ob“ der Sanierung versuchen. Auch kann er dazu verpflichtet sein, angemeldete Forderungen im Prüfungstermin zu bestreiten (§ 176 S. 2 InsO) oder einen Antrag auf Unterlassung der Stilllegung des Unternehmens (§ 158 II 2 InsO) sowie auf vorläufige Untersagung besonders bedeutsamer Rechtshandlungen (§ 161 S. 2 InsO) zu stellen.¹⁴⁹⁶ Der Geschäftsleiter darf aber nichts tun, was dem Insolvenzweck zuwiderläuft. Wird eine Sanierung beabsichtigt, ist er zur Mitarbeit verpflichtet.¹⁴⁹⁷ Die Zusammenarbeit zwischen Insolvenzverwalter und

¹⁴⁹¹ Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 100 ff.; für die vereinfachte Kapitalherabsetzung, Baumbach/Hueck/Zöllner/Kersting GmbHG § 58a Rn. 5; vgl. Noack, ZIP 2002, 1873, 1877.

¹⁴⁹² Vgl. Litzenberger, Sanierungspflichten in der Krise, S. 68; Madaus, NZI 2011, 622, 623.

¹⁴⁹³ Kautzsch, Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, S. 138.

¹⁴⁹⁴ Vgl. Friedrich/Flinthrop, DB 2003, 223, 224; ferner Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 420.

¹⁴⁹⁵ Vgl. Uhlenbruck/Zipperer § 101 InsO Rn. 12.

¹⁴⁹⁶ Uhlenbruck/Zipperer § 101 InsO Rn. 12.

¹⁴⁹⁷ Vgl. § 7 C. I. 2.

Geschäftsleiter ist gerade bei einer fortführenden Sanierung wichtig.¹⁴⁹⁸

2. Insolvenzrechtliche Eigenverwaltung

Die insolvenzrechtliche Eigenverwaltung wird selbst als Sanierungsinstrument bezeichnet.¹⁴⁹⁹ Bei der Sanierung des Unternehmens und insbesondere seines Rechtsträgers¹⁵⁰⁰ handelt es sich auch regelmäßig um das Ziel der in Eigenverwaltung geführten Insolvenzverfahren.¹⁵⁰¹ Die Eigenverwaltung eignet sich gerade für die Vornahme einer unternehmenserhaltenden Sanierung, da dem Know-how und der Leistungsbereitschaft des Schuldners hierbei die größte Bedeutung zukommt.¹⁵⁰² Die Sanierung ist aber weiterhin kein Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Erreichung der gleichmäßigen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, § 1 InsO.¹⁵⁰³

a) Entscheidungskompetenz

Die Einleitung des Insolvenzverfahrens in Form der Eigenverwaltung liegt in den Händen der Gesellschaft. Auch im eröffneten Eigenverwaltungsverfahren sind es aber die Gläubiger, die die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens im Berichtstermin treffen, §§ 156, 157 InsO. Möglich ist die Entscheidung für die Liquidation, für eine weitere vorläufige Betriebsfortführung bis zum

¹⁴⁹⁸ Für die GmbH: *Steffan* in *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 38 Rn. 88.

¹⁴⁹⁹ *Vallender*, DB 2015, 231; vgl. *Haas* in FS *Stürmer*, 749, 751; *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 21; *Buchta/Ott*, ZInsO 2015, 288; *Haas*, NZG 2012, 961, 962; *Henkel*, ZIP 2015, 562, 571; *Hofmann*, ZIP 2007, 260; *Jaffé*, ZHR 175 (2011), 38, 54; ferner BGH, Urt. v. 26.4.2018 - IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125, 2131 Rz. 60; *Vallender*, WM 1998, 2129, 2136 ff.; kritisch *Flöther*, ZIP 2012, 1833, 1834, 1841.

¹⁵⁰⁰ *Lau*, DB 2014, 1417, 1423.

¹⁵⁰¹ *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 1020; *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 13; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 565; vgl. *Lau*, DB 2014, 1417, 1423.

¹⁵⁰² *Schlegel*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, S. 51; vgl. *Prütting* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 1 InsO Rn. 37; schwächer *MüKo InsO/Ganter/Bruns*, § 1 Rn. 90; ferner *Madaus*, KTS 2015, 115, 119.

¹⁵⁰³ Vgl. § 8 C.; *Kerz*, DStR 2012, 204, 208.

Termin der nächsten Gläubigerversammlung sowie für die Sanierung.¹⁵⁰⁴

Aus der Pflicht, das schuldnerische Vermögen im Interesse der Gläubiger zu verwalten und zu verwerten, folgen im Rahmen der Reaktion auf die Krise einige Aufgaben und Handlungsanweisungen. Zunächst obliegt die Vorbereitung der Entscheidung der Gläubiger über den Fortgang des Verfahrens den Geschäftsleitern. *Brüinkmans* verneint eine Pflicht zur Vornahme eines auf eine übertragende Sanierung abzielenden M&A-Prozesses, wenn das in Eigenverwaltung geführte Insolvenzverfahren wegen drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnet wurde.¹⁵⁰⁵ Diese Ansicht weicht den Grundsatz der gleichmäßigen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung zu Gunsten einer unternehmenserhaltenden Sanierung auf. Das Ziel der gleichmäßigen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung dominiert aber auch in der Eigenverwaltung. Eine Unterscheidung zwischen auf drohender Zahlungsunfähigkeit und auf Zahlungsunfähigkeit und bzw. oder Überschuldung beruhenden Verfahren sieht das Gesetz innerhalb des eröffneten Insolvenzverfahrens des Weiteren nicht vor. Dies ist de lege lata hinzunehmen. Die Auffassung ist daher abzulehnen.

Der Schuldner und mit ihm seine Geschäftsleiter müssen ihr Verhalten an der im Berichtstermin getroffenen Entscheidung ausrichten.¹⁵⁰⁶ Soll eine Sanierung durchgeführt werden, steuern Geschäftsführer/Vorstand die Sanierungsschritte im Rahmen der Eigenverwaltung unter Aufsicht sowie teilweiser Mitwirkung von Insolvenzgericht, Gläubigerausschuss und Sachwalter weitestgehend eigenverantwortlich.¹⁵⁰⁷ Sie müssen erfolgversprechende Sanierungsmaßnahmen vornehmen¹⁵⁰⁸ und sind zur bestmöglichen Wahrnehmung sich bietender Sanierungschancen verpflichtet.¹⁵⁰⁹

Hinsichtlich der konkret geplanten Sanierungsmaßnahmen muss für jede einzelne Sanierungsmaßnahme entschieden werden, in wessen Kompetenzbereich sie fällt. Die Sanierungsinstrumente der Insol-

¹⁵⁰⁴ *Huhn*, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Rn. 624.

¹⁵⁰⁵ HK-InsO/*Brüinkmans* § 270 Rn. 32.

¹⁵⁰⁶ *Huhn*, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Rn. 624.

¹⁵⁰⁷ Für die GmbH: vgl. *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2236; für GmbH und AG: vgl. *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 14.

¹⁵⁰⁸ Vgl. *Bierbach*, in: Kübler, HR1, § 11 Rn. 80; *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, S. 14.

¹⁵⁰⁹ Vgl. *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 854; *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100.

venzordnung obliegen in der Eigenverwaltung dem Geschäftsleiter und dem Sachwalter. Kapitalmaßnahmen in Form der vereinfachten Kapitalherabsetzung und der Kapitalerhöhung obliegen weiterhin der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung.¹⁵¹⁰ Die Holzmüller-Gelatine-Grundsätze gelten im Eigenverwalterbereich aufgrund des gewandelten Zwecks nicht mehr.¹⁵¹¹ Auch § 179a AktG ist nicht mehr anzuwenden.¹⁵¹²

b) Durchführung der Sanierung

Die Berichts- und Darlegungspflichten aus § 156 I InsO sind Aufgabe des eigenverwaltenden Schuldners und damit der Geschäftsleiter. Als Verwalter und Verwerter des schuldnerischen Vermögens müssen sie für den Berichtstermin eine Sanierungsprüfung vornehmen, vgl. § 156 I 2 InsO. Im Falle einer Entscheidung der Gläubigerversammlung für die Sanierung muss die Geschäftsleitung die Sanierung betreiben.

Den eigenverwaltenden Geschäftsleiter treffen finanzwirtschaftliche, unternehmensstrukturelle, strategische und insolvenzspezifische Aufgaben.¹⁵¹³ Finanzwirtschaftliche Aufgaben umfassen den Kapitalaufbau respektive die Sicherstellung der Liquidität, insbesondere durch die Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes, die Aufnahme von Massedarlehen, den Einzug von Forderungen, die Steuerung des Kapitalflusses mittels Eingehung von Masseverbindlichkeiten und einer Kontrolle der Ausgaben sowie mittels Abstimmung i.S.v. § 275 I InsO mit dem Sachwalter.¹⁵¹⁴ Unternehmensstrukturell kommen beispielsweise die Beendigung unrentabler Verträge und die Reduzierung des Personals in Betracht.¹⁵¹⁵ In strategischer Hinsicht sind Verhandlungen mit den bisherigen und mit den potentiell

¹⁵¹⁰ Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 166; Noack, ZIP 2002, 1873, 1878 f.; vgl. Hess/Ruppe, NZI 2002, 577, 580.

¹⁵¹¹ Karsten Schmidt/Undritz InsO § 270 Rn. 19; vgl. Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 168.

¹⁵¹² Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 169; Noack, ZIP 2002, 1873, 1878.

¹⁵¹³ Für die GmbH: vgl. Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2236.

¹⁵¹⁴ Für die GmbH: Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2236; für GmbH und AG: ferner, Bierbach, in: Kübler, HR1, § 11 Rn. 80.

¹⁵¹⁵ Für die GmbH: Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2236; für GmbH und AG: vgl. Hofmann, Eigenverwaltung, Rn. 481.

wichtigen Vertragspartnern vorzunehmen.¹⁵¹⁶ Insolvenzspezifische Aufgaben sind unter anderem in der kontinuierlichen Überprüfung der Liquidität, der Ausarbeitung eines Insolvenzplans (§ 284 InsO), im Debitoren- sowie Kreditorenmanagement, der Kooperation mit Insolvenzgericht, Sachwalter und Gläubigerausschuss und der Sozialplanerstellung zu sehen.¹⁵¹⁷ Sanierungsinstrumentarien der InsO können in Zusammenarbeit mit dem Sachwalter genutzt werden, vgl. §§ 279, 280, 282 InsO.¹⁵¹⁸ Im Insolvenzverfahren sind Sanierungsmaßnahmen zur Bestandssicherung, Liquiditätsgewinnung und Aufwandssenkung möglich.¹⁵¹⁹ In den Dienst der Bestandssicherung gestellt ist § 107 II InsO, der es ermöglicht, die Ausübung des Wahlrechts hinsichtlich der Erfüllung gegenseitiger Verträge nach § 103 InsO erst unverzüglich nach dem Berichtstermin abzugeben und den betroffenen Gegenstand bis zu diesem Zeitpunkt zu nutzen.¹⁵²⁰ Gleiches gilt für den die Ausübung der vorhandenen Absonderungsrechte durch das Verwertungsrecht begrenzenden § 166 InsO.¹⁵²¹ Bestandssichernd sind des Weiteren die Rückschlagsperre gemäß § 88 InsO, die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 89 InsO, §§ 30d I Nr. 2, 153b ZVG, und die Kündigungssperre aus § 112 Nr. 1 InsO.¹⁵²² Eine Liquiditätsverbesserung kann zunächst durch Kapitalmaßnahmen, insbesondere einen Kapitalschnitt und Kapitalerhöhungen durch Umwandlung von Forderungen der Gläubiger in Kapital, herbeigeführt werden.¹⁵²³ Fremdkapital kann durch Sanierungskredite beschafft werden.¹⁵²⁴ Die Gewährung kurz-

¹⁵¹⁶ Für die GmbH: *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2236; für GmbH und AG: ferner, *Bierbach*, in: Kübler, HRI, § 11 Rn. 80.

¹⁵¹⁷ Für die GmbH: *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2236; für GmbH und AG: vgl. *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 481.

¹⁵¹⁸ Vgl. *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 481; *Vallender*, WM 1998, 2129, 2137.

¹⁵¹⁹ *Kautzsch*, Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, S. 97; vgl. *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 427 ff.

¹⁵²⁰ Vgl. *Kautzsch*, Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, S. 98 ff.; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 427.

¹⁵²¹ Vgl. *Kautzsch*, Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, S. 98 ff.; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 427.

¹⁵²² Vgl. *Kautzsch*, Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, S. 105 ff.; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 427.

¹⁵²³ Vgl. *Kautzsch*, Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, S. 110 ff.; ferner BGH, Urt. v. 9.2.1998 - II ZR 278/96 = BGHZ 138, 71 ff. = NJW 1998, 2054 ff.; *Bork*, Einführung Insolvenzrecht, Rn. 428; zur vereinfachten Kapitalherabsetzung, *Baumbach/Hueck/Zöllner/Kersting* GmbHG § 58a Rn. 5.

¹⁵²⁴ Vgl. *Bork*, Einführung Insolvenzrecht, Rn. 430.

und mittelfristig erforderlicher Darlehen durch Dritte wird durch eine Einordnung als Masseverbindlichkeit gemäß § 55 I Nr. 1 InsO und die Haftung aus § 61 InsO attraktiver.¹⁵²⁵ Bei aufwandssenkenden Maßnahmen handelt es sich um Kündigungen des Personals (§§ 113, 125, 126 InsO) sowie von Betriebsvereinbarungen (§ 120 InsO) und Umstrukturierungen in Form von Betriebsänderungen gemäß § 111 BetrVG, vgl. §§ 121, 122 InsO.¹⁵²⁶ Diese lassen sich vereinfacht durchführen.¹⁵²⁷ Eine fortführende Sanierung ermöglicht insbesondere die Auffüllung der noch vorhandenen Masse durch Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO oder mittels Prozessen gemäß §§ 92, 93 InsO.¹⁵²⁸

Aufgrund der starken Abhängigkeit von den Gläubigern ist die (Vor-)Kommunikation insbesondere bei der Eigenverwaltung unerlässlich.¹⁵²⁹ Mithilfe eines mit dem Sachwalter abgestimmten und regelmäßig aktualisierten Kommunikationskonzepts sollen die wesentlichen Beteiligten in die Sanierung eingebunden werden.¹⁵³⁰ Je nach Größe des Verfahrens und Präsenz in den Medien ist eine mit dem Sachwalter abgestimmte (pro)aktive Pressearbeit zu betreiben.¹⁵³¹ Die Kenntnisse des Geschäftsleiters über die Gesellschaft und die Branche in der sie tätig ist, seine Erfahrungen sowie die persönlichen Beziehungen zu den Vertragspartnern können ebenso in den Dienst der Sanierung gestellt werden, wie die Möglichkeiten, die das Insolvenzverfahren bietet. Die Eigenverwaltung kombiniert folglich Vorteile einer außergerichtlichen Sanierung mit Vorzügen einer Sanierung in der Insolvenz.

¹⁵²⁵ Vgl. *Kautzsch*, Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, S. 117 ff.; ferner *Bork*, Einführung Insolvenzrecht, Rn. 430.

¹⁵²⁶ Vgl. *Kautzsch*, Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, S. 131 ff.; ferner *Bork*, Einführung Insolvenzrecht, Rn. 432.

¹⁵²⁷ Vgl. *Kautzsch*, Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, S. 144.

¹⁵²⁸ Vgl. Karsten Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 1 Rn. 6; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 427.

¹⁵²⁹ Vgl. § 7 A. II. 3.; *Bierbach*, in: Kübler, HRI, § 11 Rn. 81; *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 510 f, 513; *Frind*, DB 2014, 165; ferner *Kessler*, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 91 ff; *Vallender*, DB 2015, 231, 232.

¹⁵³⁰ *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 510.

¹⁵³¹ *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 526 f.

II. Insolvenzplanverfahren

Das Insolvenzplanverfahren bietet die Möglichkeit einer anderen, aus wirtschaftlicher Sicht besseren Verwertung als das Regelinsolvenzverfahren.¹⁵³² Insolvenzpläne können als Fortführungspläne bzw. Sanierungspläne eine fortführende Sanierung, in Form von Übertragungsplänen bzw. Sanierungsplänen eine übertragende Sanierung und als Liquidationspläne eine Liquidation sowie eine Kombination dieser Verwertungsarten vorsehen.¹⁵³³ Das Insolvenzplanverfahren gilt als das universelle Werkzeug der Masseverwertung.¹⁵³⁴ Trotz der Offenheit des Insolvenzplanverfahrens für alle Verwertungsarten wird es selbst als Sanierungsinstrument¹⁵³⁵ bezeichnet. Ein Insolvenzplan bringt häufig Vorteile für die Gläubiger und oftmals ebenfalls für den Schuldner mit sich.¹⁵³⁶ So übersteigt die schlussendlich zu verteilende Insolvenzquote bei einem Insolvenzplan die Quote einer Abwicklung innerhalb eines Regelinsolvenzverfahrens in der Regel.¹⁵³⁷

¹⁵³² *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 193; vgl. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 158.

¹⁵³³ Vgl. Braun/Ludwig InsO § 1 Rn. 9; *Prütting* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 1 InsO Rn. 24; Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO § 1 Rn. 7; *Spliedt* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 8.5; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 367; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 158; *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 558, 560, 565; *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 19 f.; *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 22, 30 ff.; *Biehl*, InVo 1998, 237; *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 11; *Maus*, DStR 2002, 1104; *Picot/Aleth*, DSWR 1997, 260, 263; *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 379 f.

¹⁵³⁴ *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 193; vgl. *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 30; zurückhaltender, *Steffan* in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 118.

¹⁵³⁵ Karsten Schmidt/K. Schmidt InsO § 1 Rn. 8; *Haas* in FS Stürmer, 749, 751; *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 21; *Eidenmüller*, NJW 2014, 17; *Haas*, NZG 2012, 961, 962; *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353; vgl. MüKo InsO/Eidenmüller, § 218 Rn. 139; *Mohaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, S. 179; *Biehl*, InVo 1998, 237; weitere Ausführungen finden sich in § 9.

¹⁵³⁶ Braun/Braun/Frank InsO § 218 Rn. 18.

¹⁵³⁷ *Buchalik*, ZInsO 2015, 484, 487; durchschnittlich 28 %, *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1931.

1. Entscheidungskompetenz

Die Vorlage eines Insolvenzplans ändert nichts daran, dass im Berichtstermin gemäß § 157 InsO die Gläubiger über den Fortgang des Verfahrens und damit über die Vornahme einer Sanierung, einer übertragenden Sanierung oder einer Liquidation entscheiden.¹⁵³⁸ Die Qualität eines vorgelegten originären Schuldnerplans ist aber gemeinsam mit der Stellungnahme des Insolvenzverwalters für diese Entscheidung meist ausschlaggebend.¹⁵³⁹ Der gleiche Stellenwert ist auch den anderen Plänen zuzusprechen.

Für das Wirksamwerden eines Insolvenzplans sind erforderlich, die Annahme durch die Beteiligten (§§ 244 ff. InsO), die Zustimmung des Schuldners¹⁵⁴⁰ (§§ 247, 248 I InsO) und die Bestätigung des Insolvenzplans durch das Insolvenzgericht (§ 248 I InsO). Mit einer geschickten Gruppenbildung kann das Ergebnis der Abstimmung über die Annahme des Plans beeinflusst werden.¹⁵⁴¹ Die Gruppen sollten dergestalt gebildet werden, dass die Mehrheit zustimmt.¹⁵⁴² Es sollte eine ungerade Anzahl an Gruppen gebildet werden.¹⁵⁴³ Aus einer sicher für die Annahme abstimmenden Gruppe können zwei oder noch mehr Gruppen gebildet werden.¹⁵⁴⁴ Mit gruppenspezifischen Planregelungen i.S.d. § 226 I InsO sollte die Zustimmungswahrscheinlichkeit gesteigert werden.¹⁵⁴⁵ Über das Obstruktionsverbot des § 245 InsO können Zustimmungen der Gläubiger und Gesellschafter fingiert werden. Die Zustimmung nachrangiger Insolvenzgläubiger kann außerdem über § 246 InsO, die Zustimmung der Anteilsinhaber mittels § 246a InsO und die des Schuldners nach

¹⁵³⁸ *Litzenberger*, Sanierungspflichten in der Krise, S. 64; *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009, 2014.

¹⁵³⁹ Vgl. *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 566; *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009, 2014.

¹⁵⁴⁰ Widerspruchsberechtigt sind Geschäftsführer/Vorstand, MüKo InsO/Sinz, § 247 Rn. 7 f.; *Gutsche*, Die Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, Rn. 318.

¹⁵⁴¹ Vgl. *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 27; *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1931; *Mönnig/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 5.

¹⁵⁴² *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 27; *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 15.

¹⁵⁴³ *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 27; *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1931; ferner *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn.188.

¹⁵⁴⁴ *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 27; *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929, 1931.

¹⁵⁴⁵ *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 27.

§ 247 InsO fingiert werden. Gesonderte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung sind entbehrlich.¹⁵⁴⁶

Mit der Erstellung und Vorlage eines Insolvenzplans kann in großem Maße Einfluss auf das Insolvenzverfahren genommen werden. Durch die richtungweisenden Entscheidungen über den Fortgang des Verfahrens und die Annahme des Insolvenzplans liegt der Erfolg einer Sanierung aber letztlich in den Händen der Gläubiger. Eingereichte Insolvenzpläne stellen folglich lediglich Vorschläge dar.

2. Durchführung der Sanierung

Ein Insolvenzplan besteht aus einem darstellenden und einem gestaltenden Teil, § 219 S. 1 InsO. § 220 InsO legt den Inhalt des darstellenden Teils fest. Er muss insbesondere eine Bestandsaufnahme hinsichtlich der Vermögens-, Finanz- sowie Ertragslage, die Mitteilung der Art der Verwertung, eine Vergleichsrechnung (mit dem SanInsFoG wird eine Vergleichsrechnung ausdrücklich gefordert, vgl. § 220 II 2 InsO-RegE) und im Falle einer Sanierung das Sanierungskonzept beinhalten.¹⁵⁴⁷ § 221 InsO beschreibt den gestaltenden Teil und wird durch die §§ 222 ff. InsO konkretisiert.¹⁵⁴⁸ Die Regelungen über den Insolvenzplan bieten umfangreiche Gestaltungsmöglichkeiten.¹⁵⁴⁹ Die Regelungsmacht reicht in die gesellschaftsrechtlichen Kernbereiche hinein.¹⁵⁵⁰ Laut § 225a II, III InsO kann der Insolvenzplan die Fortsetzung der aufgelösten GmbH/AG, einen Debt-Equity-Swap, die Übertragung von Anteilen, Kapitalherabsetzungen oder -erhöhungen, die Leistung von Sacheinlagen, den Aus-

¹⁵⁴⁶ Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 308; vgl. §§ 235 ff. InsO, Madaus, ZIP 2012, 2133, 2137; ferner Meyer, ZInsO 2013, 2361, 2363; a.A. für die AG: Kessler, Die AG in der Eigenverwaltung, S. 228 f., 327; vgl. Ott/Braukmann, ZIP 2004, 2117, 2122.

¹⁵⁴⁷ Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 370 ff.; Götker, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 555 ff.; vgl. Spliedt in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 8.7, 8.9 f.; Rendels/Zabel, Insolvenzplan, Rn. 9, 19, 115, 122 ff., 138 ff.; Vasilev, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 23 f.

¹⁵⁴⁸ Rendels/Zabel, Insolvenzplan, Rn. 286.

¹⁵⁴⁹ Braun/Ludwig InsO § 1 Rn. 8; Hermann/Zistler, ZInsO 2018, 10, 11; Vallender, WM 1998, 2129, 2137; vgl. Braun/Braun/Frank InsO § 218 Rn. 18; Vasilev, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 21 f.

¹⁵⁵⁰ Eidenmüller, NJW 2014, 17; Madaus, ZIP 2012, 2133, 2139.

schluss von Bezugsrechten¹⁵⁵¹ und die Zahlung von Abfindungen an ausscheidende Anteilsinhaber beinhalten. Stundungen, Erlasse, ein Sicherheitentausch (etc.) können ebenso geregelt werden wie Abnahmezusagen durch Kunden sowie Zugeständnisse von Betriebsrat und Arbeitnehmern.¹⁵⁵² Es sind jegliche Strukturmaßnahmen zulässig.¹⁵⁵³ Es können gesellschaftsrechtlich als Grundlagengeschäfte zu qualifizierende Geschäfte zum Inhalt des Insolvenzplans werden.¹⁵⁵⁴

Die Möglichkeit der Einbeziehung von Geschäften, die im Regelverfahren und in der Eigenverwaltung dem Gemeinschuldnerbereich sowie dem konkursfreien Bereich angehören, ist umstritten aber zu bejahen, da das Insolvenzplanverfahren gerade abweichende Regelungen ermöglicht, vgl. § 1 InsO.¹⁵⁵⁵

Maßnahmen können im Insolvenzplan teilweise unter vereinfachten Voraussetzungen verwirklicht werden. Formelle Anforderungen richten sich weitestgehend nach der InsO.¹⁵⁵⁶ § 254a InsO fingiert die Einhaltung der Form von im Insolvenzplan aufgenommenen Willenserklärungen.¹⁵⁵⁷ Die §§ 160, 163 InsO sind nicht anwendbar, wenn die Rechtshandlungen Teil des Plans sind, da innerhalb des Planverfahrens über diese eine Abstimmung der Gläubigerversammlung stattfindet.¹⁵⁵⁸ Erleichtert sind insbesondere der Formwechsel,

¹⁵⁵¹ Zur Kombination mit einer Kapitalherabsetzung auf Null, *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 258 ff.; *K. Schmidt*, ZIP 2012, 2085 ff.; ferner *Schäfer*, ZIP 2014, 2417 ff.

¹⁵⁵² *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 99; vgl. *Spliedt* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 8.20; *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 24; *Ehlers*, DStR 2010, 2523, 2526.

¹⁵⁵³ *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 230; vgl. *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 237, 241; *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121, 128.

¹⁵⁵⁴ *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 230; vgl. *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 237.

¹⁵⁵⁵ Für die Einbeziehung des andernfalls den Gesellschaftern verbleibenden Kompetenzkatalogs: *Hölzle*, in: Kübler, HRI, § 31 Rn. 20 ff.; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 236 ff.; *Haas*, NZG 2012, 961, 963 f.; a.A. Einbeziehung nur der Kompetenzen der Alt-Gesellschafter, *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 241; *Madaus*, ZIP 2012, 2133, 2137.

¹⁵⁵⁶ Für Kapitalmaßnahmen, *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 307; für „einen über das Mitgliedschaftsrecht verfügenden Beschluss“, *Haas*, NZG 2012, 961, 964 f. *Madaus*, ZIP 2012, 2133, 2137.

¹⁵⁵⁷ *Uhlenbruck/Lüer/Streit* § 218 InsO Rn. 1.

¹⁵⁵⁸ *Webel* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 163 InsO Rn. 3; vgl. Karsten Schmidt/Jungmann InsO § 163 Rn. 6.

die Ausgliederung und die Verschmelzung nach dem UmwG.¹⁵⁵⁹ Außerdem enthalten die §§ 217 ff. InsO weitere Regelungen, die eine Sanierung erleichtern. § 225a IV InsO entzieht change-of-control-Klauseln ihre Wirkung. § 225a V InsO begrenzt die Höhe des Abfindungsanspruchs und gewährt die Möglichkeit einer Stundung für eine Dauer von bis zu drei Jahren, wenn Anteilsinhaber von ihrem Austrittsrecht Gebrauch machen. Die Deckung des Kreditbedarfs in der Anlaufphase erleichtert § 264 InsO. Ohne anderweitige Bestimmung im Insolvenzplan gelten die Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger als erlassen (§ 225 InsO) und der Schuldner wird gemäß § 227 I InsO von seinen restlichen Verbindlichkeiten befreit, vgl. § 254 II 2 InsO. Insolvenzzurechtlich wird der Planinhalt durch § 1 InsO begrenzt.¹⁵⁶⁰ Stets ist zu gewährleisten, dass keiner der Beteiligten schlechtergestellt wird, als er ohne einen Insolvenzplan stünde, vgl. § 251 I Nr. 2, II InsO.¹⁵⁶¹ Die Wirkungen des Plans treten für und gegen alle Beteiligten ein, § 254 I InsO. Dies gilt auch für diejenigen, die dem Plan widersprochen oder sich am Verfahren überhaupt nicht beteiligt haben, § 254b InsO.

Das Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger ist für die erfolgreiche Durchführung eines Insolvenzplanverfahrens unerlässlich.¹⁵⁶² Mit dem Insolvenzplan geht aufgrund des (weitgehenden) Konsenses der Beteiligten sowie der Kontinuität eine positive Außenwirkung einher.¹⁵⁶³ Bereits die Ausübung des Vorlagerechts soll die negativen Auswirkungen eines Insolvenzantrags mindern.¹⁵⁶⁴ Unter Gebrauchmachung aller Möglichkeiten kann das Verfahren innerhalb von vier Wochen abgewickelt werden.¹⁵⁶⁵

¹⁵⁵⁹ *Madaus*, ZIP 2012, 2133, 2135 ff.; vgl. *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 237.

¹⁵⁶⁰ *Brünkmans/Uebele*, ZInsO 2014, 265, 272; *Meyer*, DB 2015, 538, 540.

¹⁵⁶¹ *Bitzer* in: *Kindler/Nachmann/Bitzer*, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 193; vgl. *Maus*, DSfR 2002, 1104.

¹⁵⁶² *Beck HdB GmbH/Axhausen/Rieser*, § 15 Rn. 120.

¹⁵⁶³ Vgl. *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 12.

¹⁵⁶⁴ *RegE InsO*, BT-Drucks. 12/2443, S. 196; vgl. *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 542.

¹⁵⁶⁵ *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 16; aber *Flöther*, ZIP 2012, 1833, 1839; *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 2; ferner *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 32, 35.

§ 9 Zwischenergebnis

Die Organstellung der Geschäftsleiter bleibt auch bei Vorliegen von Insolvenzgründen intakt. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit erweitert das Gesetz das Handlungsspektrum der Geschäftsleiter. Die materielle Insolvenz ist der Grund für die Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO und das Zahlungsverbot aus § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG sowie für den Wandel der Interessenausrichtung hin zu den Gläubigern. Im Insolvenzverfahren hängen Stellung, Interessenausrichtung und die Geschäftsleiterpflichten von der eingeschlagenen Verfahrensart ab. Während das Regelverfahren die Geschäftsleiterstellung weitestgehend auf eine Unterstützerrolle begrenzt und dem Geschäftsleiter nur Vorgänge, die generell masseneutral sind, die Wahrnehmung der vom Verfahren vorgesehenen Aufgaben und eine Zusammenarbeit im Überschneidungsbereich zuweist, geht die Eigenverwaltung insbesondere mit einer insolvenzrechtlichen Erweiterung seines Handlungsspielraums einher. Er übernimmt weitestgehend die Rolle des Insolvenzverwalters und wird als mittelbarer Eigenverwalter zum insolvenzrechtlichen „Organ“ der Gläubigergemeinschaft. Die Geschäftsleiterrolle erfährt in der Eigenverwaltung eine Spaltung. Im Insolvenzplanverfahren setzt sich die jeweilige Stellung fort. Im Regelverfahren muss der Geschäftsleiter sein Handeln an dem durch den Insolvenzszweck begrenzten Gesellschaftsinteresse ausrichten, in der Eigenverwaltung bleibt es in der Schuldnerrolle bei diesem Maßstab, während in der Eigenverwalterrolle die Gläubigerinteressen maßgeblich sind. Das Insolvenzplanverfahren bringt diesbezüglich keine Besonderheiten mit sich. Der Handlungsspielraum des Geschäftsleiters wird durch interne gesellschaftsrechtliche Pflichten und durch insolvenzrechtliche (Verfahrens-)Pflichten begrenzt.

Die Sanierungsbemühenspflicht bindet den Geschäftsleiter weiterhin. Bei materieller Insolvenz und im Insolvenzverfahren wird sie – in unterschiedlichem Ausmaß – durch die Gläubigerinteressen begrenzt. Ab dem Eintritt von Insolvenzgründen stellt sich die Frage, ob die Sanierung außergerichtlich fortgeführt oder eine Sanierung im Insolvenzverfahren vorgenommen werden soll oder muss. Während außergerichtliche und gerichtliche Sanierung bei drohender Zahlungsunfähigkeit ebenbürtige Alternativen darstellen, können sie bei

materieller Insolvenz nicht mehr als gleichwertige Optionen angesehen werden. Die Sanierung kann – wie aufgezeigt – im Regelverfahren, der Eigenverwaltung und mithilfe eines Insolvenzplans durchgeführt werden. Dem Regelverfahren wohnt das Risiko inne, dass der eingesetzte Insolvenzverwalter „aus Unkenntnis oder Scheu vor dem kaufmännischen Risiko einen nicht mehr umkehrbaren Prozess der Zerschlagung des Unternehmens in Gang setzt.“¹⁵⁶⁶ Faktische Nachteile des Regelverfahrens liegen in der mangelnden Planung.¹⁵⁶⁷ Sowohl eine zeitliche Vorplanung als auch eine inhaltliche Vorbereitung in Form von Unterhaltungen mit Stakeholdern und der Erarbeitung eines Sanierungskonzepts sind ausgeblieben.¹⁵⁶⁸ Eigenverwaltung und Insolvenzplan hingegen sind gerade auf die Vornahme einer Sanierung ausgelegt.¹⁵⁶⁹

Bemerkenswert ist, dass die Eigenverwaltung keine insolvenzrechtlichen Befugnisse gewährt, welche die Befugnisse des Insolvenzverwalters im Regelinsolvenzverfahren übersteigen. Die Kenntnisse und Erfahrungen der Geschäftsleitung können auch im Regelinsolvenzverfahren über die Auskunft-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten sowie eine Mitarbeitspflicht in den Dienst der Sanierung gestellt werden. Ihre Vorteile liegen aber darin, Geschäftsleiter und Gesellschafter zu einer frühzeitigen Insolvenzantragstellung (gemäß § 18 InsO) und damit zur Antragstellung zu einem Zeitpunkt zu bewegen, in welchem die Gesellschaft noch über ein gewisses Vermögen verfügt.¹⁵⁷⁰ Die Ausgangssituation für eine Sanierung wird hierdurch verbessert.¹⁵⁷¹ Außerdem sollte die Eigenverwaltung aufgrund der Anforderung der fehlenden Nachteiligkeit zu Beginn des Verfahrens (vgl. § 270 II Nr. 2 InsO) und des kontinuierlichen Ver-

¹⁵⁶⁶ *Westrick*, NZI 2003, 65; ferner *Jaffé*, ZHR 175 (2011), 38, 45, 49; *Liebig/Witt*, DB 2011, 1929.

¹⁵⁶⁷ Vgl. *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 196.

¹⁵⁶⁸ *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 196.

¹⁵⁶⁹ Vgl. *Prütting* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 1 InsO Rn. 37; für die Eigenverwaltung, *Schlegel*, ZIP 1999, 954 f.; für den Insolvenzplan, *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 156; *Biehl*, InVo 1998, 237 f.; *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103, 110.

¹⁵⁷⁰ Hierzu *Götker*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 594; *Jaffé*, ZHR 175 (2011), 38, 42 ff.; vgl. *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 86.

¹⁵⁷¹ Hierzu *Eidenmüller*, ZHR 175 (2011), 11, 17; *Jaffé*, ZHR 175 (2011), 38, 44 f.

trauens der Gläubiger während des Fortgangs des Verfahrens (vgl. § 272 I Nr. 1, 2 InsO, mit dem SanInsFoG § 272 I Nr. 3, 4 InsO-RegE) nicht vollständig¹⁵⁷² unter dem Stigma der Insolvenz leiden. Des Weiteren sind Kostenvorteile, die eine Fortführung erleichternde Kontinuität und die fehlende Einarbeitungszeit des Insolvenzverwalters anzuführen.

Als Vorteile eines Insolvenzplanverfahrens sind der erhebliche Gestaltungsspielraum des Planinhalts, die Möglichkeit der Durchsetzung des Plans ohne oder gegen den Willen einiger Beteiligten und etwaige erhebliche Zeitvorteile zu nennen. Auch das Insolvenzplanverfahren sollte die negative Außenwirkung des Insolvenzverfahrens begrenzen. Das Insolvenzplanverfahren dient gerade dazu, ein im Regelverfahren oder in Eigenverwaltung eröffnetes Insolvenzverfahren zu einem Ende und den Unternehmensträger zu einem Neuanfang zu führen. Eigenverwaltung¹⁵⁷³ und Regelverfahren stellen auf dem Weg der Sanierung dann nur Übergangsstadien dar.

Jeder Insolvenzfall ist auf die im Einzelfall am besten passende Verwertungsart¹⁵⁷⁴ und die am besten passende Verfahrensvariante hin zu prüfen. Vertrauen die Beteiligten dem Schuldner mehr als einem durch das Gericht noch einzusetzenden und damit noch unbekanntem Insolvenzverwalter, kann durch die Eigenverwaltung das Risiko der Einsetzung eines Sanierungen skeptisch gegenüberstehenden Insolvenzverwalters ausgeschlossen werden.¹⁵⁷⁵ Der Insolvenzplan eignet sich insbesondere, wenn der Unternehmensträger erhalten werden soll und wenn Blockadetendenzen bestehen. Bei dem Insolvenzplanverfahren wird es sich regelmäßig um das erfolgversprechendste Instrument zur Sanierung und Befriedigung der Gläubiger handeln. Eigenverwaltung und Insolvenzplan erhalten ihre Rollen als Sanierungsinstrumente gerade auch durch die Kombination miteinander sowie mit § 18 InsO.¹⁵⁷⁶ Eine solche Kombination

¹⁵⁷² Vgl. *Körner*, NZI 2007, 270, 273; a.A. vgl. *Hill*, ZInsO 2010, 1825, 1826; *Jaffé*, ZHR 175 (2011), 38, 44 f.

¹⁵⁷³ *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 130, 134 f.

¹⁵⁷⁴ Vgl. *Körner*, NZI 2007, 270, 274.

¹⁵⁷⁵ Vgl. *Westrick*, NZI 2003, 65.

¹⁵⁷⁶ Vgl. MüKo InsO/*Eidenmüller*, § 218 Rn. 66; FK-InsO/*Jaffé* § 218 Rn. 15; *Vasilev*, Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 31; *Eidenmüller*, NJW 2014, 17; *Körner*, NZI 2007, 270, 274, 276; *Vallender*, WM 1998, 2129, 2136; ferner *Bitzer* in: *Kindler/Nachmann/Bitzer*, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 195; *Steffan* in *Oppenländer/Tröltzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 140; *Vasilev*,

ebnet den Weg aus der Krise. Abschließend ist zu betonen, dass auch die Sanierungsinstrumente der InsO lediglich eine Rettungschance,¹⁵⁷⁷ nicht aber eine Garantie bieten können.

3. Abschnitt:

Leitlinien zur Operationalisierung vager Verhaltensmaßstäbe

In der vorliegenden Arbeit finden sich einige verbindliche Handlungsanweisungen an die Geschäftsleiter, die lediglich vage Verhaltensmaßstäbe vorgeben. So werden sie in einer *bestimmten* Situation zu (einer Art von) *geeignetem* Handeln oder bei (einer Art von) *Geeignetheit* zu einem *bestimmten* Handeln verpflichtet. Dem ersten Fall gehört die Sanierungsbemühenspflicht an, die ab Erkennbarkeit von Krisenanzeichen unverzüglich und unmittelbar zur Vornahme *erfolgversprechender* Sanierungsbemühungen verpflichtet. Sie verpflichtet zu aktivem Tätigwerden. Welche konkreten Sanierungsmaßnahmen vorzunehmen sind, gibt sie jedoch nicht vor. Vom zweiten Fall sind einige der aus der Sanierungsbemühenspflicht folgenden Pflichten zur Vornahme konkreter Maßnahmen erfasst. In der Literatur existiert eine große Vielfalt an Beschreibungen der Voraussetzungen für die Verengung der von der Insolvenzordnung insbesondere für die Sanierung zur Verfügung gestellten Rechte zu Pflichten.¹⁵⁷⁸ Die Pflicht zur Hinwirkung auf die Stellung eines fakultativen Insolvenzantrags (§ 18 InsO) greift ebenso wie die Pflicht zur Stellung bzw. Bemühung um die Stellung eines Antrags auf Einstellung des Verfahrens (§§ 212, 213 InsO), wenn es sich jeweils um den *erfolgversprechendsten* Weg handelt. Gleiches gilt hinsichtlich der Eigenverwaltung für die Pflicht zur Vorbereitung derselben, die Pflicht zur Hinwirkung auf die Antragstellung (§ 270 II Nr. 1 InsO) und die Pflicht zur Bemühung um die nachträgliche Anordnung der Eigenverwaltung (vgl. § 271 S. 1 InsO) sowie hinsichtlich des Insolvenzplans für die schuldnerische Planinitiativpflicht, die Pflicht zur Hinwirkung auf die Stellung eines Antrags auf Eröffnung des Schutzschirmverfahrens (§ 270b I InsO), die Pflicht zur Hinwirkung

Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, S. 21, 33; *Graf Brockdorff/Heintze/Rolle*, BB 2014, 1859, 1860; *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1875.

¹⁵⁷⁷ Für den Insolvenzplan, *Madaus*, NZI 2011, 622, 624.

¹⁵⁷⁸ Vgl. die jeweiligen, den einzelnen Rechten gewidmeten, Kapiteln.

auf die Vorlage eines Insolvenzplans (§ 218 I 1 InsO) und die Pflichten der Folgenverantwortung. Mit diesen zu Pflichten verengten Rechten wird die Sanierungsbemühenspflicht weiter ausgefüllt. Dennoch kann von konkreten Handlungsanweisungen aufgrund der Vagheit der Handlungsvorgaben (1. Fall) und der Auslöser (2. Fall) nicht die Rede sein. Dies macht die Handhabung dieser konstruierten Pflichten in der Praxis schwierig. Die Pflichterfüllung (ex ante) erweist sich für die Geschäftsleiter als nicht einfach. Die Vagheit führt außerdem dazu, dass die Feststellung der Verletzung einer solchen Pflicht (ex post), mit Ausnahme der Fälle von gänzlich unvertretbarem Handeln, erschwert ist.¹⁵⁷⁹ Der Nachweis eines aus einer solchen Pflichtverletzung folgenden Schadens fällt gleichsam schwer.¹⁵⁸⁰ Eine Haftung ist daher kaum denkbar.¹⁵⁸¹

Es stellt sich die Frage, ob sich die Unschärfe weiter ausfüllen lässt. Hierfür könnte die Betriebswirtschaftslehre bemüht werden. Mittels konkreter, greifbarer betriebswirtschaftlichen Kennzahlen und bzw. oder einem Fragenkatalog könnte eine stärkere Konkretisierung der Sanierungsbemühenspflicht erreicht werden. *Körner*¹⁵⁸² hat ein auch für die Geschäftsleiter interessantes dreistufiges „Entscheidungsmodell zur Prüfung, ob ein Eigenverwaltungsverfahren die bestmögliche Abwicklung der Insolvenz ermöglicht“¹⁵⁸³ (Hervorhebung entfernt), entwickelt. Im ersten Schritt ist hiernach zu ermitteln, ob der vorliegende Sachverhalt einen geeigneten Anwendungsfall darstellt, und anschließend, ob die erforderlichen Rahmenbedingungen einer Eigenverwaltung gegeben sind.¹⁵⁸⁴ Die Prüfung schließt mit der Beantwortung der Frage der Vorteilhaftigkeit des Eigenverwaltungsverfahrens für die Befriedigung der Gläubiger sowie der Ermittlung der Durchsetzbarkeit bei den Stakeholdern.¹⁵⁸⁵ Bei der Nutzung des Modells als Entscheidungshilfe für die Geschäftsleiter hinsichtlich der Fragen des „Ob“ einer Eigenverwaltung (Vorbereitung, Hinwir-

¹⁵⁷⁹ Vgl. für die Sanierungspflicht, *Veil*, ZGR 2006, 374, 380; ferner *Haas*, Gutachten E 66. DJT, E 114.

¹⁵⁸⁰ Für die Sanierungspflicht, *Veil*, ZGR 2006, 374, 380; zur Aufstellung eines Insolvenzplans bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, vgl. Fn. 599.

¹⁵⁸¹ Für eine aus § 43 GmbHG/§ 93 II AktG folgende Pflicht, einen Insolvenzplan vorzulegen, *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 428.

¹⁵⁸² *Körner*, NZI 2007, 270, 274 f.

