

Schriften zum Gesellschafts-,
Bank- und Kapitalmarktrecht

64

Jessica Mohaupt

Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise

Entwicklung eines Drei-Phasen-Modells zur
Berücksichtigung von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen



Nomos

Schriften zum Gesellschafts-,
Bank- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Gregor Bachmann, Humboldt Universität zu Berlin

Prof. Dr. Matthias Casper, Universität Münster

Prof. Dr. Carsten Schäfer, Universität Mannheim

Prof. Dr. Rüdiger Veil, Bucerius Law School Hamburg

Band 64

Jessica Mohaupt

Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise

Entwicklung eines Drei-Phasen-Modells zur
Berücksichtigung von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen



Nomos

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

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2016

ISBN 978-3-8487-3931-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-8256-5 (ePDF)

D 6

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Gute drei Jahre, zahlreiche schlafarme und arbeitsreiche Nächte, unzählbare Stunden in der Bibliothek und vor dem Bildschirm später – kaum zu glauben und doch wahr, das druckreife Exemplar ist fertiggestellt. Die Mühe hat sich also gelohnt und ich hoffe sehr, dass der ein oder andere das Thema meiner Dissertation ähnlich spannend findet wie ich und diese Promotion zur Hand nehmen und mit Interesse studieren wird.

Nicht zuletzt das Interesse für dieses sowohl akademisch reizvolle als auch in der Praxis höchst relevante Thema war es, das mir auch in den „Durststrecken“ der Promotionszeit immer wieder Motivation und Kraft zum Weitermachen verliehen hat. Sehr großen Anteil daran hat aber auch der gute Zuspruch von Familienmitgliedern, Freunden und Kollegen, die mir während der Promotionsphase zur Seite standen – sei es durch angelegte Diskussionen über das Thema, durch nachdrückliches Auffordern zur notwendigen „kreativen Pause“ zwischen den Arbeitsphasen oder durch ein offenes Ohr in stürmischen Phasen – ihnen allen gilt meine tief empfundene Dankbarkeit für die Unterstützung während der vergangenen drei Jahre. Unvergessen bleibt insbesondere die angeregte Diskussion auf einer indischen Dachterrasse, die rückblickend nichts weniger darstellt als die „Geburtsstunde“ meines Drei-Phasen-Modells.

Namentlich bedanken möchte ich mich in erster Linie bei meinem Doktorvater Prof. Dr. Matthias Casper für die hervorragende Betreuung meiner Dissertation und die inspirierende und lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl. Sehr zu schätzen weiß ich seine Bereitschaft, dieses Promotionsvorhaben auch nach meinem Umzug nach München weiter zu betreuen.

Mein besonderer Dank gilt auch Prof. Dr. Johann Kindl für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens, Prof. Dr. Rüdiger Veil für den wertvollen Input beim gemeinsamen Doktorandenseminar der Lehrstühle in Münster sowie Prof. Dr. Eva Micheler, Prof. Sarah Paterson, Prof. Andrew Keay und Prof. David Kershaw für ihren sehr hilfreichen Input und die inspirierenden Denkanstöße zum englischen Recht im Rahmen meines Forschungsaufenthaltes an der LSE in London.

Last but not least gilt der größte Dank meinen Eltern, die mich auch während dieses letzten Abschnitts meiner Ausbildung vollumfänglich unterstützt haben. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster zur Promotion angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand von Anfang November 2016.

München im Januar 2017

Jessica Mohaupt

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	27
Erster Teil: Einführung in die Thematik und Definition der Unternehmenskrise	33
Erstes Kapitel: Einleitung	33
§ 1 Untersuchungsgegenstand, Zielsetzung der Arbeit und Themenbegrenzung	33
§ 2 Gang der Untersuchung / Methodik	38
§ 3 Terminologischer Überblick	39
Zweites Kapitel: Geschäftsleiterpflichten und Interessenberücksichtigung im laufenden Geschäftsbetrieb	44
§ 1 Ausgangslage: Prinzipal-Agenten-Konflikt	44
§ 2 Grundlegende Geschäftsleiterpflichten	46
§ 3 Shareholder- vs. Stakeholder Value-Ansatz	54
Drittes Kapitel: Definition der Unternehmenskrise	84
§ 1 Betriebswirtschaftliche Definitionen	84
§ 2 Juristische Definitionen	86
§ 3 Definition der Unternehmenskrise in dieser Arbeit	94
Zweiter Teil: Fallgruppenspezifische Handlungsmaximen in der Unternehmenskrise	113
Erstes Kapitel: Überwachungspflichten	115
§ 1 Pflicht zur kontinuierlichen Selbstkontrolle	115

