

	Nadja Hog

**DIE RECHTSSTELLUNG DER ANTEILSINHABER IN
DER GESELLSCHAFTSINSOLVENZ NACH DEM ESUG**

INAUGURALDISSERTATION ZUR ERLANGUNG DES AKADEMISCHEN GRADES

EINES DOKTORS DER RECHTE DER UNIVERSITÄT MANNHEIM

ABTEILUNGSPRECHER

PROF. DR. RALF MÜLLER-TERPITZ

REFERENTEN

PROF. DR. CARSTEN SCHÄFER

PROF. DR. GEORG BITTER

23.05.2018

EINFÜHRUNG	1
A. ZIELSETZUNG DER BEARBEITUNG UND THEMENBEGRENZUNG	1
B. GANG DER UNTERSUCHUNG	3
KAPITEL 1: BEDEUTUNG DER ANTEILSINHABERRECHTE FÜR DIE VERFAHRENERÖFFNUNG UND DAS ERÖFFNETE VERFAHREN	7
A. EINFÜHRUNG	7
B. WAHLRECHT UND INTERESSENLAGE	8
I. WAHLRECHT	8
II. MITWIRKUNG DER ANTEILSINHABER UND KOLLIDIERENDE INTERESSEN	10
III. FAZIT	16
C. DER ERÖFFNUNGSANTRAG ALS GRUNDLAGENGESCHÄFT	16
I. EINFÜHRUNG UND MEINUNGSSTAND	16
II. STELLUNGNAHME	19
D. ERGEBNIS DER VORSTEHENDEN UNTERSUCHUNG	21
KAPITEL 2: SCHULDNERSchUTZ IM ERÖFFNETEN VERFAHREN	22
A. EINFÜHRUNG UND HAUPTZWECK DES VERFAHRENS	22
I. EINFÜHRUNG	22
II. KEIN REIN EXEKUTORISCHER CHARAKTER UND RESTSCHULDBEFREIUNG	23
III. OPTIMALE GLÄUBIGERBEFRIEDIGUNG ALS HAUPTZWECK DES VERFAHRENS	24
B. WEITERE ZWECKE DES VERFAHRENS	25
I. DIE SANIERUNG ALS TEILZIEL DER INSOLVENZ	25
II. SCHUTZPOSITION DES SCHULDNERS IM INSOLVENZVERFAHREN?	27
III. STELLUNGNAHME	28
1. Sanierung als Teilziel des Verfahrens	28
2. Schuldnerschutz als Teilziel	32
C. PFLICHTENBINDUNG DER VERFAHRENSBETEILIGTEN UND GRENZE DES FREIEN WAHLRECHTS	34
I. EINFÜHRUNG	34
II. STELLUNGNAHME	35
1. Grenze der Gläubigerautonomie	35
2. Kontroll- und Rücksichtnahmepflichten des Insolvenzverwalters	36
3. Gerichtliche Kontrolle	39
D. FAZIT	41
KAPITEL 3: AUFOPFERUNGS- UND TREUEPFLICHTEN	42
A. EINFÜHRUNG	42
B. BLOCKADEPOSITIONEN VOR DEM ESUG	44

C. TREUEPFLICHTEN BEI AUßERGERICHTLICHEN SANIERUNGEN	47
I. ENTWICKLUNG DER TREUEPFLICHTEN, RECHTSFUNKTION UND DOGMATIK	47
II. INHALT UND UMFANG DER TREUEPFLICHTEN	50
III. RECHTSFOLGE DER TREUEPFLICHTEN	52
IV. RECHTSPRECHUNG ZUR TREUEPFLICHTBINDUNG BEI STIMMABGABE	53
1. Allgemeines	53
2. Treuepflichten zur Auflösung von Blockadepositionen	54
3. Treuepflichtbindung der Minderheit gegenüber der Mehrheit	57
D. ÜBERTRAGUNG DER TREUEPFLICHTBINDUNG AUF DAS INSOLVENZVERFAHREN	60
I. MEINUNGSSTAND IN DER LITERATUR	60
II. STELLUNGNAHME	64
1. Keine Zustimmungspflicht zu Sanierungsmaßnahmen aufgrund der Treuepflicht	64
2. Zwischenfazit	69
3. Treuepflichtbindung der Mehrheit gegenüber der Minderheit	69
III. FAZIT	72
E. AUFOPFERUNGSPFLICHTEN	72
I. EINFÜHRUNG	72
II. AUFOPFERUNGSPFLICHTEN IN DER INSOLVENZ	74
1. Der Aufopferungspflichtansatz	74
2. Weitere Stimmen	76
III. STELLUNGNAHME	77
1. Die Konsumierung des Aufopferungsgedankens durch die Neuregelungen des ESUG	77
2. Keine über die gesetzlichen Vorschriften hinausgehende Aufopferungspflicht	78
IV. FAZIT	80

**KAPITEL 4: DAS SCHICKSAL VON VOR INSOLVENZERÖFFNUNG GETROFFENEN
SANIERUNGSBESCHLÜSSEN** **81**

A. EINFÜHRUNG	81
B. BESTAND VON VOR VERFAHRENERÖFFNUNG GEFASSTEN SANIERUNGSBESCHLÜSSEN	82
I. RECHTSPRECHUNG	82
II. MEINUNGSSTAND LITERATUR	84
1. Bindung an den Kapitalerhöhungsbeschluss	84
2. Zeichnungs- und Übernahmeverträge	86
III. STELLUNGNAHME	88
1. Der Kapitalerhöhungsbeschluss	88
2. Zwischenfazit	90
3. Die Zeichnungs- bzw. Übernahmeverträge	90
4. Zwischenfazit	93
5. Eintragung der Kapitalmaßnahme	93
6. Zwischenfazit	95
7. Folgeproblem: Die Anmeldung der Kapitalerhöhung beim Registergericht und das Recht zur Forderung der Einlage	95
C. WESENTLICHES ERGEBNIS DER VORSTEHENDEN UNTERSUCHUNG	98

A. EINFÜHRUNG	100
B. DAS INSOLVENZPLANVERFAHREN NACH DEM ESUG	104
I. VERFAHRENSGANG UND WIRKUNGEN DES PLANS	104
II. DIE EINBEZIEHUNG VON ANTEILS- UND MITGLIEDSCHAFTSRECHTEN IN DEN PLAN	105
1. Die Stimmrechte der Anteilsinhaber nach insolvenzrechtlichen Vorschriften	105
2. Die Erstreckung des Obstruktionsverbotes	106
3. Gesellschaftsrechtlich zulässige Maßnahmen	110
III. KOMPETENZVERTEILUNG IM PLANVERFAHREN	115
1. Einführung und Meinungsstand	115
2. Stellungnahme	116
IV. RECHTSSCHUTZ GEGEN DEN PLAN UND DIE ERÖFFNUNG DES INSOLVENZVERFAHRENS	117
1. Grundsätzliches	117
2. Rechtsschutz gegen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens	118
3. Grenzen des Rechtsschutzes gegen den Insolvenzplan	119
4. Stellungnahme	122
V. VEREINBARKEIT DER NEUREGELUNGEN MIT DER VERFASSUNG	125
1. Einführung	125
2. Eingriff in Art. 14 GG	125
3. Eingriff in Art. 9 GG	133
C. VORAUSSETZUNGEN UND GRENZEN INSOLVENZPLANRECHTLICHER KAPITALMAßNAHMEN	135
I. EINFÜHRUNG	135
II. SCHUTZ DER ANTEILSINHABER DURCH EINRÄUMUNG EINES BEZUGSRECHTS	138
III. DER KAPITALSCHNITT IM INSOLVENZPLANVERFAHREN NACH DEM ESUG	141
1. Einführung	141
2. Bewertung des Unternehmens und der Anteile	141
3. Bezugsrecht der Gesellschafter	148
4. Ausschluss sanierungsunwilliger Anteilsinhaber	158
5. Zwischenergebnis	161
IV. DER INSOLVENZRECHTLICHE DEBT-EQUITY-SWAP GEMÄß § 225A ABS. 2 INSO	162
1. Einführung	162
2. Bezugsrecht der Anteilsinhaber	164
3. Bewertung der eingebrachten Forderung	167
4. Die Zulassung von Gesellschafterdarlehen zum Debt-Equity-Swap	172
D. AUSSCHLUSS UND AUSSCHIEDEN DER ANTEILSINHABER AUS DER GESELLSCHAFT	174
I. AUSSCHLUSS DER ANTEILSINHABER	174
1. Einführung und Meinungsstand	174
2. Stellungnahme	176
II. AUSTRITTSRECHT DER ANTEILSINHABER	180
1. Einführung und Meinungsstand	180
2. Stellungnahme	182
III. FOLGEN DES AUSSCHIEDENS	182
E. WESENTLICHES ERGEBNIS DER VORSTEHENDEN UNTERSUCHUNG	184