¹⁵⁸³ *Körner*, NZI 2007, 270, 274 f.

¹⁵⁸⁴ *Körner*, NZI 2007, 270, 275.

¹⁵⁸⁵ *Körner*, NZI 2007, 270, 275.

kung auf die Antragstellung oder Bemühung um die nachträgliche Anordnung) muss für die Bestimmung der Vorteilhaftigkeit aber das (gegebenenfalls durch den Insolvenzzweck begrenzte) Gesellschaftsinteresse relevant sein. Ist ein geeigneter Anwendungsfall gegeben, liegen die erforderlichen Rahmenbedingungen vor und sind Vorteilhaftigkeit (die Einordnung als bestmöglicher Weg) und Durchsetzbarkeit zu bejahen, müsste eine Verengung zur Pflicht angenommen werden. Dieses Entscheidungsmodell lässt sich modifiziert auch auf die anderen insolvenzrechtlichen Rechte des Schuldners ausweiten. Die Prüfung muss dann wie folgt ablaufen: 1. Schritt: geeigneter Anwendungsfall, 2. Schritt: erforderliche Rahmenbedingungen, 3. Schritt: Vorteilhaftigkeit im (gegebenenfalls durch den Insolvenzzweck begrenzten) Gesellschaftsinteresse und Durchsetzbarkeit bei den Stakeholdern. Zur Ausfüllung der Kriterien der ersten beiden Schritte kann auf die Ausführungen in den Kapiteln der jeweiligen insolvenzrechtlichen Pflichten verwiesen werden. Die in der Praxis vorzufindenden Einzelfälle sind aber sehr unterschiedlich.¹⁵⁸⁶ Die Beurteilung des Vorliegens der verschiedenen Schritte kann schwerfallen. Dies gilt insbesondere für die Bestimmung der Vorteilhaftigkeit (im Vergleich zur Ausübung anderer Rechte), die für die hier aufgeworfene Frage der Verdichtung zur Pflicht bedeutend ist. Der Begriff der Vorteilhaftigkeit erfährt in den Ausführungen keine zufriedenstellende weitere Konkretisierung. Der Großteil der dort vertorteten Punkte ist bei Schritt 1 (beispielsweise abgeschlossene Vorbereitung der Eigenverwaltung/eines Insolvenzplans) oder Schritt 2 (beispielsweise unternehmerische Qualifikationen und Belastbarkeit der Geschäftsleitung) besser aufgehoben. Die angeführten Kriterien können nicht die Vorteilhaftigkeit der Eigenverwaltung garantieren, sondern sind Indizien oder Voraussetzungen gegen die Annahme einer Nachteiligkeit, vgl. § 270 II Nr. 2 InsO. Allein der angeführte Erhalt der Mitarbeiter kann als für die Vorteilhaftigkeit der Eigenverwaltung sprechend angesehen werden. Den „Auswirkungen auf Kunden-, Lieferanten- und Gläubigerverhältnis[se]“¹⁵⁸⁷ ist für die Vorteilhaftigkeit ebenfalls Relevanz zuzusprechen. Dem Begriff der Vorteilhaftigkeit kann daher kein weiterer Nutzen zugesprochen werden als dem in dieser Arbeit verwendeten Maßstab des *erfolgver-*

¹⁵⁸⁶ Vgl. Haas, Gutachten E 66. DJT, E 114.

¹⁵⁸⁷ Körner, NZI 2007, 270, 275.

sprechendsten Mittels. Gelingt es der Betriebswirtschaftslehre nicht, weitergehende, allgemeingültige Konkretisierungen zu leisten, muss die Unschärfe akzeptiert werden. Mit der Akzeptanz der Unschärfe muss dann auch der weitgehende Verzicht auf Sanktionen für Fehlverhalten hingenommen werden. Dann aber sind Sinn und Zweck dieser Pflichtenkonstruktionen in Frage zu stellen.

Statt einer Konzentration auf die Konstruktion vager Pflichten sollte der Fokus zur Bestimmung der aus der Sanierungsbemühenspflicht folgenden Verhaltensanweisungen an die Geschäftsleiter auf *prozedurale Kriterien* gelegt werden. Die Sanierungsbemühenspflicht greift, wenn Krisenanzeichen erkennbar sind. Die Geschäftsleiter müssen dann zunächst für einen ausreichenden einschlägigen *Sachverstand* sorgen und für den Fall, dass dieser nicht bereits durch das Geschäftsleitungsgremium selbst abgedeckt werden kann, (einen) Berater engagieren. Um die Grundlage für das weitere Vorgehen zu schaffen, müssen ein *Sanierungskonzept* aufgestellt und eine *Sanierungsprüfung* vorgenommen werden. Die Planungen müssen anschließend selbst umgesetzt werden oder, wenn die Beteiligung der anderen Gesellschaftsorgane erforderlich ist, muss auf deren *Umsetzung* hingewirkt werden. Die Sanierungsbemühenspflicht ergänzt die Einberufungspflicht bei Verlust des hälftigen Stammkapitals/Grundkapitals aus § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG um die Pflichten, bereits mit der Einberufung Reaktionsmöglichkeiten vorzustellen und in der Versammlung Vorschläge zur Sanierung zu unterbreiten. Das Sanierungskonzept muss stets aktuell gehalten und an neue Gegebenheiten angepasst werden.

Rückt der Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit näher und schließen die Gesellschafter die Insolvenzantragstellung nach § 18 InsO nicht kategorisch aus oder rückt der Eintritt jedenfalls eines der zwingenden Insolvenzantragsgründe näher, müssen die Möglichkeiten der Insolvenzordnung in die Planung einbezogen werden. Wird die Eröffnung des Insolvenzverfahrens darüber hinaus wahrscheinlich oder erweist sich eine außergerichtliche Sanierung als aussichtslos, sind Vorbereitungen für eine Sanierung im und mit den Mitteln des Insolvenzverfahrens zu treffen. Gleiches gilt, wenn die freie Sanierung wirtschaftlich nicht sinnvoll ist. Zur Feststellung des Eintritts der drohenden Zahlungsunfähigkeit verpflichtet nicht nur die Überwachungspflicht, sondern, damit keine Sanierungschan-

cen verpasst werden, auch die Sanierungsbemühenspflicht. Mit Eintritt der materiellen Insolvenz muss die Drei-Wochen-Frist des § 15a I 1 InsO zur Prüfung von, eine Ausnutzung dieses Zeitraums rechtfertigenden, außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen genutzt werden. Die Grundlage der Entscheidung bildet ein Sanierungsplan. Darf der Insolvenzantrag hiernach hinausgezögert werden, müssen diese Sanierungsmaßnahmen umgesetzt werden. Im Insolvenzverfahren äußert sich die Sanierungsbemühenspflicht in einer Mitarbeitspflicht. Die schuldnerseitigen Verfahrensrechte sind in den Dienst der Sanierung zu stellen.

Zu den Beteiligten ist ein *Informations- und Kommunikationssystem* zu pflegen, das das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft so weit wie möglich wahrt, aber gleichzeitig die Mitwirkung der Beteiligten an der Sanierung fördert. Während zu Beginn der wirtschaftlichen Lage regelmäßig die Geheimhaltung im Vordergrund steht, muss, sobald sich abzeichnet, dass die Sanierung nicht mehr allein durch gesellschaftsinterne Maßnahmen erreicht werden kann, mit der Hinzuziehung Dritter begonnen werden. Ist mit der Aufklärung eines Geschäftspartners bei Eingehung neuer Vertragsbeziehungen eine Gefährdung der Sanierung verbunden, konkretisiert sich die Sanierungsbemühenspflicht zu einem Aufklärungsverbot, wenn aussichtsreiche Sanierungsversuche unternommen werden. Dieses Verbot greift, bis der obligatorische Insolvenzantrag nicht mehr hinausgezögert werden darf. An den durch diese prozeduralen Kriterien abgesteckten Handlungsrahmen müssen sich die Geschäftsleiter halten.

2. Teil: Einzelfragen

§ 10 Geschäftsleiterpflichten im Insolvenzeröffnungsverfahren

A. Problemaufriss

Im Vorverfahren werden die Weichen für das gesamte Insolvenzverfahren gelegt.¹⁵⁸⁸ Das Insolvenzeröffnungsverfahren dient der Klärung des Vorliegens jedenfalls eines Insolvenzgrundes und des Vorhandenseins einer die Verfahrenskosten deckenden Masse. Es kann mehrere Monate andauern.¹⁵⁸⁹ Dieser Schwebezustand birgt Gefahren einer weiteren Schmälerung der Masse. Zur Verhütung einer den Gläubigern nachteiligen Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners (§ 21 I 1 InsO) kann diesem insbesondere gemäß § 21 II 1 Nr. 2 InsO ein allgemeines Verfügungsverbot mit der Folge eines faktischen Verlusts aller Rechte¹⁵⁹⁰ auferlegt oder ein Zustimmungsvorbehalt angeordnet werden. Im ersten Fall wird ein starker, im zweiten ein schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt, vgl. § 21 II 1 Nr. 1 InsO.

Hat der Schuldner neben dem Insolvenzantrag einen Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung gestellt und ist dieser als nicht offensichtlich aussichtslos einzuordnen, soll die Anordnung der eben geschilderten Sicherungsrechte ausbleiben, § 270a I 1 InsO. Voraussetzung hierfür ist eine sorgfältige Vorbereitung des Eröffnungs- und des Eigenverwaltungsantrags.¹⁵⁹¹ Die Gesellschaft befindet sich dann im Zustand der vorläufigen Eigenverwaltung. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners nach außen bleibt erhalten.¹⁵⁹² Die Aufgabenverteilung orientiert sich an der Verteilung der Kompe-

¹⁵⁸⁸ MüKo InsO/Ganter/Bruns, § 1 Rn. 80; Haas, ZHR 178 (2014), 603, 622, 625; Skauradzun/Spahlinger, DB 2015, 2559, 2263; Westrick, NZI 2003, 65, 71; Ströhm/Längsfeld, NZI 2013, 271, 274; ferner MüKo InsO/Kern, § 270 Rn. 27; Braun/Riggert InsO § 270 Rn. 14.

¹⁵⁸⁹ Bitzer in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 158; MAH Insolvenz/Heye § 39 Rn. 1; vgl. MAH GmbH-Recht/Schluck-Amend § 23 Rn. 264; Undritz, ZGR 2010, 201, 204.

¹⁵⁹⁰ Für die GmbH: Steffan in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 95; vgl. Uhlenbruck, GmbHR 1999, 390, 393.

¹⁵⁹¹ Lau, DB 2014, 1417; vgl. Rendels/Zabel, Insolvenzplan, Rn. 73.

¹⁵⁹² Vgl. Klinck, ZIP 2013, 853, 857.

tenzen im eröffneten Insolvenzverfahren.¹⁵⁹³ Der Schuldner muss sein Vermögen inventarisieren, sich um die Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes nach §§ 165 ff. SGB III kümmern, Eigentumsvorbehalte prüfen und die Liquiditätsplanung vornehmen.¹⁵⁹⁴

Fraglich ist, ob § 276a InsO im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung Anwendung findet. Gegen die analoge Anwendung des § 276a InsO werden systematische Erwägungen sowie die Verneinung einer planwidrigen Regelungslücke und eines praktischen Bedürfnisses angeführt.¹⁵⁹⁵ Die systematischen Erwägungen sind aber nicht zwingend.¹⁵⁹⁶ Außerdem wurde § 276a InsO eingeführt, um sicherzustellen, dass die gesellschaftsinternen Überwachungsorgane grundsätzlich keine stärkeren Einflussmöglichkeiten haben als im Regelverfahren. Im Regeleröffnungsverfahren haben die Überwachungsorgane – wie auch im eröffneten Verfahren – keine solchen Einwirkungsmöglichkeiten auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter. Die Rechtslage im Vorverfahren des Regelverfahrens entspricht praktisch der nach der Eröffnung.¹⁵⁹⁷ Eine solche Kontinuität sollte auch in den verschiedenen Stadien der Eigenverwaltung gewahrt werden. Die fehlende Anwendung in diesem sehr sensiblen Verfahrensabschnitt birgt außerdem das Risiko, dass die Norm „leer läuft“. ¹⁵⁹⁸ Aufgrund teleologischer Erwägungen und rechtspraktischen Aspekten ist die Norm im Eigenverwaltungseröffnungsverfahren somit jedenfalls analog anzuwenden.

Als mittelbare vorläufige Eigenverwalter haften die Geschäftsleiter – wie auch im eröffneten Verfahren – gemäß §§ 60, 61 InsO analog (vgl. § 276a III InsO-RegE des SanInsFoG-RegE).¹⁵⁹⁹ Die Business Judgement Rule findet Anwendung,¹⁶⁰⁰ sodass eine Pflichtverletzung zu verneinen ist, wenn der Geschäftsleiter bei einer unternehmeri-

¹⁵⁹³ Gottwald/Haas/Haas, Insolvenzsrechts-Handbuch § 88 Rn. 126.

¹⁵⁹⁴ Lau, DB 2014, 1417, 1420; vgl. Hofmann, Eigenverwaltung, Rn. 457, 461.

¹⁵⁹⁵ Jacoby in FS Vallender, 261, 272; Gutmann/Laubereau, ZInsO 2012, 1861, 1865 f.; Klöhn, NZG 2013, 81, 84; Zipperer, ZIP 2012, 1492, 1494; für die GmbH: vgl. Gehrlein, ZInsO 2017, 849, 851.

¹⁵⁹⁶ Ströhmman/Längsfeld, NZI 2013, 271, 274; vgl. Haas, ZHR 178 (2014), 603, 620 f.

¹⁵⁹⁷ Haas, ZHR 178 (2014), 603, 620 f.; Ströhmman/Längsfeld, NZI 2013, 271, 274.

¹⁵⁹⁸ Ströhmman/Längsfeld, NZI 2013, 271, 274.

¹⁵⁹⁹ Hill, ZInsO 2010, 1825, 1828 f.; a.A. Mönning/Schäfer/Schiller, BB 2017, Beil. 1, 8; Skauradzsun/Spahlinger, DB 2015, 2559, 2262.

¹⁶⁰⁰ Vgl. Brinkmann, DB 2012, 1369, 1370.

schen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der *Gläubiger*¹⁶⁰¹ zu handeln.

Zur Vorbereitung einer Sanierung kann ein Schutzschirmverfahren gemäß § 270b InsO beantragt werden. Hierbei handelt es sich um eine auf der vorläufigen Eigenverwaltung gemäß § 270a InsO aufbauenden Form des Vorverfahrens.¹⁶⁰² Die Aufgabenverteilung orientiert sich am vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren.¹⁶⁰³ Gegen die zumindest analoge Anwendung des § 276a InsO werden erneut systematische Erwägungen angeführt.¹⁶⁰⁴ Diese überzeugen im Ergebnis aber nicht.¹⁶⁰⁵ Der Einfluss der Gesellschafter muss gerade im alles entscheidenden Eröffnungsverfahren zurückgedrängt werden.¹⁶⁰⁶ Mit dem SanInsFoG erfahren auch die Normen über die vorläufige Eigenverwaltung und das Schutzschirmverfahren Änderungen, vgl. §§ 270b ff. InsO-RegE. Sonderregelungen bei einem im Zeitraum vom 1.1.2021 bis zum 31.12.2012 gestellten Insolvenzantrag enthält § 5 COVInsAG-E.

B. Gesetzliche Veränderung des Handlungsspielraums

I. Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten

Den Schuldner und dessen Geschäftsleiter treffen im Insolvenzeröffnungsverfahren Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten. Es existiert eine allgemeine Förderpflicht, § 20 InsO.¹⁶⁰⁷ Die Beurteilung der Chancen einer Fortführung des Betriebs oder einer

¹⁶⁰¹ Zum Wohle der Gesellschaft, *Brinkmann*, DB 2012, 1369, 1370.

¹⁶⁰² FK-InsO/*Foltis* § 270b Rn. 5; Nerlich/Römermann/*Riggert* InsO Vor §§ 270 bis 285 InsO Rn. 7; vgl. Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270b Rn. 8; Uhlenbruck/*Zipperer* § 270b InsO Rn. 6; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 423; *Frind*, ZInsO 2012, 1099, 1100; *Klinck*, ZIP 2013, 853, 858; *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 375; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097; a.A. eigenständiges Eröffnungsverfahren, vgl. *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270 InsO Rn. 19; ferner *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1.

¹⁶⁰³ Wohl Gottwald/Haas/*Haas*, Insolvenzrechts-Handbuch § 88 Rn. 138.

¹⁶⁰⁴ *Gutmann/Laubereau*, ZInsO 2012, 1861, 1865 f.; *Klöhn*, NZG 2013, 81, 84.

¹⁶⁰⁵ *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 186 ff., 269; *Ströhmman/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 274.

¹⁶⁰⁶ *Ströhmman/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 274.

¹⁶⁰⁷ Karsten Schmidt/*Hölzle* InsO § 20 Rn. 13; ferner MüKo InsO/*Vuita*, § 20 Rn. 2.

Sanierung kann allein durch die Zusammenarbeit des vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters mit dem Schuldner und durch Auskunftserteilungen des Letzteren erfolgen.¹⁶⁰⁸ Bei Verletzung der Pflichten können den Geschäftsleitern im Fall der Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter Umständen laut § 101 III InsO die Kosten des Verfahrens auferlegt werden.¹⁶⁰⁹ Außerdem droht eine Haftung gegenüber der Gesellschaft aus § 43 II GmbHG/§ 93 II AktG, § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG und gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gemäß § 823 II BGB und § 826 BGB.¹⁶¹⁰ Eine Strafbarkeit kann aus §§ 283, 14 I Nr. 1 StGB folgen.

1. Auskunftspflichten

Nach Stellung des Eröffnungsantrags durch einen Antragsverpflichteten müssen etwaige restliche Antragsverpflichtete in der Anhörung gemäß § 15 II 3 InsO durch das Insolvenzgericht alle notwendigen Informationen korrekt mitteilen.¹⁶¹¹ Bei dieser Verpflichtung handelt es sich um eine Nachwirkung aus § 15a InsO.¹⁶¹² Ist der Antrag zulässig,¹⁶¹³ hat der Schuldner dem Insolvenzgericht gemäß § 20 I 1 InsO die Auskünfte zu erteilen, die zur Entscheidung über den Antrag erforderlich sind. Die §§ 97, 98, 101 I 1, 2, II InsO gelten laut § 20 I 2 InsO gegenüber dem Insolvenzgericht entsprechend.¹⁶¹⁴ Auskunft erteilt werden muss insbesondere über die unternehmensrechtlichen Verhältnisse, Insolvenzursachen, Lage sowie Entwicklung des geführten Unternehmens, zukünftige Planungen, gegenwärtige sowie angestrebte Geschäftsbeziehungen und anhängige Rechts-

¹⁶⁰⁸ Für den vorläufigen Sachwalter: MüKo InsO/*Haarmeyer/Schildt*, § 22 Rn. 173.

¹⁶⁰⁹ Uhlenbruck/*Zipperer* § 101 InsO Rn. 26; vgl. Karsten Schmidt/*Jungmann* InsO § 101 Rn. 19; FK-InsO/*Schmerbach* § 15a Rn. 42.

¹⁶¹⁰ Vgl. MüKo InsO/*Vuia*, § 20 Rn. 70; ferner MüKo InsO/*Haarmeyer/Schildt*, § 22 Rn. 181; Uhlenbruck/*Vallender* § 22 InsO Rn. 283; noch zu §§ 6, 117 KO, OLG Köln, Ur. v. 28.11.1997 - 20 U 60/97 = ZIP 1998, 113, 114 f.

¹⁶¹¹ Vgl. MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 136; MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 69.

¹⁶¹² MüKo InsO/*Klöhn*, § 15a Rn. 136.

¹⁶¹³ Unterschiedliche Anforderungen, vgl. BGH, Beschl. v. 12.12.2002 - IX ZB 426/02 = NJW 2003, 1187; *Holzer* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 20 InsO Rn. 13; Uhlenbruck/*Zipperer* § 20 InsO Rn. 3 f., 7; ferner MüKo InsO/*Vuia*, § 20 Rn. 11; anders Karsten Schmidt/*Hölzle* InsO § 20 Rn. 3.

¹⁶¹⁴ Vgl. hierzu § 7 C. II. 1. b), 2. b), III. 7.

streitigkeiten.¹⁶¹⁵ Vorzulegen sind regelmäßig das Gläubiger- und Schuldnerverzeichnis, ein Inventar und eine Übersicht über die Vermögensmasse.¹⁶¹⁶ Wurde die Eigenverwaltung beantragt, müssen die für die Beurteilung der Nachteiligkeit der Eigenverwaltung gemäß § 270 II Nr. 2 InsO nötigen Informationen erteilt werden.¹⁶¹⁷ Tun die Geschäftsleiter dies nicht, spricht eine Vermutung für die Nachteilhaftigkeit der Anordnung der Eigenverwaltung.¹⁶¹⁸ Um die Erlangung der Anordnung sicherzustellen, sollten unter anderem aussagekräftige Jahresabschlüsse der letzten Jahre vorhanden sein und ein Gläubiger- sowie Schuldnerverzeichnis vorgelegt werden.¹⁶¹⁹ Ist das Sanierungskonzept aussichtslos geworden, muss der Geschäftsleiter dies dem Gericht im Schutzschirmverfahren unverzüglich anzeigen.¹⁶²⁰ Nur mit einer Anzeigepflicht kann verhindert werden, dass § 270b IV Nr. 1 InsO leer läuft.¹⁶²¹ Außerdem muss der Schuldner gemäß § 270b IV 2 InsO dem Gericht den Eintritt der bzw. die¹⁶²² Zahlungsunfähigkeit unverzüglich anzeigen. Wird diese Pflicht verletzt, ist eine Haftung des Schuldners oder seiner Geschäftsleitung umstritten.¹⁶²³ Jedenfalls liegt ein Indiz für die Nachteilsgefahr i.S.v. § 270 II Nr. 2 InsO vor.¹⁶²⁴

Nach § 22 III 3 InsO sind dem vorläufigen Insolvenzverwalter alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen, wobei die §§ 97, 98, 101 I 1, 2, II InsO entsprechend gelten.¹⁶²⁵ Ist die Fortführung des Betriebs innerhalb des Insolvenzverfahrens geplant, sollte

¹⁶¹⁵ MüKo InsO/*Vuia*, § 20 Rn. 29.

¹⁶¹⁶ Uhlenbruck/*Zipperer* § 20 InsO Rn. 20; vgl. Braun/*Böhm* InsO § 20 Rn. 8; Karsten Schmidt/*Hölzle* InsO § 20 Rn. 11, 29; HK-InsO/*Laroche* § 20 Rn. 8; FK-InsO/*Schmerbach* § 20 Rn. 8.

¹⁶¹⁷ Uhlenbruck/*Zipperer* § 20 InsO Rn. 20.

¹⁶¹⁸ Uhlenbruck/*Zipperer* § 20 InsO Rn. 31; vgl. MüKo InsO/*Vuia*, § 20 Rn. 72; Gottwald/*Haas/Haas*, Insolvenzrechts-Handbuch § 88 Rn. 129.

¹⁶¹⁹ Vgl. AG Darmstadt, Beschl. v. 20.2.1999 - 9 IN 1/99 = ZIP 1999, 1949 ff.; Uhlenbruck/*Zipperer* § 20 InsO Rn. 31.

¹⁶²⁰ Vgl. Klein/*Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2242.

¹⁶²¹ Klein/*Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2242.

¹⁶²² MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 140; *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 92.

¹⁶²³ §§ 60, 61 InsO, Hill, ZInsO 2010, 1826, 1829; a.A. Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270b Rn. 17.

¹⁶²⁴ MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 140; Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270b Rn. 17; *Vallender*, DB 2015, 231, 233.

¹⁶²⁵ Vgl. hierzu § 7 C. II. 1. b), 2. b), III. 7.

eine Liquiditätsrechnung vorgelegt werden.¹⁶²⁶ In der vorläufigen Eigenverwaltung gilt § 22 III InsO dem vorläufigen Sachwalter gegenüber nach §§ 270a I 2, 274 II 2 InsO. Eine Auskunftspflicht gegenüber dem vorläufigen Gläubigerausschuss¹⁶²⁷ existiert ebenso wenig wie gegenüber einem gerichtlich isoliert bestellten Sachverständigen¹⁶²⁸, den Gläubigern oder dem Eröffnungsantragsteller¹⁶²⁹.

2. Mitwirkungspflichten

Mitwirkungspflichten folgen gegenüber dem Insolvenzgericht und dem vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter aus §§ 20 I, 22 III InsO. Ab dem Eröffnungsstadium und bis zur Abhaltung des Berichtstermins existiert eine umfangreichere Mitwirkungspflicht nach §§ 20 I, 22 III 3 InsO, da der Verwalter in diesem Zeitraum seine volle Handlungsfähigkeit erlangen soll.¹⁶³⁰ Insbesondere wenn der starke vorläufige Insolvenzverwalter den Betrieb einstweilig fortführt, ist eine Mitwirkung unerlässlich.¹⁶³¹ Über ein Mitwirkungsrecht verfügen der Schuldner und folglich auch dessen Geschäftsleiter aufgrund des Vorrangs des Sicherungsgedankens nicht.¹⁶³²

3. Gewährung von Zutritt und Gestattung von Nachforschungen

Einem vorläufigen Insolvenzverwalter ist ebenso wie einem vorläufigen Sachwalter gemäß § 22 III 1 InsO das Betreten der und die Vornahme von Nachforschungen in den Geschäftsräumen des Schuldners und gemäß § 22 III 2 InsO Einsicht in seine Bücher und Geschäftspapiere zu gestatten. Darüber hinaus sind Nachforschungen zu allen über eine etwaige Relevanz für die Insolvenzabwicklung verfügenden Verhältnissen zu dulden.¹⁶³³

¹⁶²⁶ Weitergehend Uhlenbruck/*Zipperer* § 20 InsO Rn. 21.

¹⁶²⁷ Uhlenbruck/*Zipperer* § 20 InsO Rn. 19; ferner a.A. HaKo InsO/*Herchen*, § 97 Rn. 28; MüKo InsO/*Schmid-Burgk*, § 67 Rn. 8; wenn sich das Sanierungskonzept als aussichtslos erweist, Klein/*Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2242.

¹⁶²⁸ Karsten Schmidt/*Hölzle* InsO § 22 Rn. 42; FK-InsO/*Schmerbach* § 22 Rn. 194.

¹⁶²⁹ MüKo InsO/*Vuia*, § 20 Rn. 14; Uhlenbruck/*Zipperer* § 20 InsO Rn. 19.

¹⁶³⁰ Braun/*Kroth* InsO § 97 Rn. 12, 19.

¹⁶³¹ Uhlenbruck/*Zipperer* § 20 InsO Rn. 25; vgl. Braun/*Böhm* InsO § 20 Rn. 2.

¹⁶³² Vgl. Braun/*Böhm* InsO § 20 Rn. 13.

¹⁶³³ MüKo InsO/*Haarmeyer/Schildt*, § 22 Rn. 181.

II. Pflicht zur Betriebsfortführung

Der Betrieb ist im Eröffnungsverfahren grundsätzlich fortzuführen. Beim Vorverfahren handelt es sich in der Regel um die schwierigste Phase der Betriebsfortführung.¹⁶³⁴ Die Grundlagen für die Betriebsfortführung, wie die Sicherung der Weiterbelieferung, die Aufrechterhaltung der Kundenbeziehungen, die Bindung der Arbeitnehmer und der Erhalt von Massekrediten, sind rasch sicherzustellen.¹⁶³⁵

1. Reguläres Insolvenzeröffnungsverfahren

Wurde ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt, muss dieser den Betrieb gemäß § 22 I 2 Nr. 2 InsO grundsätzlich fortführen. Die Geschäftsleiter müssen ihn hierbei über die Erfüllung ihrer Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten unterstützen. Besteht die Sanierungsbemühenspflicht nach Insolvenzantragstellung fort, muss sich die Geschäftsleitung um die Fortführung des Betriebs bemühen, da eine Betriebseinstellung Sanierungschancen regelmäßig zunichtemacht.¹⁶³⁶ Aus der Sanierungsbemühenspflicht folgt auch die Pflicht, den Versuch zu wagen, den vorläufigen Insolvenzverwalter zur Vornahme von Sanierungsmaßnahmen zu bewegen. Ungeklärt ist, ob die Geschäftsleiter beim Insolvenzgericht einen Antrag, gerichtet auf die Untersagung bestimmter, den Sicherungszweck übersteigenden Verwertungsmaßnahmen stellen können.¹⁶³⁷ Solange die Frage ungeklärt ist, sind sie aus der Sanierungsbemühenspflicht jedenfalls als verpflichtet anzusehen, einen solchen Versuch zu unternehmen.

Der schwache vorläufige Insolvenzverwalter ist von Gesetzes wegen nicht ausdrücklich zur Betriebsfortführung verpflichtet. Eine (mittelbare) Fortführungspflicht ist aber wegen des ihm obliegenden Sicherungsauftrags ebenfalls (zunächst) anzunehmen.¹⁶³⁸ Bei fortbestehender Sanierungsbemühenspflicht müssen die Geschäftsleiter die ihnen verbleibende Handlungsmacht zur Betriebsfortführung nutzen.

¹⁶³⁴ *Klinck*, ZIP 2013, 853, 854, 860.

¹⁶³⁵ Vgl. *Frind*, NZI 2014, 937, 941; *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 3.

¹⁶³⁶ Vgl. Fn. 1212; aber für die GmbH: *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 390, 394.

¹⁶³⁷ Für die GmbH: *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 390, 394.

¹⁶³⁸ *Karsten Schmidt/Hölzle* InsO § 22 Rn. 8.

Hierfür ist die Mitwirkung des vorläufigen Verwalters unerlässlich. Die Geschäftsleiter sollten versuchen, eine Anordnung des Gerichts herbeizuführen, die dem vorläufigen Verwalter die Betriebsfortführung aufträgt, § 22 II InsO. Sie können jedoch, auch wenn sie mit Zustimmung des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters handeln, keine Masseverbindlichkeiten begründen.¹⁶³⁹ Dies steht einer Aufrechterhaltung des Betriebs entgegen.¹⁶⁴⁰ Diese Kompetenz kann dem Verwalter durch das Gericht in Form einer Einzel- oder Gruppenermächtigung erteilt werden.¹⁶⁴¹ Hierum müssen sich die Geschäftsleiter bemühen.

2. Vorläufige Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren

Die Fortführung des Betriebs liegt bei der vorläufigen Eigenverwaltung (mit oder ohne Schutzschirm) in den Händen des Schuldners und der Geschäftsleiter. Für die Beurteilung einer Verpflichtung zur Betriebsfortführung ist bedeutend, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründen kann. Im reinen Eigenverwaltungseröffnungsverfahren ist dies umstritten. Gegen die Annahme eines generellen Verbots einer solchen Ermächtigung¹⁶⁴² sprechen Sinn und Zweck des auf die Erleichterung von Sanierungen abzielenden ESUG.¹⁶⁴³ Betriebsfortführungen wären nicht möglich und die Einführung der vorläufigen Eigenverwaltung damit obsolet.¹⁶⁴⁴ Die Ermächtigung des vorläufigen Sachwalters¹⁶⁴⁵ wäre systemwidrig, da er hierdurch seine Überwachungs-

¹⁶³⁹ Für die GmbH: *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 390, 394; für GmbH und AG: vgl. *Westrick*, NZI 2003, 65, 72.

¹⁶⁴⁰ Vgl. MüKo InsO/Kern, § 270b Rn. 8, 106; *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 73; *Dahl*, NJW-Spezial 2013, 405; *Frind*, ZInsO 2012, 1099, 1100; *Fuhst*, DStR 2012, 418, 422; *Klinck*, ZIP 2013, 853; *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 6; *Pape*, ZIP 2013, 2285, 2292.

¹⁶⁴¹ MüKo InsO/*Haarmeyer/Schildt*, § 22 Rn. 70a; *Klinck*, ZIP 2013, 853, 854 f.; hierzu *Laroche*, NZI 2010, 965 ff.

¹⁶⁴² LG Fulda, Beschl. v. 10.4.2012 - 5 T 65/12 = BeckRS 2013, 4327; AG Fulda, Beschl. v. 9.3.2012 - 92 IN 8/12 = BeckRS 2013, 4328.

¹⁶⁴³ AG München, Beschl. v. 27.6.2012 - 1506 IN 1851/12 = ZIP 2012, 1470; *Pape*, ZIP 2013, 2285, 2292.

¹⁶⁴⁴ *Pape*, ZIP 2013, 2285, 2292.

¹⁶⁴⁵ AG Hamburg, Beschl. v. 4.4.2012 - 67 g IN 74/12 = ZIP 2012 787.

aufgabe überschreiten würde.¹⁶⁴⁶ Auch die Annahme einer Ermächtigung bereits kraft Gesetzes¹⁶⁴⁷ ist mangels ausdrücklicher Regelung und aufgrund der daraus resultierenden ausufernden Vorwegbelastung der Insolvenzmasse nicht haltbar.¹⁶⁴⁸ Andernfalls würde dem Schuldner die Dispositionsbefugnis im Vorverfahren genommen werden.¹⁶⁴⁹ Um die erforderliche wirtschaftliche Bewegungsfreiheit zu gewähren, ist dem Schuldner das Recht einzuräumen, bei Gericht Anträge auf Einzel-, Projekt- und Gruppenermächtigungen gemäß § 21 I 1 InsO zu stellen.¹⁶⁵⁰ Eine Analogie zu § 270b III InsO ist weder möglich noch notwendig.¹⁶⁵¹ Die Ermächtigung kann unter dem Vorbehalt der Zustimmung durch den vorläufigen Sachwalter erfolgen, §§ 270 I 2, 21 InsO.¹⁶⁵² Im Schutzschirmverfahren hat das Gericht gemäß § 270b III 1 InsO auf Antrag des Schuldners anzuordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet. Alternativ zu einer solchen Globalermächtigung kann auch nur die Anordnung einer halbstarken Rechtsposition¹⁶⁵³ beantragt und können Einzel-, Projekt- oder Gruppenermächtigungen erteilt werden,

¹⁶⁴⁶ *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270a InsO Rn. 19, 21; § 270b InsO Rn. 76 f.; *Dahl*, NJW-Spezial 2013, 405; *Pape*, ZIP 2013, 2285, 2292; vgl. AG Duisburg, Beschl. v. 29.11.2012 - 7 T 185/12 = ZIP 2012, 2453; AG München, Beschl. v. 27.6.2012 - 1506 IN 1851/12 = ZIP 2012, 1470 f.; im Ergebnis ebenso AG Köln, Beschl. v. 26.3.2012 - 73 IN 125/12 = ZIP 2012, 788; *Klinck*, ZIP 2013, 853, 860.

¹⁶⁴⁷ *Frind*, ZInsO 2012, 1099, 1101 ff.; *ders.*, ZInsO 2011, 2249, 2260 f.; *Gutmann/Laubereau*, ZInsO 2012, 1861, 1865; *Wuschek*, ZInsO 2012, 1294, 1298; vgl. FK-InsO/*Foltis* § 270b Rn. 41.

¹⁶⁴⁸ *Pape*, ZIP 2013, 2285, 2292; vgl. *Klinck*, ZIP 2013, 853, 859.

¹⁶⁴⁹ *Pape*, ZIP 2013, 2285, 2292.

¹⁶⁵⁰ Ohne bindende Pflicht des Gerichts, *Klinck*, ZIP 2013, 853, 859, 861; vgl. AG Duisburg, Beschl. v. 29.11.2012 - 7 T 185/12 = ZIP 2012, 2453, 2454; AG München, Beschl. v. 27.6.2012 - 1506 IN 1851/12 = ZIP 2012, 1470 f.; AG Köln, Beschl. v. 26.3.2012 - 73 IN 125/12 = ZIP 2012, 788 f.; HK-InsO/*Brünkmans* § 270a Rn. 28; *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 78. Lieferung 11.2018, § 270a InsO Rn. 19 ff.; *Dahl*, NJW-Spezial 2013, 405; *Pape*, ZIP 2013, 2285, 2292; *Vallender*, DB 2015, 231, 236.

¹⁶⁵¹ A.A. *Pape*, ZIP 2013, 2285, 2292; vgl. *ders.* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 82. Lieferung 10.2019, § 270a InsO Rn. 19.

¹⁶⁵² AG Köln, Beschl. v. 26.3.2012 - 73 IN 125/12 = ZIP 2012, 788; diesem folgend, AG München, Beschl. v. 27.6.2012 - 1506 IN 1851/12 = ZIP 2012, 1470 f.; HK-InsO/*Brünkmans* § 270a Rn. 33; *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 77; *Klinck*, ZIP 2013, 853, 861 f.

¹⁶⁵³ *Braun/Riggert* InsO § 270b Rn. 14.

vgl. §§ 270 I 2, 21 I 1 InsO.¹⁶⁵⁴ Die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts zu Gunsten des vorläufigen Sachwalters ist zulässig.¹⁶⁵⁵ Die Geschäftsleiter müssen darauf achten, nur aus solchen Verbindlichkeiten Masseverbindlichkeiten zu machen, die für die Fortführung des Betriebs unerlässlich sind. Die Beantragung von Einzel- und Gruppenermächtigungen sind daher einer Globalermächtigung bzw. Pauschalermächtigung vorzuziehen.¹⁶⁵⁶ Bei der Stellung der Anträge auf Einzel- und Gruppenermächtigungen ist dann darauf zu achten, dass die Ermächtigung nur die eben beschriebenen Verbindlichkeiten erfasst.

Wurde dem Schuldner eine Globalermächtigung erteilt, ist seine Stellung mit einem starken vorläufigen Insolvenzverwalter vergleichbar.¹⁶⁵⁷ Die Anwendung des § 22 I 2 Nr. 2 InsO über § 270 I 2 InsO liegt daher nahe. Im praxisrelevanteren Fall der Erteilung von Einzel- oder Gruppenermächtigungen existieren keine gesetzlichen Handlungsanweisungen. Bleiben auch gerichtliche Anweisungen aus, müssen die Geschäftsleiter den Betrieb zunächst fortführen und entscheiden, ob die Fortführung oder die Stilllegung des Betriebs der Haftungsverwirklichung des Schuldnervermögens besser dient. Bei dieser Entscheidung muss berücksichtigt werden, dass die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens den Gläubigern obliegt, welche erst im Berichtstermin des eröffneten Verfahrens entscheiden (§ 157 InsO), und dass eine Betriebsstilllegung in der Regel nicht oder nur mit immensem Aufwand rückgängig gemacht werden kann¹⁶⁵⁸. Die InsO setzt die Grenze der Zulässigkeit der Betriebsfortführung für den starken vorläufigen Insolvenzverwalter und den späteren Insolvenzverwalter bei einer erheblichen Ver-

¹⁶⁵⁴ Vgl. HK-InsO/*Brüinkmans* § 270b Rn. 43; *Leithaus* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 270b Rn. 13; *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 75; *Braun/Riggert* InsO § 270b Rn. 14; *Gottwald/Haas/Haas*, Insolvenzrechts-Handbuch § 88 Rn. 140; *Klinck*, ZIP 2013, 853, 857 f.; *Landfermann*, WM 2012, 869, 873; *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 6; *Pape*, ZIP 2013, 2285, 2291; *Richter/Pluta*, BB 2012, 1591, 1593; *Vallender*, DB 2015, 231, 238; ferner *Uhlenbruck/Zipperer* § 270b InsO Rn. 69 f.

¹⁶⁵⁵ Für Einzelermächtigungen, *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 81.

¹⁶⁵⁶ Vgl. *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 78.

¹⁶⁵⁷ Vgl. *Klinck*, ZIP 2013, 853, 855; *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 6, 12.

¹⁶⁵⁸ Vgl. *Siemon*, ZinsO 2012, 1045, 1047.

minderung des Vermögens an, vgl. §§ 22 I 2 Nr. 2, 158 II 2 InsO. Diese Grenze ist auf die vorläufige Eigenverwaltung zu übertragen. Die Entscheidung der Gläubiger darf hiernach nur vorweggenommen und eine Stilllegung durchgeführt werden, wenn eine Fortführung des Betriebs eine erhebliche Verminderung des Vermögens zur Folge hätte.¹⁶⁵⁹ Trifft dies nicht zu, ist der Betrieb fortzuführen.¹⁶⁶⁰

III. Recht zur Beantragung der Eigenverwaltung, § 270 II Nr. 1 InsO

Vom Recht, die Eigenverwaltung zu beantragen, kann auch im Eröffnungsverfahren Gebrauch gemacht werden. Eine Pflicht der Geschäftsleiter zur Hinwirkung auf die Antragstellung ist anzunehmen, wenn es sich bei der Eigenverwaltung um die *erfolgsversprechendste Sanierungsmöglichkeit* handelt.¹⁶⁶¹

IV. Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans, § 218 I 1 InsO

1. Ohne Schutzschirmverfahren

Auch im Insolvenzeröffnungsverfahren steht dem Schuldner das Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans zu. Pflichten zur Erarbeitung eines Insolvenzplans und zur Hinwirkung auf dessen Vorlage sind aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG (nur) anzunehmen, wenn es sich bei dem Insolvenzplan im konkreten Fall um das *erfolgsversprechendste Sanierungsinstrument* handelt.¹⁶⁶² Das Recht, einen Insolvenzplan zu erarbeiten und vorzulegen, steht auch dem vorläufigen Eigenverwalter zu. Mit dem SanInsFoG wird der vorläufige Gläubigerausschuss einen Auftrag zur Ausarbeitung eines Insolvenzplans an den vorläufigen Sachwalter oder den Schuldner richten können, vgl. § 284 I 2 InsO-RegE. Für die Erstellung sowie Abstimmung

¹⁶⁵⁹ *Stemon*, ZinsO 2012, 1045, 1047, 1051 ff.; vgl. *Habersack/Foerster* in Großkomm AktG, § 92 Rn. 132; *Uhlenbruck/Zipperer* § 270b InsO Rn. 13.

¹⁶⁶⁰ Für eine Pflicht, vgl. *Gottwald/Haas/Haas*, Insolvenzrechts-Handbuch § 88 Rn. 127; ferner, *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 426; für die GmbH: Schwächer *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 390, 394.

¹⁶⁶¹ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt; regelmäßig eine Pflicht annehmend, *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 828.

¹⁶⁶² Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt; anders *Uhlenbruck/Lüer/Streit* § 218 InsO Rn. 22, 28; *Dietrich*, Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg, S. 103.

eines Insolvenzplans ist das Vorverfahren jedoch allgemein häufig zu kurz.¹⁶⁶³

2. Mit Schutzschirmverfahren, § 270b InsO

Das Schutzschirmverfahren gemäß § 270b InsO räumt dem Schuldner die Möglichkeit ein, bis zu drei Monate lang weitestgehend unbehelligt ein Sanierungskonzept auszuarbeiten, welches anschließend mittels eines Insolvenzplans realisiert wird.¹⁶⁶⁴ Dementsprechend handelt es sich bei dem Ziel dieses Verfahrens um die Erstellung eines Insolvenzplans.¹⁶⁶⁵ Diesem sind der Schuldner¹⁶⁶⁶ und seine Geschäftsleitung verschrieben. Voraussetzung für die Eröffnung des Schutzschirmverfahrens gemäß § 270b I 1 InsO ist, dass neben dem von Seiten des Schuldners gestellten Insolvenzantrag¹⁶⁶⁷ ein nicht offensichtlich aussichtsloser¹⁶⁶⁸ Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung und ein Antrag auf Anordnung einer Frist zur Ausarbeitung eines Insolvenzplans gestellt wurden, die Zahlungsunfähigkeit (bei der Entscheidung des Gerichts¹⁶⁶⁹) nicht eingetreten und die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos¹⁶⁷⁰ sind. Die drei Anträge sollten gleichzeitig gestellt werden.¹⁶⁷¹

¹⁶⁶³ Flöther, ZIP 2012, 1833, 1839.

¹⁶⁶⁴ Vgl. FK-InsO/Foltis § 270b Rn. 1; Nerlich/Römermann/Riggert InsO Vor §§ 270 bis 285 InsO Rn. 7.

¹⁶⁶⁵ Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 423; ders./Brüinkmans, ZIP 2013, 1097.

¹⁶⁶⁶ Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 423; ders./Brüinkmans, ZIP 2013, 1097; vgl. MüKo InsO/Kern, § 270b Rn. 125.

¹⁶⁶⁷ Vgl. § 18 III InsO, Gutmann/Laubereau, ZInsO 2012, 1861, 1863.