Inhaltsübersicht

§ 2 Intensivierung der Überwachungspflichten mit fortschreitender Krise	124
§ 3 Gesellschafter- oder Gläubigerinteressen?	127
Zweites Kapitel: Informationspflichten	129
§ 1 Informationspflichten gegenüber den Gesellschaftern	129
§ 2 Informationspflichten gegenüber den Gläubigern	146
§ 3 Gesellschafter- oder Gläubigerinteressen?	151
Drittes Kapitel: Sanierungspflicht der Geschäftsleiter	158
§ 1 Begriffsbestimmung	158
§ 2 Sanierungspflicht vs. Entscheidungsbefugnis	159
§ 3 Pflichten bei Aussichtslosigkeit der Sanierung	169
§ 4 Gesellschafter- oder Gläubigerinteressen?	170
Viertes Kapitel: Durchführung der Sanierung	171
§ 1 Zuständigkeit für die Auswahl der Sanierungsmaßnahmen	171
§ 2 Entscheidungskriterien bei der Wahl der Sanierungsmaßnahmen	172
§ 3 Gesellschafter- oder Gläubigerinteressen?	190
Fünftes Kapitel: Risikobehaftete Geschäfte in der Unternehmenskrise	194
§ 1 Das Problem des Gambling for Resurrection	194
§ 2 Begriffsbestimmung, Abgrenzung und Quantifizierung	196
§ 3 Handlungsmaßstäbe nach geltendem Recht	202
§ 4 Gesellschafter- oder Gläubigerinteressen?	243
Dritter Teil: Gläubiger- vs. Gesellschafterinteressen in der Unternehmenskrise	245
Erstes Kapitel: Praktische Relevanz – Fälle konfligierender Interessen	246

§ 1 Gesellschafterinteressen in der Unternehmenskrise	246
§ 2 Gläubigerinteressen in der Unternehmenskrise	247
§ 3 Gleichlauf oder Konflikt der Interessen? Fallbeispiele	250
§ 4 Zwischenfazit	254
Zweites Kapitel: Meinungsstand – England vs. Deutschland	256
§ 1 England: Shift of Fiduciary Duties	256
§ 2 Deutschland: Alles beim Alten – oder etwa doch nicht?	265
§ 3 Zwischenfazit	271
Drittes Kapitel: Übertragbarkeit des englischen Konzeptes?	273
Vierter Teil: Entwicklung eines eigenen Modells zur Interessensausartierung: Das Drei-Phasen-Modell	275
Erstes Kapitel: Bedarf für ein eigenes Modell	276
§ 1 Faktische Regelungslücke – Fallgruppenanalyse	276
§ 2 Bedürfnis für weitergehenden Gläubigerschutz – Problem der masselosen bzw. -armen Insolvenzen	280
§ 3 Bestehende Rechtsunsicherheit	292
§ 4 Zwischenfazit	292
Zweites Kapitel: Das Drei-Phasen-Modell	294
§ 1 Drohende Unternehmenskrise – Vorrang der Gesellschafterinteressen	294
§ 2 Akute Unternehmenskrise – Vorrang der Gläubigerinteressen	295
§ 3 Präsenzte Unternehmenskrise – Differenzierte Betrachtung	301
§ 4 Drei-Phasen-Modell vs. Gesellschafterwille im GmbH-Recht	305
§ 5 Praktische Konsequenzen des Drei-Phasen-Modells	307
§ 6 Grafische Darstellung: Das Drei-Phasen-Modell	326
Drittes Kapitel: Möglichkeit einer entsprechenden Auslegung des geltenden Rechts	327