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abb.	Abbildung
Abs	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Funktion
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Alt	Alternative
Anm.	Anmerkungen
AnwBl	Anwaltsblatt
AP	Aufopferungspflichten
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Beschl.	Beschluss
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CFL	Corporate Finance Law
DB	Der Betrieb
ders	derselbe
DES	Debt Equity Swap
desw.	des Weiteren
dh	das heißt
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
Drucks.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
f.	folgende
ff.	folgende
FAK	Fachanwaltskommentar
FK	Frankfurter Kommentar
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesR	Gesellschaftsrecht
GF	Geschäftsführer
GmbH	Gesellschaft mit begrenzter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GS	Gesellschaft
GSter	Gesellschafter
HambKomm	Hamburger Kommentar
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz

idR.....	in der Regel
InsO.....	Insolvenzordnung
InsR.....	Insolvenzrecht
juris/PK.....	juris Praxiskommentar BGB
JuS.....	Juristische Schulung
JZ.....	JuristenZeitung
KE.....	Kapitalerhöhung
KG.....	Kommanditgesellschaft
KH.....	Kapitalherabsetzung
Komm.....	Kommentar
Lit.....	Literatur
MittRhNotK.....	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
mwN.....	mit weiteren Nachweisen
n.F.....	neue Funktion
NJW.....	Neue Juristische Wochenzeitung
Nr.....	Nummer
NZG.....	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI.....	Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung
OHG.....	offene Handelsgesellschaft
OLG.....	Oberlandesgericht
RegE.....	Regierungsentwurf
RG.....	Reichsgericht
RGZ.....	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.....	Randnummer
Rspr.....	Rechtsprechung
RÜ.....	Rechtsprechungsübersicht
s.a.....	siehe auch
st.Rspr.....	ständige Rechtsprechung
str.....	streitig
TP.....	Treuepflichten
u.a.....	unter anderem
Univ.....	Universität
Urt.....	Urteil
Var.....	Variante
Vgl.....	Vergleiche
VglO.....	Vergleichsordnung
Vorb.....	Vorbemerkungen
WM.....	Wertpapier Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZIP.....	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZGR.....	Zeitschrift für Unternehmens – und Gesellschaftsrecht
ZHR.....	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO.....	Zivilprozessordnung
zust.....	zustimmend
zutr.....	zutreffend

Einführung

A. Zielsetzung der Bearbeitung und Themenbegrenzung

Die folgende Untersuchung beschäftigt sich mit der Rechtsstellung der Anteilshaber¹ in der Insolvenz der Gesellschaft. Das Rechtsbild der Anteilshaber hat sich in den vergangenen Jahren gewandelt.² Ursprünglich waren die Anteilshaber in der deutschen Insolvenzrechts-tradition aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der Körperschaft und ihrer Eigenschaft als Mitunternehmer in einer Eigner-³ und mediatisierten Schuldnerrolle gesehen worden.⁴ Als solche wurden sie den Gläubigern nicht zur Seite sondern gegenübergestellt.⁵ Sanierungen wurden häufig dadurch erschwert, dass die Verfahrensbeteiligten nicht zusammenarbeiteten. Die gesellschaftsrechtliche Stellung der Anteilshaber im Insolvenzverfahren stellte nach Ansicht des Gesetzgebers und vieler Praktiker ein wesentliches Sanierungshindernis dar. Die Anteilshaber sind für das Insolvenzverfahren von zentraler Bedeutung. In der finanziellen Krise, bei der Antragstellung und im Verfahren selbst kommt den Anteilshabern schon aufgrund ihrer Sachnähe zur Gesellschaft eine tragende Rolle zu. Aufgrund der erheblichen Einflussnahmemöglichkeiten der Anteilshaber rückte deren Rechtsstellung in den Fokus des Gesetzgebers. Umfassende Neuregelungen waren die Folge.

Am 1.3.2012 trat das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (im Folgenden: ESUG) in Kraft. Dieses gibt Anlass sich mit der Rechtsstellung der Anteilshaber sowohl im Grundsatz als auch in wichtigen Detailfragen neu zu befassen. Die Rechte der Anteilshaber haben durch das ESUG wesentliche Änderungen erfahren. Das ESUG warf zugleich zahlreiche Fragen auf, welche auch einige Zeit nach der Reform noch unbeantwortet geblieben sind. Viele Einzelfragen erscheinen im neuen Licht. Nachdem nach alter Rechtslage die Eröffnung des Insolvenzverfahrens keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der Anteilshaber hatte⁶, regelt der neu eingefügte § 217 S. 2 InsO nun den Einbezug von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten in den Insolvenzplan. Bestensfalls sollen Gläubiger und sanierungswillige Gesellschafter näher zusammenrücken.⁷ Als Kehrseite werden Eingriffe in die Rechte der Anteilshaber hingenommen. So wurden die Mittel verschärft, um Sanierungen im Insolvenzverfahren frei von Obstruktionen zu halten.⁸

Die Anteilshaber hatten im Verfahren schon immer eine zwiespältige Rolle. Einerseits sind die Anteilshaber nach allgemeiner Ansicht Eigentümer der Gesellschaft; andererseits sind

¹ Anteilshaber bzw. Gesellschafter ist jeder, der einen oder mehrere Anteile an einer Gesellschaft hält. Der ESUG-Gesetzgeber gebraucht den Begriff „Anteilshaber“ rechtsformneutral sowohl für die Kapitalgesellschaft als auch für die Personengesellschaft (siehe § 225a InsO).

² Hölzle, ZIP 2012, 2427 (2428); K. Schmidt, BB 2011, 1603 (1607).

³ Anders schon vor dem ESUG allerdings: Bitter, ZGR 2010, 147 (191 ff.).

⁴ K. Schmidt, BB 2011, 1603 (1607).

⁵ K. Schmidt, BB 2011, 1603 (1607).

⁶ Siehe etwa: Rattunde, ZIP 2003, 596 (596).

⁷ Vgl. K. Schmidt, ZGR 2012, 566 (570); Meyer/Degener, BB 2011, 846 (847).

⁸ Vgl. § 245 InsO.

die Gesellschaftsanteile wirtschaftlich regelmäßig komplett entwertet. Rechtsmacht und Vermögenszuordnung entsprechen sich im eröffneten Insolvenzverfahren nicht mehr. Aufgrund der wirtschaftlichen Entwertung gehen die Gesellschafter bei einer Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Regelfall leer aus. Nach Maßgabe des § 199 InsO sind sie letzt-rangig zu befriedigen.