¹⁶⁶⁸ § 270a I 1 InsO, Pape in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 37; Braun/Riggert InsO § 270b Rn. 2, 8; Karsten Schmidt/Undritz InsO § 270b Rn. 8; Uhlenbruck/Zipperer § 270b InsO Rn. 7; a.A. MüKo InsO/Kern, § 270b Rn. 41; anders FK-InsO/Foltis § 270b Rn. 13.

¹⁶⁶⁹ HK-InsO/Brüinkmans § 270b Rn. 14; FK-InsO/Foltis § 270b Rn. 3; MüKo InsO/Kern, § 270b Rn. 29 ff.; Braun/Riggert InsO § 270b Rn. 3; a.A. Uhlenbruck/Zipperer § 270b InsO Rn. 12.

¹⁶⁷⁰ HK-InsO/Brüinkmans § 270b Rn. 16; Karsten Schmidt/Undritz InsO § 270b Rn. 4; Zipperer/Vallender, NZI 2012, 729, 732; vgl. MüKo InsO/Kern, § 270b Rn. 40, 42.

¹⁶⁷¹ MüKo InsO/Kern, § 270b Rn. 25.

a) Gesellschaftsinterne Zuständigkeit und Pflicht zur Antragstellung

Die Beantragung des Schutzschirmverfahrens ist ein Verfahrensrecht des Schuldners und damit Teil des Gemeinschuldnerbereichs. Als Kombination von Eigenverwaltung und Insolvenzplan¹⁶⁷² treffen die Entscheidung auch bei materieller Insolvenz¹⁶⁷³ gesellschaftsintern die Gesellschafter.¹⁶⁷⁴ Stellt das Schutzschirmverfahren im konkreten Fall das *erfolgsversprechendste Sanierungsinstrument* dar, sind die Geschäftsleiter aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG gesellschaftsintern zur Hinwirkung auf die Antragstellung verpflichtet.¹⁶⁷⁵

b) Bescheinigung über die Sanierungsfähigkeit, § 270b I 3 InsO

aa) Auswahl des Ausstellers

Der Schuldner muss gemäß § 270b I 3 InsO eine Bescheinigung über die Sanierungsfähigkeit (drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit und nicht offensichtliche Aussichtslosigkeit der angestrebten Sanierung) vorlegen. Den Aussteller der Bescheinigung darf er entsprechend den Kriterien aus Abs. 1 S. 3 auswählen. Fraglich ist, wer diese Wahl gesellschaftsintern trifft. Die Wahl ist Teil der Vorbereitung¹⁶⁷⁶ oder der Umsetzung des für ein Schutzschirmverfahren stimmenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung. Die Bescheinigung und insbesondere deren Ergebnis sind aufgrund der begrenzten Prüfungscompetenz des Gerichts für die Eröffnung des Schutzschirmverfahrens zwar von maßgeblicher Bedeutung,¹⁶⁷⁷ der Aussteller der Bescheinigung kann aber nur die Situation bewerten, die er vorfindet. Außerdem stellen die vom Gesetz aufgestellten Kriterien die Eignung des Ausstellers für die Durchführung einer ordnungsgemä-

¹⁶⁷² Vgl. Landfermann, WM 2012, 869, 872.

¹⁶⁷³ A.A. am Gläubigerinteresse sowie den Zielen der InsO ausgerichtete Entscheidung im Ermessen der Geschäftsleiter, Skauradszun/Spahlinger, DB 2015, 2559, 2263; Tresselt/Müller, KSzW 2015, 198, 202 ff.

¹⁶⁷⁴ Für die GmbH: Ströhm/Längsfeld, NZI 2013, 271, 276; wohl auch Wertebuch, DB 2013, 1592, 1593.

¹⁶⁷⁵ Vgl. 2. Teil 3. Abschnitt.

¹⁶⁷⁶ Für die GmbH: Ströhm/Längsfeld, NZI 2013, 271, 276.

¹⁶⁷⁷ Ferner für die GmbH: Ströhm/Längsfeld, NZI 2013, 271, 276.

ßen Prüfung sicher. Die Entscheidung treffen gesellschaftsintern daher die Geschäftsleiter.¹⁶⁷⁸ Bei der Auswahl des Bescheinigers sollte der Versuch unternommen werden, anhand einer Vorbesprechung mit dem zuständigen Gericht dessen diesbezügliche Anforderungen, insbesondere hinsichtlich der Unabhängigkeit, zu klären.¹⁶⁷⁹ Ist der gewählte Aussteller dem Gericht nicht bekannt, sollte der Schuldner dessen berufliche Qualifikation und dessen Erfahrung in Insolvenzsachen darlegen.¹⁶⁸⁰ Eine gegebenenfalls geforderte Unabhängigkeit ist stets zu begründen.

bb) Erforderlicher Umfang der Vor- und Zuarbeit des Schuldners

Um die Sanierungsfähigkeit bescheinigen zu können, ist „eine hinreichend konkrete Beurteilungsgrundlage“¹⁶⁸¹ erforderlich.¹⁶⁸² Fraglich ist, welche Vorarbeit der Schuldner vor Antragstellung geleistet haben muss, damit von einer von ihm *angestrebten* Sanierung i.S.v. § 270b I InsO gesprochen werden kann. Da das Schutzschirmverfahren ihm gerade Zeit geben soll, einen Insolvenzplan auszuarbeiten, kann ein fertiger Insolvenzplan nicht gefordert werden.¹⁶⁸³ Um dem Zweck des Schutzschirmverfahrens, die Vorbereitung einer Sanierung (erst) zu ermöglichen, gerecht zu werden, dürfen die Anforderungen nicht zu hoch gesteckt werden. „[E][...]in schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept (...), das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist und beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt“¹⁶⁸⁴, ist ebenso wie bereits im Vorhinein vorgenommene detaillierte Planungen der Sanierung¹⁶⁸⁵ zu viel ver-

¹⁶⁷⁸ A.A. für die GmbH: *Ströhmman/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 276.

¹⁶⁷⁹ HK-InsO/*Brünkmans* § 270b Rn. 27, 30; vgl. *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 7, 9, 24.

¹⁶⁸⁰ MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 54 f.; vgl. Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270b Rn. 7; strenger *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 43; *Schmidt/Linker*, ZIP 2012, 963, 964.

¹⁶⁸¹ MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 3.

¹⁶⁸² MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 3; vgl. *Richter/Pluta*, BB 2012, 1591, 1595.

¹⁶⁸³ So auch als Inhalt der Bescheinigung, *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 35 f.

¹⁶⁸⁴ Als Inhalt der Bescheinigung, Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270b Rn. 5, der die Ausführungen von BGH, Urt. v. 8.12.2011 - IX ZR 156/09 = ZIP 2012, 137, 138 zu § 133 InsO übernimmt.

¹⁶⁸⁵ MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 3.

langt. Sie sind für den Maßstab der Bewertung, der nicht offensichtlichen Aussichtslosigkeit, nicht erforderlich. Die Schilderung bloßer Hoffnungen oder eines bloßen Sanierungswillens kann als Beurteilungsgrundlage aber auch nicht genügen.¹⁶⁸⁶ Gleiches gilt für die lediglich gesicherte Fortführung.¹⁶⁸⁷ In diesen Fällen kann nicht von einer angestrebten Sanierung gesprochen werden, deren Erfolgsaussichten auch nur anhand des geringen Maßstabs des § 270b I 1 InsO überprüft werden können. Um von einer durch den Schuldner angestrebten, überprüfbareren Sanierung sprechen zu können, müssen jedenfalls die Grundzüge des Sanierungskonzepts festgelegt sein.¹⁶⁸⁸ Die Darstellung der Kernpunkte¹⁶⁸⁹ respektive der wesentlichen Eckpunkte¹⁶⁹⁰ ist erforderlich aber auch ausreichend. Dem Aussteller müssen alle für die Beurteilung erforderlichen Informationen wahrheitsgemäß übermittelt werden.¹⁶⁹¹ Ihm ist Zugang zu den für eine eigene Prüfung erforderlichen Unterlagen zu gewähren. Die Erstellung der Bescheinigung, deren gerichtliche Überprüfung und eine eventuell nötige Korrektur können große Zeitverluste nach sich ziehen.¹⁶⁹² Andererseits kommt es aufgrund der Bescheinigung und den gebundenen Entscheidungen in Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 3 Hs. 2 und Abs. 3 S. 1 zur Beschleunigung sowie Vereinfachung der gerichtlichen Entscheidungen.¹⁶⁹³

¹⁶⁸⁶ Vgl. *Gutmann/Laubereau*, ZInsO 2012, 1861, 1862; so auch als Inhalt der Bescheinigung, *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 35 f.

¹⁶⁸⁷ So aber, als Inhalt der Bescheinigung, *Siemon*, ZInsO 2012, 1045, 1047, 1051.

¹⁶⁸⁸ MAH GmbH-Recht/*Schluck-Amend* § 23 Rn. 354; vgl. *Gutmann/Laubereau*, ZInsO 2012, 1861, 1862; ferner *Kerz*, DStR 2012, 204, 207 f.; diesem folgend, *Uhlenbruck/Zipperer* § 270b InsO Rn. 8, 13, 16, 26; *ders./Vallender*, NZI 2012, 729, 733.

¹⁶⁸⁹ Als Inhalt der Bescheinigung, *Braun/Riggert* InsO § 270b Rn. 7; IDW ES 9, *Richter/Pluta*, BB 2012, 1591, 1594; vgl. *MüKo InsO/Kern*, § 270b Rn. 65; *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 35; a.A. *Uhlenbruck/Zipperer* § 270b InsO Rn. 8.

¹⁶⁹⁰ Als Inhalt der Bescheinigung, *Schmidt/Linker*, ZIP 2012, 963, 964.

¹⁶⁹¹ Vgl. *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 8.

¹⁶⁹² HK-InsO/*Brünkmans* § 270b Rn. 3.

¹⁶⁹³ Vgl. *MüKo InsO/Kern*, § 270b Rn. 10.

c) Erarbeitung und Vorlage eines Insolvenzplans

Zunächst stellt sich die Frage, welcher Charakter dem im Schutzschirmverfahren zu erarbeitenden Insolvenzplan zuzuschreiben ist. Er könnte als Eigenverwalterplan oder als Schuldnerplan zu kategorisieren sein. Die Einordnung als Eigenverwalterplan hätte den Ausschluss der Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter auf die den Plan ausarbeitenden Geschäftsleiter gemäß § 276a InsO (str.), die Pflicht, den Plan im Interesse der Gläubiger zu erstellen und die Entnahme der anfallenden Kosten aus der Insolvenzmasse zur Folge. Eine Behandlung als Schuldnerplan würde die Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter unberührt lassen, zur Erstellung im Gesellschaftsinteresse verpflichten und eine Belastung der Insolvenzmasse mit den Kosten ausschließen.

Für die Einordnung als Schuldnerplan lässt sich anführen, dass das Schutzschirmverfahren dem Schuldner eine Sanierungschance gewähren soll. Einen Anreiz zur Antragstellung¹⁶⁹⁴ (die gesellschaftsintern einen Gesellschafterbeschluss voraussetzt¹⁶⁹⁵) würde gerade die Möglichkeit, einen Insolvenzplan im eigenen Interesse und im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung insbesondere mit den Mitwirkungsrechten der GmbH-Gesellschafter zu entwerfen, schaffen. Die Möglichkeit, einen Schuldnerplan zu erarbeiten, bestand aber bereits im Vorfeld der Insolvenz.¹⁶⁹⁶ Diese Chance wurde nicht oder nicht erfolgreich genutzt. Das Schutzschirmverfahren bietet dem Schuldner Möglichkeiten, die über die der vorläufigen Eigenverwaltung und die des regulären Vorverfahrens hinausgehen. Die Bereitstellung dieser Möglichkeiten ist nur gerechtfertigt, wenn die Gläubigerinteressen, die im Insolvenzverfahren im Vordergrund stehen, die Maxime bilden. Für die Einordnung als Eigenverwalterplan und die Anwendbarkeit des § 276a InsO spricht auch, dass der Ausschluss etwaiger Blockadetendenzen der Gesellschafter sinnvoll ist. Außerdem kontrolliert der Sachwalter die Erarbeitung des Insolvenzplans.¹⁶⁹⁷ Dies wäre nicht stringent, wenn der Plan dem Gemeinschuldnerbereich angehören würde. Bei dem im Schutzschirm-

¹⁶⁹⁴ Vgl. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 40.

¹⁶⁹⁵ Vgl. § 10 B. IV. 2. a).

¹⁶⁹⁶ § 4 C. II. 6. a), b) bb).

¹⁶⁹⁷ RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 40.

verfahren zu erarbeitenden Insolvenzplan handelt es sich daher um einen Eigenverwalterplan.¹⁶⁹⁸

Diese Sichtweise hat zur Folge, dass Erstellung und Vorlage eines Insolvenzplans im Schutzschirmverfahren nicht als bloße Obliegenheiten des Schuldners angesehen werden können.¹⁶⁹⁹ Die Geschäftsleiter müssen mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften (mittelbaren) Eigenverwalters handeln. Tun sie dies nicht, kann eine Haftung aus §§ 60, 61 InsO analog folgen. Die als mittelbare Eigenverwalter agierenden Geschäftsleiter können nicht als durch die Sanierungsbemühenspflicht verpflichtet angesehen werden, einen Insolvenzplan während der Frist auszuarbeiten und mit Ablauf vorzulegen.¹⁷⁰⁰

Für die Vorbereitung einer nachhaltigen Restrukturierung und die Vorlage eines Insolvenzplans wird die dreimonatige Höchstfrist des Schutzschirmverfahrens für ausreichend sowie notwendig,¹⁷⁰¹ für sehr knapp¹⁷⁰² oder sogar für zu kurz¹⁷⁰³ gehalten. Die Frist wird für die Erarbeitung und Vorlage eines Insolvenzplans in Form eines Sanierungsplans nur genügen, wenn die wesentlichen Grundlagen bereits vor Antragstellung erarbeitet wurden.¹⁷⁰⁴ Vom ursprünglichen Sanierungsplan kann im Laufe des Verfahrens geringfügig abgewichen werden.¹⁷⁰⁵ Der vorläufige Sachwalter begleitet die Vorbereitung fachkundig.¹⁷⁰⁶ Handelt der Schuldner nicht ordnungsgemäß, kann es zu einer vorzeitigen Aufhebung der Anordnung des Schutzschirmverfahrens kommen.¹⁷⁰⁷ Bleibt die Vorlage nach Ablauf der

¹⁶⁹⁸ Vgl. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 40; *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 186 ff., 269; ferner *Hölzle*, ZIP 2012, 855, 856 f.; *Ströhmman/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 274.

¹⁶⁹⁹ So aber vgl. MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 78; *Leithaus* in *Andres/Leithaus*, InsO, § 270b Rn. 10; *Braun/Riggert* InsO § 270b Rn. 13.

¹⁷⁰⁰ So aber vgl. *Hölzle*, ZIP 2012, 855, 857.

¹⁷⁰¹ *Siemon*, ZinsO 2012, 1045, 1051.

¹⁷⁰² *Scholz GmbHG/Bitter*, 11. Aufl., Vor § 64 Rn. 60.

¹⁷⁰³ *Flöther*, ZIP 2012, 1833, 1841; *Hill*, ZInsO 2010, 1825, 1826.

¹⁷⁰⁴ HK-InsO/*Brünkmans* § 270b Rn. 36; vgl. *Ströhmman/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 277.

¹⁷⁰⁵ MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 127 f.; aber *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 40.

¹⁷⁰⁶ *Bitzer* in: *Kindler/Nachmann/Bitzer*, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 195h; *Fuhst*, DStR 2012, 418, 421, 423; ferner *Schelo*, ZIP 2012, 712 f.

¹⁷⁰⁷ Ferner MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 78.

gewährten Frist ohne ausreichende Begründung aus, ist eine Nachteiligkeit i.S.d. § 270 II Nr. 2 InsO anzunehmen.¹⁷⁰⁸

V. Möglichkeiten der Antragsrücknahme

1. Verfahrensübergreifende Möglichkeit, § 13 II InsO

Gemäß § 13 II InsO kann der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückgenommen werden, bis das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Antrag rechtskräftig abgewiesen ist. Die Rücknahme liegt grundsätzlich im Ermessen des Antragstellers.¹⁷⁰⁹ Basiert der gestellte Eröffnungsantrag auf drohender Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO und liegt weiterhin nur drohende Zahlungsunfähigkeit vor, steht einer Rücknahme nichts entgegen.¹⁷¹⁰ Gesellschaftsintern müssen, wie auch über die fakultative Antragstellung,¹⁷¹¹ die Gesellschafter über die Rücknahme des Eröffnungsantrags entscheiden. Auch bei Bestehen der gesetzlichen Antragspflicht aus § 15a I 1 InsO kann der Insolvenzantrag wirksam zurückgenommen werden.¹⁷¹² Die unmittelbare Antragspflicht verbietet dem Geschäftsführer aber die Rücknahme des bereits gestellten Insolvenzantrags.¹⁷¹³ Eine Rücknahme kann in dieser Lage als Insolvenzverschleppung straf- und haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.¹⁷¹⁴ Ist die Ausschöpfung der Drei-Wochen-Frist noch zulässig, gehen mit der Rücknahme zunächst keine Sanktionen einher. Da die Ausschöp-

¹⁷⁰⁸ Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270 Rn. 12; vgl. *Leithaus* in Andres/*Leithaus*, InsO, § 270b Rn. 10; Braun/*Riggert* InsO § 270b Rn. 13; *Vallender*, DB 2015, 231, 236.

¹⁷⁰⁹ Uhlenbruck/*Wegener* § 13 InsO Rn. 158 f.; vgl. FK-InsO/*Schmerbach* § 13 Rn. 67; aber *Pape* in: Kübler/*Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 13 InsO Rn. 224, 226; MüKo InsO/*Vuia*, § 13 Rn. 116.

¹⁷¹⁰ Braun/*Riggert* InsO § 270a Rn. 8; Uhlenbruck/*Wegener* § 13 InsO Rn. 161.

¹⁷¹¹ Vgl. § 7 A. I.

¹⁷¹² Uhlenbruck/*Wegener* § 13 InsO Rn. 160 f.; Uhlenbruck/*Zipperer* § 270a InsO Rn. 34; a.A. teilweise mit unterschiedlichen Begründungen, *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337, 1343; *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 693, 695; *Hölzle/Pink*, ZIP 2011, 360, 365.

¹⁷¹³ Die Drei-Wochen-Frist nicht berücksichtigend: MüKo InsO/*Kern*, § 270a Rn. 77; ungenau RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 40; vgl. FK-InsO/*Foltis* § 270a Rn. 39; *Pape* in: Kübler/*Prütting/Bork*, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270a InsO Rn. 40; Braun/*Riggert* InsO § 270a Rn. 8.

¹⁷¹⁴ Die Drei-Wochen-Frist nicht berücksichtigend und daher ungenau: Uhlenbruck/*Wegener* § 13 InsO Rn. 161; ferner Braun/*Bußhardt* InsO § 13 Rn. 22.

fung der Frist in den Händen der Geschäftsleiter liegt, können diese auch über die Antragsrücknahme innerhalb der Frist entscheiden.

2. Besonderheiten bei Beantragung der Eigenverwaltung, § 270a II InsO

Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt und die Eigenverwaltung beantragt, sieht das Gericht jedoch die Voraussetzungen der Eigenverwaltung als nicht gegeben an, so hat es gemäß § 270a II InsO (mit dem SanInsFoG § 270c V InsO-RegE) seine Bedenken dem Schuldner mitzuteilen und diesem Gelegenheit zu geben, den Eröffnungsantrag vor der Entscheidung über die Eröffnung zurückzunehmen. Die Hinweispflicht schützt den Schuldner.¹⁷¹⁵ Ihm soll eine weitere Chance, außergerichtliche Sanierungsbemühungen vorzunehmen, gewährt werden.¹⁷¹⁶ Ob er sie nutzt, liegt in seinem Ermessen. Da eine Antragsrücknahme auch bei materieller Insolvenz und im Falle der Zulässigkeit der Ausschöpfung der Drei-Wochen-Frist¹⁷¹⁷ des § 15a I 1 InsO zunächst auch sanktionslos möglich ist, hat der Hinweis auch bei nachträglich eingetretener Zahlungsunfähigkeit und bzw. oder Überschuldung zu erfolgen.¹⁷¹⁸ Beim Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO gilt die Hinweispflicht ebenfalls.¹⁷¹⁹ § 270a II InsO wird bei GmbH und AG nur in seltenen Fällen Anwendung finden.¹⁷²⁰

¹⁷¹⁵ HK-InsO/*Brünkmans* § 270a Rn. 37; vgl. *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270a InsO Rn. 37; Braun/*Riggert* InsO § 270a Rn. 8.

¹⁷¹⁶ HK-InsO/*Brünkmans* § 270a Rn. 37; Braun/*Riggert* InsO § 270a Rn. 8; Uhlenbruck/*Zipperer* § 270a InsO Rn. 35.

¹⁷¹⁷ Vgl. *Leithaus* in Andres/Leithaus, InsO, § 270a Rn. 13.

¹⁷¹⁸ Vgl. Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270a Rn. 9; Uhlenbruck/*Zipperer* § 270a InsO Rn. 34 f.; a.A. HK-InsO/*Brünkmans* § 270a Rn. 38; MüKo InsO/*Kern*, § 270a Rn. 80, 82; Braun/*Riggert* InsO § 270a Rn. 7; *Hölzle*, NZI 2011, 124, 130; vgl. *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337, 1343; für die Überschuldung: *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270a InsO Rn. 41.

¹⁷¹⁹ Uhlenbruck/*Zipperer* § 270a InsO Rn. 35; a.A. § 270b IV 3 InsO für abschließend haltend, *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270a InsO Rn. 45.

¹⁷²⁰ RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 40; HK-InsO/*Brünkmans* § 270a Rn. 38; FK-InsO/*Folits* § 270a Rn. 40; MüKo InsO/*Kern*, § 270a Rn. 78; *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270a InsO Rn. 40 f.; Uhlenbruck/*Zipperer* § 270a InsO Rn. 34; ferner *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337, 1343.

VI. Folgepflicht gegenüber dem Insolvenzverwalter?

*Uhlenbruck*¹⁷²¹ nimmt – wenn der eingesetzte vorläufige Insolvenzverwalter die Geschäfte weiterführt, ein allgemeines Verfügungsverbot angeordnet wurde und das Anstellungsverhältnis intakt ist – eine begrenzte Weisungskompetenz des Insolvenzverwalters gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer an. Eine Begrenzung soll dieses Weisungsrecht durch den Zweck des Insolvenzverfahrens und die Weisungsfestigkeit der Verfahrensrechte erfahren.¹⁷²² Ein solches – über § 22 III InsO hinausgehendes, wenn auch begrenztes – Weisungsrecht des Insolvenzverwalters und eine damit einhergehende Folgepflicht der Geschäftsleitung der GmbH/AG kann mangels rechtlicher Grundlage nicht angenommen werden.¹⁷²³

VII. Gesellschaftsrechtliche Pflichten

Im Übergangsstadium von Insolvenzantragstellung bis zum Einsatz eines vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters sind die Geschäftsleiter bei drohender Zahlungsunfähigkeit weiterhin dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet. Bei materieller Insolvenz müssen sie die Masse weiterhin im Gläubigerinteresse verwalten.¹⁷²⁴ Bei materieller Insolvenz müssen die Geschäftsleiter bei Untätigkeit des Gerichts mit Blick auf die Betriebsfortführung und das Zahlungsverbot aus § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG spätestens nach zwei Werktagen erneut um die Anordnung passender Sicherungsmaßnahmen i.S.v. § 21 InsO bitten.¹⁷²⁵

¹⁷²¹ *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 390, 398.

¹⁷²² *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 390, 398.

¹⁷²³ Vgl. § 7 C. III. 4.

¹⁷²⁴ Ungenau und zu eng: Erhaltung der Masse, für die AG: *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 92 Rn. 25.

¹⁷²⁵ Für die GmbH: *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 373.

1. Reguläres Insolvenzeröffnungsverfahren

a) Einberufungspflichten, Informationspflichten und Auskunfts- und Einsichtsverweigerung

Die Einberufungspflicht im Falle des Verlusts des hälftigen Stammkapitals/Grundkapitals aus § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG ist zu verneinen, wenn ein Eröffnungsantrag gestellt wurde.¹⁷²⁶ Entsprechend existiert auch keine Verlustanzeigespflicht gegenüber den Gesellschaftern/der Hauptversammlung. Die übrigen Einberufungs- und Informationspflichten bleiben – ebenso wie die Möglichkeiten zur Auskunfts- und Einsichtsverweigerung – bestehen. Sie beziehen sich jedoch nur noch auf den dem Schuldner und seinen Geschäftsleitern verbleibenden Zuständigkeitsbereich.¹⁷²⁷ Der Verlust des hälftigen Stammkapitals kann eine Einberufungspflicht gemäß § 49 II Hs. 2 GmbHG/§ 121 I Var. 3 AktG begründen.¹⁷²⁸ Anwendungsfälle von § 49 II Hs. 2 GmbHG/§ 121 I Var. 1 AktG stellen die Beantragung der Eigenverwaltung, die Stellung eines Antrags auf Anordnung einer Frist zur Ausarbeitung eines Insolvenzplans, die Vorlage eines Schuldnerplans und die Rücknahme des gestellten Insolvenzantrags bei drohender Zahlungsunfähigkeit dar. Diese begründen gegenüber dem Aufsichtsrat auch Berichtspflichten aus § 90 I 1 Nr. 4 AktG/aufgrund der außerordentlichen Berichtspflicht.

b) Vermögensbezogene Pflichten

Die vermögensbezogenen Pflichten finden auch im regulären Insolvenzeröffnungsverfahren Anwendung. Dies gilt auch für § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG.¹⁷²⁹ Eine Handlung des starken vorläufigen Verwalters ist dem Geschäftsleiter nicht zurechenbar.¹⁷³⁰

¹⁷²⁶ Für die GmbH: vgl. Fn. 1117 ff.

¹⁷²⁷ Vgl. § 7 C. II. 1. e).

¹⁷²⁸ Für die GmbH: vgl. Scholz GmbHG/*Seibt*, § 49 Rn. 19.

¹⁷²⁹ Für die GmbH: Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG § 64 Rn. 85; BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 53; MüKo GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 151; Michalski-*Nerlich*, GmbHG, § 64 Rn. 19; *Schmidt/Poertzen*, NZI 2013, 369, 373 ff.; ferner *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 850; für die AG: Aber *Habersack/Foerster* in Großkomm AktG, § 92 Rn. 127.

¹⁷³⁰ Für die GmbH: Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG § 64 Rn. 85; BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 53; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 574; *Gehrlein*,

Die Zustimmung des schwachen vorläufigen Verwalters oder des vorläufigen Gläubigerausschusses wirkt grundsätzlich haftungsaus-schließend.¹⁷³¹ Auch § 64 S. 3 GmbHG/§ 92 II 3 AktG sind anwend-bar.¹⁷³²

c) Allgemeine Geschäftsleiterpflichten,
§ 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG

Sollen Maßnahmen aus dem „unveräußerlichen Kernbereich der Leitungsaufgaben“¹⁷³³ oder dem Kernbestand an Leitungsaufgaben¹⁷³⁴ vorgenommen werden, muss die Rechtsmacht des vorläufigen Insolvenzverwalters berücksichtigt werden. Innerhalb der dem Geschäftsleiter zustehenden Möglichkeiten gilt die allgemeine Überwachungspflicht hinsichtlich der (wirtschaftlichen) Lage der Gesellschaft fort. Die der Gesellschaft im Vorverfahren zustehenden Verfahrensrechte sind vom Geschäftsleiter in ihrem Interesse wahr-zunehmen.¹⁷³⁵ Wurde das Vorverfahren wegen eines unberechtigten, namentlich eines unzulässigen oder unbegründeten, Gläubigerantrags eingeleitet, muss der Geschäftsleiter in der Anhörung gemäß § 14 II InsO gegen diesen vorgehen.¹⁷³⁶ Dies kann insbesondere durch die Erhebung von Einreden oder die Begleichung der Ansprüche des Antragstellers (Hauptforderung und Zinsen sowie Verfah-renskosten) geschehen, wodurch die Antragsberechtigung sowie das Rechtsschutzbedürfnis entfallen.¹⁷³⁷ Da mit der Zahlung die Gesell-schaft die Kosten übernimmt, ist die Erhebung von Einreden vorzu-

ZInsO 2017, 849, 851; in der Regel, MüKo GmbHG/H.-F. Müller, § 64 Rn. 151; für die AG: ferner, *Habersack/Foerster* in Großkomm AktG, § 92 Rn. 127; für GmbH und AG: vgl. *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100.

¹⁷³¹ Für die GmbH: *Baumbach/Hueck/Haas* GmbHG § 64 Rn. 85; vgl. BeckOK-GmbHG/Mätzig, § 64 Rn. 53; MüKo GmbHG/H.-F. Müller, § 64 Rn. 151; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 850 f.; stets, *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 374.

¹⁷³² Für die GmbH: *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 852.

¹⁷³³ Vgl. Fn. 310.

¹⁷³⁴ Vgl. Fn. 322.

¹⁷³⁵ Für die GmbH: *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 803.

¹⁷³⁶ Für die GmbH: *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 805 ff.

¹⁷³⁷ Für die GmbH: *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 807 ff.

ziehen.¹⁷³⁸ Im Vorverfahren ist eine Beratung des Schuldners regelmäßig erforderlich.¹⁷³⁹

Bezugspunkt der Treuepflicht ist ab Einsatz des vorläufigen Insolvenzverwalters im Vorverfahren das Gesellschaftswohl in der Ausprägung, die ihm vor Eintritt der materiellen Insolvenz zukommt.

Mit der Insolvenzantragstellung wird die Lage der Gesellschaft publik. Die Anordnung von Verfügungsbeschränkungen ist gemäß § 23 InsO bekannt zu machen. Nach Insolvenzantragstellung verlieren die Geheimhaltungsinteressen folglich an Bedeutung. Die Geschäftsleiter dürfen nicht mehr als unbegrenzt vertretungsbefugt auftreten.¹⁷⁴⁰ Tun sie dies weiterhin, droht eine Haftung aus § 823 II BGB, § 263 StGB und § 826 BGB.¹⁷⁴¹

2. Vorläufige Eigenverwaltung

a) In der Rolle als Geschäftsleiter der (reinen) Schuldnerin

In der vorläufigen Eigenverwaltung ist hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Pflichten für die Rolle als Geschäftsleiter der Schuldnerin grundsätzlich auf die Ausführungen zum regulären Insolvenzeröffnungsverfahren zu verweisen.

b) In der Rolle als mittelbarer Eigenverwalter

aa) Einberufungspflichten, Informationspflichten, Auskunft- und Einsichtsverweigerung und vermögensbezogene Pflichten

Wenn der Geschäftsleiter als mittelbarer vorläufiger Eigenverwalter tätig wird, treffen ihn aufgrund § 276a InsO gesellschaftsintern keine Einberufungs- und Informationspflichten und er ist von der gesellschaftsinternen Gewährung von Auskunft und Einsicht befreit. Die vermögensbezogenen Pflichten gelten grundsätzlich auch im Eigenverwaltungseröffnungsverfahren.

¹⁷³⁸ Für die GmbH: *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 822.

¹⁷³⁹ Vgl. *Uhlenbruck*, BB 1998, 2009, 2015

¹⁷⁴⁰ *Poertzgen*, ZInsO 2010, 416, 422.

¹⁷⁴¹ *Poertzgen*, ZInsO 2010, 416, 422.

In der vorläufigen Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren ist die Anwendbarkeit von § 64 S. 1 InsO/§ 92 II 1 AktG aber umstritten. Für die Anwendung wird die fortbestehende Schutzwürdigkeit der Gläubiger bei Fortführung des Betriebs durch die schuldnerische Gesellschaft und der bisherige Mangel an spezifischen insolvenzrechtlichen Haftungsregelungen angeführt.¹⁷⁴² Für die Geltung spreche auch a maiore ad minus die Anwendbarkeit im für die Gläubiger weniger gefährlichen regulären Vorverfahren.¹⁷⁴³ Gegen die Geltung wird der enge funktionale Zusammenhang zwischen dem Zahlungsverbot und der Insolvenzantragspflicht angeführt.¹⁷⁴⁴ Das Zahlungsverbot sei mit den Zielen der vorläufigen Eigenverwaltung und des Schutzschirmverfahrens außerdem unvereinbar.¹⁷⁴⁵ Ausschlaggebend ist die Anwendbarkeit der §§ 60, 61 InsO analog auf die Geschäftsleiter des vorläufigen Eigenverwalters. Diese Haftungsandrohung vermittelt einen ausreichenden Schutz. Die Anwendung von § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG ist nicht erforderlich. Durch diese Sichtweise wird ein Gleichlauf mit der späteren Eigenverwaltung erzeugt. Gleiches gilt für § 64 S. 3 GmbHG bzw. § 92 II 3 AktG.

bb) Allgemeine Geschäftsleiterpflichten,
§ 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG

Die vorläufige Eigenverwaltung muss – wie auch die Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren – vom Schuldner höchstpersönlich durchgeführt werden. Gesellschaftsintern ist die Geschäftsleitung

¹⁷⁴² *Jacoby* in FS Vallender, 261, 275; vgl. Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270 Rn. 21; für die GmbH: Michalski/*Nerlich*, GmbHG, § 64 Rn. 20; *Schulz*, Sanierungsge-
schäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, S. 268 ff.; *Schmidt/Poertzgen*, NZI
2013, 369, 374 ff.; vgl. Baumbach/*Hueck/Haas* GmbHG § 64 Rn. 85; MüKo
GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 152; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in
der Insolvenz, Rn. 432; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 575; *Gehrlein*, ZInsO
2017, 849, 850 f.; *Klinck*, DB 2014, 938, 940 f.; *Skauradzsun/Spahlinger*, DB 2015,
2559, 2261; für die AG: vgl. *Habersack/Foerster* in Großkomm AktG, § 92 Rn. 127.

¹⁷⁴³ Für die GmbH: *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 375 f.

¹⁷⁴⁴ *Brinkmann*, DB 2012, 1369; für die GmbH: vgl. Scholz GmbHG/*K. Schmidt*, 11.
Aufl., § 64 Rn. 25.

¹⁷⁴⁵ Für die GmbH: Roth/*Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 64 Rn. 6; Baum-
bach/*Hueck/Haas* GmbHG § 64 Rn. 86; *ders.*, ZHR 178 (2014), 603, 625; vgl.
BeckOK-GmbHG/*Mätzig*, § 64 Rn. 53; Scholz GmbHG/*K. Schmidt*, 11. Aufl.,
§ 64 Rn. 25.

zuständig. Das gesellschaftsinterne Berichtssystem zur Einbeziehung der Geschäftsleitung muss ein Ausmaß wie in der späteren Eigenverwaltung und damit wie bei materieller Insolvenz annehmen. Die Pflicht zur Überwachung der wirtschaftlichen Lage gilt fort. Im Schutzschirmverfahren stellt diese Überwachung unter anderem die Erfüllung der Anzeigepflicht bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 270b IV 2 InsO sicher. Die Durchführung der vorläufigen Eigenverwaltung mit oder ohne Schutzschirm, namentlich die Betriebsfortführung und die Erfüllung der insolvenzspezifischen Aufgaben, ist in der Regel nur mit der Unterstützung durch Berater möglich.¹⁷⁴⁶ Beratungsbedarf existiert insbesondere bei der Ausarbeitung eines Insolvenzplans innerhalb des Schutzschirmverfahrens.¹⁷⁴⁷ Die Beratungskosten für die Unterstützung des vorläufigen Eigenverwalters trägt die Insolvenzmasse.¹⁷⁴⁸ Im Eigenverwaltungsvorverfahren trifft die Geschäftsleitung ein modifiziertes Pflichtenprogramm.¹⁷⁴⁹ So muss die Befriedigungsreihenfolge des Insolvenzverfahrens bereits in diesem Stadium beachtet werden.¹⁷⁵⁰ Die Geschäftsleiter sind in der vorläufigen Eigenverwaltung zur Verwaltung der Masse und insbesondere zur Sicherung des noch vorhandenen Vermögens vor Masseschmälerungen verpflichtet.¹⁷⁵¹

Die Geschäftsleiter dürfen weder ihren eigenen Nutzen noch Vorteile Dritter verfolgen.

In der vorläufigen Eigenverwaltung ist eine enge Kommunikation mit den Beteiligten, insbesondere den Arbeitnehmern und Lieferanten, Dienstleistern sowie Versorgern erforderlich, um eine Betriebsfortführung und eine Sanierung zu ermöglichen.¹⁷⁵² Die Einbeziehung der sonstigen Gläubiger und Kunden ist für jeden Einzelfall zu

¹⁷⁴⁶ Für das Schutzschirmverfahren: *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 23.

¹⁷⁴⁷ *Hölzle*, ZIP 2012, 855, 856 f.; ferner *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 2, 23.

¹⁷⁴⁸ Vgl. *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan, Rn. 384; *Hölzle*, ZIP 2012, 855, 856 f.

¹⁷⁴⁹ AG Hamburg, Urt. v. 14.7.2014 - 67b IN 196/14 = ZIP 2014, 2101 f.; aber *Jacoby* in FS Vallender, 261, 272.

¹⁷⁵⁰ AG Hamburg, Urt. v. 14.7.2014 - 67b IN 196/14 = ZIP 2014, 2101; ferner *Lau*, DB 2014, 1417, 1420.

¹⁷⁵¹ *Thole/Brinkmans*, ZIP 2013, 1097; vgl. Uhlenbruck/*Zipperer* § 270 InsO Rn. 13, 23; *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 464; für den Schuldner, *Henkel*, ZIP 2015, 562, 563; *Lau*, DB 2014, 1417, 1420.

¹⁷⁵² *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 518 ff.; ungenau *Vallender*, DB 2015, 231, 232; vgl. *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 5, 9.

entscheiden.¹⁷⁵³ Durch die Information und Einbindung der Gläubiger in die Planung können diese zur wohlwollenden Begleitung des Vorverfahrens motiviert und ein Ersuchen des vorläufigen Gläubigerausschusses an das Gericht, die Eigenverwaltung zu versagen, verhindert werden.¹⁷⁵⁴ Die Geschäftsleiter müssen sich mit dem eingesetzten vorläufigen Sachwalter und dem Gericht eng abstimmen.¹⁷⁵⁵ Letzteres kann in Form einer regelmäßigen Berichterstattung mit Liquiditätsplänen sowie Verlaufsberichten erfolgen.¹⁷⁵⁶ Bei einem Schutzschirmverfahren ist eine Information der Geschäftspartner und Arbeitnehmer meist zu empfehlen.¹⁷⁵⁷ Dieses Verfahren leidet unter dem geringsten Makel.¹⁷⁵⁸ Außerdem werden auf diesem Weg Vertrauensverluste im Falle eines späteren Bekanntwerdens vermieden.¹⁷⁵⁹

VIII. Folgerungen

Die Organstellungen von Geschäftsführer und Vorstand bleiben im Vorverfahren erhalten.¹⁷⁶⁰ Sie agieren weiterhin als Schuldnervertreter.¹⁷⁶¹ Im regulären Eröffnungsverfahren erfahren die Kompetenzen des Schuldners durch die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und die Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots oder eines Zustimmungsvorbehalts unterschiedlich starke Einschränkungen. In der vorläufigen Eigenverwaltung (mit oder ohne Schutzschirm) hingegen behält der Schuldner seine privatautonome Ver-

¹⁷⁵³ Hofmann, Eigenverwaltung, Rn. 521.

¹⁷⁵⁴ Vallender, DB 2015, 231, 232.

¹⁷⁵⁵ Bezüglich des vorläufigen Sachwalters, Frind, DB 2014, 165, 167; bezüglich des Gerichts: Mönning/Schäfer/Schiller, BB 2017, Beil. 1, 24.

¹⁷⁵⁶ Frind, DB 2014, 165, 167; vgl. ders., NZI 2014, 937, 941.

¹⁷⁵⁷ HK-InsO/Brüinkmans § 270b Rn. 49; vgl. Richter/Pluta, BB 2012, 1591, 1593 f.; stärker Mönning/Schäfer/Schiller, BB 2017, Beil. 1, 8 ff.

¹⁷⁵⁸ HK-InsO/Brüinkmans § 270b Rn. 3.

¹⁷⁵⁹ HK-InsO/Brüinkmans § 270b Rn. 49.

¹⁷⁶⁰ Uhlenbruck/Zipperer § 97 InsO Rn. 18; Undritz, ZGR 2010, 201, 204; für die GmbH: Steffan in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 93; Götter, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 770; Uhlenbruck, GmbHR 1999, 390, 391; vgl. ders., GmbHR 2005, 817, 822.

¹⁷⁶¹ Für die GmbH: Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch § 90 Rn. 257; Uhlenbruck, GmbHR 2005, 817, 822; vgl. Götter, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 771; Uhlenbruck, GmbHR 1999, 390, 391.

waltungs- und Verfügungsbefugnis weitestgehend.¹⁷⁶² Sie wird durch die Kompetenzen des vorläufigen Sachwalters im Vergleich zum regulären Vorverfahren lediglich geringfügig eingeschränkt.¹⁷⁶³ Wird der Schuldner zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigt, erhält dessen Rechtsstellung insoweit eine insolvenzrechtliche Ergänzung.¹⁷⁶⁴ Mit dieser hoheitlich durch einen Beschluss des Gerichts verliehenen Fähigkeit, einige Gläubiger gegenüber anderen verfahrensrechtlich besserzustellen, übersteigt der Schuldner seine Rolle „als Subjekt des Privatrechts“¹⁷⁶⁵.¹⁷⁶⁶ Das Verlassen dieser Sphäre geschieht aber nicht erst durch eine solche Ermächtigung. In der vorläufigen Eigenverwaltung muss der Schuldner sein Handeln als vorläufiger Eigenverwalter an den Gläubigerinteressen ausrichten.¹⁷⁶⁷ Die Geschäftsleiter sind von den Einflüssen der Überwachungsorgane wegen § 276a InsO befreit.¹⁷⁶⁸ Bereits die bloße vorläufige Eigenverwaltung,¹⁷⁶⁹ namentlich der Verzicht des Gerichts auf die Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und die Bestellung eines Sachwalters, und nicht erst die Erteilung einer Global-,¹⁷⁷⁰ Einzel- oder Gruppenermächtigung macht den Schuldner daher (faktisch) zum Amtswalter. Die Geschäftsleiter füllen diese Rolle im Innenverhältnis aus.

¹⁷⁶² AG Duisburg, Beschl. v. 29.11.2012 - 7 T 185/12 = ZIP 2012, 2453; HK-InsO/*Brünkmans* § 270a Rn. 20; *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 326; *Frind*, ZInsO 2012, 1099, 1100.

¹⁷⁶³ Vgl. HK-InsO/*Brünkmans* § 270a Rn. 20.

¹⁷⁶⁴ HK-InsO/*Brünkmans* § 270a Rn. 22; vgl. AG Duisburg, Beschl. v. 29.11.2012 - 7 T 185/12 = ZIP 2012, 2453.

¹⁷⁶⁵ *Klinck*, ZIP 2013, 853, 856 f.

¹⁷⁶⁶ *Klinck*, ZIP 2013, 853, 856 f.; vgl. Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270b Rn. 1; *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 326; *Henkel*, ZIP 2015, 562, 563.

¹⁷⁶⁷ HK-InsO/*Brünkmans* § 270a Rn. 24; *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 218 InsO Rn. 30; Gottwald/Haas/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch § 88 Rn. 124; *ders.*, ZHR 178 (2014), 603, 623 f.; *Henkel*, ZIP 2015, 562, 563; *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2242; für das Schutzschirmverfahren, Uhlenbruck/*Zipperer* § 270b InsO Rn. 67; a.A. vage *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1098.

¹⁷⁶⁸ Vgl. § 10 A.

¹⁷⁶⁹ Uhlenbruck/*Zipperer* § 270a InsO Rn. 12, § 270b InsO Rn. 66; vgl. *Häsemeyer* in FS Schilken, 693, 697, 699; gegen die Amtswalterstellung, *Henkel*, ZIP 2015, 562, 563.

¹⁷⁷⁰ Für § 270b III InsO, Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270b Rn. 1; *Klinck*, ZIP 2013, 853, 857; *Undritz*, BB 2012, 1551, 1553 f.