Inhaltsübersicht

Viertes Kapitel: Kodifikation des Drei-Phasen-Modells	329
§ 1 Regelungsauftrag an den Gesetzgeber und Umfang der Regelung	329
§ 2 Verortung: Kollisionsrechtliche Qualifikation als Gesellschaftsrecht	330
§ 3 Vorschlag zur Ergänzung des Aktiengesetzes	332
Fünfter Teil: Fazit, Ausblick und Zusammenfassung	336
Erstes Kapitel: Fazit der Arbeit	336
Zweites Kapitel: Ausblick nach Brüssel	339
Drittes Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	341
§ 1 Interessensausstärkung im laufenden Geschäftsbetrieb	341
§ 2 Definition der Unternehmenskrise	341
§ 3 Überwachungspflichten in der Unternehmenskrise	342
§ 4 Informationspflichten in der Unternehmenskrise	343
§ 5 Sanierungspflicht	345
§ 6 Durchführung der Sanierung	346
§ 7 Risikobehaftete Geschäfte	348
§ 8 Das Drei-Phasen-Modell	351
§ 9 Ausblick nach Brüssel	354
Literaturverzeichnis	355

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	27
Erster Teil: Einführung in die Thematik und Definition der Unternehmenskrise	33
Erstes Kapitel: Einleitung	33
§ 1 Untersuchungsgegenstand, Zielsetzung der Arbeit und Themenbegrenzung	33
§ 2 Gang der Untersuchung / Methodik	38
§ 3 Terminologischer Überblick	39
I. Geschäftsleiter	39
II. Gesellschafter	40
III. Gläubiger	41
Zweites Kapitel: Geschäftsleiterpflichten und Interessenberücksichtigung im laufenden Geschäftsbetrieb	44
§ 1 Ausgangslage: Prinzipal-Agenten-Konflikt	44
§ 2 Grundlegende Geschäftsleiterpflichten	46
I. Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung	46
1. Dogmatische Verankerung und Grundsätze	46
2. Business Judgment Rule – Bedeutung und Reichweite	47
II. Unternehmerisches Leitungsermessen vs. Weisungsgebundenheit	51
§ 3 Shareholder- vs. Stakeholder Value-Ansatz	54
I. Historische Wurzeln der Geschäftsleiterpflichten in England und Deutschland	54
II. Shareholder Value – Begrifflichkeit	56

III. England: Von der Shareholder Primacy zum Enlightened Shareholder Value	58
1. Shareholder Primacy als Ausgangspunkt	59
2. Sec. 172 (1) CA 2006	60
3. Einbeziehung von Gläubigerinteressen?	62
4. Rolle der Interessensausrichtung für die Haftung nach englischem Recht – Angst vor dem Hindsight Bias	62
IV. Deutschland: Orientierung am Unternehmensinteresse	64
1. Dogmatische Verankerung	65
2. Begrifflichkeit: Unternehmens- bzw. Gesellschaftsinteresse	66
3. Aktienrecht	67
a) Ablehnung des Shareholder Value-Ansatzes in Deutschland	67
b) Definition des Unternehmensinteresses	69
aa) Interessenpluralistischer Ansatz	69
bb) Gewichtungsvorrang der Gesellschafterinteressen?	72
4. GmbH-Recht	73
5. Plädoyer für einen Vorrang der Gesellschafterinteressen im Konfliktfall	75
a) Interessensaustarierung als Idealfall	75
b) Vorrang der Gesellschafterinteressen bei Interessenkonflikten	78
c) Disponibilität	81
V. Zwischenfazit	82
Drittes Kapitel: Definition der Unternehmenskrise	84
§ 1 Betriebswirtschaftliche Definitionen	84
§ 2 Juristische Definitionen	86
I. Gesellschaftsrechtliche Krise	87
1. Gesetzliche Definitionen	87
2. Ähnliche Begriffe und deren Auslegung	88
3. Definitionsvorschläge des Schrifttums	89
4. Exkurs: Definition in Österreich	91
II. Insolvenzrechtliche Krise	92

§ 3 Definition der Unternehmenskrise in dieser Arbeit	94
I. Weite Definition der Unternehmenskrise	95
1. Früher Ansatzpunkt	95
2. Kombination aus unbestimmten Rechtsbegriffen und Indikatoren	97
a) Bestandsgefährdung als Anknüpfungspunkt	98
b) Auswahl der Indikatoren	100
aa) Eigenkapitalquote	100
bb) Fiktive Schuldentilgungsdauer	103
c) Branchenbezug	103
d) Rolle der Indikatoren für die Ermittlung der Unternehmenskrise	105
3. Zwischenfazit	106
II. Drei Phasen der Unternehmenskrise	107
1. Drohende Unternehmenskrise	108
2. Präsenzte Unternehmenskrise	109
3. Akute Unternehmenskrise	109
4. Erörterung der Kennzahlen	111
5. Auslegungsbedürftigkeit	111
III. Verhältnis zum IDW S 6	112
Zweiter Teil: Fallgruppenspezifische Handlungsmaximen in der Unternehmenskrise	113
Erstes Kapitel: Überwachungspflichten	115
§ 1 Pflicht zur kontinuierlichen Selbstkontrolle	115
I. Herleitung der Pflicht	116
II. Zeitliche Reichweite	117
III. Organisatorische Anforderungen: Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems	118
1. AG: Pflicht zur Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems	118
2. GmbH: Aktueller Meinungsstand	119
3. Stellungnahme: Pflicht unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit	120