Vor der Reform durch das ESUG bestanden zu Gunsten der Anteilsinhaber trotz der wirtschaftlichen Entwertung der Anteile erhebliche „Blockadeposition“⁹. So konnten nach alter Rechtslage einzelne Anteilsinhaber insbesondere eine erhaltende Sanierung zu Lasten der Gläubiger und der sanierungsbereiten Mitgesellschafter verhindern. Eine Blockadeposition bestand bereits, wenn die Gesellschaft nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortgesetzt werden sollte. Hierzu war und ist¹⁰ ein gesellschaftsrechtlicher Fortsetzungsbeschluss erforderlich, da die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei sämtlichen Gesellschaftsformen zur Auflösung der Gesellschaft führt (§§ 728 BGB, 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB, 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG sowie 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG). Auch für jede Umstrukturierung der Gesellschaft war die Zustimmung der Anteilsinhaber nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen erforderlich. Eine Mitwirkung der Gesellschafter war gleichzeitig wenig lohnend, da von der erfolgreichen Sanierung zunächst die Gläubiger profitieren. Als Folge dieser Situation verweigerten die Anteilsinhaber ihre Mitwirkung bei Sanierungsmaßnahmen oftmals oder machten diese von ungebührlich hohen Forderungen abhängig. Die Anteilsinhaber nutzten ihre Rechtstellung, um ihre Interessen gegen die Interessen der sonstigen Sanierungsbeteiligten durchzusetzen und einen Anteil am Sanierungsgewinn zu erlangen, der ihrer Position in der Insolvenz nicht entsprach.¹¹ Das Ziel war es häufig, ohne eigenen Beitrag und damit ohne eigenes Risiko von den Sanierungsbemühungen anderer zu profitieren.¹² Sanierungen waren unter diesen Umständen zum Scheitern verurteilt. Die gesellschaftsrechtlichen Regelungen erwiesen sich als Hindernis bei der Durchführung insolvenzrechtlicher Sanierungen. Nach der ESUG-Reform ist das Insolvenzrecht auf dem Vormarsch¹³ und ermöglicht weitgehende Eingriffe in die Rechte der Gesellschafter.

Ob der Einbezug der Anteilsinhaber gelungen ist, steht nun auf dem Prüfstand. Es stellt sich die Frage, welche Einschnitte den Anteilsinhabern zugemutet werden können. Auch wenn sich die Bearbeitung nur mit der rechtlichen Seite der Neuregelungen beschäftigt und die rechtspolitische Perspektive weitgehend außer Betracht bleiben soll, bleibt anzumerken, dass der Sanierung einer unternehmenstragenden Gesellschaft häufig eine hohe praktische (und politische) Bedeutung zukommt.¹⁴ Prominente Beispiele sind die Verfahren über die Warenhauskette Karstadt, die Drogeriekette Schlecker sowie das Insolvenzverfahren des

⁹ Vgl. Bitter, ZGR 2010, 147 (150) sowie Eidenmüller/Engert, ZIP 2009, 541 (541); Verse, ZGR 2010, 299 (301); J. Schmidt, GWR 2010, 568 (568); Simon, CFL 2010, 448 (449); Andrianesis, WM 2017, 362 (362); Willemssen/Rechel, Kommentar zum ESUG, § 225 a Rn 12.

¹⁰ Nach neuer Rechtslage vorbehaltlich einer expliziten Regelung im Insolvenzplan.

¹¹ Bitter ZGR 2010, 147 (149 f.); Brinkmann, WM 2011, 97 (97).

¹² Schäfer in: FS Ganter, 33 (37).

¹³ K. Schmidt, ZIP 2012, 2085 (2088).

¹⁴ Haas, NZG 2012, 961 (961).

Suhrkamp-Verlages, welche in der Öffentlichkeit für viel Aufsehen gesorgt haben. Im Zusammenhang mit der Darlegung der Eröffnungsvoraussetzung soll daher in aller Kürze dargestellt werden, warum der Einbezug der Anteilsinhaber und ein sachgerechter Interessenausgleich auch aus rechtspolitischen Gründen sinnvoll ist. Hierbei ist auch zu sehen, dass der ESUG-Gesetzgeber sich als Ziel gesetzt hat, die Sanierungsanreize im Insolvenzverfahren zu erhöhen.¹⁵ Ein sachgerechter Interessenausgleich ist hierfür erforderlich.

Der Schwerpunkt der folgenden Bearbeitung liegt auf der Untersuchung der Rechtsstellung der Anteilsinhaber im Planverfahren, da sich das ESUG schwerpunktmäßig mit dem Planverfahren beschäftigte. Das Regelverfahren blieb größtenteils ungeregelt. Es stellt sich aber verschiedentlich die Frage, ob die Neuregelungen Ausstrahlungswirkung auf die Rechtsstellung der Anteilsinhaber im Regelverfahren haben. Untersucht werden soll das Verhältnis der Anteilsinhaber untereinander. Außerdem gilt es, das Verhältnis zwischen Anteilsinhabern und Gläubigern neu auszuloten. Letzteres ist maßgeblich von den Neuregelungen betroffen. Die den Gläubigern im Rahmen des ESUG eingeräumte Entscheidungsgewalt über gesellschaftsrechtliche Maßnahmen kollidiert naturgemäß mit den Gesellschafterrechten. Es ist daher zu prüfen, wie weit die Entscheidungsgewalt der Gläubiger reicht und wo dieser Entscheidungsgewalt gegebenenfalls Grenzen zu setzen sind.

Die Rechte der Anteilsinhaber stehen stets im Mittelpunkt der Untersuchung, weshalb die jeweiligen Einzelthemen nur insoweit diskutiert werden, wie sich Auswirkungen auf die Gesellschafterrechte ergeben. Untersucht werden soll grundsätzlich die Rechtslage bei Kapitalgesellschaften und bei Personengesellschaften. Die Unterschiede zwischen den Gesellschaftsformen sollen aber nur dargestellt werden, wenn diese in Bezug auf die Rechtsstellung der Anteilsinhaber relevant werden können. Unterstellt sei zudem, dass die Sanierung regelmäßig dem Gesellschafterinteresse mehr entspricht als die Zerschlagung. Aus Sicht der Gesellschafter ist daher immer wieder der Blick auf die Sanierungsmöglichkeiten zu richten.¹⁶ Es bietet sich ein Vergleich zur Rechtslage bei außergerichtlichen Sanierungen an. Bei Sanierungen außerhalb des Insolvenzverfahrens droht den Gesellschaftern nach ständiger Rechtsprechung nur dann der Verlust ihrer Rechtsstellung, wenn sie zu Sanierungsbeiträgen nicht bereit sind oder ihre Anteile wertlos sind.¹⁷ Damit können sie durch eine Beteiligung an der Sanierung ihre Rechtsstellung wahren und grundsätzlich nicht gegen ihren Willen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Ob dies auch im eröffneten Insolvenzverfahren gelten soll, ist derweil umstritten. Die Arbeit soll für diese Frage und weitere zentrale Problempunkte Lösungsansätze vorstellen.

B. Gang der Untersuchung

Zur Klärung der offenen Fragen soll zunächst ein Blick auf die Gesellschaft in der Krise und die Interessen der einzelnen Sanierungsbeteiligten geworfen werden (**Kapitel 1**). Ein Aus-

¹⁵ Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 1 f.

¹⁶ Die Stärkung von Sanierungen war auch das Ziel des Gesetzgebers.

¹⁷ BGHZ 183, 1.

gleich der verschiedenen Interessen ist für das Gelingen einer Sanierung von größter Relevanz. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens steht fest, dass die Mittel nicht ausreichen, um alle Beteiligten zu befriedigen. Dies führt zu Spannungen aufgrund der diametralen Interessen der Beteiligten. Aus Sicht der Anteilsinhaber ist ein Blick auf Sanierungschancen und Partizipationsmöglichkeiten zu werfen, da die Sanierung für die Anteilsinhaber regelmäßig die bessere Alternative gegenüber der Zerschlagung ist. Ihre Beteiligung darf aber nicht so weit gehen, dass sie zu Lasten der Gläubiger Sanierungsmaßnahmen behindern und damit die schutzwürdigen Interessen der Gläubiger unterlaufen können. Vor- und Nachteile gerichtlicher und außergerichtlicher Sanierungen sollen an dieser Stelle kurz vorgestellt werden.