Bis zum Einsatz eines vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters bestimmt die wirtschaftliche Lage, an welchen Interessen die Geschäftsleiter ihr Handeln im Vorverfahren ausrichten müssen. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit bleibt das Gesellschaftsinteresse, bei materieller Insolvenz werden die Gläubigerinteressen relevant. Das Vorverfahren unterscheidet bei Einsatz eines vorläufigen Verwalters grundsätzlich ebenso wenig wie das eröffnete Verfahren dahingehend, ob vom Insolvenzantragsrecht Gebrauch gemacht oder der Insolvenzantragspflicht nachgekommen wurde. Die Interessenausrichtung ist nicht mehr anhand der wirtschaftlichen Lage zu bestimmen, sondern anhand der durch den Geschäftsleiter auszuübenden Tätigkeiten. Im regulären Vorverfahren übernimmt der vorläufige Insolvenzverwalter die Rolle des Wahrers der Gläubigerinteressen. Die Geschäftsleiter agieren für die Gesellschaft als Schuldnerin und müssen ihr Handeln sowohl beim Einsatz eines starken, als auch bei Bestellung eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters am Gesellschaftsinteresse ausrichten.¹⁷⁷¹ Übernimmt der Schuldner die Rolle des vorläufigen Eigenverwalters und ersetzt er den vorläufigen Insolvenzverwalter, muss er sein Handeln an den Gläubigerinteressen ausrichten.¹⁷⁷²

Die Geschäftsleiter sind im Eröffnungsverfahren weiterhin zur Unternehmensleitung, begrenzt auf die ihnen verbleibenden Möglichkeiten und in Zusammenarbeit mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter, verpflichtet.¹⁷⁷³ Sie treffen organschaftliche Pflichten und eigene verfahrensrechtliche Pflichten. Es kommt zu einer Erweiterung des Pflichtenkreises des Geschäftsleiters.¹⁷⁷⁴ Die den Geschäftsleitern (noch) zur Verfügung stehenden Rechte und die sie treffenden Pflichten sind primär davon abhängig, inwieweit das Insolvenzgericht von dem Recht zur Sicherung der Insolvenzmasse gemäß § 21 InsO Gebrauch gemacht hat.¹⁷⁷⁵

¹⁷⁷¹ Für die GmbH: vgl. *Uhlenbruck*, GmbHR 2005, 817, 822.

¹⁷⁷² Vgl. Fn. 1767.

¹⁷⁷³ Für die GmbH: vgl. *Steffan* in *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 93.

¹⁷⁷⁴ Für die GmbH: *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 772; ferner für GmbH und AG: *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 853.

¹⁷⁷⁵ Ferner für die GmbH: *Steffan* in *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 94; *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 390, 391.

C. Reaktionsmöglichkeiten im Insolvenzeröffnungsverfahren

I. Entscheidungskompetenz

Die Sanierungsbemühenspflicht bindet die Geschäftsleiter auch nach Stellung des Insolvenzantrags. Im Vorverfahren haben sie aber nur eingeschränkte Möglichkeiten, um dieser Pflicht nachzukommen. Die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens treffen die Gläubiger im Berichtstermin des eröffneten Verfahrens, § 157 InsO. Dieser findet erst nach ca. vier - sechs Wochen statt.¹⁷⁷⁶ Diese Entscheidung darf grundsätzlich nicht vorweggenommen werden. Der vorläufige Insolvenzverwalter bzw. Eigenverwalter muss aufgrund seines Sicherungsauftrags stattdessen die Voraussetzungen dafür schaffen, dass sich im eröffneten Verfahren jedes der drei gleichrangigen Verwertungsarten (Sanierung im eigentlichen Sinne, übertragende Sanierung und Liquidation) potenziell verwirklichen lässt.¹⁷⁷⁷ Bis zur Entscheidung der Gläubiger ist er grundsätzlich zur Fortführung des Betriebs verpflichtet.¹⁷⁷⁸

Fällt die Sanierungsprüfung, die vom vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. Eigenverwalter zur Vorbereitung des Berichtstermins durchgeführt werden muss,¹⁷⁷⁹ positiv aus, ist im Vorverfahren unverzüglich eine Sanierung nach Verfahrenseröffnung vorzubereiten.¹⁷⁸⁰ Auch dies folgt aus der Pflicht, das Vermögen zu „sichern“ und aus der Notwendigkeit schneller Entscheidungen.¹⁷⁸¹ Fraglich ist, ob von der Vorbereitung einer Sanierung auch der Beginn der Umsetzung des aufgestellten Sanierungskonzepts erfasst ist. Das Schutzschirmver-

¹⁷⁷⁶ Buchalik/Schröder, ZInsO 2016, 189, 198.

¹⁷⁷⁷ Für den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter und im Wesentlichen auch für den vorläufigen Sachwalter: Hölzle, ZIP 2011, 1889, 1892 f.

¹⁷⁷⁸ Vgl. § 10 B. II.

¹⁷⁷⁹ Für das reguläre Vorverfahren: vgl. Karsten Schmidt/Hölzle InsO § 22 Rn. 8; kritisch Uhlenbruck/Vallender § 22 InsO Rn. 267 f.; für den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter und im Wesentlichen auch für den vorläufigen Sachwalter: Hölzle, ZIP 2011, 1889, 1892 f.

¹⁷⁸⁰ Für das reguläre Vorverfahren: Karsten Schmidt/Hölzle InsO § 22 Rn. 8; Uhlenbruck/Vallender § 22 InsO Rn. 266 ff.; vgl. Schur, ZIP 2014, 757, 764 f.; für den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter und im Wesentlichen auch für den vorläufigen Sachwalter: Hölzle, ZIP 2011, 1889, 1890 ff.

¹⁷⁸¹ Für das reguläre Vorverfahren: Uhlenbruck/Vallender § 22 InsO Rn. 266; für den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter und im Wesentlichen auch für den vorläufigen Sachwalter: Hölzle, ZIP 2011, 1889, 1892 f.

fahren ist ausdrücklich in den Dienst der Sanierung gestellt. Jedenfalls in dieser Verfahrensvariante ist davon auszugehen, dass mit der Umsetzung des bescheinigten Sanierungskonzepts,¹⁷⁸² soweit möglich und soweit die freie Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens nicht beeinträchtigt wird, zu beginnen ist. Auch in den übrigen Verfahrensarten ist mit der Umsetzung zu beginnen, da die Ergriffung von Sanierungsmaßnahmen erst nach einer dahingehenden Entscheidung der Gläubiger im Berichtstermin regelmäßig zu spät kommt.¹⁷⁸³ Die Umsetzung darf die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens aber nicht prädeterninieren. Eine Vorwegnahme dieser Entscheidung der Gläubiger ist zwar regelmäßig bei einer Stilllegung des Betriebs, nicht aber bei der Vornahme von Sanierungsmaßnahmen anzunehmen. Aus der Sanierungsbemühenspflicht folgt eine Unterstützungspflicht.

II. Durchführung der Sanierung

Für den Erfolg einer Restrukturierung ist der Ablauf des Insolvenzeröffnungsverfahrens entscheidend.¹⁷⁸⁴ Weichenstellungen, die im Vorverfahren gelegt oder nicht gelegt werden, können über die Zukunft der Gesellschaft entscheiden.

1. Verbindliche und zu empfehlende Vorgehensweisen

Um im Berichtstermin darlegen zu können, ob Aussichten bestehen, das Unternehmen des Schuldners im Ganzen oder in Teilen zu erhalten, welche Möglichkeiten für einen Insolvenzplan bestehen und welche Auswirkungen jeweils für die Befriedigung der Gläubiger eintreten würden (§§ 156 I 2, 281 II 1 InsO), müssen ein Sanierungskonzept¹⁷⁸⁵ erarbeitet und eine Sanierungsprüfung¹⁷⁸⁶ vorgenommen

¹⁷⁸² *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 10.

¹⁷⁸³ Für das reguläre Vorverfahren: Karsten Schmidt/*Hölzle* InsO § 22 Rn. 8; Kölner Schrift/*Uhlenbruck*, 2. Aufl., S. 360 f. Rn. 39; schwächer *Uhlenbruck/Vallender* § 22 InsO Rn. 267; für den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter und im Wesentlichen auch für den vorläufigen Sachwalter: vgl. *Hölzle*, ZIP 2011, 1889, 1892 f.

¹⁷⁸⁴ *Undritz*, ZGR 2010, 201, 203 f.; vgl. *Rendels/Zabel*, INDaT-Report 9/2010, 41, 44.

¹⁷⁸⁵ Für das reguläre Vorverfahren: vgl. Karsten Schmidt/*Hölzle* InsO § 22 Rn. 8; ferner Kölner Schrift/*Uhlenbruck*, Kap. 6 Rn. 67; für den vorläufigen schwachen

werden. Es muss die Grundlage für die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens geschaffen werden. Dies ist Aufgabe des vorläufigen Insolvenzverwalters respektive des vorläufigen Eigenverwalters. Sie kommen hierdurch ihrer Pflicht zur Sicherung¹⁷⁸⁷ – besser Verwaltung – des Vermögens nach.

Die Finanzierung des Vorverfahrens muss (im Vorfeld) sichergestellt werden, was mittels (harter) Patronatserklärungen oder durch Sanierungskredite erfolgen kann.¹⁷⁸⁸ Eine Insolvenzzgeldvorfinanzierung ist anzustrengen.¹⁷⁸⁹ Sie sollte mit der für das Schutzschirmverfahren gewährten Frist verbunden werden.¹⁷⁹⁰ Im Vorfeld der Gebrauchmachung vom Vorschlagsrecht aus § 270b II 2 InsO im Schutzschirmverfahren sollte der Schuldner die Anforderungen des konkreten Insolvenzgerichts an die Person des Sachwalters abklären¹⁷⁹¹ und eine Absprache jedenfalls mit den Hauptgläubigern abhalten, um sicherzustellen, dass der Sachwalter das Vertrauen derselben genießt¹⁷⁹². Die Nutzung des Vorschlagsrechts ist Teil der Umsetzung des Antrags auf Eröffnung eines Schutzschirmverfahrens und damit auch der Umsetzung des für diesen stimmenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung. Als solcher fällt es in den Zuständigkeitsbereich der Geschäftsleiter.¹⁷⁹³ Der Schuldner sollte insbesondere im Hinblick auf das Recht des vorläufigen Gläubigerausschusses, die Aufhebung des Schutzschirmverfahrens ohne weitere Voraussetzungen herbeizuführen (§ 270b IV 1 Nr. 2 InsO), versuchen, auf dessen Besetzung Einfluss zu nehmen.¹⁷⁹⁴ Die gewählten Personen sollten im Sinne eines reibungslosen Verfahrens

Insolvenzverwalter und im Wesentlichen auch für den vorläufigen Sachwalter: *Hölzle*, ZIP 2011, 1889, 1892.

¹⁷⁸⁶ Vgl. Fn. 1779.

¹⁷⁸⁷ Für den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter und im Wesentlichen auch für den vorläufigen Sachwalter: *Hölzle*, ZIP 2011, 1889, 1892 f.

¹⁷⁸⁸ Für das Schutzschirmverfahren: *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 3, 23; vgl. *Siemon*, ZInsO 2012, 1045, 1052.

¹⁷⁸⁹ Für den vorläufigen Insolvenzverwalter: Karsten Schmidt/*Hölzle* InsO § 22 Rn. 10.

¹⁷⁹⁰ *Leithaus* in Andres/Leithaus, InsO, § 270b Rn. 10.

¹⁷⁹¹ Strenger *Rendels/Zabel*, Insolvenzzplan, Rn. 83; *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 6, 9.

¹⁷⁹² Vgl. HK-InsO/*Brüinkmans* § 270b Rn. 40; MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 91, 100; ferner Uhlenbruck/*Zipperer* § 270b InsO Rn. 58.

¹⁷⁹³ A.A. für die GmbH: *Ströhmman/Längsfeld*, NZI 2013, 271, 277.

¹⁷⁹⁴ *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 88.

vorab mit dem Gericht abgestimmt werden.¹⁷⁹⁵ Eine frühe Beteiligung und Abstimmung des Sanierungsplans ist zumindest mit den Großgläubigern sinnvoll.¹⁷⁹⁶

Zur Vorbereitung einer Sanierung sind im Vorverfahren Verhandlungen mit den Beteiligten und potentiellen Investoren zu führen.¹⁷⁹⁷ Sanierungsmaßnahmen, die nicht die Verfahrenseröffnung voraussetzen¹⁷⁹⁸ und bzw. oder die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens nicht vorwegnehmen, sind umsetzbar. Es kommen Sanierungsmaßnahmen personal-, leistungs- sowie finanzwirtschaftlicher Art in Betracht.¹⁷⁹⁹ Im Eröffnungsverfahren erleichtern insbesondere die Einstellung und die Untersagung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nach § 21 II 1 Nr. 3 InsO/§ 30d IV ZVG und das Verwertungs- und Einziehungsverbot gemäß § 21 II 1 Nr. 5 InsO die Fortführung des Unternehmens durch Erhalt des Vermögens des Schuldners und des wirtschaftlichen Verbunds sowie durch die Liquiditätentlastung.¹⁸⁰⁰ Eine Sanierung mittels Insolvenzplans kann im vorläufigen Regelverfahren, in der vorläufigen Eigenverwaltung oder im Schutzschirmverfahren angestrebt werden. In der vorläufigen Eigenverwaltung (mit oder ohne Schutzschirmverfahren) müssen die Geschäftsleiter zusätzlich einen M&A-Prozess mit dem Ziel einer übertragenden Sanierung einleiten („Dual Track“¹⁸⁰¹).¹⁸⁰² Obwohl hiermit Eigensanierungsbemühungen konterkariert werden können,¹⁸⁰³ ist diese Pflicht auch bei fakultativer Antragstellung nach § 18 InsO zu bejahen, da der vorläufige Eigenverwalter den Gläubi-

¹⁷⁹⁵ *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 8.

¹⁷⁹⁶ *Braun/Riggert* InsO § 270b Rn. 26; vgl. *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 3.

¹⁷⁹⁷ *Schur*, ZIP 2014, 757, 764; für den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter und im Wesentlichen auch für den vorläufigen Sachwalter: *Hölzle*, ZIP 2011, 1889, 1891 ff.

¹⁷⁹⁸ Für das Schutzschirmverfahren: Leistungswirtschaftliche Sanierungsmaßnahmen, *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 10.

¹⁷⁹⁹ Für den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter und im Wesentlichen auch für den vorläufigen Sachwalter: *Hölzle*, ZIP 2011, 1889, 1892 f.

¹⁸⁰⁰ Statt vieler, vgl. *Karsten Schmidt/Hölzle* InsO § 21 Rn. 68, 74; *Uhlenbruck/Vallender* § 21 InsO Rn. 26, 38.

¹⁸⁰¹ *HK-InsO/Brünkmans* § 270b Rn. 50.

¹⁸⁰² *Fröhlich/Eckhardt*, ZInsO 2015, 925 ff.; vgl. *Hofmann*, in: *Kübler*, HRI, § 7 Rn. 196 f.; ferner *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 24; a.A. *Buchalik/Schröder*, ZInsO 2016, 189, 191.

¹⁸⁰³ Vgl. *HK-InsO/Brünkmans* § 270 Rn. 32; *Buchalik/Schröder*, ZInsO 2016, 189, 190; *Fröhlich/Eckhardt*, ZInsO 2015, 925.

gerinteressen und dem Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung verpflichtet ist.¹⁸⁰⁴ Im Insolvenzeröffnungsverfahren können die wesentlichen Vorarbeiten einer Sanierung im Insolvenzverfahren vorgenommen¹⁸⁰⁵ und kann mit deren Umsetzung begonnen werden.¹⁸⁰⁶

2. Das Schutzschirmverfahren

Das Schutzschirmverfahren ist als vorgeschaltetes Sanierungsverfahren konzipiert.¹⁸⁰⁷ Es ist auf eine Sanierung mittels Insolvenzplan ausgelegt und bietet das höchste Maß an Autarkie¹⁸⁰⁸. Die rechtlichen Möglichkeiten und Befugnisse, die das Schutzschirmverfahren dem Schuldner bietet, übersteigen die des regulären Vorverfahrens und die des Eigenverwaltungseröffnungsverfahrens.¹⁸⁰⁹ So muss das Gericht einem Antrag auf Vollstreckungsschutz nachkommen (§ 270b II 3 InsO,¹⁸¹⁰ sog. „Schutzschirm“ im eigentlichen Sinne¹⁸¹¹) und den Schuldner auf Antrag zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigen, § 270b III InsO. Der Schuldner hat des Weiteren das Recht, für das Schutzschirmverfahren eine Person als vorläufigen Sachwalter vorzuschlagen, § 270b II 2 InsO. Der Vorschlag kann nur unter erschwerten Bedingungen abgelehnt werden.

Das Schutzschirmverfahren setzt faktisch einen Konsens zumindest mit den wesentlichen Gläubigern voraus.¹⁸¹² Muss verlorenes Ver-

¹⁸⁰⁴ Anders HK-InsO/Brünkmans § 270 Rn. 32.

¹⁸⁰⁵ Ungenau *Undritz*, ZGR 2010, 201, 205; für die vorläufige Eigenverwaltung: vgl. *Hofmann*, Eigenverwaltung, Rn. 449.

¹⁸⁰⁶ Darüber hinausgehend, *Reuter*, BB 2003, 1797, 1803; vgl. *Bischoff*, ZInsO 2005, 1090 ff.

¹⁸⁰⁷ *Fuhst*, DStR 2012, 418, 421; vgl. Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270b Rn. 1; *Bitzer* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, 2. Teil Deutschland Rn. 195 f.; *Buchalik*, ZInsO 2012, 349, 356; *Vallender*, DB 2015, 231, 236, 238; ferner *Buchalik*, ZInsO 2012, 349, 357; *Frind*, DB 2014, 165.

¹⁸⁰⁸ *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 12.

¹⁸⁰⁹ *Leithaus* in Andres/Leithaus, InsO, § 270b Rn. 3.

¹⁸¹⁰ *Leithaus* in Andres/Leithaus, InsO, § 270b Rn. 4, 12.

¹⁸¹¹ MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 7, 103; vgl. MAH GmbH-Recht/*Schluck-Amend* § 23 Rn. 365; *Schelo*, ZIP 2012, 712 f.

¹⁸¹² Vgl. FK-InsO/*Foltis* § 270 Rn. 26; MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 130; *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 8; ferner Braun/*Riggert* InsO § 270b Rn. 26; a.A. *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 21 f.

trauen wiedergewonnen werden, ist die vorläufige Eigenverwaltung mit der höheren Kontrollfunktion des Insolvenzgerichts und des vorläufigen Sachwalters die bessere Wahl.¹⁸¹³ Im Falle einer fundamentalen Störung des Vertrauens kann ein Insolvenzplan im Regelverfahren mehr Erfolgchancen haben.¹⁸¹⁴ Zwar führt der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit lediglich zu einer Anzeigepflicht (§ 270b IV 2 InsO), jedoch verfügen der vorläufige Gläubigerausschuss und jeder einzelne Gläubiger (Letzterer unter zusätzlichen Voraussetzungen) über das Recht, einen Antrag auf Aufhebung des Schutzschirmverfahrens zu stellen, § 270b IV 1 Nr. 2, 3 InsO. Ein solcher Aufhebungsantrag führt jedenfalls über § 272 I Nr. 1, 2 InsO (mit dem SanInsFoG § 272 I Nr. 3, 4 InsO-RegE) in der Regel zu einer vorläufigen Insolvenzverwaltung.¹⁸¹⁵

Das Risiko der Überleitung in das reguläre Eröffnungsverfahren, die ohnehin knappe Bemessung der Höchstfrist, die unter anderem aus diesen Gründen folgende Einordnung des Schutzschirmverfahrens als unsicherer Sanierungsweg und der mit der Beantragung dieser Verfahrensart einhergehende Aufwand sprechen gegen die Stellung des Schutzschirmantrags und dafür, nur die vorläufige Eigenverwaltung zu betreiben.¹⁸¹⁶ Zu berücksichtigen ist auch, dass bis auf die Auswahl des Sachwalters alle gesetzlichen Vorteile des Schutzschirmverfahrens auch in der vorläufigen Eigenverwaltung abgebildet werden können.¹⁸¹⁷ Ein erheblicher faktischer Vorteil des Schutzschirmverfahrens ist jedoch der geringere Makel, der ihm anhaftet.¹⁸¹⁸ Dieser ist nicht zu unterschätzen.

¹⁸¹³ Ungenau *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 12.

¹⁸¹⁴ *Hermann/Zistler*, ZInsO 2018, 10, 12.

¹⁸¹⁵ MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 148; vgl. *Schelo*, ZIP 2012, 712, 714.

¹⁸¹⁶ Vgl. HK-InsO/*Brüinkmans* § 270b Rn. 3; FK-InsO/*Foltis* § 270b Rn. 3; Uhlenbruck/*Zipperer* § 270b InsO Rn. 5; *Schelo*, ZIP 2012, 712, 714 f.; ferner *Pape* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, § 270b InsO Rn. 23.

¹⁸¹⁷ *Schelo*, ZIP 2012, 712, 715.

¹⁸¹⁸ HK-InsO/*Brüinkmans* § 270b Rn. 3, 49; *Schelo*, ZIP 2012, 712, 715; zur Publizität: Str., weitgehend publizitätsloses Verfahren, *Leithaus* in Andres/Leithaus, InsO, § 270b Rn. 3, 14; vgl. Karsten Schmidt/*Undritz* InsO § 270b Rn. 9; *Madaus*, KTS 2015, 115, 122; aber MüKo InsO/*Kern*, § 270b Rn. 77; Uhlenbruck/*Zipperer* § 270b InsO Rn. 5, 54 f.; *Landfermann*, WM 2012, 869, 873; a.A. FK-InsO/*Foltis* § 270b Rn. 29, 31.

D. Zwischenergebnis

Das Insolvenzgericht formt die Rolle der Geschäftsleiter im Eröffnungsverfahren durch das (Nicht-)Treffen von Maßnahmen nach § 21 I 1 InsO. Während die Organstellung der Geschäftsleiter unberührt bleibt, kann dem Schuldner insbesondere ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt oder ein Zustimmungsvorbehalt angeordnet werden. Des Weiteren kann er unter Erhalt seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis sowie gegebenenfalls unter Erweiterung seiner Rechtsmacht als vorläufiger Eigenverwalter und damit als Amtswalter agieren.

Die durch die Geschäftsleiter auszuübenden Tätigkeiten bestimmen über die Interessenausrichtung. Werden die Geschäftsleiter als Träger der reinen Schuldnerrolle tätig, ist das Gesellschaftsinteresse maßgeblich. Agieren sie als mittelbare vorläufige Eigenverwalter, haben sie ihr Handeln an den Gläubigerinteressen auszurichten.

Der Handlungsspielraum des Geschäftsleiters erfährt zusätzlich zu Einbußen durch die Kompetenzen des vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters Begrenzungen durch gesellschaftsrechtliche Pflichten und insolvenzrechtliche (Verfahrens-)Pflichten. Die gesellschaftsrechtliche Sanierungsbemühenspflicht besteht auch im Vorverfahren fort. Die Geschäftsleiter haben aber nur eingeschränkte Möglichkeiten, um dieser Pflicht nachzukommen. Im Vorverfahren steht die vorläufige Betriebsfortführung im Mittelpunkt. Vorläufiger Insolvenzverwalter bzw. Eigenverwalter sind grundsätzlich zur Fortführung des Betriebs verpflichtet. Diese Pflicht folgt aus deren Sicherungsauftrag. Gleiches gilt für die Pflichten zur Aufstellung eines Sanierungskonzepts, zur Vornahme einer Sanierungsprüfung und zur Vorbereitung sowie grundsätzlich zur Umsetzung einer Sanierung im Falle einer positiv ausfallenden Sanierungsprüfung. Die Sanierungsbemühenspflicht verpflichtet den in der reinen Schuldnerrolle agierenden Geschäftsleiter zur Unterstützung und Mitarbeit hierbei sowie zum Versuch, den vorläufigen Insolvenzverwalter zur Sanierung zu bewegen. Die Sanierungsinstrumente Eigenverwaltung und Insolvenzplan sind auch in diesem Stadium vertreten. Das Vorverfahren kann bereits in vorläufiger Eigenverwaltung eröffnet werden. Die Eigenverwaltung kann aber auch erst noch beantragt werden. Eine Sanierung mittels Insolvenzplan kann im vorläufigen Regelverfah-

ren, in der vorläufigen Eigenverwaltung oder im Schutzschirmverfahren betrieben werden. Bei dem Schutzschirmverfahren kann es sich um ein taugliches Werkzeug handeln.¹⁸¹⁹ Im Eröffnungsverfahren können wesentliche Vorarbeiten für eine Sanierung vorgenommen und es kann mit deren Umsetzung begonnen werden.

§ 11 Die Sanierungsmöglichkeiten durch die Restrukturierung von Anleihen nach dem SchVG

Hat die Gesellschaft Schuldverschreibungen gemäß § 1 SchVG emittiert, können die Anleihegläubiger in die Sanierung derselben einbezogen werden. Das SchVG sieht mit § 4 S. 1 Alt. 1 SchVG und §§ 5 ff. SchVG zwei Wege vor, die Anleihebedingungen im Sinne einer Sanierung zu ändern.

A. Außergerichtliche Restrukturierungsmöglichkeiten

§ 4 S. 1 Alt. 1 SchVG fordert für Änderungen einen gleichlautenden Vertrag mit sämtlichen Gläubigern. Die §§ 5 ff. SchVG ermöglichen Änderungen durch Mehrheitsbeschluss der Gläubiger derselben Anleihe (sog. Collective Action Clause)¹⁸²⁰ mit Zustimmung des Emittenten.¹⁸²¹ Der Abschluss eines gleichlautenden Vertrags mit allen Anleihegläubigern ist im Falle einer publikumsplatzierten Anleihe aufgrund der Anonymität und den fehlenden Bindungen zwischen den Anleihegläubigern, der rationalen Apathie sowie dem fehlenden Einigungsdruck derselben als Individualanleger (Kollektivhandlungsrisiko)¹⁸²² in praxi nicht durchführbar.¹⁸²³ Die

¹⁸¹⁹ *Mönning/Schäfer/Schiller*, BB 2017, Beil. 1, 24.

¹⁸²⁰ *Thole* in *Hopt/Seibt*, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 5 Rn. 4 f.; *Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Grundmann* § 112 Rn. 134; *Cagalj*, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 149, 244; *Cranshaw*, BKR 2008, 504, 506; *Paulus*, WM 2012, 1109; vgl. *LBS/Bliesener/Schneider*, Bankrechts-Kommentar, Kap. 17 § 5 Rn. 22.

¹⁸²¹ Vgl. *Thole* in *Hopt/Seibt*, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 5 Rn. 40; *LBS/Bliesener/Schneider*, Bankrechts-Kommentar, Kap. 17 § 5 Rn. 1, 77 f.; *Friedl/Schmidbleicher*, in: *FraKommSchVG*, § 5 Rn. 21 f.; *Veranneman/Veranneman SchVG*, § 5 Rn. 13, 18; *Vogel*, in: *Preuß* (Hrsg.), *SchVG*, § 5 Rn. 1; *Cagalj*, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 178; *Wilken/Schaumann/Zenker*, *Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz*, Rn. 148.

¹⁸²² *Simon*, *Das neue Schuldverschreibungsgesetz und Treuepflichten im Anleiherrecht*, S. 128.

§§ 5 ff. SchVG bieten hingegen ein wirksames Restrukturierungsverfahren.¹⁸²⁴

I. Die Möglichkeiten der Anleiherestrukturierung nach §§ 5 ff. SchVG

In § 5 III 1 SchVG findet sich eine nicht abschließende Aufzählung der umsetzbaren Maßnahmen. Als mögliche Gegenstände einer Änderung werden die Zinsen (Veränderung der Fälligkeit, Verringerung oder Ausschluss, Nr. 1), die Hauptforderung (Veränderung der Fälligkeit oder Verringerung, Nr. 2, 3), der Insolvenzrang (Nachrangigkeit, Nr. 4), die Schuldverschreibungen (Umwandlung oder Umtausch, Nr. 5), die Sicherheiten (Austausch oder Freigabe, Nr. 6), die Währung (Nr. 7), die Kündigungsrechte der Anleihegläubiger (Verzicht oder Beschränkung, Nr. 8), der Schuldner (Ersetzung, Nr. 9) und Nebenbestimmungen (Änderung oder Aufhebung, Nr. 10) ausdrücklich angeführt. Die Anleihegläubiger können außerdem erklärte Kündigungen für unwirksam erklären, § 5 V 2 SchVG. Auch Mitverpflichtete können einbezogen werden, § 22 SchVG. Das SchVG bietet folglich ein weitreichendes Restrukturierungsprogramm.¹⁸²⁵ Es findet seine Grenzen im Gleichbehandlungsgrundsatz der §§ 4 S. 2, 5 II 2 SchVG und in § 5 I 3 SchVG, welcher die Auferlegung zusätzlicher Leistungspflichten verbietet.

¹⁸²³ Veranneman/*Veranneman* SchVG, § 5 Rn. 1; Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/*Tetzlaff*, 4. Aufl., § 88 Rn. 55; *Cagalj*, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 144 f., 176; *Simon*, Das neue Schuldverschreibungsgesetz und Treuepflichten im Anleiherecht, S. 128 f.; *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 146; *Leuering*, NZI 2009, 638, 639; vgl. *Thole* in Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 5 Rn. 1; *Schlitt/Schäfer* in FS Maier-Reimer, 615, 616.

¹⁸²⁴ *Cagalj*, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 244; *Cranshaw*, BKR 2008, 504, 507; *Florstedt*, ZIP 2014, 1513; *Kessler/Rühle*, BB 2014, 907; *Leuering*, NZI 2009, 638, 640; aber *Thole*, ZIP 2014, 293.

¹⁸²⁵ LBS/*Bliesener/Schneider*, Bankrechts-Kommentar, Kap. 17 § 5 Rn. 3; *Friedl/Schmidtbleicher*, in: FraKommSchVG, § 5 Rn. 35; *Vogel*, in: Preußé (Hrsg.), SchVG, § 5 Rn. 27, 29; Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/*Tetzlaff*, 4. Aufl., § 88 Rn. 26; *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 156; *Cagalj*, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 184, 244; *Penner*, Restrukturierungsklauseln in den Anleihebedingungen von High-Yield Anleihen, S. 139; *Cranshaw*, BKR 2008, 504, 507; *Grüneberg*, WM 2016, 1621, 1625; *Leuering*, NZI 2009, 638, 639; *Schlitt/Schäfer*, AG 2009, 477, 479; *Thole*, ZIP 2014, 293.

Grundsätzlich genügt für einen Beschluss die einfache Mehrheit der teilnehmenden Stimmrechte, § 5 IV 1 SchVG. Soll aber der wesentliche Inhalt der Anleihebedingungen, wie in den Fällen der § 5 III Nr. 1 - 9 SchVG, geändert werden, ist gemäß § 5 IV 2 SchVG eine qualifizierte Mehrheit von mindestens 75 % der teilnehmenden Stimmrechte (in der zweiten Versammlung mindestens 25 % der ausstehenden Stimmrechte) erforderlich. Die Mehrheitserfordernisse dienen dem Minderheitenschutz.¹⁸²⁶ In Sanierungsfällen werden die Beschlüsse regelmäßig eine qualifizierende Mehrheit benötigen.¹⁸²⁷ Bei dem Verfahren handelt es sich um optionales Gläubigerorganisationsrecht.¹⁸²⁸ So sind es auch die Anleihegläubiger und nicht (unmittelbar) der Emittent, die durch eine Änderung der Anleihebedingungen in die (eigenen) Gläubigerrechte eingreifen.¹⁸²⁹

II. Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungszeitpunkt der Anleiherestrukturierung nach §§ 5 ff. SchVG

Voraussetzung für die Anwendung dieses Verfahrens ist zunächst, dass die Anleihebedingungen ein Opt-in vorsehen, § 5 I 1 SchVG. Das Restrukturierungsverfahren kann durch den Emittenten initiiert werden, §§ 9 I 1, 18 I SchVG. Die Einberufung der Gläubigerversammlung i.S.d. SchVG liegt im unternehmerischen Ermessen des Schuldners; zuständig sind die organschaftlichen Vertreter, vgl. § 9 I 1 SchVG.¹⁸³⁰ Auch gesellschaftsintern ist eine Beteiligung der

¹⁸²⁶ RegE, BT-Drucks. 16/12814, S. 14.

¹⁸²⁷ *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 334.

¹⁸²⁸ *Vogel*, in: Preuß (Hrsg.), SchVG, § 5 Rn. 13; *Horn*, BKR 2009, 446, 449; so auch *Cagalj*, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 150, 244; *Simon*, Das neue Schuldverschreibungsgesetz und Treuepflichten im Anleiherecht, S. 120; *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 64, 121, 123; vgl. *Binder* in Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 9 Rn. 2; *LBS/Bliesener/Schneider*, Bankrechts-Kommentar, Kap. 17 § 5 Rn. 1; *Friedl/Schmidtbleicher*, in: FraKommSchVG, § 5 Rn. 5; *Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Tetzlaff*, 4. Aufl., § 88 Rn. 55; *Schlitt/Schäfer* in FS Maier-Reimer, 615, 625; *K. Schmidt* in FS Baums, 1073, 1076; *Penner*, Restrukturierungsklauseln in den Anleihebedingungen von High-Yield Anleihen, S. 133.

¹⁸²⁹ Vgl. *Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Grundmann* § 112 Rn. 133; *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 16; *Leuering*, NZI 2009, 638, 640.

¹⁸³⁰ Vgl. *Binder* in Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 9 Rn. 17 f.; *LBS/Bliesener/Schneider*, Bankrechts-Kommentar, Kap. 17 § 9 Rn. 5; *Schindele*, in: Preuß (Hrsg.), SchVG, § 9 Rn. 3; *Veranneman/Wasmann/Steber* SchVG, § 9 Rn. 4 f.;

Gesellschafter/Aktionäre nicht erforderlich. Durch die Änderung der Anleihebedingungen – mit Ausnahme des Debt-Equity-Swaps – werden deren Rechtspositionen nicht negativ tangiert. Im Falle des Debt-Equity-Swaps werden sie bei dessen Umsetzung mittels Kapitalmaßnahmen ausreichend beteiligt.

Die Anleiherestrukturierung kann grundsätzlich jederzeit bemüht werden.¹⁸³¹ Anders als nach dem SchVerschG 1899 kann das heutige Verfahren nicht nur zur Abwendung einer Zahlungseinstellung oder des Konkurses des Schuldners eingesetzt werden, vgl. § 11 I 1 SchVerschG. Dennoch bestimmt der Sanierungsgedanke das SchVG maßgeblich.¹⁸³² Prosperiert die Gesellschaft, werden sich die Anleihegläubiger zwar auf Anpassungen, nicht aber auf Einschränkungen ihrer Rechtspositionen einlassen. Eine Initiation des Verfahrens von Seiten des Schuldners zum Zwecke der Einschränkung der Rechtspositionen der Anleihegläubiger setzt daher faktisch ein Sanierungsbedürfnis voraus. Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten, in denen die Gesellschaft stecken muss, können auch in der als Damoklesschwert über der Gesellschaft schwebenden baldigen Fälligkeit von Zinsen oder der Anleihe selbst begründet sein oder durch diese vergrößert werden.¹⁸³³ Da spätestens mit der Inanspruchnahme dieser Sanierungsmöglichkeit die Publizität der wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Gesellschaft einhergeht, wenn die Anleihen, wie häufig, publikumsplaziert sind,¹⁸³⁴ sind andere Sanierungsmaßnahmen, die nicht zur marktweiten Bekanntheit der Verschlechterung der wirtschaftli-

Seibt, ZIP 2016, 997, 1001; für die Maßgeblichkeit der Grundsätze des Vertretungsrechts, *Schmidtbleicher*, in: *FraKommSchVG*, § 9 Rn. 6.

¹⁸³¹ *LBS/Bliesener/Schneider*, Bankrechts-Kommentar, Kap. 17 § 5 Rn. 3, 71; *Veranneman/Veranneman* SchVG, § 5 Rn. 14; *Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Tetzlaff*, 4. Aufl., § 88 Rn. 27; *Cagalj*, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 135 f., 142, 225, 244; *Penner*, Restrukturierungsklauseln in den Anleihebedingungen von High-Yield Anleihen, S. 144 f.; *Simon*, Das neue Schuldverschreibungsgesetz und Treuepflichten im Anleiherecht, S. 117 f.; *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 56; vgl. *Cranshaw*, BKR 2008, 504, 507; ferner *Podewils*, DStR 2009, 1914.

¹⁸³² *Simon*, Das neue Schuldverschreibungsgesetz und Treuepflichten im Anleiherecht, S. 117 f.

¹⁸³³ *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 13; vgl. *Cagalj*, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 142 f.; *Schlitt/Schäfer*, AG 2009, 477.

¹⁸³⁴ Vgl. *Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Tetzlaff*, 4. Aufl., § 88 Rn. 23 ff.; *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 11.

chen Lage führen, zunächst vorzuziehen. Bei der Planung des Zeitpunkts der Einleitung des Restrukturierungsverfahrens muss aber auch der mit diesem verbundene zeitliche Aufwand von in der Regel mindestens 12 - 14 Monaten¹⁸³⁵ berücksichtigt werden.¹⁸³⁶ Zeitaufwendig können insbesondere sein: die Verhandlungen mit den Anleihegläubigern, die Herstellung der Beschlussfähigkeit für die Abstimmung (mangels Erreichung des Quorums in Höhe von 50 % der ausstehenden Schuldverschreibungen (§ 15 III 1 SchVG) ist in der Regel eine zweite, nach § 15 III 3 Hs. 1 SchVG stets beschlussfähige, Abstimmung nötig)¹⁸³⁷, die Durchführung von Kapitalmaßnahmen, die die Änderungen der Anleihebedingungen begleiten, sowie mögliche Anfechtungen und daraufhin einzuleitende Freigabeverfahren nach AktG und SchVG.¹⁸³⁸ Bietet das Restrukturierungsverfahren gemäß §§ 5 ff. SchVG (hinsichtlich der Einbeziehung der Anleihegläubiger) im konkreten Fall den *erfolgsversprechendsten Sanierungsweg*, ist es von den Geschäftsleitern zu initiieren. Dies ist bei fortgeschrittener Krise der Regelfall.¹⁸³⁹

Liegt drohende Zahlungsunfähigkeit vor, kann eine Anleiherestrukturierung nach SchVG initiiert oder das Insolvenzverfahren eingeleitet werden. Die Möglichkeit, Sanierungsmaßnahmen, die in Rechte der Beteiligten eingreifen, durch einen Mehrheitsbeschluss derselben zu legitimieren, bietet das schuldverschreibungsrechtliche Restrukturierungsverfahren ebenso wie das Insolvenzverfahren.¹⁸⁴⁰ Letzteres bedient sich hierfür dem Instrument des Insolvenzplans gemäß § 217 InsO. Die Anleiherestrukturierung stellt folglich eine Alternative zum Insolvenzplan dar.¹⁸⁴¹ Im Vergleich zum Insolvenzplan verfügt sie mit der Begrenzung auf die Anleihegläubiger (derselben

¹⁸³⁵ Seibt, ZIP 2016, 997, 999; vgl. aber Wilken/Schaumann/Zenker, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 82.

¹⁸³⁶ Wilken/Schaumann/Zenker, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 76; vgl. Cagalj, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 156 f.

¹⁸³⁷ Wilken/Schaumann/Zenker, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 83.

¹⁸³⁸ Wilken/Schaumann/Zenker, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 72, 82 f., 85, 87, 92; Cagalj, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 212.

¹⁸³⁹ Cagalj, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 244.

¹⁸⁴⁰ Ferner Paulus, WM 2012, 1109.

¹⁸⁴¹ Vgl. Florstedt, ZIP 2014, 1513, 1517.

Anleihe) und die Änderung der Anleihebedingungen über einen kleineren Anwendungs- und Gestaltungsbereich. In der freien Sanierung findet eine Kontrolle des Verfahrens von Amts wegen nicht statt.¹⁸⁴² Vorteile einer Anleiherestrukturierung im Insolvenzplan sind in der beschränkten individuellen Rechtsverfolgung sowie dem beinahe unbegrenzten Gestaltungsspielraum der Planinhalte inklusive der Möglichkeit der Aggregation verschiedener Anleihen und dem differenzierten Rechtsschutzsystem zu sehen.¹⁸⁴³ Ein Insolvenzplan geht aber stets mit den Nachteilen bzw. Gefahren eines Insolvenzverfahrens, namentlich negativen Außenwirkungen, der Vernichtung oder Schmälerung von Vermögenswerten, (Verfahrens-)Kosten und einer bedingten Planbarkeit,¹⁸⁴⁴ einher. Die negative Publizität des Restrukturierungsverfahrens wiegt hingegen nicht derart schwer. Die Betreibung des Restrukturierungsverfahrens stellt daher ein milderes Mittel als die Überleitung ins Insolvenzverfahren dar. Obwohl ein genereller Vorrang der außergerichtlichen Sanierung vor der Sanierung im Insolvenzverfahren nicht anzuerkennen ist,¹⁸⁴⁵ müssen die Geschäftsleiter vor der Hinwirkung auf die freiwillige Einleitung des Insolvenzverfahrens zuerst das Verfahren nach §§ 5 ff. SchVG bemühen, wenn dieses erfolgsversprechend ist.

III. Durchführung der Anleiherestrukturierung nach §§ 5 ff. SchVG

1. Vorbereitung der Anleiherestrukturierung

Soll eine Anleiherestrukturierung nach §§ 5 ff. SchVG durchgeführt werden, muss die Geschäftsleitung zunächst ein Grobkonzept für die Restrukturierung mit Zeitplan entwickeln.¹⁸⁴⁶ Parallel sollte mit den Anleihegläubigern verhandelt werden.¹⁸⁴⁷ Ist der Emittent, wie häufig, auch Kreditnehmer, ist zu klären, ob die Kreditverträge die geplanten Änderungen erlauben oder ob die Kreditgeber der Restruktu-

¹⁸⁴² *Florstedt*, ZIP 2014, 1513, 1519.

¹⁸⁴³ *Thole*, ZIP 2014, 293, 300 ff.

¹⁸⁴⁴ Vgl. § 8 A. I.

¹⁸⁴⁵ Vgl. § 8 A. I.

¹⁸⁴⁶ *Seibt*, ZIP 2016, 997, 999; vgl. *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 83.

¹⁸⁴⁷ Vgl. *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 91.

rierung zustimmen müssen.¹⁸⁴⁸ Es sind Maßnahmen zur Sicherung der Präsenz auf den anstehenden Gläubigerversammlungen vorzunehmen, der Markt ist zu sondieren und das Sanierungskonzept weiter zu validieren.¹⁸⁴⁹ Diese Aufgaben sind interdependent und daher parallel zu bearbeiten.¹⁸⁵⁰ Die voranschreitende Konzeptionierung soll in ein detailliertes Sanierungskonzept münden.¹⁸⁵¹ Die Geschäftsleiter des Emittenten müssen im Vorfeld und während des Verfahrens das Vertrauen der Anleihegläubiger durch Gespräche und die Vermeidung des Eintritts von Kündigungsgründen wahren.¹⁸⁵² Bedürfen die geplanten Änderungen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung des Schuldners, ist eine parallele Abhaltung des schuldverschreibungsrechtlichen und des gesellschaftsrechtlichen Beschlussverfahrens zu empfehlen.¹⁸⁵³ Im Rahmen der Vorbereitung der Änderungen der Anleihebedingungen stellt sich die Frage, ob die Abstimmung der Anleihegläubiger in einer Präsenzversammlung (§§ 9 ff. SchVG) oder ohne Versammlung (§ 18 SchVG) durchgeführt werden soll. Hierbei handelt es sich um eine unternehmerische Entscheidung der Geschäftsleiter.¹⁸⁵⁴ In die Überlegungen sind insbesondere miteinzubeziehen: die Zusammensetzung der Anleihegläubiger, die Chancen der Erfüllung des Quorums (§ 15 III 1 SchVG), die Kommunikation zu und die Mobilisierung der Anleihegläubiger sowie die anfallenden Kosten und die Transaktionssicherheit¹⁸⁵⁵ ebenso wie die mit einer Abstimmung nach § 18 SchVG verbundenen rechtlichen und praktischen Unsicherheiten¹⁸⁵⁶. Zu berücksichtigen ist, dass der erste Versuch einer Abstimmung in der Regel an der fehlenden Beschlussfähigkeit schei-

¹⁸⁴⁸ Schlitt/Schäfer in FS Maier-Reimer, 615, 627.

¹⁸⁴⁹ Seibt, ZIP 2016, 997, 999 f.

¹⁸⁵⁰ Seibt, ZIP 2016, 997, 1000.