IV. Inhaltliche Reichweite vor und während der drohenden Unternehmenskrise	122
1. Observation des Unternehmensumfeldes	122
2. Finanzkennzahlenanalyse und Unternehmensplanung	123
§ 2 Intensivierung der Überwachungspflichten mit fortschreitender Krise	124
I. Überwachungspflichten in der präsenten Unternehmenskrise	124
II. Überwachungspflichten in der akuten Unternehmenskrise	126
§ 3 Gesellschafter- oder Gläubigerinteressen?	127
Zweites Kapitel: Informationspflichten	129
§ 1 Informationspflichten gegenüber den Gesellschaftern	129
I. Einberufungspflicht bei qualifizierter Unterbilanz	130
II. Allgemeine Einberufungspflicht	130
1. GmbH: Pflicht zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung	130
a) Meinungsstand	131
b) Plädoyer für eine Einberufungspflicht	133
2. AG: Pflicht zur Einberufung einer Hauptversammlung nur bei Beschlussnotwendigkeit	135
III. Anzeigepflicht gegenüber den Gesellschaftern	139
1. Verbandsrechtliche Informationspflicht gegenüber den Aktionären?	139
2. Anzeigepflicht der Geschäftsführer	141
a) Meinungsstand	141
b) Plädoyer für eine frühzeitige Informationspflicht	142
IV. Information des Aufsichtsrats	143
1. Meinungsstand	143
2. Plädoyer für eine Pflicht zur Information des Aufsichtsrats über den Eintritt einer drohenden Unternehmenskrise	145
§ 2 Informationspflichten gegenüber den Gläubigern	146
I. Vertragliche Nebenpflicht?	147
II. Informationsrecht und Ermessensreduktion auf Null	149
III. Sonderfall: Begründung neuer Verbindlichkeiten mit Altgläubigern	150

§ 3 Gesellschafter- oder Gläubigerinteressen?	151
I. Information der Gesellschafter	151
1. Einberufungspflicht bei qualifizierter Unterbilanz	151
2. Einberufungspflicht in der präsenten Unternehmenskrise	153
3. Information der Gesellschafter bzw. des Aufsichtsrats	155
II. Information der Gläubiger	155
III. Zwischenfazit	156
Drittes Kapitel: Sanierungspflicht der Geschäftsleiter	158
§ 1 Begriffsbestimmung	158
§ 2 Sanierungspflicht vs. Entscheidungsbefugnis	159
I. Die Sanierungspflicht der Geschäftsleiter	159
1. Dogmatische Herleitung und Inhalt der Sanierungspflicht	159
2. Zeitliche Reichweite der Sanierungspflicht	160
a) Frühzeitiger Beginn der Sanierungspflicht	160
b) Ende der Sanierungspflicht	161
3. Inhaltliche Reichweite der Sanierungspflicht	162
a) Drohende Unternehmenskrise: Pflicht zur Ergreifung von Krisenabwehrmaßnahmen	162
b) Präsenzte Unternehmenskrise: Pflicht zur Sanierungsprüfung	162
aa) Prüfung der Sanierungsfähigkeit und -würdigkeit	163
bb) Erstellung eines Sanierungskonzeptes	164
II. Zuständigkeit für die Entscheidung über das „Ob“ der Sanierung	165
1. GmbH: Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung	165
2. AG	167
a) Unbedingte Sanierungspflicht des Vorstands vs. faktische Macht der Hauptversammlung	167
b) Rolle des Aufsichtsrats	168
§ 3 Pflichten bei Aussichtslosigkeit der Sanierung	169
§ 4 Gesellschafter- oder Gläubigerinteressen?	170