Untersucht werden soll außerdem, ob und inwieweit die Anteilsinhaber Einfluss auf die Eröffnung des Verfahrens nehmen können. Es stellt sich die Frage, ob es sich bei der Stellung des Insolvenzantrags um ein Grundlagengeschäft handelt mit der möglichen Folge, dass die Vertretungsorgane der Gesellschaft diesbezüglich an Weisungen der Anteilsinhaber gebunden sind. Wäre dies der Fall, könnten die Anteilsinhaber Einfluss auf die Eröffnung des Verfahrens nehmen, was sich aufgrund des Zeitdruckes auf die Erfolgsaussichten etwaiger Sanierungsmaßnahmen auswirken kann.

Das **zweite Kapitel** widmet sich der Untersuchung der Ziele des Insolvenzverfahrens. Von der gesetzgeberischen Zielsetzung hängt ab, inwieweit die Normen des Insolvenzverfahrens auch den Schutz der Anteilsinhaber bezwecken. Aus dem Wortlaut von § 1 InsO ergibt sich, dass das Insolvenzverfahren der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung dient. Es stellt sich jedoch die Frage, ob subsidiär auch die Rechte der Anteilsinhaber geschützt sind, welche ebenfalls Beteiligte des Verfahrens sind. Bei der Auslegung insolvenzrechtlicher Vorschriften wäre dies zu berücksichtigen. Zudem kann sich eine Pflichtenbindung des Insolvenzverwalters zugunsten der Anteilsinhaber ergeben, denn dieser ist wiederum an den Insolvenzszweck gebunden. Mithin kommt eine (eigenständige) Schutzposition der Anteilsinhaber im eröffneten Verfahren in Betracht.

Die Arbeit beschäftigt sich ferner mit der Frage, ob neben den geschriebenen Rechtsnormen Aufopferungs- und Treuepflichten die Sanierungsbeteiligten binden (**Kapitel 3**). Bei der Gesellschaftsinsolvenz bleibt es nicht bei dem „klassischen“ Interessenskonflikt zwischen dem Insolvenzschuldner und den Gläubigern. Vielmehr ist auch die Willensbildung des Schuldners selbst, also der insolventen Gesellschaft, von Bedeutung.¹⁸ Häufig haben die Anteilsinhaber unterschiedliche Ansichten über das (richtige) Vorgehen in der Krise. So kann die Gesellschaft saniert oder zerschlagen werden, zudem stehen verschiedene Sanierungsalternativen zur Wahl. Hinzu kommen die Interessen der Gläubiger. Während die Anteilsinhaber regelmäßig an einer dauerhaften Fortführung des Unternehmens interessiert sein dürften, liegt das Interesse der Gläubiger oft in einem kurz- oder mittelfristigen gewinnbringenden Ver-

¹⁸ Vgl. auch Häsemeyer, ZHR 160 (1996), 110.

kauf des Unternehmens.¹⁹ Dabei ist von vornherein klar, dass niemand unbeschadet aus der Krise kommt. Obwohl aber Kompromisse unumgänglich sind, wird jeder Beteiligte darauf achten, dass er keine größeren Einbußen hinzunehmen hat als die übrigen Beteiligten.²⁰ Im besten Fall sollen andere die Sanierungsbeiträge leisten, denn im Falle des Scheiterns der Sanierung sind die Nachschüsse verloren. Einigkeit besteht darüber, dass kein Beteiligter zu Sanierungsbeiträgen durch Bereitstellung neuer Mittel gezwungen werden kann.²¹ Dies folgt für die Anteilsinhaber aus den Vorschriften der §§ 707 BGB, 54 Abs. 1 AktG beziehungsweise § 53 Abs. 3 GmbHG. Für die Gläubiger gilt dies erst recht. Sie sind mit der Gesellschaft nur über ihre gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung verbunden. Zu Sanierungsbeiträgen sind sie nicht verpflichtet. Ob ein Recht auf Partizipation an der Sanierung besteht, ist – insbesondere aufgrund der Neuregelungen durch das ESUG – umstritten. Die Teilnahme vieler Beteiligter erhöht die Sanierungschancen. Die Zuführung von frischem Eigenkapital ist regelmäßig Voraussetzung für das Gelingen der Sanierung.²² Die Sanierungschancen steigen, wenn mehr Mittel zur Verfügung gestellt werden.

Während durch das ESUG die Rechtsverhältnisse zwischen Gläubigern und Anteilsinhabern umfassend geregelt wurden, blieb das Verhältnis der Anteilsinhaber untereinander weitgehend unregelt. Eine Differenzierung zwischen sanierungswilligen und sanierungsunwilligen Anteilsinhaber findet nach geltender Rechtslage nicht statt, könnte aber im Hinblick auf erfolgreiche Sanierungen vielversprechend sein. Gesellschafterstreitigkeiten stellen oftmals ein Sanierungshindernis dar. Es stellt sich die Frage, ob ungeschriebene Pflichten die Anteilsinhaber auch im eröffneten Verfahren untereinander binden. Bei der werbenden Gesellschaft sind die Anteilsinhaber durch die ungeschriebenen Treuepflichten gebunden. Im bereits erwähnten Suhrkamp-Fall kam es zu einem Konflikt zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern, welcher von den Gerichten nach verbreiteter Auffassung nicht angemessen gelöst wurde. Der Fall zeigte zugleich Mängel der insolvenzrechtlichen Vorschriften auf und soll auch aus diesem Grund Gegenstand der Untersuchung sein.

Im **vierte Kapitel** soll erörtert werden, ob und inwieweit die Anteilsinhaber nach Eröffnung des Verfahrens noch Einfluss auf Sanierungsmaßnahmen nehmen können. Untersucht werden soll, ob Sanierungsmaßnahmen, die im Vorfeld der Verfahrensöffnung getroffen wurden, nach Eröffnung des Verfahrens weiter Bestand haben oder ob die Anteilsinhaber sich von den getroffenen Beschlüssen lösen können. Gläubiger- und Gesellschafterrechte stehen sich auch hier gegenüber. Die Gläubigerinteressen sind regelmäßig auf Vollendung einer vor Verfahrenseröffnung beschlossenen Kapitalerhöhung gerichtet. Die Bereitschaft der Anteilsinhaber zur Durchführung einer solchen Kapitalerhöhung dürfte gering sein, da sie im eröffneten Verfahren den Verlust ihrer Rechtsstellung zu besorgen haben und an Sanierungserfolgen nicht mehr partizipieren.

¹⁹ *Wuschek*, ZinsO 2012, 1768 (1769).

²⁰ Vgl. hierzu auch: *Bitter*, ZGR 2010, 147 (149 f.).

²¹ Statt aller: *Noack*, Festschrift Zöllner, S. 411 (423). Speziell im Hinblick auf die Gesellschafter: *Schäfer*, Festschrift Ganter, S. 33 (35).

²² *Bork*, Insolvenzzrecht, § 31 Rn. 359; *K. Schmidt*, ZGR 1982, 519 (519).

Zuletzt soll das Insolvenzplanverfahren untersucht werden (**Kapitel 5**), welches in besonderem Maße von den Neuregelungen des ESUG betroffen ist und aus diesem Grund den Schwerpunkt der Bearbeitung darstellt. Seit der Reform durch das ESUG können die Anteile an der Schuldnergesellschaft in den Insolvenzplan einbezogen werden (§ 217 Satz 2 InsO). Zudem kann jede Maßnahme im Plan geregelt werden, die gesellschaftsrechtlich zulässig ist (§ 225a Abs. 3 InsO). Der Zustimmung der Gesellschafter nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften bedarf es nicht. Vielmehr wird über den Plan in Gruppen durch Mehrheitsentscheid abgestimmt (§ 244 InsO). Wird die erforderliche Mehrheit nicht erreicht, kann die Zustimmung einer Gruppe nach Maßgabe des § 245 InsO umfassend ersetzt werden. § 245 InsO ermöglicht die Überwindung von Obstruktionen.