¹⁸⁵¹ Seibt, ZIP 2016, 997, 1000; vgl. Wilken/Schaumann/Zenker, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 19.

¹⁸⁵² Vgl. Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Tetzlaff, 4. Aufl., § 88 Rn. 8 ff., 25.

¹⁸⁵³ Cagalj, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 212.

¹⁸⁵⁴ Seibt, ZIP 2016, 997, 1001.

¹⁸⁵⁵ Seibt, ZIP 2016, 997, 1001.

¹⁸⁵⁶ Hierzu Wilken/Schaumann/Zenker, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 354; Bertelmann/Schönen, ZIP 2014, 353 ff.

tert.¹⁸⁵⁷ Die Kosten-¹⁸⁵⁸ und Zeitvorteile¹⁸⁵⁹ sowie die gesteigerte Flexibilität¹⁸⁶⁰ einer Abstimmung ohne Versammlung sind gegen die Nutzung einer Präsenzversammlung als Informations- und Diskussionsforum¹⁸⁶¹ abzuwägen. Häufig kann gerade die erste beschlussfähige Versammlung dazu genutzt werden, die Anwesenden von einer Restrukturierung zu überzeugen.¹⁸⁶²

2. Einberufung der Gläubigerversammlung bzw. Aufforderung zur Stimmabgabe

Die Einberufung bzw. Aufforderung zur Stimmabgabe übernehmen die Geschäftsleiter. Muss eine zweite Abstimmung herbeigeführt werden, ist wegen der Unsicherheit über den Träger der Einberufungskompetenz eine Doppeleinladung (bisheriger Versammlungsleiter bzw. Abstimmungsleiter und Schuldner) zu empfehlen.¹⁸⁶³ Inhaltlich sind die Vorgaben des § 12 I SchVG zu erfüllen, Vorschläge zur Beschlussfassung gemäß § 13 I SchVG abzugeben und die Beschlussgegenstände dergestalt vorzustellen, dass deutlich wird, worüber verhandelt und worüber abgestimmt werden soll.¹⁸⁶⁴ Außerdem sollten das Sanierungskonzept sowie die bedeutenden Gründe für die Beschlussvorschläge aufgenommen werden.¹⁸⁶⁵ Die Frist von

¹⁸⁵⁷ Vgl. *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 83.

¹⁸⁵⁸ *Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Tetzlaff*, 4. Aufl., § 88 Rn. 80; *Penner*, Restrukturierungsklauseln in den Anleihebedingungen von High-Yield Anleihen, S. 145 f.; *Seibt*, ZIP 2016, 997, 1001; aber *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 70, 352 f., 355; *Bertelmann/Schönen*, ZIP 2014, 353, 354.

¹⁸⁵⁹ *Penner*, Restrukturierungsklauseln in den Anleihebedingungen von High-Yield Anleihen, S. 145 f.; aber *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 352 f., 355; *Bertelmann/Schönen*, ZIP 2014, 353, 354.

¹⁸⁶⁰ *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 353.

¹⁸⁶¹ Vgl. *Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Tetzlaff*, 4. Aufl., § 88 Rn. 80; *Penner*, Restrukturierungsklauseln in den Anleihebedingungen von High-Yield Anleihen, S. 146; *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 328.

¹⁸⁶² *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 356.

¹⁸⁶³ Vgl. *Seibt*, ZIP 2016, 997, 1002.

¹⁸⁶⁴ Vgl. *Binder* in *Hopt/Seibt*, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 13 Rn. 2; *Schmidtbleicher*, in: *FraKommSchVG*, § 13 Rn. 2; *Seibt*, ZIP 2016, 997, 1002 f.

¹⁸⁶⁵ *Seibt*, ZIP 2016, 997, 1003; *Wasmann/Steber*, ZIP 2014, 2005, 2006.

14 Tagen (§ 10 I SchVG, §§ 186 ff. BGB analog)¹⁸⁶⁶ muss eingehalten werden. Ist die Gesellschaft bereits materiell insolvent und wartet der Emittent die Abstimmung der Anleihegläubiger über Änderungen der Anleihebedingungen ab, verstößt er damit nicht gegen die Insolvenzantragspflicht,¹⁸⁶⁷ wenn die Dreiwochenfrist noch läuft und die objektive Aussicht besteht, die Insolvenzreife vor deren Ablauf zu beseitigen. Die Einberufung bzw. Aufforderung ist bekanntzumachen, §§ 12 II, III, § 13 II SchVG.

3. Abhaltung der Gläubigerversammlung und Umsetzung der Beschlüsse

In der Gläubigerversammlung führt dann der Schuldner und für diesen die Geschäftsleitung den Vorsitz, § 15 I SchVG.¹⁸⁶⁸ Der Vorsitzende ist für die Erledigung der Tagesordnung, die abschließende Beschlussfassung sowie die Feststellung des Beschlussergebnisses zuständig.¹⁸⁶⁹ Bei dieser Rolle handelt es sich um ein Amt sui generis.¹⁸⁷⁰ Es muss neutral ausgeübt werden; eine Orientierung an den Gläubigerinteressen wie auch an den Schuldnerinteressen ist unzulässig.¹⁸⁷¹ Dieses Amt ist delegierbar.¹⁸⁷² Die Beschlüsse sind be-

¹⁸⁶⁶ *Seibt*, ZIP 2016, 997, 1002.

¹⁸⁶⁷ Vgl. § 7 B. I.

¹⁸⁶⁸ *Binder* in Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 15 Rn. 18; *Veraneman/Wasmann/Steber* SchVG, § 15 Rn. 2; *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 300; *Seibt*, ZIP 2016, 997, 1005; a.A. *Schmidtbleicher*, in: FraKommSchVG, § 15 Rn. 6.

¹⁸⁶⁹ *Seibt*, ZIP 2016, 997, 1005; vgl. *Binder* in Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 15 Rn. 4; *Kirchner*, in: Preuße (Hrsg.), SchVG, § 15 Rn. 5; *Veraneman/Wasmann/Steber* SchVG, § 15 Rn. 5; *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 305; *Wasmann/Steber*, ZIP 2014, 2005, 2006.

¹⁸⁷⁰ *Binder* in Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 15 Rn. 3; *Seibt*, ZIP 2016, 997, 1005.

¹⁸⁷¹ *Binder* in Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 15 Rn. 3; *Kirchner*, in: Preuße (Hrsg.), SchVG, § 15 Rn. 4; *Seibt*, ZIP 2016, 997, 1005; vgl. *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 300; aber *Wasmann/Steber*, ZIP 2014, 2005, 2006.

¹⁸⁷² *Schmidtbleicher*, in: FraKommSchVG, § 15 Rn. 2; *Seibt*, ZIP 2016, 997, 1005; *Wasmann/Steber*, ZIP 2014, 2005, 2006; nur innerhalb des Geschäftsleitungsorgans, *Binder* in Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 15 Rn. 18; bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist besteht generell ein Vollzugshindernis, *Wasmann/Steber*, ZIP 2014, 2005, 2013; a.A. *Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Tetzlaff*, 4. Aufl., § 88 Rn. 89.

kanntzumachen, § 17 I, II SchVG. Die Informationspflicht dient dem Gläubigerschutz. Die Kosten trägt der Emittent, §§ 9 IV, 17 I 1, 18 VI SchVG.

Der Versammlungsleiter muss anschließend die Vollziehung der Beschlüsse – soweit nötig – einleiten.¹⁸⁷³ Steht der Beschlussvollziehung eine Anfechtungsklage entgegen, kann der Emittent vom Freigabeverfahren (§ 20 III 4 SchVG, § 246a AktG) Gebrauch machen. Hierzu wird die Sanierungsbemühenspflicht die Geschäftsleiter regelmäßig verpflichten. Die Restrukturierungssituation lässt das alsbaldige Wirksamwerden des Beschlusses in der Interessenabwägung nach § 246a II Nr. 3 AktG regelmäßig als vorrangig erscheinen.¹⁸⁷⁴ So ist es gerade auch das Freigabeverfahren, das außergerichtliche Restrukturierungen ermöglicht.¹⁸⁷⁵

B. Restrukturierungsmöglichkeiten im Insolvenzverfahren

Das Schuldverschreibungsgesetz behandelt die Anleiherestrukturierung im eröffneten Insolvenzverfahren in § 19 SchVG. § 19 I 1 InsO erklärt die Bestimmungen der Insolvenzordnung hinsichtlich Gläubigerbeschlüssen für grundsätzlich vorrangig gegenüber den Regelungen des Schuldverschreibungsgesetzes. Im eröffneten Insolvenzverfahren sind zwei Möglichkeiten zur Restrukturierung von Schuldverschreibungen denkbar: die Modifikation der Rechtsstellung der Anleihegläubiger im Insolvenzplan gemäß § 217 InsO und die Änderung der Anleihebedingungen nach §§ 5 ff. SchVG.

I. Anleiherestrukturierung im Insolvenzplan, §§ 217 ff. InsO

Die Geschäftsleiter können die Anleiherestrukturierung im eröffneten Insolvenzverfahren in einen von der Gesellschaft als Schuldnerin oder von dieser als Eigenverwalterin vorgelegten Insolvenzplan integrieren. Im gestaltenden Teil eines Insolvenzplans kann auch die

¹⁸⁷³ *Seibt*, ZIP 2016, 997, 1007 f.; *Wasmann/Steber*, ZIP 2014, 2005, 2013; vgl. *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 348 f.; *Schlitt/Schäfer* in FS Maier-Reimer, 615, 623.

¹⁸⁷⁴ *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 473 ff.; *Seibt*, ZIP 2016, 997, 1008; *Wasmann/Steber*, ZIP 2014, 2005, 2014.

¹⁸⁷⁵ *Uhlenbruck/Zipperer* § 270b InsO Rn. 5; vgl. *Florstedt*, ZIP 2014, 1513 ff.

Restrukturierung von Anleihen geregelt werden.¹⁸⁷⁶ Diese Möglichkeit ist unabhängig von der Anwendbarkeit des SchVG und einem Opt-in in den Anleihebedingungen.¹⁸⁷⁷ Der Insolvenzplan kann alle Restrukturierungsoptionen vorsehen, die auch in einer außergerichtlichen Sanierung durchgeführt werden können, und damit insbesondere die in § 5 III SchVG angeführten Maßnahmen.¹⁸⁷⁸ Ausdrücklich fordert § 19 IV SchVG, dass den Anleihegläubigern einer Anleiheserie gleiche Rechte angeboten werden.

Für die Restrukturierung sind die §§ 217 ff. InsO maßgeblich.¹⁸⁷⁹ Insbesondere die Abstimmung über den Insolvenzplan richtet sich nach den insolvenzrechtlichen Regeln, §§ 243 ff. InsO.¹⁸⁸⁰ So kann zwar ein die Schuldverschreibungen betreffender Debt-Equity-Swap i.S.v. § 5 III Nr. 5 SchVG in den Insolvenzplan aufgenommen werden, eine Zwangsumwandlung durch Mehrheitsbeschluss bleibt aber verwehrt. Die betroffenen Gläubiger müssen sogar einzeln zustimmen, § 225a II 2 InsO. In der Praxis wird ein Erwerbsrecht eingeräumt.¹⁸⁸¹

II. Anleiherestrukturierung nach §§ 5 ff. SchVG

Umstritten ist, ob das Restrukturierungsverfahren nach §§ 5 ff. SchVG auch noch im eröffneten Insolvenzverfahren bemüht werden kann. Die in § 19 II 2 InsO durch das Insolvenzgericht einzuberufende Gläubigerversammlung zur reibungslosen Durchführung des Verfahrens dient allein der Ermöglichung der Wahl eines

¹⁸⁷⁶ *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 597, 606.

¹⁸⁷⁷ *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 606; *Thole*, ZIP 2014, 293, 299.

¹⁸⁷⁸ *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 597; vgl. *Friedl*, in: *FraKommSchVG*, § 19 Rn. 64; *Veranneman/Rattunde* SchVG, § 19 Rn. 102; *Thole*, ZIP 2014, 293, 299; eingeschränkt, *Knapp* in *Hopt/Seibt*, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 19 Rn. 50 f., nach welchem ein Debt-Equity-Swap in einem Insolvenzplan nicht mit Mehrheitsentscheid umgesetzt werden kann und der die Umsetzbarkeit der Maßnahmen des § 5 III Nr. 5, 6, 8, 9, 10 SchVG für fraglich hält.

¹⁸⁷⁹ *Thole* in *Hopt/Seibt*, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 5 Rn. 117; *Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Tetzlaff*, 4. Aufl., § 88 Rn. 31.

¹⁸⁸⁰ *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 601, 607; *Leuering*, NZI 2009, 638, 640.

¹⁸⁸¹ *Kessler/Rühle*, BB 2014, 907, 912.

gemeinsamen Vertreters und der Erteilung von Weisungen.¹⁸⁸² Während die Einberufung weiterer schuldverschreibungsrechtlicher Gläubigerversammlungen nach § 18 IV SchVerschG zulässig war, findet sich im neuen Schuldverschreibungsrecht keine vergleichbare Bestimmung. Auch im Verlauf des Insolvenzverfahrens kann jedoch Abstimmungsbedarf – hinsichtlich des gemeinsamen Vertreters oder zur Vornahme von Maßnahmen i.S.v. § 5 III SchVG – anfallen.¹⁸⁸³ Bejaht¹⁸⁸⁴ man entgegen der überwiegenden, stimmigen Ansicht¹⁸⁸⁵ die Zulässigkeit der Abhaltung schuldverschreibungsrechtlicher Gläubigerversammlungen mit Beschlussgegenständen gemäß § 5 III SchVG auch noch in diesem Stadium, so müssten im konkreten Fall das SchVG anwendbar sein und ein Opt-in vorliegen. Die Restrukturierung würde sich grundsätzlich nach den schuldverschreibungsrechtlichen Bestimmungen der §§ 5 ff. SchVG richten.¹⁸⁸⁶ Mit dem Verlust des Verwaltungs- und Verfügungsrechts gemäß § 80 InsO im Regelverfahren müsste aber auch der Verlust des Rechts, auf eine Änderung der Anleihebedingungen nach §§ 4, 5 ff. SchVG hinzuwirken, einhergehen. Das Initiativrecht stünde im Regelverfahren dem Insolvenzverwalter¹⁸⁸⁷ und in der Eigenverwaltung der eigenverwaltenden Gesellschaft zu. Die Initiierung des schuldverschreibungsrechtlichen Verfahrens könnte nur im Interesse der gesamten Gläubigerschaft erfolgen. Die Beschlussfassung

¹⁸⁸² *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 529 ff.; vgl. Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/*Tetzlaff*, 4. Aufl., § 88 Rn. 28.

¹⁸⁸³ *Knapp* in Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 19 Rn. 58; *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 617; eingeschränkt, Veranneman/*Rattunde* SchVG, § 19 Rn. 67; *Thole*, ZIP 2014, 293, 297.

¹⁸⁸⁴ RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 31; BK-InsO/*Paul* § 19 Rn. 20; *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 619; vgl. OLG Stuttgart, Urte. v. 27.12.2016 - 10 U 97/16 = ZInsO 2017, 281, 286; *Knapp* in Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 19 Rn. 59 f.; für den Dept-Equity-Swap nach SchVG, *Kessler/Rühle*, BB 2014, 907, 913.

¹⁸⁸⁵ RegE, BT-Drucks. 16/12814, S. 25; *Friedl*, in: FraKommSchVG, § 19 Rn. 36; *Scherber*, in: Preuße (Hrsg.), SchVG, § 19 Rn. 28; *Horn*, BKR 2014, 449, 451; *Thole*, ZIP 2014, 293, 295 ff.; vgl. Veranneman/*Rattunde* SchVG, § 19 Rn. 59.

¹⁸⁸⁶ *Knapp* in Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 19 Rn. 64; für den Dept-Equity-Swap nach SchVG, *Kessler/Rühle*, BB 2014, 907, 913.

¹⁸⁸⁷ OLG Stuttgart, Urte. v. 27.12.2016 - 10 U 97/16 = ZInsO 2017, 281, 283 ff.; vgl. BK-InsO/*Paul* § 19 Rn. 33a; Unklar, dem Schuldner das Recht zusprechend, *Friedl*, in: FraKommSchVG, § 19 Rn. 31; *Knapp* in Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 19 Rn. 61.

nach SchVG könnte durch eine Planbedingung nach § 249 InsO mit einem Insolvenzplan verbunden werden.¹⁸⁸⁸

C. Zwischenergebnis

Bei der schuldverschreibungsrechtlichen Anleiherestrukturierung handelt es sich um ein besonderes Sanierungsverfahren,¹⁸⁸⁹ das den Handlungsspielraum der Geschäftsleiter um ein effektives Instrument der Krisenbewältigung¹⁸⁹⁰ erweitert. Die Anleihegläubiger werden in die Lage versetzt, informiert und innerhalb eines geordneten sowie fairen Verfahrens weitgehend frei zu entscheiden.¹⁸⁹¹ Die gesetzlichen Einschränkungen bilden Mindeststandards, die dem Schutz der Anleihegläubiger gewidmet sind.¹⁸⁹² Die außergerichtliche Sanierung mithilfe der Restrukturierung von Anleihen nach dem SchVG wird einerseits als Königsweg bezeichnet,¹⁸⁹³ ist andererseits aber auch komplex sowie risikoreich.¹⁸⁹⁴ Die Geschäftsleiter sind bei Anwendbarkeit des SchVG und einem Opt-in in den Anleihebedingungen verpflichtet, die Möglichkeiten des SchVG in ihre Sanierungsplanung miteinzubeziehen.¹⁸⁹⁵ In der Regel wird es sich bei der Anleiherestrukturierung nach §§ 5 ff. SchVG bei fortgeschrittener Krise (hinsichtlich der Einbeziehung der Anleihegläubiger) um die erfolgversprechendste Sanierungsmöglichkeit handeln und die Geschäftsleiter werden zu deren Initiierung verpflichtet sein. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit, müssen die Geschäftsleiter vor der Hinwirkung auf die freiwillige Einleitung des Insolvenzverfahrens

¹⁸⁸⁸ Vgl. Veranneman/*Rattunde* SchVG, § 19 Rn. 59; *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 625; *Kessler/Rühle*, BB 2014, 907, 913; stärker *Knapp* in *Hopt/Seibt*, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 19 Rn. 60.

¹⁸⁸⁹ *Simon*, Das neue Schuldverschreibungsgesetz und Treuepflichten im Anleiherecht, S. 120.

¹⁸⁹⁰ Insolvenzvermeidung, *Cagalj*, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 150, 172 f.; *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 14; *Grüneberg*, WM 2016, 1621, 1625.

¹⁸⁹¹ RegE, BT-Drucks. 16/12814, S. 14.

¹⁸⁹² RegE, BT-Drucks. 16/12814, S. 14, 16.

¹⁸⁹³ *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 21; vgl. *Cagalj*, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 154.

¹⁸⁹⁴ *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 482.

¹⁸⁹⁵ Vgl. *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 17.

zuerst das schuldverschreibungsrechtliche Verfahren bemühen, wenn dieses erfolgversprechend ist. Das Vorgehen ist am Gesellschaftsinteresse auszurichten.

Im eröffneten Insolvenzverfahren kommt eine Anleiherestrukturierung im Insolvenzplanverfahren oder weiterhin nach §§ 5 ff. SchVG (str.) in Betracht. Letztere wäre primär für einen Debt-Equity-Swap von Bedeutung.¹⁸⁹⁶ Von diesen Möglichkeiten könnte alternativ aber auch simultan Gebrauch gemacht werden. In der Schuldnerrolle kann der Geschäftsleiter eine Anleiherestrukturierung (im Gesellschaftsinteresse) nur über das Insolvenzplanverfahren anstreben. In der Eigenverwaltung wären durch die Geschäftsleitung beide Möglichkeiten (im Interesse der Gläubiger) gangbar.

Bei der Durchführung der Anleiherestrukturierung nach §§ 5 ff. SchVG treffen die Geschäftsleitung zahlreiche Handlungsanweisungen. In der schuldverschreibungsrechtlichen Gläubigerversammlung hat sich der Geschäftsleiter im Amt des Versammlungsleiters neutral zu verhalten.

¹⁸⁹⁶ *Wilken/Schaumann/Zenker*, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 622.

3. Teil: Fazit

§ 12 Vorbemerkung

Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage und deren Eskalation gehen mit einer Veränderung des Pflichtenprogramms der Geschäftsleiter einher. Das Gesetz reagiert insbesondere im GmbHG, AktG und in der InsO mit der Kodifikation von Geschäftsleitersplichten. Auch die Rechtsprechung und die Literatur stellen insbesondere durch eine Konkretisierung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gemäß § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG Handlungsanweisungen auf. Mit der verschlechterten Lage eröffnen sich aber auch neue Handlungsmöglichkeiten und Entscheidungsalternativen. So gewähren GmbHG und AktG die vereinfachte Kapitalherabsetzung und die InsO insbesondere die Rechte zur Stellung eines Insolvenzantrags, zur Beantragung der Eigenverwaltung und zur Vorlage eines Insolvenzplans. An die hinzutretenden Rechte werden von Rechtsprechung und Literatur teilweise wiederum Pflichten geknüpft. Der Handlungsspielraum der Geschäftsleiter wird bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage vermehrt von Pfählen an geschriebenen und aus Verdichtungen des unternehmerischen Ermessens gebildeten Pflichten durchdrungen. Entscheidungen werden im Spannungsfeld der Interessen der Beteiligten, insbesondere der Gesellschafter und der Gläubiger, getroffen. Pflichtverletzungen von Geschäftsleitern werden in der Krise mit scharfen straf- und haftungsrechtlich Konsequenzen sanktioniert. Dennoch fand sich bisher kein lückenloses Pflichtenprogramm, welches den Geschäftsleitern das ordnungsgemäße Verhalten ab Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage über den Eintritt von Insolvenzgründen bis hinein in das Insolvenzverfahren generell und strikt vorgibt. Ein solches Pflichtenprogramm zu formulieren ist weder möglich noch sinnvoll. Es muss Flexibilität für den Einzelfall gelassen werden.

Die vorliegende Arbeit zeigt stattdessen die vom Gesetz, der Rechtsprechung und der Literatur aufgestellten Pflichten sortiert und Letztere selektiert als Pflichtenkatalog. Sie gibt Handlungsempfehlungen (insbesondere aus der Betriebswirtschaftslehre) und entwickelt mit dem formulierten prozeduralen Vorgehen eine Leitlinie für das Ver-

halten hinsichtlich der Reaktion auf die verschlechterte wirtschaftliche Lage. Werden der Pflichtenkatalog, die Handlungsempfehlungen und die Leitlinie befolgt, werden die Geschäftsleiter – hinsichtlich der abgedeckten Bereiche – ihrem Amt gerecht und sowohl das in der Krise nahende Schuldentum als auch das drohende Gefängnis vermieden.

Eine Gesamtschau dieser Arbeit zeigt, dass sich die Geschäftsleiterpflichten bei GmbH und AG immer stärker annähern, je weiter die Krise fortschreitet. Die Unterschiede dieser Rechtsformen verlieren – je weiter sich die Situation zuspitzt – an Bedeutung.

Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage bringt vermögensbezogene und nicht unmittelbar vermögensbezogene Pflichten mit sich. Im außergerichtlichen Bereich tritt von Gesetzes wegen eine höhere Anzahl an Geschäftsleiterpflichten hinzu als im Insolvenzverfahren. Die weiter geltenden Pflichten und der durch das Insolvenzverfahren und die neu hinzutretenden Akteure vermittelte anderweitige Schutz sind in diesem Stadium ausreichend.

Die Pflichten dienen unmittelbar oder mit der Sicherung des Verfahrensablaufs mittelbar jeweils dem Schutz von Beteiligten. Bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage knüpft die Schutzrichtung der Pflichten nicht an bestimmte Zeitpunkte oder wirtschaftliche Lagen der Gesellschaft an, sondern grundsätzlich jeweils an den Inhalt der einzelnen Pflichten, ihre Kategorisierung als vermögensbezogene oder nicht unmittelbar vermögensbezogene Pflichten. Bei den insolvenzrechtlichen Pflichten ist es nicht der Inhalt der Pflichten, der über die Schutzrichtung bestimmt. In dieser zugespitzten Phase teilen sie sich mit den Gesellschaftsgläubigern ihre unmittelbare bzw. mittelbare Schutzrichtung.

Die Geschäftsleiterpflichten sind stets im Lichte der in der jeweiligen Phase und Rolle relevanten Interessen zu sehen. Das/Die jeweils relevante/n Interesse/n kann/können Pflichten modifizieren bzw. umpolen und begrenzen.

Lassen sich konkrete Verhaltensvorgaben nicht formulieren, ist auf die Konstruktion von vagen Pflichten zu verzichten. Verbindliche Handlungsanweisungen, die lediglich vage Verhaltensmaßstäbe vorgeben, sind in der Praxis weder hinsichtlich der Pflichterfüllung (ex ante) noch der Sanktionierung (ex post) zufriedenstellend handhabbar. Gelingt es nicht, allgemeingültige Konkretisierungen zu

leisten, ist die Unschärfe und der weitgehende Verzicht auf Sanktionen für Fehlverhalten zu akzeptieren. Statt einer Konzentration auf Pflichtenkonstruktionen sollte der Fokus zur Bestimmung der Verhaltensanweisungen an die Geschäftsleiter auf *prozedurale Kriterien* gelegt werden. Dies gilt in der vorliegenden Arbeit insbesondere für die Bestimmung des Inhalts der Sanierungsbemühungspflicht.

§ 13 Die wesentlichen Ergebnisse in Thesen

A. Geschäftsleiterpflichten bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage

1. Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage beschreibt eine wirtschaftliche Notlage. Ihr Eintritt kann nur durch die Beurteilung der Gesamtsituation im Einzelfall festgestellt werden. Sie beginnt bereits vor dem Eintritt einer Krise und umfasst alle vorinsolvenzlichen Krisenstadien im betriebswirtschaftlichen sowie im (gesellschafts-)rechtlichen Sinn. Unter einer Krise ist eine verschärfte wirtschaftliche Notlage zu verstehen (§ 2).
2. Das Gesetz reagiert auf die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage mit der Normierung ausdrücklicher Pflichten und Gebote für die Geschäftsleiter. Es kommt zu einer gesetzlichen Verengung deren Handlungsspielraums (§ 3).
 - a) Die Geschäftsleiter können zur Einberufung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung verpflichtet sein, wenn ein Bedürfnis, eine konkrete *Maßnahme* vorzunehmen, aufkommt oder ein besonderes *Ereignis* eintritt. Liegt die Entscheidung über die Vornahme einer Maßnahme in der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung, verpflichten § 49 II Hs. 2 GmbHG, § 121 I Var. 1, 2 AktG zur Einberufung. Hierbei wird es sich insbesondere um Reaktionsmaßnahmen handeln. Ausdrückliche ereignisbezogene Einberufungspflichten normieren § 49 III GmbHG und § 92 I Alt. 1 AktG für den Fall des Verlusts des hälftigen Stammkapitals/Grundkapitals. Der Eintritt besonderer Ereignisse kann zusätzlich über § 49 II Hs. 2 GmbHG bzw. § 121 I Var. 3 AktG zur Einberufung verpflichten. Die

Geschäftsleiter müssen den einschlägigen Zeitpunkt anhand der als Anhaltspunkte und Orientierungsmöglichkeiten aufgeführten Ereignisse und der erarbeiteten Kriterien im Einzelfall für die von ihnen geführte Gesellschaft identifizieren (§ 3 A.).

- b) Äußert sich die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage in Vorboten einer Krise, deren Auswirkungen und insbesondere in Reaktionsmaßnahmen oder in Maßnahmen, Ereignissen, Entwicklungen und Risiken, die für die Gesellschaft eine wesentliche Bedeutung haben, greifen Informationspflichten gegenüber dem fakultativen oder obligatorischen Aufsichtsrat und dem Aufsichtsratsvorsitzenden aus § 90 I 1, 3 AktG und der allgemeinen Sorgfaltspflicht. Informationspflichten und -gebote gegenüber der Hauptversammlung folgen aus §§ 92 I Alt. 2, 176 I 3, 71 III 1 Alt. 1, 71e I 1 AktG und gegenüber den Gesellschaftern hinsichtlich wichtiger Angelegenheiten. Vorstand und Geschäftsführer treffen Informationspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung/Gesellschaftergesamtheit im Zusammenhang mit deren Zuständigkeiten (§ 3 B.).
- c) In der Krise steigern sich die gesellschaftsinternen Informationspflichten. Dies führt dazu, dass die Geschäftsleitung im Vergleich zur prosperierenden Lage insgesamt zu einer größeren gesellschaftsinternen Offenheit verpflichtet ist. Ist sie zur Information verpflichtet, bleibt für eine Auskunfts- und Einsichtsverweigerung grundsätzlich kein Raum. Da sowohl bei Verletzung der Informationspflichten als auch bei Missachtung der Verschwiegenheitspflicht eine Haftung droht, existiert gerade bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, in welcher gesteigerte Informationspflichten bestehen und der Vertraulichkeit eine essentielle Bedeutung zukommt, ein Zielkonflikt für den Geschäftsleiter (§ 3 C.).
- d) Die Vermögensbindung des stets anwendbaren § 57 AktG und des bei Unterbilanz greifenden § 30 GmbHG wird durch den Liquiditätsschutz der partiellen Insolvenzverur-

sachungshaftung aus § 64 S. 3 GmbHG/§ 92 II 3 AktG ergänzt (§ 3 D. I.).

- e) Die Möglichkeiten der §§ 71 I Nr. 1, 71e I 1 AktG bzw. § 33 GmbHG können einzelne Problemfälle lösen oder ganz in den Dienst der Reaktion auf eine Krise gestellt werden und so eingeleitete Reaktionsmaßnahmen unterstützen. Dies gilt aber nur, solange und soweit noch ausreichend freies Vermögen vorhanden ist. Bei Bejahung aller Tatbestandsvoraussetzungen wird die allgemeine Schadensabwendungspflicht die Geschäftsleiter regelmäßig zum Erwerb bzw. zur Inpfandnahme eigener Aktien/Geschäftsanteile zur Schadensabwehr verpflichten (§ 3 D. II.).
 - f) Die §§ 230 ff. AktG/§§ 58b ff. GmbHG greifen nur, wenn die Voraussetzungen einer vereinfachten Kapitalherabsetzung vorliegen, sich die Gesellschafter für deren Vornahme entscheiden und diese durchgeführt wird. Sie kommen dann stets zum Einsatz, unabhängig davon, ob im konkreten Einzelfall eine konkrete Gefährdung der Gläubiger droht oder sogar gegeben ist (§ 3 D. III.).
 - g) Verfügt die Gesellschaft noch über ein die Stammkapitalziffer/Grundkapitalziffer übersteigendes Vermögen, liegt die Kreditvergabe an gewisse Führungskräfte und Aufsichtsratsmitglieder im (in der AG durch §§ 89, 115 AktG formalisierten) Ermessen der zuständigen Organe. Die wirtschaftliche Verschlechterung muss aber im Rahmen der Ermessensausübung Berücksichtigung finden. Schreitet die Krise voran und ist der Eintritt einer Unterbilanz absehbar, wird dem Geschäftsführer das Ermessen gemäß § 43a GmbHG vollständig entzogen und die Kreditgewährung insoweit verboten, während im Aktienrecht weiterhin Ermessensspielraum besteht (§ 3 D. IV.).
3. Eine dogmatische Einordnung der ausdrücklichen gesetzlichen Geschäftsleiterpflichten, die bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage greifen, ergibt Folgendes:
- a) Die Pflichten knüpfen an bestimmte finanzwirtschaftliche Kennzahlen oder an selbst definierte Auslöser an. Sie stel-

- len nicht allgemein auf eine Krise ab. Nur eine geringe Anzahl greift bei festen finanzwirtschaftlichen Kennzahlen. Der Großteil überlässt den Geschäftsleitern bereits bei der Ermittlung ihrer Anwendbarkeit einen den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung tragenden Spielraum (§ 3 E. I.).
- b) Die Schutzrichtungen der Normen knüpfen nicht an bestimmte Zeitpunkte oder wirtschaftliche Lagen der Gesellschaft, sondern jeweils an den Inhalt der einzelnen Pflichten an. Durch das Hinzutreten neuer vermögensbezogener und nicht unmittelbar vermögensbezogener Pflichten erhöht sich der Schutz Aller (§ 3 E. III.).
 - c) Für Pflichtverletzungen drohen scharfe Rechtsfolgen (§ 3 E. IV.).
4. Zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung sind die Geschäftsleiter außerhalb und innerhalb einer Unternehmenskrise verpflichtet. Bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage folgen aus den allgemeinen Geschäftsleiterpflichten gemäß § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG bestimmte Verhaltenspflichten.
- a) Es werden vermehrt Pflichten auftreten und Maßnahmen durchgeführt, die in die Kompetenz des Geschäftsleitungsgremiums fallen. Im Falle einer horizontalen Geschäftsverteilung sind die abgegebenen Kompetenzen dem Gesamtgremium und bei vertikaler Delegation dem Ressortgeschäftsführer wieder stärker anzunähern. Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage macht eine stärkere *Konzentration der Kompetenzen* bei den Geschäftsleitern erforderlich. Die gesellschaftsinterne Organisation muss die Erfüllung der Geschäftsleiterpflichten ermöglichen (§ 3 F. I. 1.).
 - b) Die Geschäftsleiter müssen die finanzielle und wirtschaftliche Lage der Gesellschaft kontinuierlich überwachen. Sie müssen erkennen können, zu welchem Zeitpunkt ein Pflichten oder Gebote auslösendes oder ein neue Möglichkeiten gewährendes Ereignis vorliegt und wann eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, Krisenanzeichen und eine Krise vorliegen. Außerdem müssen die Geschäftsleiter wis-

sen, in welchem Stadium einer Krise im betriebswirtschaftlichen Sinn sich die Gesellschaft befindet. Die Überwachungspflicht verlangt je nach erforderlich werdender Reaktion verschiedene Maßstäbe der Statusüberwachung (§ 3 F. I. 2.).

- c) Mangelt es dem Geschäftsleiter an der erforderlichen Expertise, muss er sich fachkundig beraten lassen (§ 3 F. I. 3.).
 - d) § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG verpflichtet zur Sicherstellung der langfristigen Ertragskraft des von der Gesellschaft geführten Unternehmens (§ 3 F. I. 4.).
 - e) Die Treuepflicht gilt fort (§ 3 F. II.).
 - f) Gegenüber Vertragspartnern bestehen in diesem Stadium noch keine Aufklärungspflichten aus § 242 BGB. Besteht keine ausdrückliche gesetzliche Pflicht zur Information, muss der Geschäftsleiter die mit der Erteilung vertraulicher Informationen einhergehenden Chancen und Risiken abwägen. Eine Pflicht zur (Hinwirkung auf die) Offenlegung ist anzunehmen, wenn der Fortbestand der Gesellschaft betroffen ist (§ 3 F. III.).
5. Bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage einer Gesellschaft kommen mit Sanierung, Abwicklung/Liquidation und reiner Fortführung der Geschäfte *drei grobe Handlungsoptionen* in Betracht (§ 4 A.).
 6. Unter der Sanierung des Unternehmens sind alle Möglichkeiten, die den kurzfristigen Erhalt und die langfristige Fortführung des Unternehmens sichern, zu verstehen. Die Sanierung des Unternehmensträgers umfasst zusätzlich zur Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit des geführten Unternehmens auch die Vermeidung bzw. Beseitigung der materiellen Insolvenz des Unternehmensträgers (§ 4 A. I.).
 7. Den Gesellschaftern von GmbH und AG ist die Wahl zwischen den drei Handlungsoptionen zuzuordnen (das „Ob“ der Sanierung). Die Wahl zu Gunsten des langfristigen Fortbestehens der Gesellschaft haben sie aber schon bei der jeweiligen Gründung derselben getroffen. Im Falle der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage ist dieser Wahl die Entscheidung für eine Sanierung zu entnehmen. Den Gesellschaftern muss folglich keine Möglichkeit zur Entscheidung über eine Sanierung gewährt

werden, sondern eine Möglichkeit, diese Grundentscheidung zu korrigieren. Dieses Recht wird ausreichend durch die gesetzlichen Informations- und Mitwirkungsrechte gesichert. Eine zusätzliche Pflicht zur Einberufung ist nicht erforderlich und abzulehnen. Die Reaktion in Form der Sanierung ist zu Beginn der Krise allein den Geschäftsleitern zugewiesen (§ 4 B. I. 1.).

8. Die Geschäftsleiter trifft eine Sanierungsverantwortlichkeit. Die Sanierung stellt die tatsächliche Handlungsmaxime der Geschäftsleiter dar.
 - a) Die Geschäftsleiter sind, wenn Krisensignale bei pflichtgemäßer Überwachung der wirtschaftlichen Lage erkennbar sind, aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG unverzüglich und unmittelbar zur Vornahme von Bemühungen um die Sanierung der Gesellschaft verpflichtet (*Sanierungsbemühenspflicht*). Sie sind für die Prüfung, Planung und Umsetzung der Sanierung zuständig (§ 4 B. I. 2. a)).
 - b) Die Sanierungsbemühenspflicht endet, wenn der Sanierung außerhalb und innerhalb des Insolvenzverfahrens jegliche Erfolgsaussichten abgesprochen werden müssen oder im Falle eines Auflösungsbeschlusses der Gesellschafter (§ 4 B. I. 2. b)).
 - c) Treffen die Gesellschafter in der aktuellen Situation eine wirksame Wahl zwischen den drei Handlungsoptionen, hat der Geschäftsleiter diese Entscheidung umzusetzen (§ 4 B. I. 2. b)).
 - d) Ist die Sanierung aussichtslos und die Gesellschaft bereits materiell insolvent, ist der Geschäftsleiter dazu verpflichtet, sofort einen Insolvenzantrag zu stellen. Ist die Gesellschaft noch nicht materiell insolvent, müssen die Geschäftsleiter den Geschäftsbetrieb zunächst aufrechterhalten und die Gesellschafter zur Erwirkung einer Liquidation anrufen. Reagieren die Gesellschafter nicht, sind die Geschäftsleiter zur Sicherung der Masse zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger verpflichtet. Die insolvenzrechtliche Leitungsmaxime des § 1 S. 1 InsO strahlt in diesem Fall in den vorinsolvenzlichen Bereich aus (§ 4 B. I. 2. c)).
9. Die Entscheidung über das „Wie“ der Sanierung umfasst einerseits die Entscheidung, mit welcher die *weitere Vorgehensweise*

grob bestimmt wird. Andererseits sind hierunter die Entscheidungen über *jede einzelne vorzunehmende Sanierungsmaßnahme* zu verstehen (§ 4 B. II.).

- a) Die grobe Bestimmung der weiteren Vorgehensweise geschieht durch ein Sanierungskonzept. Es wird von den Geschäftsleitern erarbeitet. Das Sanierungskonzept begründet in der GmbH stets eine Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung gemäß § 49 II Hs. 2 GmbHG. In der AG kann sich eine Einberufungspflicht im Einzelfall aus § 121 I Var. 3 AktG ergeben (§ 4 B. II. 1.).
 - b) Hinsichtlich der konkret geplanten Sanierungsmaßnahmen muss für jede Entscheidung für bzw. gegen eine einzelne Sanierungsmaßnahme entschieden werden, ob sie in den Kompetenzbereich der Geschäftsleiter gegebenenfalls unter Mitwirkung des Aufsichtsrats oder in den der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung fällt (§ 4 B. II. 2.).
10. Zur Durchführung der Sanierung:
- a) Bei Anzeichen einer Krise muss die Krisenbewältigung geplant werden. Ein Sanierungskonzept ist zu erstellen und eine Sanierungsprüfung (i.e.S.) vorzunehmen. Die Sanierungsprüfung besteht aus drei Schritten: der Sanierungsbedürftigkeits-, der Sanierungsfähigkeits- sowie der Sanierungswürdigkeitsprüfung. Ihr Ergebnis gewährt einen wichtigen Anhaltspunkt für die anstehenden Entscheidungen der Gesellschafter und der Geschäftsleiter (§ 4 C. I.).
 - b) Die Wahl der im Einzelfall vorzunehmenden Sanierungsmaßnahmen stellt eine unternehmerische Aufgabe dar. Insofern besteht ein weiter Ermessensspielraum (§ 4 C. II.). Zu empfehlen sind folgende Vorgehensweisen:
 - aa) Vorrangig sollten interne Maßnahmen ergriffen werden. Je nachdem in welchem Stadium der betriebswirtschaftlichen Krise sich die Gesellschaft befindet, können unterschiedliche Handlungsempfehlungen erteilt werden (§ 4 C. II. 3.).
 - bb) Die Geschäftsleiter sind bei Anwendbarkeit des SchVG und einem Opt-in in den Anleihebedingungen verpflichtet, die Möglichkeiten des SchVG in ihre Sanierungsplanung miteinzubeziehen. Während

§ 4 S. 1 Alt. 1 SchVG in praxi nicht durchführbar ist, bieten die §§ 5 ff. SchVG ein wirksames Restrukturierungsverfahren mit weitreichendem Restrukturierungsprogramm (§ 11 A., C.).

- cc) Rückt der Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit näher und wird die Insolvenzantragstellung nach § 18 InsO nicht kategorisch ausgeschlossen oder ist der Eintritt einer der zwingenden Insolvenzantragsgründe nicht mehr fern, müssen die Möglichkeiten der Insolvenzordnung in die Planung einbezogen werden (§ 4 C. II. 3.).
- c) Der Geschäftsleiter muss *erfolgversprechende* Sanierungschancen wahrnehmen (§ 4 C. II. 4.).
 - aa) Bei Durchführung der Sanierung ist ihm ein unternehmerisches Ermessen hinsichtlich der Wahl zwischen mehreren solchen Optionen, der zu ergreifenden Maßnahmen und des Zeitpunktes deren Einleitung zuzusprechen (§ 4 C. II. 4.).
 - bb) Eine Initiation des schuldverschreibungsrechtlichen Restrukturierungsverfahrens von Seiten des Schuldners zum Zwecke der Einschränkung der Rechtspositionen der Anleihegläubiger setzt faktisch ein Sanierungsbedürfnis voraus. Bietet es (hinsichtlich der Einbeziehung der Anleihegläubiger) im konkreten Fall den *erfolgversprechendsten Sanierungsweg*, ist es von den Geschäftsleitern zu initiieren. Dies ist bei fortgeschrittener Krise der Regelfall. Hinsichtlich der Vorbereitung einer Anleiherestrukturierung nach SchVG, der Einberufung bzw. Aufforderung zur Stimmabgabe und der Abhaltung der Gläubigerversammlung sowie der Umsetzung der Beschlüsse werden im Einklang mit Gesetz und Literaturstimmen viele Handlungsvorgaben und -empfehlungen formuliert. Das Amt des Vorsitzenden in der Gläubigerversammlung ist vom Schuldner und gesellschaftsintern von der Geschäftsleitung einzunehmen und neutral auszuüben (§ 11 A. II., III., C.).

- cc) Ist nur eine Sanierung in der Insolvenz erfolgsversprechend kann bis zum Eintritt eines Insolvenzgrundes abgewartet werden. Die strategische Herbeiführung von Insolvenzgründen zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist nur unter Beachtung einiger Hürden und unter Eingehung hoher (persönlicher) Risiken möglich (§ 4 C. II. 5.).
- d) Neben den Bemühungen um eine freie Sanierung kann eine gerichtliche Sanierung vorbereitet werden. Ist der Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit *wahrscheinlich* und der Wille zur Insolvenzantragstellung nach § 18 InsO nicht kategorisch ausgeschlossen oder ist der Eintritt einer der zwingenden Insolvenzantragsgründe *wahrscheinlich*, muss eine Sanierung im Insolvenzverfahren, ohne die Bemühungen um eine freie Sanierung zu behindern, vorbereitet werden. Wird erkennbar, dass eine freie Sanierung – jedenfalls aus wirtschaftlicher Sicht – nicht sinnvoll ist, muss eine Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens vorbereitet werden. Zudem sollte bei Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit ein Eröffnungsantrag gestellt werden. Liegen keine erfolgsversprechenden außergerichtlichen Sanierungschancen vor, wird regelmäßig ein Insolvenzgrund bejaht werden können. Andernfalls muss eine Sanierung im Insolvenzverfahren (weiter) vorbereitet werden. Die Eigenverwaltung ist vorzubereiten, wenn es sich bei ihr um die *erfolgsversprechendste Sanierungsmöglichkeit* (im späteren Insolvenzverfahren) handelt. Der Geschäftsleiter ist zur Erarbeitung eines Insolvenzplans verpflichtet, wenn es sich hierbei um die *erfolgsversprechendste Sanierungsmöglichkeit* handelt. Letzteres ist regelmäßig der Fall (§ 4 C. II. 6.).
11. Bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage ändert sich die Stellung der Geschäftsleiter nicht grundsätzlich. Auch die Interessenausrichtung des Geschäftsleiterhandelns bleibt grundsätzlich dieselbe. Die hinzutretenden Pflichten und Gebote und die gesteigerte Bedeutung vieler bestehender Pflichten verengen den Handlungsspielraum sowohl zu Gunsten der Gesellschafter als auch zu Gunsten der Gläubiger. Die Verhaltenspflichten, die dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger gewidmet sind, ermög-

lichen und zwingen bereits in dieser Phase zu einer beschränkten, da auf den konkreten Anwendungsbereich der Norm begrenzten, Wahrung der Gläubigerinteressen. Einige Handlungen, die betriebswirtschaftlich sinnvoll oder sogar notwendig sind, werden durch die Konkretisierung der § 43 I GmbHG/§ 93 I 1 AktG zu bestimmten Verhaltenspflichten (§ 5).