Viertes Kapitel: Durchführung der Sanierung	171
§ 1 Zuständigkeit für die Auswahl der Sanierungsmaßnahmen	171
§ 2 Entscheidungskriterien bei der Wahl der Sanierungsmaßnahmen	172
I. Interne oder externe Sanierung	173
1. Mögliche Sanierungsmaßnahmen – Überblick und Einzelfragen	173
2. Rangverhältnis zwischen interner und externer Sanierung?	177
II. Übertragende Sanierung und Sanierungsfusion vs. Sanierungspflicht der Geschäftsleiter	178
III. Das Insolvenzplanverfahren als Sanierungsmethode	179
1. Aufstellung eines Insolvenzplans – Recht oder Pflicht?	180
2. Sonderfall: Insolvenzantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit	182
a) Entscheidungskompetenz der Geschäftsleiter	182
aa) Die Entscheidung des OLG München für die GmbH & Co. KG	182
bb) Meinungsstand bei der GmbH	183
cc) Meinungsstand bei der AG	184
dd) Stellungnahme	185
(1) Bestandsanalyse de lege lata	185
(a) Argumente gegen einen Zustimmungsvorbehalt	185
(b) GmbH vs. AG	186
(2) Plädoyer für eine gesetzliche Klarstellung bzw. Korrektur	189
b) Recht zur Insolvenzantragstellung vs. Sanierungspflicht?	189
c) Zwischenfazit	190
§ 3 Gesellschafter- oder Gläubigerinteressen?	190
Fünftes Kapitel: Risikobehaftete Geschäfte in der Unternehmenskrise	194
§ 1 Das Problem des Gambling for Resurrection	194
§ 2 Begriffsbestimmung, Abgrenzung und Quantifizierung	196
I. Entscheidungen unter Risiko vs. Entscheidungen unter Ungewissheit	197

II. Risikobetrachtung aus verschiedenen Blickwinkeln:	
einzelprojekt- und bestandsbezogene Risiken	198
III. Quantifizierung von Risiken	199
1. Einzelprojektbezogene Risiken	199
2. Bestandsbezogene Risiken	200
3. Rechtliche Anforderungen an die Quantifizierung von Risiken	201
§ 3 Handlungsmaßstäbe nach geltendem Recht	202
I. Entscheidungsbefugnisse der Geschäftsleiter	202
1. AG: Leitungsaufgabe des Vorstands	202
a) Keine allgemeine ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz	202
b) Rolle des Aufsichtsrats	203
2. GmbH: Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Gesellschafter	205
a) Meinungsstand	205
b) Stellungnahme	206
II. Handlungsspielraum der Geschäftsleiter	207
1. Fortgeltung der Business Judgment Rule in der Unternehmenskrise	207
2. Grenzen des Handlungsspielraums	209
a) Risikobegrenzung durch den Unternehmensgegenstand	209
b) Eingehung von Klumpenrisiken	211
c) Bestandsgefährdende Risiken	213
aa) Rechtsprechung im Überblick	213
bb) Meinungsstand im Schrifttum	215
(1) Laufender Geschäftsbetrieb	215
(2) Unternehmenskrise	219
cc) Sonderfall: Existenzgefährdende Weisungen	220
d) Einzelprojektbezogene Risiken	222
aa) Projektbegrenzung	222
bb) Rechtsprechung im Überblick	223
cc) Meinungsstand im Schrifttum	227
(1) Laufender Geschäftsbetrieb	227
(2) Unternehmenskrise	230
e) Zwischenfazit	231

f) Stellungnahme und Darstellung möglicher Handlungsmaximen in der Unternehmenskrise	231
aa) Bestandsgefährdende Risiken	232
(1) Bestandsschutz als oberste Handlungsmaxime?	232
(2) Kein Verbot abstrakt bestandsgefährdender Risiken	232
(3) Weiter Handlungsspielraum während des laufenden Geschäftsbetriebs	234
(4) Abgestufte Handlungsmaximen in der Unternehmenskrise	235
(a) Intensivierung der Informationsbeschaffungs- und -würdigungspflicht	236
(b) Verringerung des Wahrscheinlichkeitsgrads der Risikoverwirklichung	237
bb) Einzelprojektbezogene Risiken	238
(1) Keine starren Grenzen im laufenden Geschäftsbetrieb	238
(2) Abgestufte Handlungsmaximen in der Unternehmenskrise	240
(a) Positiver Nettobarwert	240
(b) Payback-Dauer	241
cc) Zwischenfazit	242
§ 4 Gesellschafter- oder Gläubigerinteressen?	243
Dritter Teil: Gläubiger- vs. Gesellschafterinteressen in der Unternehmenskrise	245
Erstes Kapitel: Praktische Relevanz – Fälle konfligierender Interessen	246
§ 1 Gesellschafterinteressen in der Unternehmenskrise	246
§ 2 Gläubigerinteressen in der Unternehmenskrise	247