Es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber den Schutz der Gläubiger überspannt hat. Nach verbreiteter Ansicht kann nun mittels insolvenzrechtlicher Maßnahmen in die gesellschaftsrechtlich gewährten Rechte nahezu beliebig eingegriffen werden. Auch der vollständige Verlust der Anteile soll in der Insolvenzsituation angemessen sein. Es besteht die Gefahr „feindlicher Übernahmen“. Anteilshaber oder Gläubiger könnten das Verfahren dazu nutzen, unliebsame (Mit-)Gesellschafter gegen deren Willen aus der Gesellschaft zu drängen.²³ Außerhalb der Insolvenz bedarf jeder Eingriff in relativ unentziehbare Gesellschafterrechte der Zustimmung des jeweiligen Gesellschafters.²⁴ Die Zustimmung kann nur in Ausnahmefällen fingiert werden und jedenfalls nur unter der Voraussetzung, dass der Gesellschafter sich nicht durch weitere Beiträge an der Sanierung beteiligt.²⁵ Bei Kapitalmaßnahmen steht den Gesellschaftern ein Bezugsrecht zu.²⁶ Die Einräumung eines Bezugsrechts ist für die Gesellschafterrechte von maßgeblicher Bedeutung. Ohne Bezugsrecht können die Anteilshaber durch einen Kapitalschnitt auf Null (unabhängig von ihrer Sanierungsbereitschaft) aus der Gesellschaft gedrängt werden. Nach verbreiteter Ansicht kann das Bezugsrecht mittels einer Regelung im Insolvenzplan ohne weitere Voraussetzungen ausgeschlossen werden. Es bedarf der Erörterung, inwieweit dies unter Wahrung der schutzwürdigen Interessen der Anteilshaber eine sachgerechte Lösung darstellt. Das Bestandsinteresse der Anteilshaber ist mit dem Gläubigerinteresse auf Befriedigung ihrer Forderung in Einklang zu bringen. Das Insolvenzverfahren dient der Gläubigerbefriedigung.

Im fünften Kapitel wird zunächst das Insolvenzplanverfahren nach dem ESUG vorgestellt (B.). Thematisiert wird die Einbeziehung der Anteilshaberrechte sowie der Rechtsschutz im Insolvenzplanverfahren. Als praktisch relevante Sanierungsmaßnahmen werden der Debt-Equity-Swap sowie der Kapitalschnitt untersucht (C.). Zuletzt wird die Frage erörtert, unter welchen Voraussetzungen die Anteilshaber aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden können und ob ihnen ein Austrittsrecht zusteht, wenn der Insolvenzplan Strukturmaßnahmen zwangsweise regelt (D.).

²³ Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1757); K. Schmidt, ZIP 2012, 2085 (2085); Andrianesis, WM 2017, 362 (362);

²⁴ Statt aller: Servatius in: Henssler/Strohn GesR, § 705 Rn. 58; BGH NJW 2010, 66.

²⁵ BGHZ 183, 1.

²⁶ BGHZ 183, 1 sowie K. Schmidt, ZIP 2012, 2085 (2086).

Kapitel 1: Bedeutung der Anteilsinhaberrechte für die Verfahrenseröffnung und das eröffnete Verfahren

A. Einführung

Gerät eine Gesellschaft in finanzielle Schieflage, kommen mehrere Reaktionsmöglichkeiten in Betracht. Denkbar ist die Liquidation ebenso wie die Sanierung außerhalb oder innerhalb des Insolvenzverfahrens, in Form der übertragenden oder der erhaltenden Sanierung. Die Erfolgsaussichten sind je nach Einzelfall unterschiedlich. Verallgemeinerungsfähig ist allein, dass die Erfolgsaussichten einer Sanierung steigen, wenn möglichst viele Beteiligte bei der geplanten Maßnahme mitwirken und Sanierungsmaßnahmen früh getroffen werden können. Aus diesem Grund setzt der Gesetzgeber auf eine frühzeitige Stellung des Insolvenzantrags. Sanierungsmaßnahmen sollen zeitnah erfolgen können. Ausschlaggebend für die Bereitschaft zur Mitwirkung an der Sanierung ist dabei regelmäßig die Wahrung der Interessen der einzelnen Verfahrensbeteiligten. Es muss für möglichst viele Beteiligungsgruppen ein Anreiz gesetzt werden, an der Sanierung mitzuwirken. Zu klären ist daher, welche Interessen in der Krisensituation aufeinandertreffen und wie den Interessen nebeneinander Rechnung getragen werden kann. Die Anteilsinhaber nehmen hierbei eine zentrale Rolle ein, insbesondere wenn es um eine schnelle Reaktion auf die Krise geht. Sie bemerken häufig zuerst die Schieflage des Unternehmens, zugleich stehen ihnen wesentliche Mitbestimmungsrechte zu. Beständen für die Anteilsinhaber keine Anreize sich an der Sanierung zu beteiligen, würden die Erfolgsaussichten derselben sinken. Die Partizipation an einem etwaigen Sanierungserfolg ließe sich aus diesem Grund selbst dann rechtfertigen, wenn man die Anteile in der Insolvenz per se als wirtschaftlich wertlos ansähe.²⁷

Die Sanierung ist oftmals gegenüber einer Zerschlagung vorzugswürdig, fordert jedoch von den Beteiligten auch mehr Geduld und zudem regelmäßig Neuinvestitionen. Die Beteiligten werden sich genau überlegen, ob sie in ein kriselndes Unternehmen investieren und damit den Verlust von frischem Kapital riskieren. Im Falle der Zerschlagung jedoch genügt der erzielte Erlös regelmäßig nicht einmal zur Befriedigung der Gläubiger. Die Anteilsinhaber gehen im absoluten Regelfall der Insolvenz leer aus. Auch aus Sicht der Anteilsinhaber wird daher immer wieder der Blick auf Sanierungsmöglichkeiten (und ihre eigene Beteiligung daran) gerichtet. Gleichzeitig nimmt das Sanierungsrecht auch praktisch an Bedeutung zu. Es ist im Rahmen der Finanzkrisen in das Blickfeld der Öffentlichkeit gerückt.²⁸ Aufgrund der engen Verknüpfungen der einzelnen Unternehmen in der modernen Marktwirtschaft schwebt die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung über einer Vielzahl von Unternehmen.²⁹ Oft genügt es, wenn Zulieferer oder Abnehmer nicht mehr zahlungsfähig sind, damit weitere Unternehmen in finanzielle Schieflage geraten. Weitere externe Gründe für eine Krise sind Kon-

²⁷ Die grundsätzliche wirtschaftliche Wertlosigkeit annehmend insbesondere *Bitter*, ZGR 2010, 147 (181).

²⁸ *Bormann*, NZI 2011, 892 (892).

²⁹ *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353 (353).

sumrückgänge und Rufschädigungen.³⁰ Die Insolvenz kann jedes Unternehmen treffen, unabhängig von der Größe, der bisherigen Finanzlage und von dem Missmanagement der Geschäftsleitung. Die Interessen der Gesellschafter können daher nicht pauschal mit dem Argument suspendiert werden, die Gesellschafter hätten „verspielt“.³¹ Es mag Missmanagement der häufigste Grund für eine Krise sein, es kann aber nicht per se davon ausgegangen werden, die (geschäftsführenden) Gesellschafter hätten die Krise verschuldet.