B. Geschäftsleiterpflichten bei Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit

12. Die insolvenzrechtliche Krise ist ein Teil der Krise im rechtlichen Sinn und bei allen wirtschaftlichen Notlagen gegeben, die Auslöser für ein Insolvenzverfahren darstellen (§ 6). Die drohende Zahlungsunfähigkeit leitet sie ein (§ 7 A.).
13. Das Gesetz reagiert auf die drohende Zahlungsunfähigkeit mit einem Insolvenzantragsrecht, § 18 InsO. Gemeinsam mit dem fakultativen Eröffnungsantrag kann auch die Eigenverwaltung gemäß § 270 II Nr. 1 InsO beantragt und bzw. oder nach § 218 I 1 InsO ein Insolvenzplan vorgelegt werden. Die Ausübung dieser Rechte erfordert gesellschaftsintern einen Beschluss der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung. Handelt es sich bei der Eigenverwaltung und bzw. oder einem Insolvenzplan im konkreten Fall um die *erfolgsversprechendste(n) Sanierungsvariante(n)*, manifestiert sich eine Pflicht zur *Hinwirkung auf die Antragstellung* respektive *Vorlage*. Regelmäßig wird nur ein Insolvenzplan optimale Sanierungschancen beinhalten und eine Pflicht daher anzunehmen sein (§ 7 A. I. - III.).
14. Mit dem Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit, der Ausübung des Insolvenzantragsrechts, der Beantragung der Eigenverwaltung und der Vorlage eines Insolvenzplans gehen zahlreiche gesellschaftsrechtliche Pflichten einher.
 - a) Der Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit kann eine Einberufungspflicht rechtfertigen, die Pflicht oder der Wille der Geschäftsleiter zur Ausübung eines der genannten Rechte begründen eine solche in jedem Fall (§ 7 A. IV.).

- b) Die Informationspflichten reichen nicht über den bereits gesetzten Rahmen hinaus, sind aber als gesteigert anzusehen (§ 7 A. V.).
 - c) Die drohende Zahlungsunfähigkeit bringt für die Auskunft- und Einsichtsverweigerung des Vorstands und des Geschäftsführers keine Besonderheiten mit sich (§ 7 A. VI.).
 - d) Die vermögensbezogenen Pflichten gelten fort. In diesem Stadium werden die Verbote des § 30 I 1, II GmbHG regelmäßig einschlägig sein. Dem Erwerb eigener Aktien/Geschäftsanteile können die hypothetische Kapitalgrenze und der Mangel an ausreichendem freien Vermögen zur Deckung der Aufwendungen des Erwerbs entgegenstehen. Eine Inpfandnahme eigener Aktien/Geschäftsanteile kann an §§ 71 II 2, 71e I 1 AktG, § 272 IV HGB analog/§ 33 II 2 GmbHG scheitern. Die Kreditgewährung an die Führungskräfte und Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft ist regelmäßig unzulässig (§ 7 A. VII.).
 - e) Aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG folgen Verhaltensvorgaben. Hierzu gehören insbesondere die Pflichten, den Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit festzustellen und bei deren Feststellung zu prüfen, ob die Gesellschaft bereits überschuldet ist. Eine Aufklärungspflicht ist gegenüber Dritten zu verneinen, wenn das Gegenüber durch Sicherungs- und Zurückbehaltungsrechte geschützt ist oder aussichtsreiche Sanierungsversuche verfolgt werden. Ein Aufklärungsverbot manifestiert sich, wenn eine Offenbarung die Sanierung gefährden könnte (§ 7 A. VIII.).
15. Die drohende Zahlungsunfähigkeit führt durch das Hinzutreten von insolvenzrechtlichen Rechten zu einer gesetzlichen Veränderung des Handlungsspielraums des Geschäftsleiters. Das Gesetz erweitert die Handlungsmöglichkeiten (§ 7 IX.).
16. Gerät die Gesellschaft in den Zustand der drohenden Zahlungsunfähigkeit, bleibt die Wahlmöglichkeit der Gesellschafter zwischen der Vornahme einer Sanierung, der Abwicklung und der reinen Fortführung der Geschäfte intakt. Hinzu tritt das Insolvenzantragsrecht. Eine Sanierung kann in diesem Zustand durch die (weitere) Vornahme von außergerichtlichen Sanierungsbemühungen oder nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens

rens im Rahmen des insolvenzrechtlichen Regimes betrieben werden. Die Sanierungsverantwortlichkeit der Geschäftsleiter besteht fort (§ 8 A. I.).

17. Die außergerichtliche Sanierung muss vorrangig betrieben werden, weil die Sanierungsbemühenspflicht ab Erkennbarkeit von Krisensignalen und damit in einem Stadium beginnt, in welchem die freiwillige Eröffnung eines Insolvenzverfahrens noch nicht möglich ist. Tritt die drohende Zahlungsunfähigkeit ein, stellen die freie Sanierung und die Sanierung im Insolvenzverfahren grundsätzlich gleichwertige strategische Optionen dar. Die Geschäftsleiter müssen sich mit den beiden Alternativen auseinandersetzen. Eine Pflicht zur Hinwirkung auf die Insolvenzantragstellung ist anzunehmen, wenn es sich bei ihr um die *erfolgsversprechendste Sanierungsmöglichkeit* handelt. Vor der Hinwirkung auf die freiwillige Einleitung des Insolvenzverfahrens müssen die Geschäftsleiter zuerst das schuldverschreibungsrechtliche Verfahren bemühen, wenn dieses erfolgsversprechend ist. Es stellt das mildere Mittel dar (§ 8 A. I. 1., 2., § 11 A. II., C.).
18. Ob die Stellung des freiwilligen Eröffnungsantrags und die Nutzung des Insolvenzverfahrens zur Sanierung sinnvoll ist, muss im Sanierungskonzept ermittelt werden. Wird von dem Insolvenzantragsrecht kein Gebrauch gemacht, stehen der Gesellschaft weiterhin die außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen zur Verfügung. Wird ein Eröffnungsantrag gestellt, kann die Verwirklichung der Anreize, die der Erleichterung der Überwindung der Insolvenz und bzw. oder der Abmilderung ihrer Folgen dienen, angestrebt werden (§ 8 A. II.).
19. Die Stellung des Geschäftsleiters erfährt keine grundsätzliche Änderung. Es kommt aber zu einer weiteren Konzentration der tatsächlichen Entscheidungsgewalt beim (Gesamt-)Geschäftsleitungsorgan. Ein Wechsel der Interessenausrichtung des Geschäftsleiterhandelns hin zu den Gesellschaftsgläubigern ist nicht zu rechtfertigen. Das Gesetz knüpft an die drohende Zahlungsunfähigkeit zunächst nur das Insolvenzantragsrecht und vergrößert damit den Handlungsspielraum. Ausdrückliche Geschäftsleiterpflichten finden sich im Gesetz nicht. Der Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit hat aber zahlreiche

Auswirkungen auf die gesellschaftsrechtlichen Verhaltenspflichten (§ 7 A. IX., § 9).

C. Geschäftsleiterpflichten bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und bzw. oder der Überschuldung

20. Das Gesetz reagiert auf den Eintritt der materiellen Insolvenz ausdrücklich mit der Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a I 1 InsO und dem Zahlungsverbot sowie der Ersatzpflicht nach § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG (§ 7 B. I., VII. 1.).
21. Die Rechte zur Beantragung der Eigenverwaltung und zur Vorlage eines Insolvenzplans bestehen auch, wenn der Eröffnungsantrag wegen Zahlungsunfähigkeit und bzw. oder Überschuldung gestellt wird. Die Entscheidung über die Ausübung dieser Rechte treffen gesellschaftsintern die Gesellschafter/Aktionäre. Handelt es sich bei der Eigenverwaltung und bzw. oder einem Insolvenzplan im konkreten Fall um die *erfolgversprechendste(n) Variante(n)*, manifestiert sich eine Pflicht zur *Hinwirkung auf die Antragstellung* respektive *Vorlage* (§ 7 B. II., III.).
22. Mit dem Eintritt der materiellen Insolvenz, der Insolvenzantragstellung, der Beantragung der Eigenverwaltung und der Vorlage eines Insolvenzplans gehen zahlreiche weitere Pflichten einher. Die Erfüllung derselben rechtfertigt aber keine Verzögerung der Stellung des Eröffnungsantrags.
 - a) Einberufungspflichten können sich aufgrund besonderer Ereignisse, wie dem Eintritt der materiellen Insolvenz, und besonderer Maßnahmen aus § 49 II, III GmbHG bzw. § 121 I AktG ergeben. Unter besondere Maßnahmen fallen insbesondere die Beantragung der Eigenverwaltung oder die Vorlage eines Insolvenzplans (§ 7 B. IV.).
 - b) Die materielle Insolvenz bringt (gesteigerte) Informationspflichten mit sich (§ 7 B. V.).
 - c) Hinsichtlich der Auskunfts- und Einsichtsverweigerung gelten zunächst keine Besonderheiten (§ 7 B. VI.).
 - d) Die vermögensbezogenen Pflichten gelten fort. Allein § 64 S. 3 GmbHG/§ 92 II 3 AktG kann bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit nicht mehr greifen. Der Erwerb und die Inpfandnahme eigener Aktien/Geschäftsanteile ist bei

materieller Insolvenz weitgehend ausgeschlossen. Ist die Gesellschaft materiell insolvent, ist die Kreditgewährung an Führungskräfte und Aufsichtsratsmitglieder unzulässig (§ 7 B. VII. 2.).

- e) Aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG folgen Verhaltensvorgaben. Hierzu gehören insbesondere die Pflichten, den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung exakt festzustellen sowie das Gesellschaftsvermögen bei materieller Insolvenz im Sinne der Gläubiger zu verwalten. Eine Aufklärungspflicht gegenüber Dritten ist zu verneinen, wenn das Hinauszögern des Eröffnungsantrags während der Drei-Wochen-Frist nach § 15a I 1 InsO (noch) zulässig ist oder das Gegenüber durch Sicherungs- und Zurückbehaltungsrechte geschützt ist. In diesen Fällen ist eine Aufklärung (im Interesse aller Gläubiger) verboten, wenn eine solche die Sanierung gefährden könnte (§ 7 B. VIII.).
- 23. Es kommt zu einer gesetzlichen Veränderung des Handlungsspielraums des Geschäftsleiters. In der Krise im insolvenzrechtlichen Sinn treten erst mit Eintritt der materiellen Insolvenz ausdrückliche gesetzliche Pflichten (§ 15a I 1 InsO und § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG) hinzu. Diese Pflichten teilen sich mit den Gläubigern ihre Schutzrichtung. Es ist nicht der Inhalt der Pflichten, ihre Kategorisierung als vermögensbezogene oder nicht unmittelbar vermögensbezogene Pflichten, der über ihre Schutzrichtung bestimmt. Für Pflichtverletzungen drohen scharfe Rechtsfolgen (§ 7 B. IX.).
- 24. Innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a I 1 InsO existiert auch bei materieller Insolvenz eine Alternativität zwischen der Vornahme von außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen und der Stellung eines Eröffnungsantrags, insbesondere zur Einleitung einer Sanierung im Rahmen und mit den Mitteln der Insolvenzordnung. Die Alternativen – freie Sanierung und Sanierung im Insolvenzverfahren – stehen sich aber nicht als gleichwertige Optionen gegenüber. Die Geschäftsleiter sind bei hinreichender objektiver Aussicht grundsätzlich zur Betreibung von außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen und bei Verneinung einer hinreichenden objektiven Aussicht derselben, zur Stellung eines Eröffnungsantrags verpflichtet. Von einer freien

Entscheidung zwischen den groben Handlungsoptionen kann nicht mehr gesprochen werden. Die Frage nach dem „Ob“ der Sanierung ist von den Geschäftsleitern anhand des vorgegebenen Prüfungsschemas zu beantworten (§ 8 B. I.).

25. Der Eintritt der materiellen Insolvenz beseitigt die Sanierungsbemühungspflicht der Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft nicht. Sie wird nun aber durch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger begrenzt. Die durch § 15a I 1 InsO gewährte Sanierungsfrist muss zunächst zur *Prüfung* von Sanierungsmaßnahmen genutzt werden. Anschließend muss der Geschäftsleiter *beurteilen*, ob die Vornahme außergerichtlicher Sanierungsmaßnahmen zulässig ist und sich bei Zulässigkeit für oder gegen eine Sanierung *entscheiden* sowie die konkreten Maßnahmen auswählen. Im Rahmen der Beurteilung der Zulässigkeit sind etwaige Vorteile möglichen Nachteilen für Neugläubiger gegenüberzustellen. Diesbezüglich ist folgende Vorgehensweise zu empfehlen: zunächst ist der in der jeweiligen Branche erforderliche Grad an Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs zu ermitteln. In einem zweiten Schritt sind die Folgen im konkreten Einzelfall auszuloten und der im ersten Schritt ermittelte Grad an Wahrscheinlichkeit gegebenenfalls zu korrigieren. Erst im dritten Schritt ist zu bestimmen, ob der erforderliche Grad an Erfolgsaussicht im Einzelfall gegeben ist. Besteht die objektive Chance, die materielle Insolvenz innerhalb der Drei-Wochen-Frist nachhaltig zu beseitigen, bieten die außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen die *erfolgversprechendste Sanierungschance*. Zu deren Nutzung sind die Geschäftsleiter grundsätzlich verpflichtet. Sanierungsbemühungen und die konkret ausgewählten Maßnahmen dürfen aber nur angestrengt und durchgeführt werden, wenn sie im Interesse der Gläubiger liegen (§ 8 B. I.).
26. Zur Sanierung stehen grundsätzlich alle außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen zur Verfügung. Die Sanierungsbemühungen müssen sich aber innerhalb des durch den begrenzt zur Verfügung stehenden zeitlichen Spielraum von drei Wochen aus § 15a I 1 InsO und innerhalb des durch die vermögensbezogenen Pflichten, insbesondere durch das Zahlungsverbot aus § 64 S. 1 GmbHG/§ 92 II 1 AktG, verengten rechtlichen Rah-

mens halten. Eine Chance auf eine Sanierung wird in der Regel ausschließlich bei Vorhandensein eines soliden sowie in Teilen bereits umgesetzten Sanierungsplans bestehen. Lediglich nachrangig zu den zulässigen außergerichtlichen Sanierungsbemühungen und ohne diese zu behindern, sind Vorbereitungen für eine gerichtliche Sanierung zu treffen. Besteht keine objektive Aussicht (mehr), die materielle Insolvenz innerhalb der Drei-Wochen-Frist zu beheben, sollten die Geschäftsleiter versuchen, Vorbereitungen für eine gerichtliche Sanierung zu treffen. Diese Bemühungen können ein Herauszögern der Insolvenzantragstellung aber nicht rechtfertigen (§ 8 B. II.).

27. Der Eintritt der materiellen Insolvenz verändert die Stellung des Geschäftsleiters als Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan nicht. Die Geschäftsleiter müssen ihr Handeln aber von nun an an den Gläubigerinteressen ausrichten. Die materielle Insolvenz bringt nicht nur die Insolvenzantragspflicht und ein grundsätzliches Zahlungsverbot mit sich, sondern hat auch starke Auswirkungen auf die gesellschaftsrechtlichen Pflichten. Die Gläubigerinteressen bilden den Maßstab für die auf das Wohl der Gesellschaft oder auf deren Interessen abstellenden gesellschaftsrechtlichen Pflichten (§ 7 B. IX., § 9).

D. Geschäftsleiterpflichten im Insolvenzeröffnungsverfahren

28. Im Vorverfahren werden die Weichen für das gesamte Insolvenzverfahren gelegt. Es kann ein starker oder schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt werden (§ 21 II 1 Nr. 1, 2 InsO) oder hierauf verzichtet und das Vorverfahren in vorläufiger Eigenverwaltung gemäß § 270a InsO mit oder ohne Schutzschirm (§ 270b InsO) geführt werden. In dieser findet § 276a InsO jedenfalls analog Anwendung, haften die Geschäftsleiter gemäß §§ 60, 61 InsO analog und findet die Business Judgement Rule Anwendung (§ 10 A.).
29. Der Handlungsspielraum der Geschäftsleiter verändert sich von Gesetzes wegen.
 - a) Den Schuldner und dessen Geschäftsleiter treffen Auskunft-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten. Es existiert eine allgemeine Förderpflicht, § 20 InsO (§ 10 B. I.).

- b) Die Geschäftsleiter müssen den vorläufigen Insolvenzverwalter bei der Betriebsfortführung durch die Erfüllung ihrer Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten unterstützen. Besteht die Sanierungsbemühenspflicht fort, müssen sie hierfür darüber hinaus alle ihnen verbliebenen Handlungsmöglichkeiten einsetzen. In der vorläufigen Eigenverwaltung liegt die Betriebsfortführung in den Händen des Schuldners und der Geschäftsleiter. Eine Stilllegung ist durchzuführen, wenn eine Fortführung des Betriebs eine erhebliche Verminderung des Vermögens zur Folge hätte. Trifft dies nicht zu, ist der Betrieb fortzuführen (§ 10 B. II.).
- c) Die Geschäftsleiter sind zur Hinwirkung auf die Beantragung der Eigenverwaltung verpflichtet, wenn es sich bei dieser um die *erfolgversprechendste Sanierungsmöglichkeit* handelt (§ 10 B. III.).
- d) Dem Schuldner (auch in seiner Rolle als vorläufiger Eigenverwalter) steht das Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans zu. Eine Pflicht zur Erarbeitung und zur Hinwirkung auf die Vorlage eines Schuldnerplans ist im Vorverfahren ohne Schutzschirm anzunehmen, wenn es sich bei ihm um das *erfolgversprechendste Sanierungsinstrument* handelt. Ist die Erarbeitung eines Insolvenzplans im Schutzschirmverfahren im konkreten Fall das *erfolgversprechendste Sanierungsinstrument*, sind die Geschäftsleiter zur Hinwirkung auf die Antragstellung verpflichtet. Bei dem im Schutzschirmverfahren zu erarbeitenden Insolvenzplan handelt es sich um einen Eigenverwalterplan. Die Geschäftsleiter müssen mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften (mittelbaren) Eigenverwalters handeln (§ 10 B. IV.).
- e) Ein gestellter Insolvenzantrag kann im Vorverfahren bei drohender Zahlungsunfähigkeit sowie bei materieller Insolvenz wirksam zurückgenommen werden. Eine Rücknahme kann mit straf- und haftungsrechtlichen Konsequenzen verbunden sein (§ 10 B. V.).
- f) Nach Insolvenzantragstellung treffen die Geschäftsleiter weiterhin gesellschaftsrechtliche Pflichten. Im Übergangsstadium von der Insolvenzantragstellung bis zum Einsatz eines vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters

müssen sie bei materieller Insolvenz bei Untätigkeit des Gerichts spätestens nach zwei Werktagen erneut um die Anordnung passender Sicherungsmaßnahmen i.S.v. § 21 InsO bitten (§ 10 B. VII.).

- aa) Im regulären Vorverfahren bleiben die Einberufungs- und Informationspflichten mit Ausnahme der aus § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG – ebenso wie die Möglichkeiten zur Auskunfts- und Einsichtsverweigerung – bestehen. Sie beziehen sich jedoch nur noch auf den, dem Schuldner und seinen Geschäftsleitern verbleibenden Zuständigkeitsbereich. Die vermögensbezogenen Pflichten finden auch im regulären Insolvenzeröffnungsverfahren Anwendung. Auch im regulären Vorverfahren folgen aus den allgemeinen Geschäftsleiterpflichten gemäß § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG Verhaltensvorgaben (§ 10 B. VII. 1.).
 - bb) In der vorläufigen Eigenverwaltung gelten für die Rolle als Geschäftsleiter der Schuldnerin hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Pflichten grundsätzlich die Ausführungen zum regulären Vorverfahren. Wird der Geschäftsleiter als mittelbarer vorläufiger Eigenverwalter tätig, treffen ihn aufgrund § 276a InsO gesellschaftsintern keine Einberufungs- und Informationspflichten und er ist von der gesellschaftsinternen Gewährung von Auskunft und Einsicht befreit. Die vermögensbezogenen Pflichten gelten – mit Ausnahme der § 64 S. 1, 3 GmbHG/§ 92 II 1, 3 AktG – weiterhin. Aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG folgen für den mittelbaren vorläufigen Eigenverwalter Verhaltensvorgaben (§ 10 B. VII. 2.).
30. Die Reaktionsmöglichkeiten allgemein und die Möglichkeiten, um der fortgeltenden Sanierungsbemühenspflicht nachzukommen, sind im Vorverfahren eingeschränkt. Die Gläubiger entscheiden über den Fortgang des Verfahrens im Berichtstermin des eröffneten Verfahrens (§ 157 InsO). Diese Entscheidung darf grundsätzlich nicht vorweggenommen werden. Der vorläufige Insolvenzverwalter bzw. Eigenverwalter muss aufgrund seines Sicherungsauftrags die Voraussetzungen dafür schaffen,

dass sich im eröffneten Verfahren jedes der drei gleichrangigen Verwertungsarten (Sanierung im eigentlichen Sinne, übertragende Sanierung und Liquidation) potenziell verwirklichen lässt. Über die Betriebsfortführung hinaus ist, wenn die zur Vorbereitung des Berichtstermins durchzuführende Sanierungsprüfung positiv ausgefallen ist, unverzüglich eine Sanierung vorzubereiten und mit der Umsetzung des aufgestellten Sanierungskonzepts zu beginnen. Die Umsetzung steht unter dem Vorbehalt, dass diese möglich ist und die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens nicht prädeterniert wird. Aus der Sanierungsbemühenspflicht folgt eine Unterstützungspflicht (§ 10 C. I.).

31. Mittels eines Sanierungskonzepts und einer Sanierungsprüfung ist vom vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. Eigenverwalter die Grundlage für die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens zu schaffen. Im Eröffnungsverfahren können wesentliche Vorarbeiten für eine Sanierung vorgenommen und es kann mit deren Umsetzung begonnen werden (§ 10 C. II. 1.).
32. Das Schutzschirmverfahren kann ein taugliches Werkzeug sein (§ 10 C. II. 2.).
33. Das Insolvenzgericht formt die Rolle der Geschäftsleiter im Eröffnungsverfahren durch das (Nicht-)Treffen von Maßnahmen nach § 21 I 1 InsO. Die Organstellung der Geschäftsleiter bleibt unberührt. Als vorläufiger Eigenverwalter agiert er als Amtswalter. Bis zum Einsatz eines vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters richtet sich die Interessenausrichtung nach der wirtschaftlichen Lage. Mit Einsatz eines vorläufigen Verwalters ist die Interessenausrichtung anhand der durch den Geschäftsleiter auszuübenden Tätigkeiten zu bestimmen. Agiert er für die Gesellschaft als reine Schuldnerin, muss er sein Handeln am Gesellschaftsinteresse ausrichten. Für die Rolle des mittelbaren vorläufigen Eigenverwalters sind die Gläubigerinteressen relevant. Die den Geschäftsleitern (noch) zur Verfügung stehenden Rechte und die sie treffenden Pflichten sind primär davon abhängig, inwieweit das Insolvenzgericht von dem Recht zur Sicherung der Insolvenzmasse gemäß § 21 InsO Gebrauch gemacht hat (§ 10 B. VIII., D.).

E. Geschäftsleiterpflichten im Insolvenzverfahren

34. Das Insolvenzverfahren kann als Regelinsolvenzverfahren – in regulärer Form oder in Eigenverwaltung – und als Insolvenzplanverfahren durchgeführt werden (§ 7 C.).
35. Verfahrensübergreifend sind die Geschäftsleiter durch den Zweck des Insolvenzverfahrens, die optimale Gläubigerbefriedigung, gebunden. Insolvenzzweckwidrige Handlungen sind pflichtwidrig. Auch ohne das Bestehen eines Vertragsverhältnisses trifft die Geschäftsleiter eine Mitarbeitspflicht aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht, wenn die Mitarbeit im durch den Insolvenzzweck begrenzten Gesellschaftsinteresse liegt. Ist eine Sanierung beabsichtigt, folgt eine Mitarbeitspflicht aus der Sanierungsbemühenspflicht. Ist eine außergerichtliche Sanierung weiterhin der *erfolgsversprechendste Weg* für eine Sanierung, verpflichtet die Sanierungsbemühenspflicht grundsätzlich zur (Hinwirkung auf die) Beantragung der Einstellung des Verfahrens, §§ 212, 213 InsO (§ 7 C. I.).
36. Im *Regelverfahren* verändert sich der Handlungsspielraum der Geschäftsleiter von Gesetzes wegen. Hinsichtlich der Kompetenzverteilung ist zwischen dem Insolvenzverwalterbereich (Verdrängungs- und Insolvenzverwaltereigenbereich), dem Gläubigerorganebereich (Verdrängungs- und Eigenbereich), dem Schuldnerbereich (konkursfreier Bereich und Gemeinschuldnerbereich) und dem Überschneidungsbereich zu unterscheiden. Der Gegenstand ihrer Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis schrumpft auf Vorgänge, die generell masseneutral sind, die Wahrnehmung der Verfahrensrechte und -pflichten sowie eine Zusammenarbeit im Überschneidungsbereich herab (§ 7 C. II. 1.).
 - a) Den Geschäftsleiter treffen Auskunft-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten, vgl. insbesondere §§ 97, 101 InsO (§ 7 C. II. 1. a)).
 - b) Der Schuldner verfügt über Eingriffsmöglichkeiten in den Handlungsspielraum des Insolvenzverwalters, §§ 161 S. 2, 158 II 2, 163 I InsO. Die Geschäftsleiter können im Einzelfall zur Antragstellung bzw. Hinwirkung auf die Antragstellung verpflichtet sein (§ 7 C. II. 1. b)).

- c) Stellt die Eigenverwaltung noch oder nun im Regelinsolvenzverfahren die *erfolgsversprechendste Möglichkeit der Sanierung* dar, sind die Geschäftsleiter aufgrund der Sanierungsbemühenspflicht zur Bemühung um die nachträgliche Anordnung der Eigenverwaltung nach § 271 S. 1 InsO verpflichtet. Stellt die Vorlage eines (bestimmten) bereits erarbeiteten oder noch zu erarbeitenden Insolvenzplans im konkreten Fall das *erfolgsversprechendste Sanierungsinstrument* dar, bestehen eine Planinitiativpflicht und eine Pflicht, auf die Planvorlage hinzuwirken (§ 7 C. II. 1. c), d)).
- d) Die gesellschaftsrechtlichen Pflichten der Geschäftsleiter gelten, soweit sie mit dem Insolvenzverfahren vereinbar sind, fort. Sie kommen nur hinsichtlich des Schuldner- und des Überschneidungsbereichs in Betracht. § 49 III GmbHG/§ 92 I AktG greift im Insolvenzverfahren nicht mehr. Die im Verlauf der Krise angestiegenen Informationspflichten verringern sich bei AG und GmbH wieder. § 64 GmbHG/§ 92 II AktG findet keine Anwendung mehr. Aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG folgen Verhaltensvorgaben. Die Ausübung der insolvenzrechtlichen Verfahrensrechte muss aufgrund der allgemeinen Unternehmensleitungspflicht im durch den Insolvenzszweck begrenzten Gesellschaftsinteresse erfolgen (§ 7 C. II. 1. e)).
37. Im Regelverfahren sind alle Verwertungsarten möglich (§ 8 C. I. 1.).
38. Die Sanierungsbemühenspflicht gilt auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Sie findet aber in § 1 S. 1 InsO und der Pflichtwidrigkeit von insolvenzszweckwidrigen Handlungen eine Grenze. Im Berichtstermin beschließt die Gläubigerversammlung über den Fortgang des Verfahrens. Die Sanierungsbemühungen obliegen primär dem Insolvenzverwalter bzw. den Gläubigern. Die Sanierungsherrschaft verlagert sich von der Gesellschaft und ihren Organen zu den Gläubigern und deren Akteuren (§ 8 C. I. 1. a)).
39. Die Geschäftsleiter haben nur eingeschränkte Möglichkeiten um ihrer Sanierungsbemühenspflicht nachzukommen. Sie müssen alle ihnen verbliebenen Kompetenzen einsetzen. Im Einzelfall können sie zur Inanspruchnahme von Rechten im Insol-

- venzverfahren verpflichtet sein. Wird eine Sanierung beabsichtigt, müssen sie an ihr mitarbeiten (§ 8 C. I. 1. b)).
40. Im Regelverfahren prägt § 80 InsO die Stellung des Schuldners. Der Insolvenzszweck aus § 1 S. 1 InsO dominiert. Er bindet den Schuldner. Für diesen agieren der Insolvenzverwalter in den massebezogenen Angelegenheiten des Verdrängungs- und des Überschneidungsbereichs sowie der Geschäftsleiter in den nicht-massebezogenen Angelegenheiten des Schuldner- und des Überschneidungsbereichs. Der Insolvenzverwalter ist den Gläubigerinteressen verschrieben. Die Geschäftsleiter handeln weiterhin im Gesellschaftsinteresse. Bei einer Liquidation fallen hierunter faktisch nur Gläubigerinteressen. Soll die Gesellschaft oder jedenfalls das Unternehmen fortgeführt werden, bildet der Schuldnerbereich und die Tätigkeit im Überschneidungsbereich eine Enklave des ursprünglichen Gesellschaftsinteresses in Mitten der sonst relevanten Gläubigerinteressen. Das Handeln im Gesellschaftsinteresse findet seine Grenze in § 1 S. 1 InsO und der Pflichtwidrigkeit von insolvenzszweckwidrigen Handlungen. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist der Schutz der Gläubiger durch den Insolvenzverwalter und die Grenze des § 1 S. 1 InsO als Rahmen des Handelns im Schuldner- und Überschneidungsbereich nötig, aber auch ausreichend. Die Geschäftsleiter treffen einerseits (weiterhin) gesellschaftsinterne Pflichten gegenüber der Gesellschaft sowie andererseits insolvenzrechtliche Verfahrenspflichten. Prägend sind die gesetzlich normierten Pflichten der §§ 97, 101 InsO. Dem Geschäftsleiter wird eine Unterstützerrolle zuteil (§ 7 C. II. 1. f), § 9).
41. In der *Eigenverwaltung* wird der Schuldner mittels der Übertragung von Kompetenzen als Amtswalter im Interesse seiner Gläubiger tätig. Eigenverwalter(in) ist die Gesellschaft selbst. Die §§ 270 ff. InsO betreffen nur mittelbar – aber faktisch – den Geschäftsleiter als „mittelbaren Eigenverwalter“. Die Legaltätspflicht umfasst die zusätzlichen Bindungen der Eigenverwaltung und damit auch die mit ihr einhergehenden insolvenzrechtlichen Pflichten. Evident insolvenzszweckwidrige Handlungen des Eigenverwalters sind unwirksam. Die Funktionsteilung erfährt eine Modifikation. Der Schuldnerbereich besteht

aus dem zuwachsenden Aufgabenbereich in Form des Gemeinschuldner- und des Eigenverwalterbereichs sowie dem konkursfreien Bereich. Wird der Geschäftsleiter im Gemeinschuldnerbereich oder im konkursfreien Bereich tätig, agiert er für die Gesellschaft in ihrer Rolle als (reine) Schuldnerin. Wird er im Eigenverwalterbereich tätig, füllt er die Rolle der Gesellschaft als Eigenverwalterin aus. Ein Verdrängungsbereich existiert aus Sicht des Geschäftsleiters sowie aus Sicht der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung und des Aufsichtsrats. Außerdem gibt es einen Sachwaltereigenbereich und einen Überschneidungsbereich. Auf diese Weise werden nicht nur die Zuständigkeiten unter allen Beteiligten verteilt, sondern gleichzeitig die Art der Zuständigkeit, namentlich die mit den Zuständigkeitsbereichen einhergehenden Rollen sowie gesellschaftsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Bindungen, verdeutlicht (§ 7 C. I. 1., II. 2. a)).

- a) Der Geschäftsleiter muss das Unternehmen grundsätzlich bis zum Berichtstermin fortführen (§ 7 C. II. 2. b)).
- b) Den Geschäftsleiter treffen Auskunft-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten, vgl. insbesondere §§ 97, 101, 270 I 2 InsO (§ 7 C. II. 2. c)).
- c) Der Schuldner verfügt zunächst aufgrund einer doppelten Legitimation über *originäre* Planinitiativ- und Planvorlagerrechte. In der Gesellschaft vereinen sich die Planinitiativ- und Planvorlagerrechte des (*reinen*) Schuldners (vgl. § 218 I 1 Alt. 2 InsO) mit denen des *Eigenverwalters* (vgl. §§ 218 I 1 Alt. 1, 270 S. 2 InsO). Erstere gehören dem Gemeinschuldnerbereich an. In der Regel wird die Vorlage eines Insolvenzplans das *erfolgsversprechendste Sanierungsinstrument* darstellen und eine Planinitiativpflicht und eine Pflicht, auf die Planvorlage hinzuwirken, anzunehmen sein. Der Eigenverwalterplan gehört dem Eigenverwalterbereich an. Trägt ein Insolvenzplan den Interessen der Gläubiger *am besten* Rechnung, sind die Geschäftsleiter zur Aufstellung und Vorlage verpflichtet. Erging von der Gläubigerversammlung ein Auftrag über die Vorlage eines (dann *derivativen*) Insolvenzplans an den Schuldner gemäß § 284 I 1 InsO, ist dieser zur Vorlage eines Insolvenzplans

- verpflichtet, § 218 II InsO analog. Die Vorlagepflicht gehört zum Eigenverwalterbereich (§ 7 C. II. 2. d)).
- d) Es greifen gesellschaftsrechtliche Pflichten.
- aa) Wird der Geschäftsleiter für die Gesellschaft in ihrer Rolle als (reine) Schuldnerin tätig, ist insoweit weitestgehend auf die Ausführungen zum Regelverfahren zu verweisen (§ 7 C. II. 2. e) aa)).
- bb) Agiert der Geschäftsleiter für die Gesellschaft in ihrer Rolle als Eigenverwalterin, ist er von den gesellschaftsrechtlichen Einberufungs- und Informationspflichten ebenso wie von der Gewährung von Auskunft und Einsicht befreit. Die gesellschaftsrechtlichen vermögensbezogenen Pflichten behalten bis auf § 64 GmbHG/§ 92 II AktG ihre Wirkung. Aus § 43 I GmbHG/§ 93 I 1, 3 AktG folgen Verhaltensvorgaben. Kernaufgaben dürfen nicht delegiert werden (§ 7 C. II. 2. e) bb)).
42. Die Eigenverwaltung ist ein Sanierungsinstrument. Sie kombiniert Vorteile einer außergerichtlichen Sanierung mit Vorzügen einer Sanierung in der Insolvenz (§ 8 C. I. 2.).
43. Die Einleitung des Insolvenzverfahrens in Form der Eigenverwaltung liegt in den Händen der Gesellschaft. Auch im eröffneten Eigenverwaltungsverfahren sind es aber die Gläubiger, die die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens im Berichtstermin treffen. Aufgrund der Pflicht, das schuldnerische Vermögen im Interesse der Gläubiger zu verwalten und zu verwerten, müssen die für die eigenverwaltende Gesellschaft handelnden Geschäftsleiter diese Entscheidung der Gläubiger vorbereiten und umsetzen (§ 8 C. I. 2. a), b)).
44. Mit der Anordnung der Eigenverwaltung geht eine Spaltung der Geschäftsleiterrolle einher (Zwitterstellung bzw. Doppelrolle). Im Gemeinschuldnerbereich und im konkursfreien Bereich wird er *für und als Schuldner* tätig. Er muss entsprechend des gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsmaßstabs handeln. Bei Pflichtverletzungen greift das gesellschaftsrechtliche Haftungsregime. Die Interessenausrichtung gleicht der des Regelverfahrens. Bei Ausübung der Kompetenzen des Eigenverwalters ersetzt er weitestgehend *den Insolvenzverwalter*. Im Rahmen der Tätig-

keit als Eigenverwalter schwinden die gesellschaftsrechtlichen Bindungen. Der Geschäftsleiter wird zum Organ der Gläubigergemeinschaft. Es gilt der Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Eigenverwalters, §§ 270 I 2, 60 I 2 InsO. Mit §§ 60, 61 InsO analog findet das insolvenzrechtliche Haftungsregime Anwendung. Der Geschäftsleiter ist den Interessen der Gläubiger verpflichtet. Im Überschneidungsbereich ist anhand der Art der Tätigkeit zu unterscheiden. Gesellschafts- und insolvenzrechtliche Pflichten verengen den Handlungsspielraum (§ 7 C. II. 2. f), § 9).

45. Das *Insolvenzplanverfahren* bietet die Möglichkeit einer anderen, aus wirtschaftlicher Sicht besseren Verwertung als das Regelinsolvenzverfahren (§ 8 C. II.).
 - a) Den Geschäftsleiter treffen Auskunfts-, Mitwirkungs- und Bereitschaftspflichten (§ 7 C. III. 1.).
 - b) Die Erfüllung des Insolvenzplans obliegt dem Schuldner. Gesellschaftsintern ist grundsätzlich die Geschäftsleitung zuständig (§ 7 C. III. 2.).
 - c) Handelt es sich bei dem vorgelegten Insolvenzplan um die *erfolgsversprechendste Möglichkeit*, trifft den Geschäftsleiter eine (Folgen-)Verantwortung für denselben (§ 7 C. III. 3.).
 - d) Erarbeitung, Vorlage und gerichtliche Bestätigung bzw. Versagung der Bestätigung von Insolvenzplänen können mit gesellschaftsrechtlichen Pflichten einhergehen (§ 7 C. III. 5.).
46. Das Insolvenzplanverfahren ist offen für alle Verwertungsarten, eignet sich aber insbesondere als Sanierungsinstrument (§ 8 C. II.).
47. Mit der Erstellung und Vorlage eines Insolvenzplans kann in großem Maße Einfluss auf das Insolvenzverfahren genommen werden. Hinsichtlich des Planinhalts besteht ein weiterer Gestaltungsspielraum. Nur ein Fortführungsplan wird der Sanierungsbemühungspflicht der Geschäftsleiter gerecht. Eingereichte Insolvenzpläne stellen Vorschläge dar. Die richtungsweisenden Entscheidungen über den Fortgang des Verfahrens und die Annahme des Insolvenzplans und damit der Erfolg einer Sanierung liegen in den Händen der Gläubiger (§ 4 C. II. 6. b) bb) (3), § 8 C. II. 1.).

48. Der Insolvenzplan muss insbesondere eine Bestandsaufnahme hinsichtlich der Vermögens-, Finanz- sowie Ertragslage, die Mitteilung der Art der Verwertung, eine Vergleichsrechnung und im Falle einer Sanierung das Sanierungskonzept beinhalten. Die Regelungen über den Insolvenzplan bieten umfangreiche Gestaltungsmöglichkeiten. Die Regelungsmacht reicht in die gesellschaftsrechtlichen Kernbereiche hinein. Maßnahmen können im Insolvenzplan teilweise unter vereinfachten Voraussetzungen verwirklicht werden. Die §§ 217 ff. InsO enthalten weitere Regelungen, die eine Sanierung erleichtern (§ 8 C. II. 2.).
49. Die Organstellung der Geschäftsleiter bleibt bestehen. Das Gesetz gewährt dem Geschäftsleiter innerhalb des Insolvenzplanverfahrens mehrere Rechte zur Verfolgung des Gesellschaftsinteresses. Die Interessen der bisherigen Gesellschafter verselbstständigen sich vom Gesellschaftsinteresse. Dies wirkt sich auch auf Letzteres aus. Jedenfalls eine vorrangige Berücksichtigung der Interessen der bisherigen Gesellschafter ist dann nicht mehr zulässig. Wird von den Planinitiativ- und Planvorlagerechten Gebrauch gemacht, folgen im Insolvenzplanverfahren weitere Pflichten für die Geschäftsleiter (§ 7 C. III. 6., § 9).
50. Eine dogmatische Einordnung der Geschäftsleiterpflichten, die im Insolvenzverfahren von Gesetzes wegen greifen, ergibt Folgendes:
 - a) Die formelle Insolvenz ändert den Handlungsspielraum der Geschäftsleiter erheblich. Dominierend ist das Verfahrensziel aus § 1 S. 1 InsO. Neben verfahrensübergreifenden Rechten und Pflichten bringt jede Verfahrensart eigene, unterschiedlich ausgestaltete Rechte und Pflichten mit sich. Verfahrensrechte der Gesellschaft als reine Schuldnerin müssen von den Geschäftsleitern in der Grenze des § 1 S. 1 InsO im Sinne der Gesellschaft ausgeübt werden. Bei den Pflichten im eröffneten Insolvenzverfahren handelt es sich weniger um Krisen- als um Verfahrenspflichten. Sie verfügen über einen klar abgesteckten Anwendungsbereich (§ 7 D. 1.).
 - b) Die insolvenzrechtlichen Pflichten teilen sich mit den Gläubigern ihre mittelbare und unmittelbare Schutzrichtung. Es

ist nicht der Inhalt der Pflichten, ihre Kategorisierung als vermögensbezogene oder nicht unmittelbar vermögensbezogene Pflichten, der in diesen Stadien über ihre Schutzrichtung bestimmt (§ 7 D. 2.).

- c) Für Pflichtverletzungen drohen scharfe Rechtsfolgen (§ 7 D. 3.).
51. Die Sanierung ist im Insolvenzverfahren – wie die anderen Verwertungsarten auch – ein Mittel zur Erreichung des primären Verfahrenszwecks der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. Die von Gesetzes wegen nach Insolvenzantragstellung vorgesehenen Sanierungsmöglichkeiten übersteigen das, was in einer außergerichtlichen Sanierung machbar ist. Die Sanierung kann im Regelverfahren, der Eigenverwaltung und mithilfe eines Insolvenzplans durchgeführt werden. Eigenverwaltung und Insolvenzplan sind gerade auf die Vornahme einer Sanierung ausgelegt. Jeder Insolvenzfall ist auf die im Einzelfall am besten passende Verwertungsart und die am besten passende Verfahrensvariante hin zu prüfen. Bei dem Insolvenzplanverfahren wird es sich regelmäßig um das erfolgversprechendste Instrument zur Sanierung und zur Befriedigung der Gläubiger handeln. Auch die Sanierungsinstrumente der InsO bieten lediglich eine Rettungschance (§ 8 C., § 9).
52. Im eröffneten Insolvenzverfahren sind zwei Möglichkeiten zur Restrukturierung von Schuldverschreibungen denkbar: die Modifikation der Rechtsstellung der Anleihegläubiger im Insolvenzplan gemäß § 217 InsO und die Änderung der Anleihebedingungen nach §§ 5 ff. SchVG (§ 11 B.).
- a) Im Insolvenzplan kann auch die Restrukturierung von Anleihen geregelt werden. Diese Möglichkeit ist unabhängig von der Anwendbarkeit des SchVG und einem Opt-in in den Anleihebedingungen. Für die Restrukturierung sind die §§ 217 ff. InsO maßgeblich (§ 11 B. I., C.).
 - b) Bejaht man entgegen der überwiegenden, stimmigen Ansicht die Zulässigkeit der Abhaltung schuldverschreibungsrechtlicher Gläubigerversammlungen mit Beschlussgegenständen gemäß § 5 III SchVG auch noch im eröffneten Insolvenzverfahren, so müssten im konkreten Fall das SchVG anwendbar sein und ein Opt-in vorliegen. Die Restrukturie-

zung würde sich grundsätzlich nach den §§ 5 ff. SchVG richten. Das Initiativrecht stünde im Regelverfahren dem Insolvenzverwalter und in der Eigenverwaltung der Gesellschaft zu. In der Schuldnerrolle kann der Geschäftsleiter eine Anleiherestrukturierung (im Gesellschaftsinteresse) nur über das Insolvenzplanverfahren anstreben. In der Eigenverwaltung wären durch die Geschäftsleitung beide Möglichkeiten (im Interesse der Gläubiger) gangbar (§ 11 B. II., C.).