§ 3 Gleichlauf oder Konflikt der Interessen? Fallbeispiele	250
I. Fallbeispiel 1: Sanierung in der Krise – Wieviel Risiko ist erlaubt?	250
II. Fallbeispiel 2: Umstellung auf erneuerbare Energien	251
III. Fallbeispiel 3: Ein fairer Preis?	252
IV. Fallbeispiel 4: Insolvenzantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit	253
V. Fallbeispiel 5: Teure Kettensäge	254
§ 4 Zwischenfazit	254
Zweites Kapitel: Meinungsstand – England vs. Deutschland	256
§ 1 England: Shift of Fiduciary Duties	256
I. Ursprung der Interessenverlagerung –Walker v Wimborne	256
II. Von West Mercia zu Sec. 172 (3) Companies Act 2006	257
1. Dogmatische Einordnung	257
a) Reine Haftungserleichterung?	257
b) Interpretation des Sec. 172 (3) Companies Act 2006	258
2. Offene Fragen	260
a) Zeitpunkt der Interessenverlagerung	260
b) Stellenwert der Gläubigerinteressen	263
c) Partikularinteressen oder Interessen der Gläubigergesamtheit?	264
III. Zwischenfazit	265
§ 2 Deutschland: Alles beim Alten – oder etwa doch nicht?	265
I. Tendenzen in der Rechtsprechung	265
II. Meinungsstand im Schrifttum	267
III. Das ESUG: Neudefinition des Verhältnisses zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht?	268
§ 3 Zwischenfazit	271

Drittes Kapitel: Übertragbarkeit des englischen Konzeptes?	273
Vierter Teil: Entwicklung eines eigenen Modells zur Interessensaustarierung: Das Drei-Phasen-Modell	275
Erstes Kapitel: Bedarf für ein eigenes Modell	276
§ 1 Faktische Regelungslücke – Fallgruppenanalyse	276
I. Bestandserhalt – Wandel der Interessenlage	277
II. Fallgruppen im Einzelnen	277
III. Zwischenfazit	279
§ 2 Bedürfnis für weitergehenden Gläubigerschutz – Problem der masselosen bzw. -armen Insolvenzen	280
I. Problemaufriss	280
II. Unzulänglichkeit bestehender Gläubigerschutzvorschriften	281
1. Gläubigerschutz als Korrelat zur Haftungsbeschränkung	281
2. Gläubigerschutzvorschriften im Überblick	283
a) Kapitalaufbringung und -erhaltung	283
b) Dem Erhalt der übrigen Insolvenzmasse dienende Vorschriften	284
aa) Insolvenzantragspflicht und Zahlungsverbote bei Insolvenzreife	284
bb) Insolvenzverursachungshaftung	285
cc) Insolvenzanfechtung	286
dd) Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen	286
ee) Haftung für existenzvernichtende Eingriffe	287
3. Schutzlücken bzw. mangelnde Beachtung und Probleme bei der Rechtsdurchsetzung	289
III. Keine ausreichende Abhilfe durch das ESUG	291
§ 3 Bestehende Rechtsunsicherheit	292
§ 4 Zwischenfazit	292
Zweites Kapitel: Das Drei-Phasen-Modell	294
§ 1 Drohende Unternehmenskrise – Vorrang der Gesellschafterinteressen	294