Vorgestellt werden sollen die Eröffnungsvoraussetzungen ebenso wie die Möglichkeiten die Gesellschaft trotz finanzieller Schieflage außergerichtlich zu sanieren (B.). Vor Eintritt eines zwingenden Insolvenzgrundes (Zahlungsfähigkeit oder Überschuldung) besteht grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen gerichtlicher und außergerichtlicher Sanierung. Oftmals ist aber eine frühzeitige Einleitung des Verfahrens sinnvoll, weshalb Anreize zur früheren Antragstellung gesetzt werden sollten, denn bislang ist die „freiwillige“ Antragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit selten.

Untersucht werden soll weiter, ob die Stellung des Insolvenzantrags ein Grundlagengeschäft darstellt (C.). Dies hätte zur Folge, dass die Geschäftsführung vor Stellung des Eröffnungsantrags die Zustimmung der Anteilsinhaber einholen müsste. Die Gesellschafter könnten damit die Eröffnung des Verfahrens verzögern, was sich wiederum zu Lasten der Gläubiger häufig massenmindernd auswirken würde. Zwar wäre der Antrag wirksam, da die Vertretungsbefugnis der Geschäftsorgane im Außenverhältnis besteht. Die Vertretungsorgane könnten sich aber im Innenverhältnis schadensersatzpflichtig machen, wenn sie ohne Zustimmung der Anteilsinhaber den Antrag stellten. Allein die drohende Schadensersatzpflicht könnte die Vertretungsorgane von einer frühzeitigen Antragstellung abhalten.

Ebenfalls im Zusammenhang mit der Verfahrenseröffnung steht die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten im Eröffnungsverfahren bestehen. Aufgrund der thematischen Nähe sowie dem für den Rechtsschutz interessanten Suhrkamp-Fall, wird dieses Thema zusammen mit dem Rechtsschutz gegen den Insolvenzplan erörtert.³²

B. Wahlrecht und Interessenlage

I. Wahlrecht

Die Vertretungsorgane der Gesellschaft haben im frühen Zeitraum der Krise die Wahl, den Insolvenzantrag zu stellen oder nicht. Das **Wahlrecht** besteht bei jeder Gesellschaftsform, solange noch keine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eingetreten ist, wohl aber drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO).³³ Ein Fremdantrag scheidet im Fall der drohenden

³⁰ Vergleiche zu den Ursachen einer Insolvenz die durch das Zentrum für Insolvenz und Sanierung durchgeführten Studien, ausgewertet durch *Bitter/Röder*, ZinsO 2009, 1283 (1284 f.).

³¹ So aber *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn. 25; derselbe, NJW 2014, 17 (18).

³² Vergleiche hierzu unter Kapitel 5 V. 2.

³³ Voraussetzung ist gemäß Abs. 3 der Vorschrift, dass alle Mitglieder des Vertretungsorgans beziehungsweise alle persönlich haftenden Gesellschafter den Antrag stellen oder der oder die Antragssteller zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind.

Zahlungsunfähigkeit aus (§ 18 Abs. 1 InsO). Richtigerweise überlässt der Gesetzgeber den Vertretungsorganen der Gesellschaft in diesem Stadium die Entscheidung, das Verfahren einzuleiten oder nicht. Nach den konkreten Umständen können Sanierungsmaßnahmen außerhalb des Insolvenzverfahrens erfolversprechender sein. In der Praxis ist der Antrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit wenig relevant, da die Insolvenz mit kaufmännischem Scheitern verbunden wird.³⁴ Der Antrag wird daher häufig erst spät gestellt. Ausweislich der durch das Zentrum für Insolvenz und Sanierung durchgeführten Studie zur Auswirkung der Wirtschafts- und Finanzkrise auf die Entwicklung und Ursache von Unternehmensinsolvenzen aus dem Jahr 2009 stellten den Angaben der befragten Verwalter zur Folge 66 % der Unternehmen den Insolvenzantrag zu spät.³⁵ Nur in 9 % der Fälle wurde der Antrag zum frühestmöglichen Zeitpunkt gestellt.³⁶ Neben unangebrachtem Optimismus wurden insbesondere die Stigmatisierung durch das Insolvenzverfahren und das fehlende Vertrauen in das Verfahren als Gründe für die späte Antragstellung genannt.³⁷ Nicht selten wird aus diesen Gründen versucht, eine zu erwartende oder sogar bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit zu beschönigen.³⁸

Bei Kapitalgesellschaften (& Co) muss der Antrag gestellt werden, sobald Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO) eingetreten ist. Handelt es sich bei der betroffenen Gesellschaft um eine juristische Person oder um eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der keine natürliche Person persönlich haftet (§ 15a Abs. 1 Satz InsO), endet also das Wahlrecht bei Vorliegen eines zwingenden Insolvenzgrundes. Innerhalb von drei Wochen nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung muss dann der Eröffnungsantrag gestellt werden. Bei Gesellschaften mit natürlichen Personen als haftenden Gesellschaftern besteht das Wahlrecht generell, da keine Antragspflicht besteht. Die Anteilhaber sollen nicht gezwungen werden, mit der Stellung des Antrags ihre Haftung selbst zu realisieren. Bei Gesellschaften mit natürlichen Personen als Gesellschafter kommt aber – wie auch bei juristischen Personen – ein Fremdantrag durch einen oder mehrere Gläubiger in Betracht (§ 14 InsO). Voraussetzung ist, dass der Gläubiger den Insolvenzgrund der Überschuldung oder der Zahlungsunfähigkeit sowie seine Forderung glaubhaft macht, also schlüssig darlegt, dass er ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat. Große praktische Relevanz kommt dem Fremdantrag nicht zu, da den Gläubigern die unternehmensinternen Informationen fehlen.³⁹ Sie können das Vorliegen eines Insolvenzgrundes regelmäßig erst spät erkennen.⁴⁰ Die Gläubiger sind auf Informationen seitens der Gesellschaft angewiesen, welche nicht leicht zugänglich sind.

³⁴ A. Schmidt in: HambKomm InsR, § 1 Rn. 19.

³⁵ Bitter/Röder, ZinsO 2009, 1283 (1287 f.).

³⁶ Bitter/Röder, ZinsO 2009, 1283 (1287 f.).

³⁷ Bitter/Röder, ZinsO 2009, 1283 (1287 f.).

³⁸ Schmerbach in: FK-InsO, Vorb. §§ 1 ff. InsO, Rn. 78.

³⁹ Haas in: Gottwald, § 91 Rn. 19.

⁴⁰ Haas in: Gottwald, § 91 Rn. 19.

II. Mitwirkung der Anteilsinhaber und kollidierende Interessen

Regelmäßig kann aus vorstehenden Gründen eine frühe Sanierung nur durch Stellung eines Eigenantrags erreicht werden. Reagieren die Gesellschafter bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes nicht, verringern sich die Aussichten auf eine erfolgreiche Sanierung alleine aufgrund des Zeitverlustes oftmals erheblich. Gleichzeitig ist eine Verzögerung bei Gesellschaften mit persönlich haftenden Gesellschaftern schon deshalb möglich, weil die Gesellschaft zur Stellung des Eröffnungsantrags nicht verpflichtet ist.⁴¹ In der Literatur wird die frühzeitige Stellung des Insolvenzantrags als einer der Hauptgründe für eine erfolgreiche Sanierung genannt, da im Krisenfall schnelles Handeln gefordert sei.⁴² Eine gerichtliche Sanierung erfolgt früh, wenn bei Erkennen einer Krise so zeitnah wie möglich der Insolvenzantrag gestellt wird.⁴³ Maßnahmen müssten möglichst sofort ergriffen werden und zeitnah Wirkung entfalten.⁴⁴ Längeres Zuwarten führe in der Krisensituation sofort zu einem Wertverlust. Eine Sanierung sei nur dann erfolgversprechend, wenn sie früh, still und schnell abliefe.⁴⁵