Literaturverzeichnis

- Ahrens, Martin / Gehrlein, Markus / Ringstmeier, Andreas (Hrsg.):* Insolvenzrecht. Kommentar, 4. Auflage, Köln 2020 (zit.: *A/G/R-Bearbeiter* Fundstelle)
- Altmeyden, Holger:* Das rechtliche Schicksal der Kapitalerhaltungshaftung in der GmbH bei nachträglichem Wegfall der Unterdeckung oder nachträglichem Eintritt einer Privilegierung, ZIP 2015, 1657 – 1662
- Andres, Dirk / Leithaus, Rolf / Dahl, Michael (Hrsg.):* Insolvenzordnung (InsO). Kommentar, 4. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter* in Andres/Leithaus, InsO, Fundstelle)
- Armbrüster, Christian:* Verschwiegenheitspflicht des GmbH-Geschäftsführers und Abtretung von Vergütungsansprüchen. Zugleich Anm. zu BGH, Urt. v. 20.5.1996 – II ZR 190/95, GmbHR 1997, 56 – 60
- Bachmann, Gregor:* Organhaftung in der Eigenverwaltung, ZIP 2015, 101 – 109
- ders. / Becker, Udo:* Haftung des Insolvenz-Geschäftsführers in der Eigenverwaltung, NJW 2018, 2235 – 2238
- Balthasar, Stephan / Hamelmann, Uwe:* Finanzkrise und Vorstandschaft nach § 93 Abs. 2 AktG: Grenzen der Justiziabilität unternehmerischer Entscheidungen (§ 93 Abs. 2 AktG), WM 2010, 589 – 594
- Bauder, Wolfgang:* Die Bezüge des GmbH-Geschäftsführers in Krise und Konkurs der Gesellschaft, BB 1993, 369 – 375
- Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred (Hrsg.):* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurz Kommentare, 22. Auflage, München 2019 (zit.: *Baumbach/Hueck/Bearbeiter GmbHG*, 21. Aufl., Fundstelle)
- dies.:* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurz Kommentare, 21. Auflage, München 2017 (zit.: *Baumbach/Hueck/Bearbeiter GmbHG*, 21. Aufl., Fundstelle)
- dies.:* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurz Kommentare, 18. Auflage, München 2006 (zit.: *Baumbach/Hueck/Bearbeiter GmbHG*, 18. Aufl., Fundstelle)

- Bea, Franz Xaver / Kötzle, Alfred*: Ursachen von Unternehmenskrisen und Maßnahmen zur Krisenvermeidung, DB 1980, 565 – 571
- Bea, Franz Xaver / Thissen, Susanne*: Institutionalisierung des Shareholder-Value-Konzepts bei der GmbH, DB 1997, 787–792
- Beck, Lukas*: Haftung der Gesellschafter für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife bei Führungslosigkeit der GmbH, GmbHR 2017, 181 – 184
- Becker, Udo*: Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, Tübingen 2016
- Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons, Hildegard / Jaeger, Carsten / Pöschke, Moritz (Hrsg.), 45. Edition, Stand: 01.08.2020, München 2020 (zit.: BeckOK-GmbHG/Bearbeiter, Fundstelle)
- Beck'scher Online-Kommentar InsO mit COVInsAG, InsVV, EuInsVO und Spezialthemen, Fridgen, Alexander / Geiwitz, Arndt / Göpfert, Burkard, 20. Edition, Stand: 15.07.2020 (zit.: BeckOK-InsO/Bearbeiter, Fundstelle)
- Beck'sches Handbuch der GmbH. Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, Prinz, Ulrich / Winkeljohann, Norbert (Hrsg.), 5. Auflage, München 2014 (zit.: Beck Hdb GmbH/Bearbeiter, Fundstelle)
- Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften. Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, Prinz, Ulrich / Kahle, Holger (Hrsg.), 5. Auflage, München 2020 (zit.: Beck PersGesHB/Bearbeiter Fundstelle)
- Bellen, Francis / Stahl, Indra*: Pflichten und Haftung der Geschäftsführung in der Krise der GmbH - ein Überblick, BB 2010, 2579 – 2585
- Berger, Christian / Frege, Michael C.*: Business Judgment Rule bei Unternehmensfortführung in der Insolvenz – Haftungsprivileg für den Verwalter?, ZIP 2008, 204 – 210
- dies. / Nicht, Matthias*: Unternehmerische Ermessensentscheidungen im Insolvenzverfahren – Entscheidungsfindung, Kontrolle und persönliche Haftung, NZI 2010, 321 – 332

- Bertelmann, Heiko / Schönen, Simone*: Gläubigerrechte und Emittentenpflichten bei der Abstimmung ohne Versammlung nach dem Schuldverschreibungsgesetz, ZIP 2014, 353 – 365
- Bezenberger, Tilman*: Das Kapital der Aktiengesellschaft. Kapitalerhaltung, Vermögensbindung, Konzernrecht, Köln 2005
- Biehl, Kristof*: Abweichungen gegenüber dem typischen Verlauf eines Insolvenzverfahrens – Eigenverwaltung, Restschuldbefreiung, Plan- und Sonderinsolvenzverfahren und ihre besonderen Voraussetzungen nach neuem Recht –, InVo 1998, 237 – 242
- Binder, Jens-Hinrich*: Anforderungen an Organentscheidungsprozesse in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung – Grundlagen einer körperschaftsrechtlichen Entscheidungslehre?, AG 2012, 885 – 898
- Bischoff, Heinz*: Sanierung im Eröffnungsverfahren, ZInsO 2005, 1090 – 1092
- Bitter, Georg*: Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer GmbH - Teil 2, ZInsO 2018, 625 – 659
- ders.*: Sanierung in der Insolvenz – Der Beitrag von Treue- und Aufopferungspflichten zum Sanierungserfolg, ZGR 2010, 147 – 200
- ders. / Baschnagel, Markus*: Haftung von Geschäftsführer und Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer GmbH - Teil 1, ZInsO 2018, 557 – 597
- Blöse, Jochen*: Haftung der Geschäftsführer und Gesellschafter nach dem ESUG, GmbHR 2012, 471 – 478
- Böckenförde, Björn*: Unternehmenssanierung, 2. Auflage, Stuttgart 1996
- Böcker, Philipp / Poertzgen, Christoph*: Der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff ab 2014 – Perpetuierung einer Übergangsregelung statt Neuanfang –, GmbHR 2013, 17 – 22
- dies.*: Kausalität und Verschulden beim künftigen § 64 Satz 3 GmbHG, WM 2007, 1203 – 1208
- Bork, Reinhard*: Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, S. 101– 109

- ders.*: Grundfragen des Restrukturierungsrechts. Prolegomena zu einer Reform des deutschen Insolvenzrechts, ZIP 2010, 397 – 413
- ders.*: Wie erstellt man eine Fortbestehensprognose?, ZIP 2000, 1709 – 1713
- ders.* / Schäfer, Carsten (Hrsg.): GmbHG. Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Auflage, Köln 2019 (zit.: Bork/Schäfer GmbHG/Bearbeiter, Fundstelle)
- Braun, Eberhard* (Hrsg.): Insolvenzordnung (InsO). InsO mit EuInsVO (2015). Kommentar, 8. Auflage, München 2020 (zit.: Braun/Bearbeiter InsO Fundstelle)
- Bremen, Michael*: Das Leitbild des sanierten Unternehmens im Schutzschirmverfahren, NZI 2014, 137 – 144
- Brinkmann, Moritz*: Haftungsrisiken im Schutzschirmverfahren und in der Eigenverwaltung (Teil 2), DB 2012, 1369 – 1372
- ders.* / *Zipperer, Helmut*: Die Eigenverwaltung nach dem ESUG aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, ZIP 2011, 1337 – 1347
- Brünkman, Christian* / *Uebele, Sebastian*: Rechtsschutz gegen missbräuchliche Insolvenzanträge und insolvenzzweckwidrige Insolvenzpläne?, ZInsO 2014, 265 – 275
- Buchalik, Robert*: § 1 InsO – der Erhalt des Unternehmens als Ziel des Insolvenzverfahrens nach Inkrafttreten des ESUG?, ZInsO 2015, 484 – 489
- ders.* / *Schröder, Katrin*: Kann der eigenverwaltende Schuldner auch gegen seinen Willen verpflichtet werden einen M&A-Prozess einzuleiten und zu finanzieren?, ZInsO 2016, 189 – 200
- Buchta, Jens* / *Ott, Kai-Peter*: Business Judgement Rule in der Eigenverwaltung - eine Betrachtung 3 Jahre nach Inkrafttreten des ESUG, ZInsO 2015, 288 – 292
- Bulgrin, Gerrit M.*: Die strategische Insolvenz. Zwischen Missbrauch und kunstgerechter Handhabung des Insolvenzplanverfahrens als gesellschaftsrechtliches Gestaltungsinstrument, Tübingen 2016
- Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.): Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln 1985

- Burgard, Ulrich / Heimann, Carsten*: Respite finem! – Eine Replik – , NZG 2014, 1294 – 1295
- dies.*: Information des Aufsichtsrats. Kommentar zu OLG Frankfurt v. 1.10.2013 – 5 U 214/12, AG 2014, 373, AG 2014, 360 – 368
- Buth, Andrea K. / Hermanns, Michael (Hrsg.)*: Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz. Handbuch, 4. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter* in *Buth/Hermanns*, RSI, Fundstelle)
- Cagalj, Kathrin*: Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, Baden-Baden 2013
- Cahn, Andreas*: Gesellschaftsinterne Informationspflichten bei Zusammenschluss- und Akquisitionsvorhaben, AG 2014, 525 – 534
- ders.*: Das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG – aktien- und konzernrechtliche Aspekte des neuen Liquiditätsschutzes, Der Konzern 2009, 7 – 17
- ders.*: Kapitalerhaltung im Konzern, Köln 1998
- Casper, Matthias*: Die Haftung für masseschmälernde Zahlungen nach § 64 Satz 1 GmbHG: Hat der BGH den Stein der Weisen gefunden? (§ 64 Satz 1 GmbHG). Zugleich Besprechung BGH v. 18.11.2014 – II ZR 231/13, ZIP 2015, 71, v. 23.6.2015 – II ZR 366/13, ZIP 2015, 1480 und v. 8.12.2015 – II ZR 68/14, ZIP 2016, 364, ZIP 2016, 793 – 803
- ders.*: Three Topics at the Periphery of Corporate Governance: Business Rescues and Wrongful Trading, Supervisory Law for Financial Institutions and the Perspective on Islamic Financial Institutions, EBLR (2015), 203 – 227
- Centrale für GmbH (Hrsg.)*: GmbH-Handbuch. Gesellschaftsrecht, Bilanzrecht, Steuerrecht, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Verträge und Formulare, Band I. Gesellschaftsrecht, 174. Lieferung 10.2020 Köln (zit.: *Bearbeiter* in: *Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch*, 174. Lieferung 10.2020, Fundstelle)
- dies.*: GmbH-Handbuch. Gesellschaftsrecht, Bilanzrecht, Steuerrecht, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Verträge und Formulare, Band I. Gesellschaftsrecht, 164. Lieferung

- 03.2018 Köln (zit.: *Bearbeiter* in: Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, 164. Lieferung 03.2018, Fundstelle)
- Cranshaw, Friedrich L.*: Internationalisierung und Modernisierung – Bemerkungen zum geltenden und zum Referentenentwurf eines neuen Schuldverschreibungsgesetzes (SchVG), BKR 2008, 504 – 511
- Dahl, Michael*: Masseverbindlichkeiten bei vorläufiger Eigenverwaltung, NJW-Spezial 2013, 405 – 406
- Decher, Christian E. / Voland, Thomas*: Kapitalschnitt und Bezugsrechtsausschluss im Insolvenzplan – Kalte Enteignung oder Konsequenz des ESUG?, ZIP 2013, 103 – 114
- Deilmann, Barbara*: Kreditgewährung an Vorstandsaktionäre – Zum Verhältnis von § 89 AktG zu § 57 AktG –, AG 2006, 62 – 65
- Desch, Wolfram*: Der neue Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen nach dem Regierungsentwurf StaRUG in der Praxis, BB 2020, 2498 – 2512
- Dietrich, Martin*: Die Eigenverwaltung als Sanierungsweg nach dem neuen Insolvenzrecht, München 2002
- Drenckhan, Helke*: Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, Heidelberg 2005
- Drygala, Tim*: Die Pflichten des Managements zur Vermeidung existenzgefährdender Risiken, in: Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010. Unternehmen, Markt und Verantwortung, Grundmann, Stefan / Haar, Brigitte / Merkt, Hanno / Mülbart, Peter O. / Wellenhofer, Marina sowie Baum, Harald / Hein, Jahn von / Hippel, Thomas von / Pistor, Katharina / Roth, Markus / Schweitzer, Heike, Berlin 2010, 541 – 558
- ders. / Staake, Marco / Szalai, Stephan*: Kapitalgesellschaftsrecht. Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts, Berlin / Heidelberg 2012
- Ehlers, Harald*: „Notwendig“ frühzeitige Insolvenzverfahren. Ein Beitrag zur Krisencompliance und zur offensiven Nutzung der InsO, BB 2013, 1539 – 1547
- ders.*: Insolvenzplanverfahren – die Alternative, DStR 2010, 2523 – 2528

- ders.*: Der Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit – auch ein Haftungsproblem –, *ZInsO* 2005, 169 – 176
- Eichele, Hans*: Die Reichweite des Kapitalerhaltungsgrundsatzes aus § 30 Abs. 1 GmbHG, die Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters und das Eigenkapitalersatzrecht in der GmbH, Mainz 1998 (zit.: *Eichele*, Kapitalerhaltungsgrundsatz, Finanzierungsfolgenverantwortung, Eigenkapitalersatzrecht, Fundstelle)
- Eidenmüller, Horst*: Strategische Insolvenz: Möglichkeiten, Grenzen, Rechtsvergleichung, *ZIP* 2014, 1197 – 1205
- ders.*: Der Insolvenzplan als gesellschaftsrechtliches Universalwerkzeug, *NJW* 2014, 17 – 19
- ders.*: Die Eigenverwaltung im System des Restrukturierungsrechts, *ZHR* 175 (2011), 11 – 37
- ders.*: Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz. Mechanismen der Unternehmensreorganisation und Kooperationspflichten im Reorganisationsrecht, Köln 1999
- Eller, Peter (Hrsg.)*: Liquidation der GmbH. Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Rechnungslegung, 3. Auflage, Berlin 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Eller, Liquidation der GmbH, Fundstelle)
- Engert, Andreas*: Kreditgewährung an GmbH-Gesellschafter und bilanzorientierter Kapitalschutz. Ökonomische Begründbarkeit der BGH-Rechtsprechung und Zukunft des Cash Pooling, *BB* 2005, 1951 – 1958
- Faulhaber, Peter / Grabow, Hans-Joachim*: Turnaround-Management in der Praxis. Umbruchphasen nutzen - neue Stärken entwickeln, Frankfurt a.M. 2009
- Finke, Jan*: Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht. Die Organkompetenzen der Aktiengesellschaft in Eigenverwaltung, Baden-Baden 2011
- Fischer, Gero*: Krisenbewältigung durch Insolvenzrecht, *ZGR* 2006, 403 – 418
- FK-InsO. Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung. Mit EuInsVO, InsVV und weiteren Nebengesetzen, Wimmer, Klaus (Hrsg.), 9. Auflage, Köln 2018 (zit.: *FK-InsO/Bearbeiter* Fundstelle)

- Fleischer, Holger (Hrsg.):* Handbuch des Vorstandsrechts, 1. Auflage, München 2006 (zit.: *Bearbeiter* in: *Fleischer HdB Vorstandsrecht*, Fundstelle)
- Flöther, Lucas F.:* Die aktuelle Reform des Insolvenzrechts durch das ESUG – Mehr Schein als Sein?, ZIP 2012, 1833 – 1842
- ders. / Smid, Stefan / Wehdeking, Silke:* Die Eigenverwaltung in der Insolvenz. Ein Praxisleitfaden mit erläuterten Muster-schriftsätzen, München 2005
- Florstedt, Tim:* Neue Wege zur Sanierung ohne Insolvenz, ZIP 2014, 1513 – 1520
- Fölsing, Philipp:* Die Zähmung des Widerspenstigen im Suhrkamp-Fall: Schutzschirmverfahren bei Gesellschafterstreit, ZInsO 2013, 1325 - 1328
- Frankfurter Kommentar zum Schuldverschreibungsgesetz, Friedl, Markus J. / Hartwig-Jacob, Mauricio (Hrsg.), Frankfurt am Main 2013 (zit. *Bearbeiter*, in: *FraKommSchVG*, Fundstelle)
- Frege, Michael C.:* Grundlagen und Grenzen der Sanierungsberatung, NZI 2006, 545 – 552
- ders. / Keller, Ulrich / Riedel, Ernst (Hrsg.):* Handbuch der Rechtspraxis. Insolvenzrecht, 8. Auflage, München 2015 (zit.: *Frege/Keller/Riedel*, HdB Insolvenzrecht, Fundstelle)
- Frels, Harro:* Die Geschäftsverteilung im Vorstand der Aktiengesellschaft, ZHR 122 (1959), 8 – 43
- Friedrich, Karsten:* Die Rechtsfolgen einer darlehensweisen Auszahlung von Stammkapital bei der GmbH, DStR 1991, 1118 – 1122
- Friedrich, Mark G. / Flintrop, Bernhard:* Sanierungsprüfung – Herausforderung für Unternehmensführung und Gutachter, DB 2003, 223 – 229
- Frind, Frank:* Der Aufgabenkreis des vorläufigen Sachwalters in der Eigenverwaltung – Eine Betrachtung aus insolvenzgerichtlicher Sicht, NZI 2014, 937 – 942
- ders.:* Wann ist (ein Ratschlag zur) Eigenverwaltung gerechtfertigt? Probleme der Eigenverwaltung nach „ESUG“ aus gerichtlicher Sicht, DB 2014, 165 – 170

- ders.*: Die Begründung von Masseverbindlichkeiten im Eigenverwaltungsöffnungsverfahren, ZInsO 2012, 1099 – 1106
- ders.*: Die Praxis fragt, „ESUG“ antwortet nicht, ZInsO 2011, 2249 – 2261
- ders.*: Problemanalyse zu geplanten Neuregelungen des Plan- und Eigenverwaltungsverfahrens nebst Insolvenzstatistik, ZInsO 2011, 656 – 661
- Fröhlich, Andreas / Eckhardt, Jonas*: Bewertung insolventer Unternehmen (in Eigenverwaltungsverfahren): Rahmenbedingungen, Herausforderungen, Lösungsansätze, Würdigung, ZInsO 2015, 925 – 936
- Fuhst, Christian*: Das neue Insolvenzrecht – Ein Überblick, DSStR 2012, 418 – 423
- Gehrlein, Markus*: Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern im Rahmen der Eigenverwaltung, ZInsO 2017, 849 – 861
- Geißler, Markus*: Die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) in der Entscheidungsverantwortung des GmbH-Geschäftsführers, ZInsO 2013, 919 – 924
- ders.*: Verlängerung der Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO bei Insolvenz der GmbH?, ZInsO 2013, 167 – 170
- ders.*: Verhaltensmaßnahmen und Rechtspflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, DZWIR 2011, 309 – 317
- Gessner, Timm*: Insolvenzanträge des GmbH-Geschäftsführers bei drohender Zahlungsunfähigkeit entgegen dem Gesellschafterwillen?, NZI 2018, 185 – 189
- Göcke, Torsten*: Die Absage einer zur Anzeige eines Verlusts der Hälfte des Grundkapitals einberufenen Hauptversammlung, AG 2014, 119 – 123
- Götker, Uwe*: Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Köln 1999
- Goette, Wulf*: Haftung, Teil F: Evaluation und Sanktionierung der Corporate Governance: Anteilseigner, Selbstkontrolle, Staatsaufsicht, in: Handbuch Corporate Governance. Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, Hommelhoff, Peter / Hopt, Klaus J. / v. Werder, Axel (Hrsg.), 2. Auflage, Stuttgart/Köln 2009, 713 – 742

- ders.*: Zur systematischen Einordnung des § 64 Abs. 2 GmbHG, in: Verschuldung - Haftung - Vollstreckung - Insolvenz. Festschrift für Gerhard Kreft zum 65. Geburtstag, Haarmeyer, Hans / Hirte, Heribert / Kirchhof, Hans-Peter / Graf von Westphalen, Friedrich (Hrsg.), Recklinghausen 2004, 53 – 64
- ders.*: Haftung des Geschäftsführers in Krise und Insolvenz der GmbH, ZInsO 2001, 529 – 537
- Götz, Heinrich*: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats nach dem Transparenz- und Publizitätsgesetz, NZG 2002, 599 – 604.
- Gottwald, Peter / Haas, Ulrich (Hrsg.)*: Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Auflage, München 2020 (zit.: Gottwald/Haas/Bearbeiter, Insolvenzrechts-Handbuch Fundstelle)
- Graf Brockdorff, Christian / Heintze, Christian / Rolle, Jaqueline*: „Change of Control“ im Planinsolvenzverfahren - verbesserte Chancen für Gesellschafter und Investoren durch das ESUG, BB 2014, 1859 – 1866
- Graf-Schlicker, Marie Luise (Hrsg.)*: InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Auflage, Köln 2020 (zit.: Graf-Schlicker/Bearbeiter InsO Fundstelle)
- Greulich, Sven / Rau, Thomas*: Zur partiellen Insolvenzverursachungshaftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 S. 3 GmbHG-RegE, NZG 2008, 284 – 289
- Grigoleit, Hans Christoph (Hrsg.)*: Aktiengesetz Kommentar, 2. Auflage, München 2020 (zit.: Grigoleit/Bearbeiter, AktG, Fundstelle)
- Groh, Manfred*: Shareholder Value und Aktienrecht, DB 2000, 2153 – 2158
- Gross, Paul J.*: Grundsatzfragen der Unternehmenssanierung, DSrR 1991, 1572 – 1576
- Großkommentar Aktiengesetz. Dritter Band. Teilband 2. §§ 67–75, 5. Auflage, Hirte, Heribert / Mülbert, Peter O. / Roth, Markus (Hrsg.), Berlin 2018 (zit.: *Bearbeiter* in Großkomm AktG, Fundstelle)

- dass. Vierter Band. Teilband 1. §§ 76–91, 5. Auflage, Hirte, Heribert / Mülbert, Peter O. / Roth, Markus (Hrsg.), Berlin 2015 (zit.: *Bearbeiter* in Großkomm AktG, Fundstelle)
- dass. Vierter Band. Teilband 2. §§ 92–94, 5. Auflage, Hirte, Heribert / Mülbert, Peter O. / Roth, Markus (Hrsg.), Berlin 2015 (zit.: *Bearbeiter* in Großkomm AktG, Fundstelle)
- dass. Fünfter Band. §§ 95–116, 5. Auflage, Hirte, Heribert / Mülbert, Peter O. / Roth, Markus (Hrsg.), Berlin 2019 (zit.: *Bearbeiter* in Großkomm AktG, Fundstelle)
- dass. Siebter Band. Teilband 1. §§ 118–130, 5. Auflage, Hirte, Heribert / Mülbert, Peter O. / Roth, Markus (Hrsg.), Berlin 2017 (zit.: *Bearbeiter* in Großkomm AktG, Fundstelle)
- dass. Fünfter Band. Mitbestimmungsgesetz; §§ 118–149, 4. Auflage, Hopt, Klaus J. / Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Berlin 2008 (zit.: *Bearbeiter* in Großkomm AktG, 4. Aufl., Fundstelle)
- dass. Siebenter Band / Teilband 1. §§ 221–240, 4. Auflage, Hopt, Klaus J. / Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Berlin 2012 (zit.: *Bearbeiter* in Großkomm AktG, Fundstelle)
- Grüneberg, Christian*: Zwischen Tango und Sirtaki – aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Recht der Inhaberschuldverschreibungen, WM 2016, 1621 – 1626
- Grunewald, Barbara*: Einsichts- und Auskunftsrecht des GmbH-Gesellschafters nach neuem Recht, ZHR 146 (1982), 211 – 237
- Gulde, Volker*: Die Anordnung der Eigenverwaltung durch das Insolvenzgericht im Eröffnungsbeschluss, Köln 2005
- Gutmann, Torsten / Laubereau, Stephan*: Schuldner und Bescheiner im Schutzschirmverfahren, ZInsO 2012, 1861 – 1872
- Gutsche, Lason*: Die Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, Köln 2003
- Haarmeyer, Hans*: Die Einstellung des Insolvenzverfahrens nach § 213 InsO - ein verkannter "Königsweg", ZInsO 2009, 556 – 564
- Haas, Ulrich*: Das gesellschaftsrechtliche Organisationsrecht in der (vorläufigen) Eigenverwaltung, in: Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, Bork, Reinhard / Kayser, Godehard / Kebekus, Frank (Hrsg.), München 2015, 203 – 217

- ders.*: § 64 S. 1 GmbHG im (vorläufigen) Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren, ZHR 178 (2014), 603 – 627
- ders.*: ESUG und das Gesellschaftsinsolvenzrecht, in: Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 1. Teilband. Deutsches Recht, Bruns, Alexander / Kern, Christoph / Münch, Joachim / Pickenbrock, Andreas / Stadler, Astrid / Tsirikas, Dimitrios (Hrsg.), Tübingen 2013, 749 – 767
- ders.*: Mehr Gesellschaftsrecht im Insolvenzplanverfahren. Die Einbeziehung der Anteilsrechte in das Insolvenzverfahren, NZG 2012, 961 – 967
- ders.*: Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E für den 66. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des Sechundsechzigsten Deutschen Juristentages, Band I, Stuttgart 2006
- ders.*: Die Disziplinierung des GmbH-Geschäftsführers im Interesse der Gesellschaftsgläubiger - Teil II -, WM 2006, 1417 – 1425
- ders.*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Krise der Gesellschaft, in: Heintzen, Markus / Kruschwitz, Lutz (Hrsg.), Unternehmen in der Krise. Ringvorlesung der Fachbereiche Rechts- und Wirtschaftswissenschaft der Freien Universität Berlin im Sommersemester 2003, Berlin 2004, S. 73 – 109
- ders.*: Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz. Unternehmerische Verhaltenspflichten des GmbH-Geschäftsführers zum Schutz Dritter, München 1997
- Habersack, Mathias*: Gesteigerte Überwachungspflichten des Leiters eines „sachnahen“ Vorstandsressorts? - Kritische Bemerkungen zum Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 8.7.2004 = WM 2004, 2157 - (WM 2004, 2157), WM 2005, 2360 – 2364
- ders.*: Das Andienungs- und Erwerbsrecht bei Erwerb und Veräußerung eigener Anteile, ZIP 2004, 1121 – 1127
- ders. / Casper, Matthias/ Löbbe, Marc (Hrsg.)*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar, Band I. Einleitung; §§ 1 bis 28, 3. Auflage, Tübingen 2019 (zit. Habersack/Casper/Löbbe/Bearbeiter GmbHG Fundstelle)

- Haese, Daniel*: Unternehmensleitung und Überwachung in der GmbH. Im Spannungsfeld zwischen Gesellschaftereigenverantwortung und externer Regulierung, Baden-Baden 2011
- Häsemeyer, Ludwig*: Seriositätskriterien für Schuldnerrechte und -pflichten im Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren, in: Rechtslage – Rechtserkenntnis – Rechtsdurchsetzung. Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, Meller-Hannich, Caroline / Haertlein, Lutz / Gaul, Hans Friedhelm / Becker-Eberhard, Ekkehard (Hrsg.), München 2015, 693 – 703
- ders.*: Insolvenzrecht, 4. Auflage, München 2007
- Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht. InsO – InsVV – SchVG – Haftungsrecht – Steuerrecht – Strafrecht, *Schmidt, Andreas* (Hrsg.), 7. Auflage, Köln 2019 (zit.: HaKo InsO/Bearbeiter, Fundstelle)
- Hammes, Dirk*: Keine Eigenverwaltung ohne Berater? Zu Risiken und Nebenwirkungen einer scheinbaren Selbstverständlichkeit, NZI 2017, 233 – 241
- Harz, Michael / Bornmann, Martina / Conrad, Günther / Ecker, Tobias*: Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung – eine Betrachtung aus wirtschaftsforensischer Praxis –, NZI 2015, 737 - 743
- Hasselbach, Kai*: Überwachungs- und Berichtspflichten des Aufsichtsrats in der Krise, NZG 2012, 41 – 48
- Hauschka, Christoph E. / Moosmayer, Klaus / Lösler, Thomas* (Hrsg.): Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 3. Auflage, München 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, Fundstelle)
- Heeg, Volker*: Der GmbH-Geschäftsführer in der Vor-Insolvenz – Höchstrichterlich geklärt? Masseurhaltung, Lohnsteuerhaftung und Strafbarkeit wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen, DStR 2007, 2134 – 2140
- Heidel, Thomas* (Hrsg.): Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2020 (zit.: *Bearbeiter* in: Heidel, Aktienrecht, Fundstelle)

- Heidelberger Kommentar. Insolvenzordnung, Kayser, Godehard / Thole, Christoph, 10. Auflage, Heidelberg 2020 (zit.: HK-InsO/*Bearbeiter* Fundstelle)
- dass., Insolvenzordnung, Kayser, Godehard / Thole, Christoph, 9. Auflage, Heidelberg 2018 (zit.: HK-InsO/*Bearbeiter*, 9. Auflage 2018, Fundstelle)
- Henkel, Andreas*: Die Voraussetzungen für die Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung, ZIP 2015, 562 – 571
- Henssler, Martin*: Die Rechts- und Pflichtenstellung des GmbH-Geschäftsführers nach Einführung der Insolvenzordnung, ZInsO 1999, 121 – 127
- ders. / Strohn, Lutz (Hrsg.)*, Gesellschaftsrecht. BGB – HGB – PartGG – GmbHG – AktG – GenG – UmwG – InsO – AnfG – IntGesR. Beck'sche Kurz-Kommentare, 4. Auflage, München 2019
- Henze, Hartwig*: Vermögensbindungsprinzip und Anlegerschutz, NZG 2005, 115 – 121
- ders.*: Gesichtspunkte des Kapitalerhaltungsgebots und seiner Ergänzung im Kapitalgesellschaftsrecht in der Rechtsprechung des BGH, NZG 2003, 649 – 659
- ders.*: Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, BB 2000, 209 – 216
- Hermann, Christof / Zistler, Florian*: Der Insolvenzplan - Eine Plage für das Gericht, oder eine elegante Lösung?, ZInsO 2018, 10 – 16
- Herrmann, Harald*: Der ungedeckte Fehlbetrag nach § 268 Abs. 3 HGB und die Folgepflichten für Abschlußprüfer und Gesellschaftsorgane in AG und GmbH, ZGR 1989, 273 – 304
- Hess, Harald / Fechner, Dietrich / Freund, Konrad / Körner, Friederike*: Sanierungshandbuch, 3. Auflage, Berlin 1998
- Hess, Harald (Hrsg.) / Hess, Friederike*: Sanierungshandbuch, 4. Auflage, Köln 2009 (zit.: *Hess* Fundstelle)
- Hess, Harald / Ruppe, Nicole*: Die Eigenverwaltung in der Insolvenz einer AG oder einer GmbH, NZI 2002, 577 – 581
- Hill, Norbert*: Das Eigenverwaltungsverfahren des Diskussionsentwurfs des BMJ im Spannungsfeld zwischen Sanierungsinteresse und Gläubigerschutz, ZInsO 2015, 1825 – 1829

- Hirte, Heribert*: Restrukturierung nach der InsO: Gesetzesplan, Fehlstellen und Reformansätze innerhalb einer umfassenden InsO-Novellierung, ZGR 2010, 224 – 247
- ders. / Knof, Béla / Mock, Sebastian*: Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (Teil II), DB 2011, 693 – 698
- Hölters, Wolfgang (Hrsg.)*: Aktiengesetz. Kommentar, 3. Auflage, München 2017 (zit.: Hölters/Bearbeiter AktG Fundstelle)
- Hölzle, Gerrit*: Der Insolvenzantrag als Sanierungsoption – auch gegen den Willen von Gesellschaftern? Entscheidungszuständigkeiten und Organkompetenzen in der Krise, ZIP 2013, 1846 – 1851
- ders.*: Praxisleitfaden ESUG, Köln 2012
- ders.*: Insolvenzplan auf Initiative des vorläufigen Sachwalters im Schutzschirmverfahren – Oder: Wer erstellt und wer bezahlt den Insolvenzplan im Verfahren nach § 270b InsO? (§ 270b InsO), ZIP 2012, 855 – 860
- ders.*: Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren nach dem ESUG – Herausforderungen für die Praxis, ZIP 2012, 158 – 164
- ders.*: Die Fortführung von Unternehmen im Insolvenzeröffnungsverfahren. Zur Reichweite der Kompetenzen des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters, ZIP 2011, 1889 – 1893
- ders.*: Die Sanierung von Unternehmen im Spiegel des Wettbewerbs der Rechtsordnungen in Europa - Eine Betrachtung des Sanierungs- und Insolvenzstandortes Deutschland de lege lata und de lege ferenda im europäischen Vergleich am Beispiel Englands -, KTS 2011, 291 – 342
- ders.*: Die „erleichterte Sanierung von Unternehmen“ in der Nomenklatur der InsO – ein hehres Regelungsziel des RefE-ESUG, NZI 2011, 124 – 131
- ders. / Pink, Andreas*: Mezzanine-Programme und Gestaltungspotenzial der Sanierungseigenverwaltung im ESUG. Eine Bedarfsanalyse für das modernisierte Insolvenzplanverfahren auf empirischer Grundlage, ZIP 2011, 360 – 368
- Hofmann, Matthias*: Eigenverwaltung, Köln, 2014
- ders.*: Die Vorschläge des DiskE-ESUG zur Eigenverwaltung und zur Auswahl des Sachwalters – Wege und Irrwege zur Er-

- leichterung von Unternehmenssanierungen, NZI 2010, 798 – 805
- ders.*: Die Eigenverwaltung insolventer Kapitalgesellschaften im Konflikt zwischen Gesetzeszweck und Insolvenzpraxis, ZIP 2007, 260 – 264
- Hommelhoff, Peter*: Risikomanagement im GmbH-Recht, in: Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Berger, Klaus Peter / Ebke, Werner F. / Elsing, Siegfried / Großfeld, Bernhard / Kühne, Gunther (Hrsg.), Heidelberg 2000, 373 – 383
- ders.*: Jahresabschluss und Gesellschafterinformation in der GmbH, ZIP 1983, 383 – 392
- Hopt, Klaus J. / Seibt, Christoph H. (Hrsg.)*: Schuldverschreibungsrecht. Kommentar. Handbuch. Vertragsmuster, Köln 2017 (zit.: *Bearbeiter* in Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, Fundstelle)
- Horn, Norbert*: Das neue Schuldverschreibungsgesetz und der Anleihemarkt, BKR 2009, 446 – 453
- Huber, Herwart*: Die „geplant beschlußlose“ Hauptversammlung, ZIP 1995, 1740 – 1745
- Hüffer, Uwe*: Das Leitungsermessen des Vorstands in der Aktiengesellschaft, in: Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, Damm, Reinhard / Heermann, Peter W. / Veil, Rüdiger (Hrsg.), Berlin 2005, 163 – 180
- ders. / Koch, Jens (Hrsg.)*: Aktiengesetz. Beck'sche Kurzkommentare, 14. Auflage, München 2020 (zit.: Hüffer/Koch/Koch AktG Fundstelle)
- Hügel, Franziska*: Die Eigenverwaltung als Modell zur Erhöhung der Insolvenzmasse, Jena 2007
- Huhn, Christoph*: Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Köln 2003
- Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW)*: IDW Standard: Anforderungen an Sanierungskonzepte (IDW S 6), Stand: 16.5.2018, IDWLife 2018, 813 – 826
- ders.*: IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Stand: 20.8.2012, FN-IDW 2012, 719 – 741

- ders.*: IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), Stand: 22.8.2016, IDWLife 2017, 332 – 342
- Ihrig, Hans-Christoph / Schäfer, Carsten (Hrsg.)*: Rechte und Pflichten des Vorstands, Köln 2014
- Jacoby, Florian*: Die Haftung des Sanierungsgeschäftsführers in der Eigenverwaltung, in: Festschrift für Heinz Vallender zum 65. Geburtstag, Graf-Schlicker, Marie Luise / Prütting, Hanns / Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.), Köln 2015, 261 – 280
- Jaeger, Ernst*: Insolvenzordnung. Großkommentar, Band 2: §§ 56 – 102, Jaeger, Ernst / Henckel, Wolfram (Hrsg.), Berlin 2007 (zit.: *Bearbeiter* in Jaeger, InsO, Fundstelle)
- Jaffé, Michael*: Die Eigenverwaltung im System des Restrukturierungsrechts, ZHR (175) 2011, 38 – 45
- Jaspers, Philipp*: Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft. Rechtsökonomik von action en comblement du passif, Insolvenzverschleppungshaftung und wrongful trading, Berlin 2014
- Jungmann, Carsten*: Die Business Judgment Rule im Gesellschaftsinsolvenzrecht. Wider eine Haftungsprivilegierung im Regelinsolvenzverfahren und in der Eigenverwaltung, NZI 2009, 80 – 86
- Kalss, Susanne / Adensamer, Nikolaus / Oelkers, Janine*: Die Rechtspflichten der Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft sowie damit verbundene Rechtsfolgen im Rechtsvergleich, in: Lutter, Marcus (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, ZGR Sonderheft 17, Berlin 2006, 134 – 187
- Kautzsch, Christof*: Die Sanierung von Unternehmen im Insolvenzverfahren, Frankfurt a.W. 2001
- Kerz, Volker*: Sanierungsbescheinigungen als neues Tätigkeitsfeld, DStR 2012, 204 – 208
- Kessler, Nicholas*: Die Aktiengesellschaft in der Eigenverwaltung, Berlin 2006
- Kessler, Alexander / Rühle, Thomas*: Die Restrukturierung von Anleihen in Zeiten des SchVG 2009. Anmerkungen zu OLG

- Schleswig - 2 W 82/13 und OLG Zweibrücken - 3 W 9/13, BB 2014, 907 – 914
- Keßler, Jürgen*: Unternehmensstilllegung, Managementversagen und Haftungsdurchgriff – Zur dogmatischen Grundstruktur des existenzvernichtenden Eingriffs. Besprechung der Entscheidungen BGH v. 13.12.2004 – II ZR 206/02, GmbHR 2005, 225 mit Komm. *Schröder* und BGH v. 13.12.2004 – II ZR 256/02, GmbHR 2005, 299 – in diesem Heft, GmbHR 2005, 257 – 265
- Kindler, Peter / Nachmann, Josef / Bitzer, Fabian (Hrsg.)*: Handbuch Insolvenzrecht in Europa, Stand: Juli 2020, 7. Ergänzungslieferung, München 2020 (zit. *Bearbeiter* in: Kindler/Nachmann/Bitzer, HdB Insolvenzrecht Europa, Fundstelle)
- Kirstein, Hans-Joachim*: Der früh beginnende und lang anhaltende Todeskampf juristischer Personen. Ein Erfahrungsbericht aus der Praxis professioneller Ermittlung in Insolvenzverfahren, ZInsO 2008, 131 – 137
- ders.*: Ausführungen zur real existierenden Situation bei Eröffnungs- und Befriedigungsquoten in Insolvenzverfahren, ZInsO 2006, 966 – 973
- Klein, Christian / Thiele, Frank*: Der Sanierungsgeschäftsführer einer GmbH in der Eigenverwaltung - Chancen und Risiken im Spannungsfeld der divergierenden Interessen, ZInsO 2013, 2233 – 2245
- Klein, Nico C.*: Fragen im Zusammenhang mit dem (fehlgeschlagenen) Erwerb eigener Geschäftsanteile, NZG 2016, 1241 – 1244
- Klinck, Fabian*: Die Geschäftsführerhaftung nach § 64 Satz 1 GmbHG im Eigenverwaltungs(eröffnungs)verfahren (§ 64 Satz 1 GmbHG), DB 2014, 938 – 942
- ders.*: Die Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den Schuldner im Eigenverwaltungs-Eröffnungsverfahren, ZIP 2013, 853 – 862
- Klöhn, Lars*: Gesellschaftsrecht in der Eigenverwaltung: Die Grenzen des Einflusses auf die Geschäftsführung gemäß § 276a Satz 1 InsO, NZG 2013, 81 – 87

- ders.*: Kann die Hauptversammlung in der Eigenverwaltung der Aktiengesellschaft nicht den Aufsichtsrat wählen? § 276a Satz 1 InsO am Beispiel seiner ersten Gerichtsentscheidung, DB 2013, 41 – 44
- ders.*: Interessenkonflikte zwischen Aktionären und Gläubigern der Aktiengesellschaft im Spiegel der Vorstandspflichten. Ein Beitrag zur Leitungsaufgabe des Vorstands gemäß § 76 AktG, ZGR 2008, S. 110 – 158
- Knittel, Christian*: Pflichten des GmbH-Geschäftsführers in der Krise. Aktuelle Rechtsprechung zur Unternehmenskrise der GmbH (Teil 3), GmbH-StB 2015, 138 – 142
- Ders. / Schwall, Anne*: Plädoyer für eine praktische Handhabung des § 64 S. 1 GmbHG, NZI 2013, 782 – 786
- Knof, Béla*: Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG (Teil II), DStR 2007, 1580 – 1586
- ders.*: Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG (Teil I), DStR 2007, 1536 – 1542
- Koch, Jens*: Der Vorstand im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft, in: 50 Jahre Aktiengesetz, Fleischer, Holger / Koch, Jens / Kropff, Bruno / Lutter, Marcus (Hrsg.), Berlin 2016, 65 – 102
- Köchling, Marcel*: Informationsasymmetrien bei übertragenden Sanierungen an Insider des Insolvenzverfahrens, ZInsO 2007, 690 – 696
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1. §§ 1–75 AktG, Zöllner, Wolfgang / Noack, Ulrich (Hrsg.), 3. Auflage, Köln 2015 (zit.: KK-AktG/Bearbeiter, Fundstelle)
- dass., Band 2/1. §§ 76–94 AktG, Zöllner, Wolfgang / Noack, Ulrich (Hrsg.), 3. Auflage, Köln 2010 (zit.: KK-AktG/Bearbeiter, Fundstelle)
- dass., Band 2/2. §§ 95–117 AktG, Zöllner, Wolfgang / Noack, Ulrich (Hrsg.), 3. Auflage, Köln 2013 (zit.: KK-AktG/Bearbeiter, Fundstelle)
- dass., Band 3 – 1. Teillieferung. §§ 131, 132 AktG, Zöllner, Wolfgang / Noack, Ulrich (Hrsg.), 3. Auflage, Köln 2010 (zit.: KK-AktG/Bearbeiter, Fundstelle)

- dass., Band 3 – 2. Teillieferung. §§ 121–130 AktG, Zöllner, Wolfgang / Noack, Ulrich (Hrsg.), 3. Auflage, Köln 2011 (zit.: *KK-AktG/Bearbeiter*, Fundstelle)
- dass., Band 3/2. §§ 142–178 AktG, Zöllner, Wolfgang / Noack, Ulrich (Hrsg.), 3. Auflage, Köln 2015 (zit.: *KK-AktG/Bearbeiter*, Fundstelle)
- dass., Band 1. §§ 1–147 AktG, Zöllner, Wolfgang (Hrsg.), Köln 1985 (zit. *KK-AktG/Bearbeiter*, 1. Aufl. 1985, Fundstelle)
- Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V. (Hrsg.), 3. Auflage, Köln 2009 (zit.: *Kölner Schrift/Bearbeiter*, Fundstelle)
- dass. Das neue Insolvenzrecht in der Praxis, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), 2. Auflage, Berlin 2000 (zit.: *Kölner Schrift/Bearbeiter*, 2. Aufl., Fundstelle)
- König, Dominik*: Die Haftung bei der Eigenverwaltung. Eine Untersuchung der Haftung des eigenverwaltenden Schuldners einschließlich der Haftung der Geschäftsleiter bei der Eigenverwaltung von Gesellschaften, Tübingen 2015
- Körner, Martin*: Die Eigenverwaltung in der Insolvenz als bestes Abwicklungsverfahren?, *NZI* 2007, 270 – 276
- Kort, Michael*, Vorstandshandeln im Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteresse und Aktionärsinteressen, *AG* 2012, 605 – 610
- Kossen, Klaus C.*: Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft für Pflichtverletzungen, *DB* 1988, 1785 – 1791
- Krystek, Ulrich*: Unternehmungskrisen. Beschreibung, Vermeidung und Bewältigung überlebenskritischer Prozesse in Unternehmungen, Wiesbaden 1987
- ders. / Moldenhauer, Ralf*: Handbuch Krisen- und Restrukturierungsmanagement. Generelle Konzepte, Spezialprobleme, Praxisberichte, Stuttgart 2007
- Kübler, Bruno M. (Hrsg.)*: HRI - Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz. Eigenverwaltung und Insolvenzplan, 3. Auflage, Köln 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Kübler, HRI*, Fundstelle)