§ 2 Akute Unternehmenskrise – Vorrang der Gläubigerinteressen	295
I. Ansätze des Gesetzgebers	296
1. Haftung für Zahlungen in der Krise	296
2. Antragsrecht der Gläubiger bei drohender Zahlungsunfähigkeit	297
II. Gründe für einen Vorrang der Gläubigerinteressen in der akuten Unternehmenskrise	297
1. Hohe Gefahr der Masseschmälerung	297
a) Kein ausreichender Schutz durch Vertragsrecht	298
b) Faktische Schutzlücke durch „Covenant Lite“ Darlehen	298
c) Das „Schattendasein“ des § 18 Abs. 1 InsO	299
2. Gläubiger als Träger des Residualinteresses	299
3. Die Rückkehr zum modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff	300
III. Zwischenfazit	301
§ 3 Präsenzte Unternehmenskrise – Differenzierte Betrachtung	301
I. Grundsatz: Weiterhin Vorrang der Gesellschafterinteressen	301
II. Ausnahme: Bestandsgefährdende Rechtsgeschäfte und Rechtsgeschäfte unter Ungewissheit	302
III. Zwischenfazit	305
§ 4 Drei-Phasen-Modell vs. Gesellschafterwille im GmbH-Recht	305
§ 5 Praktische Konsequenzen des Drei-Phasen-Modells	307
I. Mögliche Auswirkungen auf die Fallgruppen	307
1. Überwachungspflichten – Bestätigung der Intensivierung	308
2. Informationspflichten – Alles wie gehabt?	309
3. Sanierungspflicht – Bestands- wird zur Masseerhaltungspflicht	309
4. Durchführung der Sanierung	310
a) Berücksichtigung der Interessen bei der Auswahl der Sanierungsmaßnahmen	310
b) Sonderfall: Insolvenzplanverfahren als Sanierungsmethode	310
c) Anwendung auf Fallbeispiel 4: Insolvenzantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit	311

5. Risikobehaftete Geschäfte	312
a) Geschäfte in der drohenden und präsenten Unternehmenskrise	312
b) Akute Unternehmenskrise: Kein Verbot jeglichen Risikos	313
c) Anwendung auf die Fallbeispiele	314
aa) Fallbeispiel 1: Sanierung in der Krise – Wieviel Risiko ist erlaubt?	314
bb) Fallbeispiel 2: Umstellung auf erneuerbare Energien	314
cc) Fallbeispiel 3: Ein fairer Preis?	315
II. Zahlungen in der Unternehmenskrise	315
1. Ausweitung der bestehenden Zahlungsverbote	315
2. Anwendung auf Fallbeispiel 5: Teure Kettensäge	316
III. Haftungsrechtliche Konsequenzen	316
1. Status quo: Geschäftsleiterhaftung in der Unternehmenskrise	317
a) Haftungsgrundlagen und Grundsatz der Innenhaftung	317
b) Rolle der Interessensaustarierung	318
2. Haftung bei Missachtung des Drei-Phasen-Modells	319
a) Haftung gegenüber der Gesellschaft	319
aa) Beachtung des Modells als Bestandteil der allgemeinen Sorgfaltspflicht	319
bb) Business Judgment Rule und Beurteilungsspielraum	319
cc) Sonderfall: Ersatz masseschmälernder Zahlungen in der akuten Unternehmenskrise	321
b) Haftung gegenüber den Gesellschaftern	322
c) Haftung gegenüber den Gläubigern	322
aa) Grundsatz: Keine Durchbrechung der Haftungsbegrenzung	322
bb) Ausnahmsweise Außenhaftung als Instrument der Verhaltenssteuerung	323
3. Disponibilität der Haftung	325
4. Zwischenfazit zur Haftung	325
§ 6 Grafische Darstellung: Das Drei-Phasen-Modell	326

Drittes Kapitel: Möglichkeit einer entsprechenden Auslegung des geltenden Rechts	327
Viertes Kapitel: Kodifikation des Drei-Phasen-Modells	329
§ 1 Regelungsauftrag an den Gesetzgeber und Umfang der Regelung	329
§ 2 Verortung: Kollisionsrechtliche Qualifikation als Gesellschaftsrecht	330
§ 3 Vorschlag zur Ergänzung des Aktiengesetzes	332
I. §§ 76a-76c AktG n.F.	333
II. § 92 Abs. 2 AktG n.F.	335
Fünfter Teil: Fazit, Ausblick und Zusammenfassung	336
Erstes Kapitel: Fazit der Arbeit	336
Zweites Kapitel: Ausblick nach Brüssel	339
Drittes Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	341
§ 1 Interessensausstärkung im laufenden Geschäftsbetrieb	341
§ 2 Definition der Unternehmenskrise	341
§ 3 Überwachungspflichten in der Unternehmenskrise	342
§ 4 Informationspflichten in der Unternehmenskrise	343
§ 5 Sanierungspflicht	345
§ 6 Durchführung der Sanierung	346
§ 7 Risikobehaftete Geschäfte	348
§ 8 Das Drei-Phasen-Modell	351
§ 9 Ausblick nach Brüssel	354
Literaturverzeichnis	355