Da der Fremdantrag regelmäßig erst zu spät gestellt werden kann, ist es von großer Relevanz, Sanierungsanreize für die Gesellschaft zu setzen. Bei persönlich haftenden Gesellschaften sind Adressat solcher Anreize insbesondere auch deshalb die Anteilsinhaber selbst, da diese oft die Geschäftsführung übernehmen. Kontraproduktiv ist es, wenn die Gesellschafter fürchten müssen, im Insolvenzverfahren ihre Anteilsrechte einzubüßen. Der Anreiz, Sanierungsbeiträge, insbesondere auch in Form von Nachschüssen, zu leisten, ist gering, wenn die Anteilsinhaber mit dem vollständigen Verlust der Anteile zu rechnen haben. Wesentliches Ziel des ESUG war es ausweislich der Gesetzesbegründung, Anreize zur Einleitung des Verfahrens zu setzen.⁴⁶ Der Gesetzgeber erhoffte sich dadurch eine Erhöhung der Sanierungschancen. Bisweilen wird davon ausgegangen, dass das ESUG dieses Ziel verfehlt habe, da den Gesellschaftern im eröffneten Insolvenzverfahren der Erhalt ihrer Mitgliedschaft verwehrt werden kann.⁴⁷

Da vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ein Wahlrecht zwischen Insolvenzverfahren und außergerichtlicher Sanierung besteht, stellt sich aus Sicht der Gesellschaft die Frage, welche Sanierungsvariante im Einzelfall vorzugswürdig ist. Die außergerichtliche Sanierung hat den Vorteil, dass sie in der Regel schneller und günstiger umsetzbar ist.⁴⁸

⁴¹ Die Gesellschafter einer Personengesellschaft können sich daher nicht der Insolvenzverschleppung strafbar machen. Gänzlich sanktionslos können sie aber bei Eintritt eines Insolvenzgrundes auch nicht wirtschaften. Die geschäftsführenden Gesellschafter können sich wegen Bankrottsdelikten (§§ 283 ff StGB), Unterschlagung (§ 246 StGB) oder Betrug (§ 263 StGB) strafbar machen.

⁴² *Häsemeyer*, ZHR 160 (1996), 109 (111); *K. Schmidt*, BB 2011, 1603 (1604); *Bitter*, ZGR 2010, 147 (149 f.); *Urlaub*, ZIP 2011, 1040 (1040); *Schluck-Amend/Meyding*, Der Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz, I Rn 2 (Seite 29).

⁴³ *Flöther*, ZIP 2012, 1833 (1840).

⁴⁴ Vgl. *Schäfer*, Festschrift Hommelhoff, S. 939 (956).

⁴⁵ *K. Schmidt*, BB 2011, 1603 (1604); *Flöther*, ZIP 2012, 1833 (1840).

⁴⁶ Begr. RegE ESUG, Drucks 17/5712, S. 1.

⁴⁷ *Spee*, S. 30.

⁴⁸ *Undritz* in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 38.

Es muss sich kein externer Insolvenzverwalter in das Unternehmen einarbeiten.⁴⁹ Zudem werden die Kosten des Insolvenzverfahrens gespart. Das Gesellschaftsrecht bietet aufgrund seiner Autonomie einen flexiblen Rahmen für Sanierungen.⁵⁰ Dagegen ist das Insolvenzrecht ein starrer, verfahrensrechtlich strukturierter Ordnungsrahmen.⁵¹ Bei der außergerichtlichen Sanierung bleiben die bisherigen Organisationsstrukturen und Entscheidungskompetenzen erhalten.⁵² Die Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis verbleibt beim Schuldner. Wenn auch in vielen Fällen die Misswirtschaft der Leitungsorgane die Gesellschaft überhaupt erst in die Krise geführt hat, so haben die Leitungsorgane doch in aller Regel ein erhebliches Know-how auf ihrem Gebiet. Dieses kann im Falle der außergerichtlichen Sanierung genutzt werden. Auch die Auswechslung der Leitungsorgane kommt in Betracht. Von großer Bedeutung ist die mangelnde Publizität außergerichtlicher Sanierungsbemühungen. Eine Veröffentlichung derselben findet nicht statt. Die mit der Insolvenzeröffnung verbundene Publizität kann weiteren Schaden anrichten.⁵³ Zukünftige Geldgeber können abgeschreckt werden; Altgläubiger stellen gegebenenfalls ihre Forderungen fällig. Auch für die Gläubiger kann die außergerichtliche Sanierung im Übrigen vorteilhaft sein. Sobald das Insolvenzverfahren begonnen hat, können sie ihre Forderungen nicht mehr eigenmächtig durchsetzen (§ 89 InsO), sondern müssen den Gang des Verfahrens abwarten (§ 87 InsO).

Problematisch bei der außergerichtlichen Krisenbewältigung ist jedoch die Einigung auf ein Sanierungskonzept und dessen einvernehmliche Durchführung. Anders als im Insolvenzverfahren kann die Zustimmung der Beteiligten nicht ersetzt werden. Erforderlich ist eine einvernehmliche Entscheidung des Großteils der Beteiligten⁵⁴, teilweise bis hin zur Einstimmigkeit. Die Blockadepositionen sind erheblich. Die Abstimmung über den Insolvenzplan ist dagegen einem einfachen Mehrheitsentscheid unterworfen (§ 244 InsO). Unter den Voraussetzungen des § 245 InsO kann zudem die Zustimmung ganzer Gruppen weitreichend ersetzt werden. Vor allem einzelnen Gläubigern kommt ein nicht zu unterschätzendes Störpotenzial bei außergerichtlichen Sanierungen zu. So hat der BGH in seinem „Akkordstörer-Urteil“⁵⁵ entschieden, dass auch eine von den Gläubigern mehrheitlich angestrebte Sanierung nur diejenigen Gläubiger bindet, die dieser zugestimmt haben. Die übrigen Gläubiger können ihre (fälligen) Forderungen in voller Höhe und sofort geltend machen. Sanierungspflichten lassen sich außerhalb des Insolvenzverfahrens nur in Ausnahmefällen herleiten.⁵⁶ Da es anders als im Insolvenzrecht keine speziellen gesetzlichen Regelungen gibt, kann jeder Beteiligte seine eigenen Interessen verfolgen.⁵⁷ So können einzelne Gläubiger ihre Stellung zum

⁴⁹ *Undritz* in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 19.

⁵⁰ *Hirte*, ZGR 2010, 224 (228 ff.).

⁵¹ *Haas*, NZG 2012, 961 (962).

⁵² *Undritz* in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 38.

⁵³ *Häsemeyer*, ZHR 160 (1996), 109 (127); *Bitter*, ZGR 2010, 147 (149 f.); *Undritz* in: Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 38, letzterer spricht sogar von einer „Stigmatisierung“ durch die Insolvenzeröffnung.

⁵⁴ *Undritz* in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 39.

⁵⁵ BGH NJW 1992, 968.

⁵⁶ BGH NJW 1992, 968, *Haas*, NZG 2012, 961 (962).

⁵⁷ *Haas*, NZG 2012, 961 (962).