- ders.* / Prütting, Hanns / Bork, Reinhard (Hrsg.): InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung, Band I. §§ 1–55, 85. Lieferung 09.2020, Köln (zit.: *Bearbeiter* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, Fundstelle)
- ders.* / Prütting, Hanns / Bork, Reinhard (Hrsg.): InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung, Band II. §§ 56–128, 85. Lieferung 09.2020, Köln (zit.: *Bearbeiter* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, Fundstelle)
- ders.* / Prütting, Hanns / Bork, Reinhard (Hrsg.): InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung, Band III. §§ 129–216, 85. Lieferung 09.2020, Köln (zit.: *Bearbeiter* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, Fundstelle)
- ders.* / Prütting, Hanns / Bork, Reinhard (Hrsg.): InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung, Band IV. §§ 217–359, InsSteuR, 85. Lieferung 09.2020, Köln (zit.: *Bearbeiter* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 85. Lieferung 09.2020, Fundstelle)
- Kübler, Friedrich*: Die politische Ökonomie der Insolvenz. Amerikanische Konkursrechtsgeschichte im Spiegel neuer Monographien, ZHR 168 (2004), 216 – 224
- Kühnberger, Manfred*: Verlustanzeigebilanz – zu Recht kaum beachteter Schutz für Eigentümer?, DB 2000, 2077 – 2085
- Kuhn, Christoph*: Zur Zukunft der Kapitalerhaltung durch bilanzielle Ausschüttungssperren im Gesellschaftsrecht der Staaten Europas, ZGR 2005, 753 – 787
- Kuss, Ehrenfried*: Rechtliche Aspekte der Sanierung für die Unternehmensleitung und den Sanierungsberater, WPg 2009, 326 – 339
- Kußmaul, Rolf / Steffan, Bernhard*: Insolvenzplanverfahren: Der prepackaged Plan als Sanierungsalternative. Praxisbeispiel einer erfolgreichen Umsetzung, DB 2000, 1849 – 1853
- Lakies, Thomas*: Die arbeitsrechtliche Bedeutung der Eigenverwaltung in der Insolvenzordnung, BB 1999, 1759 – 1762
- Landfermann, Hans-Georg*: Das neue Unternehmenssanierungsge-
setz (ESUG) - Überblick und Schwerpunkte - - Teil II -
(WM 2012, 831), WM 2012, 869 – 878

- ders.*: Das neue Unternehmenssanierungsgesetz (ESUG) - Überblick und Schwerpunkte - - Teil I - (WM 2012, 869), WM 2012, 821 – 831
- Lange, Oliver*: Selbstschutzmaßnahmen des Geschäftsführers einer kriselnden GmbH – Erster Teil: Selbstmanagement –, GmbHR 2015, 1009 – 1017
- Langenbucher, Katja / Bliesener, Dirk H. / Spindler, Gerald (Hrsg.)*: Bankrechts-Kommentar, 2. Auflage, München 2016 (zit.: LBS/Bearbeiter, Bankrechts-Kommentar, Fundstelle)
- Laroche, Peter*: Einzelermächtigung zur Begründung von Masserverbindlichkeiten durch den „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter, NZI 2010, 965 – 973
- ders. / Pruskowski, Wolfgang / Schöttler, Alexandra / Siebert, Volker / Vallender, Heinz*: 30 Monate ESUG – eine Zwischenbilanz aus insolvenzrechtlicher Sicht, ZIP 2014, 2153 – 2166
- Lau, Bero-Alexander*: Das Eröffnungsverfahren (§ 270a InsO) mit anschließender Eigenverwaltung aus der Sicht eines (vorläufigen) Sachwalters (§ 270a InsO), DB 2014, 1417 – 1423
- Leinekugel, Rolf*: Urteilsanmerkung zu OLG München, Urt. v. 21.3.2013 - 23 U 3344/12, GmbHR 2013, 590 – 596
- ders. / Skauradzun, Dominik*: Geschäftsführerhaftung bei eigenmächtig gestelltem Insolvenzantrag wegen bloß drohender Zahlungsunfähigkeit – Das Spannungsfeld zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht –, GmbHR 2011, 1121 – 1228
- Leuering, Dieter*: Das neue Schuldverschreibungsgesetz, NZI 2009, 638 – 640
- ders. / Dornhegge, Stefanie*: Geschäftsverteilung zwischen GmbH-Geschäftsführern, NZG 2010, 13 – 17
- Liebig, Max / Witt, Peter*: Unternehmenssanierung: Vor oder nach der Insolvenz?, DB 2011, 1929 – 1935
- Lieder, Jan*: Eigene Geschäftsanteile im GmbH-Recht – Umgebungsprobleme und Zeitpunktstreit –, GmbHR 2014, 57 – 71

- Linker, Anja Celina / Zinger, Georg*: Rechte und Pflichten der Organe einer Aktiengesellschaft bei der Weitergabe vertraulicher Unternehmensinformationen, NZG 2002, 497 – 502
- Litzenberger, Gabriel Jakob*: Sanierungspflichten in der Krise von AG und GmbH, Frankfurt a.M. 2014
- Ludwig, Marc / Rühle, Thomas*: Haftung des Geschäftsführers bei Eigenverwaltung, GWR 2018, 221
- Lüdicke, Jochen / Sistermann, Christian (Hrsg.)*: Unternehmenssteuerrecht. Gründung. Finanzierung. Umstrukturierung. Übertragung. Liquidation, 2. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter* in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, Fundstelle)
- dies.*: Unternehmenssteuerrecht. Gründung. Finanzierung. Umstrukturierung. Übertragung. Liquidation, München 2008 (zit.: *Bearbeiter* in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, 1. Auflage 2008, Fundstelle)
- Lutter, Marcus*: Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841 – 848
- ders.*: Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Auflage, Köln 2006
- ders.*: Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers. 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, 301 – 312
- ders.*: Zahlungseinstellung und Überschuldung unter der neuen Insolvenzordnung, ZIP 1999, 641 – 647
- ders.*: Due diligence des Erwerbers beim Kauf einer Beteiligung, ZIP 1997, 613 – 620
- ders. / Hommelhoff, Peter*: GmbH-Gesetz. Kommentar, 20. Auflage, Köln 2020 (zit.: *Bearbeiter* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Fundstelle)
- dies.*: GmbH-Gesetz. Kommentar, 16. Auflage, Köln 2004 (zit.: *Bearbeiter* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, Fundstelle)
- dies. / Timm, Wolfram*: Finanzierungsmaßnahmen zur Krisenabwehr in der Aktiengesellschaft, BB 1980, 737 – 750
- Lutter, Marcus / Krieger, Gerd / Verse, Dirk A. (Hrsg.)*: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 7. Auflage, Köln 2020 (zit.:

- Bearbeiter* in: Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Fundstelle)
- Madaus, Stephan*: Zustand und Perspektiven der Eigenverwaltung in Deutschland, KTS 2015, 115 – 142
- ders.*: Schutzschirme für streitende Gesellschafter? Die Lehren aus dem Suhrkamp-Verfahren für die Auslegung des neuen Insolvenzrechts, ZIP 2014, 500 – 508
- ders.*: Umwandlungen als Gegenstand eines Insolvenzplans nach dem ESUG. Zugleich eine Untersuchung der Grenzen der gesellschaftsrechtlichen Regelungsmacht des neuen Insolvenzplans, ZIP 2012, 2133 – 2139
- ders.*: Aktivierung des Planverfahrens als Sanierungsverfahren durch Zulassung einer Bestätigungsinsolvenz (pre-voted bankruptcy) – zugleich eine Untersuchung der Grundbedingungen eines erfolgreichen schuldnerinitiierten Sanierungsverfahrens in der Insolvenz, NZI 2011, 622 – 627
- Manger, Robert*: Das Informationsrecht des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand – Umfang und Grenzen, NZG 2010, 1255 – 1258
- Marotzke, Wolfgang*: Das deutsche Insolvenzverfahren: ein Hort institutionalisierter Unverantwortlichkeiten? Disharmonien zwischen Risikobeteiligung, Herrschaft und Haftung der maßgeblichen Akteure, KTS 2014, 113 – 154
- Maus, Karl Heinz*: Schuldnerstrategien in der Unternehmensinsolvenz (Teil II), DStR 2002, 1104 – 1108
- Meier, Norbert*: Zum Verhältnis zwischen der Informationspflicht der Geschäftsführung und der Überwachungspflicht des fakultativen Aufsichtsrates bei einer GmbH, DStR 1997, 1894 – 1895
- Meilicke, Heinz / Heidel, Thomas*: Das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung (Teil I), DStR 1992, 72 – 75
- Meincke, Eberhard / Hingst, Kai-Michael*: Der Kreditbegriff im deutschen Recht - de lege lata und de lege ferenda -, WM 2011, 633 – 640
- Mertens, Hans-Joachim*: Anwendbarkeit von § 92 Abs. 1 AktG im Vergleichsverfahren?, AG 1983, 173 – 178
- ders.*: Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung, ZHR 143 (1979), 174 – 194

- Meyer, Susanne*: Der Plan ist umgesetzt, doch manche Fragen offen – Zwischenfazit zum Suhrkamp-Insolvenzverfahren, DB 2015, 538 – 543
- dies.*: Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für Gläubigerinteressen - Veränderungen durch das MoMiG, BB 2008, 1742 – 1748
- Meyer-Löwy, Bernd / Bruder, Florian*: Beratung der Gläubiger einer GmbH in Krise und Insolvenz nach dem ESUG, GmbHR 2012, 432 – 439
- Meyer-Löwy, Bernd / Pickerill, Carl N.*: Versperrt das Gesellschaftsrecht den rechtzeitigen Weg in die Sanierung? – Eine Betrachtung zu den Auswirkungen des § 18 InsO auf den Konflikt zwischen Unternehmenserhaltungspflicht und frühzeitigen Sanierungsmaßnahmen –, GmbHR 2013, 1065 – 1075
- Meyke, Rolf*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 3. Auflage, Köln 2002
- Michalski, Lutz*: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band I: Systematische Darstellungen, §§ 1-34 GmbHG, Heidinger, Andreas / Leible, Stefan / Schmidt, Jessica (Hrsg.), 3. Auflage, München 2017 (zit.: *Michalski-Bearbeiter*, GmbHG, Fundstelle)
- dies.*: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band II: §§ 35-85 GmbHG, §§ 1-4 EGGmbHG, Heidinger, Andreas / Leible, Stefan / Schmidt, Jessica (Hrsg.), 3. Auflage, München 2017 (zit.: *Michalski-Bearbeiter*, GmbHG, Fundstelle)
- Mönning, Rolf-Dieter / Schäfer, Cornelia / Schiller, Florian Martin*: Sanierung unter dem Schutzschirm – strategische Insolvenz im Zeitraffer, BB 2017, Beil. 1 – 24
- Mohaupt, Jessica*: Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise. Entwicklung eines Drei-Phasen-Modells zur Berücksichtigung von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen, Baden-Baden 2017
- Mülbert, Peter O.*: Marktwertmaximierung als Unternehmensziel der Aktiengesellschaft, in: Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag. Gesellschaftsrecht, Rechnungsle-

- gung, Sportrecht, Crezeliuss, Georg / Hirte, Heribert / Vieweg, Klaus (Hrsg.), Köln 2005, 421 – 444
- ders.*: Zukunft der Kapitalaufbringung/Kapitalerhaltung, Der Konzern 2004, 151 – 162
- ders.*: Shareholder Value aus rechtlicher Sicht, ZGR 1997, 129 – 172
- Müller, Klaus J.*: Kapitalerhaltung und Bilanzierung: zur Ermittlung der Unterbilanz bei § 30 Abs. 1 GmbHG, DStR 1997, 1577 – 1581
- Müller, Welf*: Der Geschäftsführer der GmbH und das Gesellschafterdarlehen in der Krise, in: Liber Amicorum für Martin Winter, Hoffmann-Becking, Michael / Hüffer, Uwe / Reichert, Jochen (Hrsg.), Köln 2011, 487 – 498
- ders.*: Der Verlust der Hälfte des Grund- oder Stammkapitals – Überlegungen zu den §§ 92 Abs. 1 AktG und 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1985, 191 – 213
- Müller-Feldhammer, Ralf*: Die übertragende Sanierung – ein ungeklärtes Problem der Insolvenzrechtsreform, ZIP 2003, 2186 – 2193
- Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, Römermann, Volker (Hrsg.), 4. Auflage, München 2018 (zit.: MAH GmbH-Recht/*Bearbeiter* Fundstelle)
- Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, Nerlich, Jörg / Kreplin, Georg (Hrsg.), 3. Auflage, München 2019 (zit.: MAH Insolvenz/*Bearbeiter* Fundstelle)
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3. Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Priester, Hans-Joachim / Mayer, Dieter / Wicke, Hartmut (Hrsg.), 5. Auflage, München 2018 (zit.: MünchHdB GesR III/*Bearbeiter* Fundstelle)
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4. Aktiengesellschaft, Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.), 5. Auflage, München 2020 (zit.: Münch. Hdb. GesR IV/*Bearbeiter* Fundstelle)
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1. §§ 1–75, Goette, Wulf / Habersack, Mathias / Kalss, Susanne (Hrsg.), 5. Auflage, München 2019 (zit.: MüKo AktG/*Bearbeiter*, Fundstelle)

- dass., Band 2. §§ 76–117. MitbestG, DrittelbG, Goette, Wulf / Habersack, Mathias / Kalss, Susanne (Hrsg.), 5. Auflage, München 2019 (zit.: MüKo AktG/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- dass., Band 3. §§ 118–178, Goette, Wulf / Habersack, Mathias / Kalss, Susanne (Hrsg.), 4. Auflage, München 2018 (zit.: MüKo AktG/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- dass., Band 4. §§ 179–277, Goette, Wulf / Habersack, Mathias / Kalss, Susanne (Hrsg.), 4. Auflage, München 2016 (zit.: MüKo AktG/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- dass., Band 6. §§ 329–410. WPÜG. Österreichisches Übernahmerecht, Goette, Wulf / Habersack, Mathias / Kalss, Susanne (Hrsg.), 4. Auflage, München 2017 (zit.: MüKo AktG/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffen die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band 1. §§ 1–34, Fleischer, Holger / Goette, Wolf (Hrsg.), 3. Auflage, München 2018 (zit.: MüKo GmbHG/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- dass., Band 2. §§ 35–52, Fleischer, Holger / Goette, Wolf (Hrsg.), 3. Auflage, München 2019 (zit.: MüKo GmbHG/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- dass., Band 3. §§ 53–88, Fleischer, Holger / Goette, Wolf (Hrsg.), 3. Auflage, München 2018 (zit.: MüKo GmbHG/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- dass., Band 1. §§ 1–34, Fleischer, Holger / Goette, Wolf (Hrsg.), 2. Auflage, München 2015 (zit.: MüKo GmbHG/*Bearbeiter*, 2. Aufl., Fundstelle)
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Stürner, Rolf / Eidenmüller, Horst / Schoppmeyer, Heinrich (Hrsg.), Band 1. §§ 1–79. Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), 4. Auflage, München 2019 (zit.: MüKo InsO/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- dass., Stürner, Rolf / Eidenmüller, Horst / Schoppmeyer, Heinrich (Hrsg.), Band 2. §§ 80–216, 4. Auflage, München 2019 (zit.: MüKo InsO/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- dass., Stürner, Rolf / Eidenmüller, Horst / Schoppmeyer, Heinrich (Hrsg.), Band 3. §§ 217–359 InsO (mit Art. 103a–110 EGIInsO) Insolvenzsteuerrecht, 4. Auflage, München 2020 (zit.: MüKo InsO/*Bearbeiter*, Fundstelle)

- dass., Stürner, Rolf / Eidenmüller, Horst / Schoppmeyer, Heinrich (Hrsg.), Band 1. §§ 1–79. Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), 3. Auflage, München 2013 (zit.: MüKo InsO/Bearbeiter, 3. Aufl., Fundstelle)
- Nerlich, Jörg / Römermann, Volker (Hrsg.):* Insolvenzordnung (InsO). Kommentar, Stand: April 2020, 41. Ergänzungslieferung, München 2020 (zit.: Nerlich/Römermann/Bearbeiter, Fundstelle)
- Neuberger, Jürgen:* Existenzvernichtungshaftung aufgeben und Kapitalerhaltung sowie Differenzhaftung mit den richtigen Werten anwenden. Zugleich Fortsetzung des Beitrags ZIP 2019, 1541 und Überlegungen zu BGH v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, ZIP 2019, 114, ZIP 2020, 153 – 163
- Neumann, Friedrich:* Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren. Eine rechtsvergleichende Betrachtung, Bielefeld 1995
- Noack, Ulrich:* „Holzmüller“ in der Eigenverwaltung – Zur Stellung von Vorstand und Hauptversammlung im Insolvenzverfahren, ZIP 2002, 1873 – 1879
- Nowotny, Christian:* Verlust des halben Stammkapitals. Ein „kleiner“ Unterschied zwischen deutschem und österreichischem GmbH-Recht, in: Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993. Unternehmen und Unternehmensführung im Recht, Bierich, Marcus / Hommelhoff, Peter / Kropff, Bruno (Hrsg.), Berlin 1993, 231 – 260
- Oberle, Thomas:* Außergerichtliche Sanierung oder Sanierung in der Insolvenz? – Ansätze für eine Vergleichsrechnung –, in: Festschrift für Jobst Wellensiek zum 80. Geburtstag, Flitsch, Michael / Hagebusch, Alfred / Oberle, Thomas / Seagon, Christopher / Schreiber, Werner (Hrsg.), München 2011, 73 – 89
- Oppenländer, Frank / Trölitzsch, Thomas (Hrsg.):* Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter* in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, Fundstelle)
- dies.:* Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Auflage, München 2011 (zit.: *Bearbeiter* in Oppenlän-

- der/Trörlitzsch, GmbH-Geschäftsführung, 2. Auf. 2011, Fundstelle)
- Ott, Wolfgang / Brauckmann, Dana*: Zuständigkeitsgerangel zwischen Gesellschaftsorganen und Insolvenzverwalterin der börsennotierten Aktiengesellschaft, ZIP 2004, 2117 – 2123
- Pape, Gerhard*: Entwicklungstendenzen bei der Eigenverwaltung, ZIP 2013, 2285 – 2294
- Paulus, Christoph G.*: Schuldverschreibungen, Restrukturierungen, Gefährdungen, WM 2012, 1109 – 1113
- ders.*: Die Insolvenz als Sanierungschance – ein Plädoyer, ZGR 2005, 309 – 326
- Penner, David*: Restrukturierungsklauseln in den Anleihebedingungen von High-Yield Anleihen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der deutschen und amerikanischen Emissionspraxis, Berlin 2015
- Petersen, Tilman Lorenz*: Jahresabschlussprüfung in der Insolvenz, Baden-Baden 2018
- Picot, Gerhard*: Unternehmenskauf und Restrukturierung. Handbuch zum Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, München 2004 (zit.: Picot Hdb Wirtschaftsrecht/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- ders. / Aleth, Frank*: Unternehmenskrisen und Restrukturierung, DSWR 1997, 260 – 263
- Plagemann, Nikolaus*: Beseitigung des Verlusts gem. § 92 I AktG vor Durchführung der Hauptversammlung, NZG 2014, 207 – 209
- Podewils, Felix*: Neuerungen im Schuldverschreibungs- und Anlegerschutzrecht - Das Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung, DStR 2009, 1914 – 1920
- Poertzgen, Christoph*: Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsführer aus c.i.c.? - Teil 1, ZInsO 2010, 416 – 422
- ders.*: Der 3-Wochen-Zeitraum im Rahmen der Antragspflicht (§ 15a InsO), ZInsO 2008, 944 – 952

- Pöschke, Moritz*: Wahlrechte und „Ermessensspielräume“ im Bilanzrecht und die Business Judgement Rule, ZGR 2018, 647 – 687
- Pott, Sarah*: Renaissance des modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriffs, NZI 2002, 4 – 9
- Preuße, Thomas (Hrsg.)*: SchVG. Gesetz über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen. Kommentar, Berlin 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Preuße (Hrsg.), SchVG, Fundstelle)
- Priester, Hans-Joachim*: Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz. Zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, 533 – 547
- ders.*: Die eigene GmbH als fremder Dritter. Eigensphäre der Gesellschaft und Verhaltenspflichten ihrer Gesellschafter, ZGR 1993, 512 – 533
- Prütting, Hanns / Huhn, Christoph*: Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht bei der Eigenverwaltung?, ZIP 2002, 777 – 782
- Raiser, Thomas / Veil, Rüdiger*: Recht der Kapitalgesellschaften. Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 6. Auflage, München 2015
- Rattunde, Rolf / Smid, Stefan / Zeuner, Mark (Hrsg.)*: Insolvenzordnung (InsO). Kommentar, Band 1: §§ 1–147 InsO, 4. Auflage, Stuttgart 2019 (zit.: *Rattunde/Smid/Zeuner-Bearbeiter*, InsO, Fundstelle)
- Redeke, Julian*: Zu den Organpflichten bei bestandsgefährdenden Risiken, ZIP 2010, 159 - 167
- Rendels, Dietmar / Zabel, Karsten*: Insolvenzplan, 2. Auflage, Köln 2015
- dies.*: Anmerkungen zum „eigenständigen Sanierungsverfahren“ nach §§ 270 a/b DiskE-InsO, INDAT-Report 9/2010, 41 – 45
- Reuter, Alexander*: „Krisenrecht“ im Vorfeld der Insolvenz - das Beispiel der börsennotierten AG, BB 2003, 1797 – 1804
- Richter, Bernd / Maximilian, Pluta*: Bescheinigung zum Schutzschirmverfahren gem. § 270b InsO nach IDW ES 9 im Praxistest (§ 270b InsO), BB 2012, 1591 – 1595
- Röhricht, Volker*: Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, 505 – 516

- Römermann, Volker*: Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht im COVInsAG und ihre Folgen, NJW 2020, 1108 – 1111
- Rokas, Alexandros N.*: Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht, Baden-Baden 2012
- Rosengarten, Joachim*: Die Rechtsfolgen eines „verdeckten“ Verstoßes gegen § 57 AktG: Endgültiger Abschied von der Nichtigkeit, ZHR 168 (2004), S. 708 – 725
- Roßkothan, Carolin*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht, Münster 2015
- Roth, Günther H. / Altmeyen, Holger*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kommentar, Altmeyen, Holger (Hrsg.), 9. Auflage, München 2019 (zit.: Roth/Altmeyen/Bearbeiter, GmbHG, Fundstelle)
- dies.*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kommentar, Altmeyen, Holger (Hrsg.), 8. Auflage, München 2015 (zit.: Roth/Altmeyen/Bearbeiter, GmbHG, 8. Aufl., Fundstelle)
- Rowedder, Heinz / Schmidt-Leithoff, Christian (Hrsg.)*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6. Auflage, München 2017 (zit.: Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bearbeiter GmbHG Fundstelle)
- Rozijn, Michael*: Geheimhaltungspflichten und Kapitalschutz beim Abschluss von M&A-Dienstleistungsverträgen, NZG 2001, 494 – 503
- Saenger, Ingo / Al-Wraikat, Nadja*: Insolvenzrecht versus Gesellschaftsrecht: Wer darf bei der GmbH wann den Schuttschirm öffnen?, NZG 2013, 1201 – 1206
- Saenger, Ingo / Koch, Raphael*: Kreditgewährung an Gesellschafter aus gebundenem Vermögen als verbotene Auszahlung auch bei vollwertigem Rückzahlungsanspruch, NZG 2004, 271 – 273
- Schaal, Friederike Charlotte*: Die Haftung der Geschäftsführungsgorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, Tübingen 2017
- Schäfer, Carsten*: Unzulässige Umgestaltung von Gesellschaftsanteilen im Insolvenzplan. Anmerkungen zu LG Berlin v.

- 20.10.2014 - 51 T 696/14, ZIP 2014, 2197 - Suhrkamp, ZIP 2014, 2417 – 2420
- Schäfer, Hans / Missling, Patrick J.*: Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, NZG 1998, 441 – 447
- Schelo, Sven*: Der neue § 270b InsO – Wie stabil ist das Schutzschirmverfahren in der Praxis? Oder: Schutzschirmverfahren versus vorläufige Eigenverwaltung (§ 270b InsO), ZIP 2012, 712 – 715
- Schenck, Kersten von*: Die laufende Information des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft durch den Vorstand, NZG 2002, 64 – 68
- Schimansky, Herbert / Bunte, Hermann-Josef / Lwowski, Hans-Jürgen (Hrsg.)*: Bankrechts-Handbuch, 5. Auflage, München 2017 (zit.: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Bearbeiter Fundstelle)
- dies.*: Bankrechts-Handbuch, 4. Auflage, München 2011 (zit.: Schimansky/Bunte/Lwowski BankR-HdB/Bearbeiter, 4. Aufl., Fundstelle)
- Schlegel, Stephan*: Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, Berlin 1999
- ders.*: Insolvenzantrag und Eigenverwaltungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit, ZIP 1999, 954 – 959
- Schlitt, Michael / Schäfer, Susanne*: Die Restrukturierung von Anleihen nach dem SchVG, in: Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, Grunewald, Barbara / Westermann, Harm Peter (Hrsg.), München 2010, 615 – 628
- dies.*: Die Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, AG 2009, 477 – 487
- Schluck-Amend, Alexandra*: Änderungen im Insolvenzrecht durch das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz, NZI 2020, 289 – 293
- dies./ Walker, Thilo*: Neue Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer durch Pflicht zur Erstellung eines Insolvenzplans?, GmbHR 2001, 375 – 381
- Schmidt, Andreas / Linker, Jörg*: Ablauf des sog. Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO (§ 270b InsO), ZIP 2012, 963 – 965

- Schmidt, Andreas / Poertzgen, Christoph*: Geschäftsführerhaftung (§ 64 S. 1 GmbHG) in Zeiten des ESUG, NZI 2013, 369 – 377
- Schmidt, Karsten*: Mehrheitsentscheidungen von Anleihegläubigern zu Lasten gekündigter Anleihen. Betrachtungen zum Urteil BGH v. 08.12.2015 – XI ZR 488/14 „Solar World“, in: Festschrift für Theodor Baums zum siebzigsten Geburtstag. Band I, Siekmann, Helmut / Cahn, Andreas / Florstedt, Tim / Langenbucher, Katja / Redenius-Hövermann, Julia / Tröger, Tobias / Segna, Ulrich (Hrsg.), Tübingen 2017, 1073 – 1080
- ders.* (Hrsg.): Insolvenzordnung. InsO mit EuInsVO. Beck'sche Kurzkommentare, 19. Auflage, München 2016 (zit.: Karsten Schmidt/*Bearbeiter* InsO Fundstelle)
- ders.*: Ersatzpflicht bei „verbotenen Zahlungen“ aus insolventen Gesellschaften: Ist der haftungsrechtliche Kampfhund zähmbar? Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 18.11.2014 – II ZR 231/13, NZG 2015, 129 – 133
- ders.*: Schöne neue Sanierungswelt: Die Gläubiger okkupieren die Burg! Recht und Realität der ESUG-Reform, ZIP 2012, 2085 – 2088
- ders.*: Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht im ESUG-Entwurf, BB 2011, 1603 – 1610
- ders.*: Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln 2002
- ders.*: Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen. Befunde, Kritik, Perspektiven, Köln 1990
- ders.*: Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden, 1984
- ders.* / *Lutter, Marcus* (Hrsg.): Aktiengesetz. Kommentar, 4. Auflage, Köln 2020 (zit.: K. Schmidt/Lutter AktG/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- Schmidt, Karsten / Uhlenbruck, Wilhelm* (Hrsg.): Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz. Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Bankrecht und Organisation bei Krisenvermeidung, Krisenbewältigung und Abwicklung, 5. Auflage, Köln 2016 (zit.: *Bearbeiter* in Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Fundstelle)

- dies. (Hrsg.):* Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz. Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Bankrecht und Organisation bei Krisenvermeidung, Krisenbewältigung und Abwicklung, 4. Auflage, Köln 2009 (zit.: *Bearbeiter* in Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, Fundstelle)
- dies (Hrsg.):* Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz. Gesellschaftsrecht, Neues Insolvenzrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Bankrecht und Organisation bei Krisenvermeidung, Krisenbewältigung und Abwicklung, 2. Auflage, Köln 1999 (zit.: *Bearbeiter* in Schmidt K./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 2. Aufl. 1999, Fundstelle)
- Schmidt, Nikolaus / Grundlach, Ulf:* Zwischenstand Insolvenzantragspflicht – aktuelle Rechtslage zum Pflichtenkreis der Geschäftsführung, DStR 2018, 198 – 205
- Schneider, Uwe H.:* Die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Pflichten durch den Geschäftsführer. Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung bei mehrköpfiger Geschäftsführung in der konzernfreien GmbH und im Konzern, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Lutter, Marcus / Ulmer, Peter / Zöllner, Wolfgang (Hrsg.), Köln 1992, 473 – 499
- Scholz, Franz:* Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, I. Band. §§ 1 - 34. Anh. § 13 Konzernrecht. Anh. § 34 Austritt und Ausschließung eines Gesellschafters, 12. Auflage, Köln 2018 (zit.: Scholz GmbHG/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- ders.:* Kommentar zum GmbH-Gesetz, II. Band. §§ 35 - 52, 12. Auflage, Köln 2020 (zit.: Scholz GmbHG/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- ders.:* Kommentar zum GmbH-Gesetz, III. Band. §§ 53 - 85, 12. Auflage, Köln 2020 (zit.: Scholz GmbHG/*Bearbeiter*, Fundstelle)
- ders.:* Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, II. Band. §§ 35 - 52. Anh. § 45 Gesellschafterversammlung und Gesellschafterkompetenzen in der GmbH & Co. KG, 11. Auflage, Köln 2014 (zit.: Scholz GmbHG/*Bearbeiter*, 11. Aufl., Fundstelle)

- ders.*: Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, II. Band. §§ 35 - 52, 10. Auflage, Köln 2007 (zit.: Scholz GmbHG/Bearbeiter, 10. Aufl., Fundstelle)
- ders.*: Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, III. Band. §§ 53 - 85, 11. Auflage, Köln 2015 (zit.: Scholz GmbHG/Bearbeiter, 11. Aufl., Fundstelle)
- ders.*: Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, III. Band. §§ 53 - 85. Nachtrag MoMiG. §§ 1 - 4 EGGmbHG, 10. Auflage, Köln 2010 (zit.: Scholz GmbHG/Bearbeiter, 10. Aufl., Fundstelle)
- Schulz, Benedikt*: Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung. Kompetenzen und Haftung der GmbH-Geschäftsführung nach dem ESUG, Baden-Baden 2017
- Schulz, Wolf*: Zur Verdrängung und Ersetzung der Gesellschaftsorgane durch den Konkursverwalter, KTS 1986, 389 – 418
- Schuster, Gunnar*: Zur Stellung der Anteilseigner in der Sanierung, ZGR 2010, 325 – 355
- Schweiger, Martin*: Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH. Plädoyer für eine Erstreckung der Insolvenzantragspflicht auf die Gesellschafter der GmbH, Baden-Baden 2012
- Seefelder, Günter*: Unternehmenssanierung. Krisenursachen, Außergerichtliche Unternehmenssanierung, Sanierung im Insolvenzverfahren, Arbeitsrecht, Steuerrecht, Haftungs- und Strafrechtsrisiken, 3. Auflage, Stuttgart 2012
- Seibt, Christoph H.*: Krisenmanagement: Rechtsrahmen für Geschäftsleiterhandeln, BB 2019, 2563 – 2572
- ders.*: Praxisfragen der außerinsolvenzlichen Anleihenrestrukturierung nach dem SchVG. Zugleich Besprechung OLG Karlsruhe v. 30.9.2015 – 7 AktG 1/15, ZIP 2015, 2116, ZIP 2016, 997 – 1009
- ders.*: Sanierungsgesellschaftsrecht: Mitgliedschaftliche Treuepflicht und Grenzen der Stimmrechtsausübung in der Aktiengesellschaft, ZIP 2014, 1909 – 1916
- ders.*: Pflichten der Geschäftsleitung bei Eingehung von Finanzierungsgeschäften – in Normal- und Krisenzeiten des Unternehmens, ZIP 2013, 1597 – 1607

- ders. / Bulgrin, Gerrit M.*: Strategische Insolvenz: Insolvenzplanverfahren als Gestaltungsinstrument zur Überwindung bestandsgefährdender Umstände, ZIP 2017, 353 – 362
- Semler, Johannes*: Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Köln 1995
- ders.*: Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, Köln 1980
- Simon, Stefan / Merkelbach, Matthias*: Gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren nach dem ESUG, NZG 2012, 121 – 129
- Simon, Ulrich*: Das neue Schuldverschreibungsgesetz und Treuepflichten im Anleiherecht als Bausteine eines außergerichtlichen Sanierungsverfahrens, Baden-Baden 2012 (zit.: *Simon*, Das neue Schuldverschreibungsgesetz und Treuepflichten im Anleiherecht, Fundstelle)
- Sina, Peter*: Zur Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat bei drohender Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch einzelne Aufsichtsratsmitglieder, NJW 1990, 1016 – 1021
- Smid, Stefan*: Sanierungsverfahren nach neuem Insolvenzrecht, WM 1998, 2489 – 2515
- Spindler, Gerald*: Sonderprüfung und Pflichten eines Bankvorstands in der Finanzmarktkrise - Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9. 12. 2009 – 6 W 45/09 – IKB, NZG 2010, 281 – 285
- ders. / Stilz, Eberhard (Hrsg.)*: Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1. §§ 1–149 AktG, 4. Auflage, München 2019 (zit.: *Spindler/Stilz/Bearbeiter*, AktG, Fundstelle)
- dies.*: Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2. §§ 150–410 AktG, SpruchG, SE-VO, 4. Auflage, München 2019 (zit.: *Spindler/Stilz/Bearbeiter*, AktG, Fundstelle)
- Steffan, Bernhard / Solmecke, Henrik*: IDW S 11: Neuer Standard zur Beurteilung der Insolvenzreife, WPg 2015, 429 – 435
- Ströhmann, Martin G. / Längsfeld, Alexander M. H.*: Die Geschäftsführungsbefugnis in der GmbH im Rahmen der Eigenverwaltung. Welche Neuerungen brachte § 276a InsO?, NZI 2013, 271 – 278
- Strohn, Lutz*: Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, 1161 – 1169

- ders.*: Geschäftsführerhaftung als Innen- und Außenhaftung, ZInsO 2009, 1417 – 1425
- ders.*: Existenzvernichtungshaftung, §§ 30, 31, 43 GmbHG und § 64 S. 3 GmbHG – Koordinierungsbedarf?, ZHR 173 (2009), 589 – 595
- Tetzlaff, Christian*: Drohende Zahlungsunfähigkeit – Geschäftsführer und Gesellschafter in der Zwickmühle? Zu Haftungsrisiken für den Geschäftsführer bei Stellung eines Insolvenzantrags wegen drohender Zahlungsunfähigkeit, oder: Sind die Gesellschafter einem böswilligen Fremdgeschäftsführer ausgeliefert?, ZInsO 2008, 137 – 143
- Thole, Christoph*: Der Entwurf des Unternehmensstabilisierungs- und restrukturierungsgesetzes (StaRUG-RefE), ZIP 2020, 1985 – 2000
- ders.*: Die Einberufung einer Hauptversammlung nach Insolvenzeröffnung und die Kostenfrage, ZIP 2018, 1565 – 1571
- ders.*: Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Köln 2014
- ders.*: Die Restrukturierung von Schuldverschreibungen im Insolvenzverfahren, ZIP 2014, 293 – 302
- ders. / Brünkmans, Christian*: Die Haftung des Eigenverwalters und seiner Organe, ZIP 2013, 1097 – 1107
- Thümmel, Roderich C. / Burkhardt, Anastasia*: Neue Haftungsrisiken für Vorstände und Aufsichtsräte aus § 57 Abs. 1 AktG und § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG in der Neufassung des MoMiG. (§ 57 Abs. 1 AktG, § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG), AG 2009, 885 – 894
- Tietze, Jörg*: Die Informationsrechte des GmbH-Gesellschafters, Köln 1985
- Timm, Wolfram*: Das neue GmbH-Recht in der Diskussion, GmbHR 1980, S. 286 – 295
- Tollkühn, Oliver*: Die Schaffung von Mitarbeiteraktien durch kombinierte Nutzung von genehmigtem Kapital und Erwerb eigener Aktien unter Einschaltung eines Kreditinstituts, NZG 2004, 594 – 600
- Tresselt, Matthias / Müller, Matthias J.*: Die „Insolvency Judgement Rule“ bei Stellung der Sanierungsanträge – Geschäftsführerpflichten und Gesellschafterrechte bei Beantragung der

- vorläufigen Eigenverwaltung und des „Schutzschirms“, KSzW 2015, 198 – 206
- Uhlenbruck Insolvenzordnung. Kommentar, Band 1, Hirte, Heribert / Vallender, Heinz (Hrsg.), 15. Auflage, München 2019 (zit.: Uhlenbruck/*Bearbeiter* Fundstelle)
- Uhlenbruck, Wilhelm*: Die Rechtsstellung des Geschäftsführers in der GmbH-Insolvenz. Verfahrensmäßige Beschränkungen, Rechte und Pflichten, GmbHR 2005, 817 – 832
- ders.*: Zur Kollision von Gesellschafts- und Insolvenzrecht in der Unternehmensinsolvenz, in: Insolvenzrecht im Wandel der Zeit. Festschrift für Hans-Peter Kirchhof zum 65. Geburtstag, Gerhardt, Walter / Haarmeyer, Hans / Kreft, Gerhart (Hrsg.), Recklinghausen 2003, 479 – 506
- ders.*: Die Bedeutung des neuen Insolvenzrechts für GmbH-Geschäftsführer(II), GmbHR 1999, 390 – 400
- ders.*: Die Bedeutung des neuen Insolvenzrechts für GmbH-Geschäftsführer(I), GmbHR 1999, 313 – 327
- ders.*: Das neue Insolvenzrecht als Herausforderung für die Beratungspraxis, BB 1998, 2009 – 2021
- ders.*: Mitwirkung und Mitarbeit des Schuldners und seiner organischen Vertreter im künftigen Insolvenzverfahren – Ein Abgrenzungsproblem –, InVo 1997, 225 – 227
- ders.*: Rechte und Pflichten des GmbH-Geschäftsführers in der Unternehmenskrise unter besonderer Berücksichtigung der Insolvenzrechtsreform – Teil I, WiB 1996, 409 – 414
- Ulmer, Peter*: Volle Haftung des Gesellschafter/Geschäftsführers einer GmbH für Gläubigerschäden aus fahrlässiger Konkursverschleppung?, NJW 1983, 1577 – 1582
- ders. / Habersack, Mathias / Löbbe, Marc (Hrsg.)*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar, Band II. §§ 29 bis 52, 2. Auflage, Tübingen 2014 (zit. *Ulmer/Bearbeiter* GmbHG Fundstelle)
- dies. (Hrsg.)*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar, Band III: §§ 53 bis 88, 2. Auflage, Tübingen 2016 (zit. *Ulmer/Bearbeiter* GmbHG Fundstelle)

- Undritz, Sven-Holger*: Ermächtigung und Kompetenz zur Begründung von Masseverbindlichkeiten beim Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung, BB 2012, 1551 – 1556
- ders.*: Restrukturierung in der Insolvenz, ZGR 2010, 201 – 217
- Vallender, Heinz*: Gerichtliche Erfahrungen mit Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren, DB 2015, 231 – 239
- ders.*: Insolvenzkultur gestern, heute und morgen, NZI 2010, 838 – 844
- ders.*: Eigenverwaltung im Spannungsfeld zwischen Schuldner- und Gläubigerautonomie, WM 1998, 2129 – 2139
- ders.*: Die Auskunftspflicht der Organe juristischer Personen im Konkursöffnungsverfahren, ZIP 1996, 529 – 534
- Vasilev, Anton*: Die Sanierung des Unternehmens in der Insolvenz, Paderborn 2008
- Veil, Rüdiger*: Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht. Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordentlichen Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, S. 374 – 397
- Veranneman, Peter (Hrsg.)*: Schuldverschreibungsgesetz einschließlich U.S.A. und England. Kommentar, 2. Auflage, München 2016 (zit. Veranneman/Bearbeiter SchVG, Fundstelle)
- Wasmann, Dirk / Steber, Tobias*: Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Durchführung einer Gläubigerversammlung nach dem Schuldverschreibungsgesetz, 2005 – 2014
- Weber, Friedrich*: Die Funktionsteilung zwischen Konkursverwalter und Gesellschaftsorganen im Konkurs der Kapitalgesellschaft, KTS 1970, 73 – 89
- Wegmann, Jürgen*: Die Unternehmensbewertung als Grundlage der Sanierungsprüfung, BB 1988, 801 - 810
- Wehdeking, Silke / Smid, Stefan*: Soll die Anordnung der Eigenverwaltung voraussetzen, dass der Schuldner dem Insolvenzgericht einen „pre-packaged“ Insolvenzplan vorlegt?, ZInsO 2010, 1713 – 1718
- Wellensiek, Jobst*: Übertragende Sanierung, NZI 2002, 233 – 239
- Wertenbruch, Johannes*: Gesellschafterbeschluss für Insolvenzantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit?, DB 2013, 1592 – 1596

- Westermann, Harm Peter*: Gesellschafter- und Geschäftsführerpflichten im Vorfeld der Insolvenz nach gegenwärtigem und künftigem Recht, DZWIR 2006, 485 – 494
- Westrick, Ludger*: Chancen und Risiken der Eigenverwaltung nach der Insolvenzordnung, NZI 2003, 65 – 72
- Wicke, Hartmut*, Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG). Kommentar. Beck'sche Kompakt-Kommentare, 4. Auflage, München 2020 (zit.: *Wicke*, GmbHG, Fundstelle)
- Wilken, Oliver / Schaumann, Michael / Zenker, Michael*: Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Köln 2015
- Wortberg, Sven*: Holzmüller und die Stellung eines Insolvenzantrags wegen drohender Zahlungsunfähigkeit, ZInsO 2004, 707 – 713
- Wuschek, Thomas*: Massekredite als Sanierungsbeitrag?, ZInsO 2012, 1294 – 1302
- Zeilinger, Andreas*: Die Einberufung der Gesellschafterversammlung – Fallstricke für die Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen, GmbHR 2001, 541 – 551
- Zillas, Manfred / Lanfermann, Josef*: Die Neuregelung des Erwerbs und Haltens eigener Aktien (Teil I), WPg 1980, 61 – 69
- Zipperer, Helmut*: Die Einflussnahme der Aufsichtsorgane auf die Geschäftsleitung in der Eigenverwaltung – eine Chimäre vom Gesetzgeber, Trugbild oder Mischwesen?, ZIP 2012, 1492 – 1494
- ders. / Vallender, Heinz*: Die Anforderungen an die Bescheinigung für das Schutzschirmverfahren, NZI 2012, 729 – 735

Internetquellenverzeichnis

- Breuer, Claudia*: Gabler Wirtschaftslexikon: Sanierung, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/sanierung-42511>, o.A., abgerufen am 28.11.2020
- Bubrowski, Helene*, Steiler Aufstieg - tiefer Fall, <https://www.faz.net/aktuell/beruf-chance/recht-und-gehalt/managerhaftung-steiler-aufstieg-tiefer-fall-13846693.html>, Frankfurt a.M. 12.20.2015, abgerufen am 28.11.2020
- Cahn, Andreas*: Das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG – aktien- und konzernrechtliche Aspekte des neuen Liquiditätsschutzes. Working Paper Series No. 95. 12/2008, http://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/ILF_WP_09_5.pdf, Frankfurt a.M. 2008, abgerufen am 28.11.2020
- o.V.*: Studie: Managementfehler sind häufigste Insolvenzursache, <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/studie-managementfehler-sind-haeufigste-insolvenzursache/756836.html>, o.A. 27.9.2006, abgerufen am 28.11.2020