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
ACLC	Australian Company Law Cases
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft / Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift) / Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz (Deutschland)
Art.	Artikel / Article
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BCC	British Company Cases
BCLC	British Company Law Cases / Butterworths Company Law Cases
Begr	Gesetzesbegründung
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
CA	Companies Act (England)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CF	Corporate Finance (Zeitschrift)
COMI	Centre Of Main Interest
Corp. & Bus. L. J.	Corporate & Business Law Journal (Zeitschrift)
CSOH	Outer House (Scottish Court of Session)
CVaR	Conditional Value at Risk
d.h.	das heißt

Abkürzungsverzeichnis

DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law (Zeitschrift)
DJT	Deutscher Juristentag
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EBLR	European Business Law Review (Zeitschrift)
EBOR	European Business Organization Review (Zeitschrift)
EKEG	Eigenkapitalersatz-Gesetz (Österreich)
EK-Quote	Eigenkapitalquote
EL	Ergänzungslieferung
Eng. Rep.	English Reports, Full Reprint
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (Deutschland)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EWHC (Ch)	Her Majesty's High Court of Justice in England (Chancery Division)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f. / ff.	folgende / fortfolgende
FMSStG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz (Deutschland)
Fn.	Fußnote
FuE	Forschung und Entwicklung
GBP	Britische Pfund
GLJ	German Law Journal (Zeitschrift)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (nach deutschem Recht)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Deutschland)
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
Großkomm	Großkommentar
HCA	High Court of Australia
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch (Deutschland)
HLC	House of Lords Cases
Hrsg.	Herausgeber
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer e.V.
IDW S 6	IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten
IFRS	International Financial Reporting Standards
i.E.	im Ergebnis
i.H.v.	in Höhe von
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Inc	Incorporated

InsO	Insolvenzordnung (Deutschland)
Int. Insolv. Rev.	International Insolvency Review (Zeitschrift)
J	Judge
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies (Zeitschrift)
J. Bus. & Tech. L.	Journal of Business and Technology Law (Zeitschrift)
JCLS	Journal of Corporate Law Studies (Zeitschrift)
J. Corp. L.	Journal of Corporate Law (Zeitschrift)
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics (Zeitschrift)
J. Fin.	Journal of Finance (Zeitschrift)
J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics (Zeitschrift)
jew.	jeweils
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KG	Kommanditgesellschaft (Deutschland)
KOM	Dokumente der Europäischen Kommission
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (Deutschland)
KreditReorgG	Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz (Deutschland)
krit.	kritisch
KWG	Kreditwesengesetz (Deutschland)
Law Com	Law Commission
L. Q. R.	Law Quarterly Review (Zeitschrift)
LG	Landgericht
Ltd	private company limited by shares (limited)
Macquarie J. Bus. L.	Macquarie Journal of Business Law (Zeitschrift)
MiKaTraG	Gesetz zur Bekämpfung von Missbräuchen, zur Neuregelung der Kapitalaufbringung und zur Förderung der Transparenz im GmbH-Recht (Deutschland)
Mio.	Millionen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (Deutschland)
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport Zivilrecht (Zeitschrift)
no.	number
Nr.	Nummer(n)
n.rkr.	nicht rechtskräftig
N. Y. U. J. L. & Bus.	New York University Journal of Law & Business
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
para. / paras	paragraph / paragraphs

Abkürzungsverzeichnis

Plc	public company limited by shares
RegE	Regierungsentwurf
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
S.	Seite(n)
s.	siehe
SAG	Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (Deutschland)
Sec.	Section
s.o.	siehe oben
SolvV	Solvenzverordnung (Deutschland)
s.u.	siehe unten
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannte(r/n)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
str.	streitig
TransPuG	Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz) (Deutschland)
u.a.	unter anderem
UG	Unternehmergesellschaft
UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (Deutschland)
URG	Unternehmens-Reorganisationsgesetz (Österreich)
v.a.	vor allem
VaR	Value at Risk
vgl.	vergleiche
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (Deutschland)
vs.	versus
WACC	Weighted Average Cost of Capital
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zust.	zustimmend