Nachteil anderer Gläubiger nutzen und damit die Verteilungsgerechtigkeit in Frage stellen.⁵⁸ Auch die Anteilsinhaber können die Sanierung blockieren.⁵⁹ Bei Personengesellschaft bedürfen Sanierungsmaßnahmen grundsätzlich eines einstimmigen Beschlusses⁶⁰, bei Kapitalgesellschaften ist regelmäßig eine $\frac{3}{4}$ Mehrheit erforderlich. Das Störpotential kann sich zu Lasten der Gläubiger, aber auch zu Lasten der Mitgesellschafter auswirken. Das Insolvenzverfahren bietet durch die gerichtliche Kontrolle eine höhere Objektivitätsgewähr als die freie Sanierung.⁶¹ Der Insolvenzplan wird durch das Gericht und damit durch eine neutrale Instanz kontrolliert. Zudem sind eventuelle Interessenskonflikte offen zu legen (§ 220 Abs. 2 InsO). Das Insolvenzverfahren hat des Weiteren den Vorteil, dass ein Verwertungsstopp eintritt und das bestehende Vermögen vorerst gesichert wird. Der Schuldner erhält dadurch zusätzlich Zeit. Auch die Möglichkeit der Aufhebung ungünstiger schwebender Verträge sowie die Möglichkeit der Anfechtung ungerechtfertigter Vermögensverschiebungen (§ 129 ff. InsO) sind Vorteile des Verfahrens. Für die Arbeitnehmer kann Insolvenzgeld in Anspruch genommen werden.⁶² Dies kann unter Umständen helfen, Leistungsträger auch in der Krise im Unternehmen zu halten. Das Insolvenzrecht hält auch eine sachgerechte Lösung der „Akkordstörer“-Problematik bereit, da die Sanierungsmaßnahmen per Mehrheitsentscheid legitimiert werden.⁶³ Dadurch wird der Blockade einzelner Personen im eröffneten Verfahren vorgebeugt.⁶⁴ Das ESUG forciert das Aufbrechen von Blockadepositionen weiter. So wurde im Rahmen der Reform durch das ESUG der Anwendungsbereich des § 245 InsO auch auf die Anteilsinhaber erstreckt. Zuvor konnten nur Obstruktionen seitens der Gläubiger überwunden werden. Aufgrund der Vorteile des Insolvenzverfahrens forciert der Gesetzgeber die frühe Stellung des Eröffnungsantrags und versucht Anreize hierfür zu setzen.⁶⁵ Dieses Ziel verfolgt der ESUG-Gesetzgeber weiter.⁶⁶ Es soll dadurch verhindert werden, dass der Insolvenzantrag erst gestellt wird, wenn das Vermögen der Schuldnergesellschaft bereits vollständig aufgezehrt ist.⁶⁷ Zumindest die verbleibenden finanziellen Mittel der Gesellschaft sollen zu Gunsten der Gläubiger gesichert werden.⁶⁸ Da die Publizität des Verfahrens und der mit der Insolvenzeröffnung einhergehende Kompetenzverlust Hauptmotive für eine Verzögerung des Eröffnungsantrags sind, zielt das ESUG auf eine „Entstigmatisierung“ des Insolvenzrechts.⁶⁹ Die Insolvenz soll in der öffentlichen Wahrnehmung als Sanierungschance gesehen werden und nicht als wirtschaftliche „Endstation“.⁷⁰ Zutreffend wird aber in der Lite-

⁵⁸ *Undritz* in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 39.

⁵⁹ *Haas*, NZG 2012, 961 (962).

⁶⁰ Wengleich in der Praxis das Einstimmigkeitsprinzip regelmäßig abbedungen ist.

⁶¹ *Häsemeyer*, ZHR 160 (1996), 109 (126).

⁶² *Schlitt*, NZG 1998, 701 (703).

⁶³ *Haas*, NZG 2012, 961 (962).

⁶⁴ *Schlitt*, NZG 1998, 701 (702 f.).

⁶⁵ *Eidenmüller* ZHR 175 (2011), S. 11 (16 f.).

⁶⁶ Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 17; *Eidenmüller*, ZHR 175 (2011), S. 11 (16); *Römermann*, GmbHR 2012, 421 (422); *Undritz* in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 14; *Pape* in: Uhlenbruck InsO, § 1 Rn. 8.

⁶⁷ Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 17; *Landfermann*, WM 2012, 821 (823).

⁶⁸ *Pape* in: Uhlenbruck InsO, § 1 Rn. 8.

⁶⁹ *Römermann*, GmbHR 2012, 421 (422); *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (847); *Paulus*, WM 2011, 2205 (2205).

⁷⁰ *Römermann*, GmbHR 2012, 421 (422); *Meyer/Degener*, BB 2011, 836 (847).

ratur darauf hingewiesen, dass eine Gesetzesänderung nicht genüge; es müsse vielmehr ein Mentalitätswechsel beim Rechtsanwender hinzutreten.⁷¹ Um diesen zu erreichen, hat der Gesetzgeber im Wege des ESUG die Sanierungsinstrumente Insolvenzplanverfahren und Eigenverwaltung gestärkt.⁷² Angezweifelt wird jedoch, dass der Gesetzgeber dadurch Anreize für eine frühere Antragsstellung setzt.⁷³ Nach dem ESUG müssten die Anteilhaber nun befürchten, dass gesellschaftsrechtliche Maßnahmen ohne ihre Mitwirkung beschlossen werden.⁷⁴ Sie müssten sogar fürchten, im Laufe des Verfahrens ihre Anteile an der Gesellschaft komplett zu verlieren.⁷⁵ Im Hinblick auf § 245 InsO bestehen im Insolvenzplanverfahren keine wirksamen Stimmrechte mehr. Dies könne eine frühe Antragsstellung gerade konterkarieren.⁷⁶ Je mehr Zwangseingriffe den Anteilhabern drohten, desto weniger würden sie gewillt sein den Eröffnungsantrag zu stellen.⁷⁷ Es sei daher unwahrscheinlich, dass fernab eines zwingenden Insolvenzgrundes der Weg über das Insolvenzverfahren gewählt werde. Ein außergerichtlicher Sanierungsversuch sei für die Anteilseigner weniger einschneidend. Positive Wirkung der Reform könne aber ein Disziplinierungseffekt für die Anteilhaber sein.⁷⁸ Bei vorinsolvenzlichen Verhandlungen könne es demnach eine Rolle spielen, dass im Falle des Scheiterns die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit einem möglichen Anteilsverlust drohe.⁷⁹ Die Anteilhaber könnten dann eher zu Kompromissen bereit sein. Die Anteilhaberrechte dürfen aus vorgenannten Gründen jedenfalls nicht außer Betracht bleiben.⁸⁰ Eine Stigmatisierung des Verfahrens geht letztlich auch zu Lasten der Gläubiger.

Die den Anteilhabern zugestandenen Rechte kollidieren mit den Gläubigerrechten, weshalb das Verhältnis von Gesellschaftern und Gläubigern nicht nur im eröffneten Insolvenzverfahren, sondern bereits bei der Eröffnung desselben von zentraler Bedeutung ist. Ausgehend von der Erfahrung, dass eine Sanierung die besten Erfolgsaussichten hat, wenn alle Beteiligten zusammenarbeiten, stellt sich die Frage, welche Interessen in der Insolvenzsituation bestehen und wie sie sinnvoll in Einklang zu bringen sind. Die Befugnisse der Anteilhaber dürfen nicht so weit gehen, dass sie zu Lasten der übrigen Beteiligten erfolversprechende Sanierungsbemühungen torpedieren oder Sanierungserträge erzwingen können, die ihrer (wirtschaftlichen) Position nicht entsprechen. Art. 14 GG gebietet den Schutz der Gläubigerforderungen. Im Insolvenzverfahren muss daher das vorhandene Vermögen zu Gunsten der Gläubiger zusammengehalten werden. Auch der Eingriff in die Rechtsstellung der Anteil-

⁷¹ Paulus, WM 2011, 2205 (2205).

⁷² Undritz in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 15; Spliedt, GmbHR 2012, 462 (471); Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 17.

⁷³ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (433).

⁷⁴ K. Schmidt, ZIP 2012, 2085 (2087).

⁷⁵ Spliedt, GmbHR 2012, 462 (471).

⁷⁶ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (433).

⁷⁷ Verse, ZGR 2010, 299 (307). Die Anteilhaber mussten aber auch schon nach alter Rechtslage befürchten alles zu verlieren, da die Gesellschaft stets liquidiert werden konnte. Vgl. Eidenmüller/Engert, ZIP 2009, 541 (545); Heinrich, NZI 2012, 235 (241).

⁷⁸ Undritz in: Kübler, Hdb. Der Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 46.

⁷⁹ Undritz in: Kübler, Hdb. Der Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 46.

⁸⁰ Anders Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 25; ders, NJW 2014, 17 (18); wohl auch Bitter, ZGR 2010, 147 (147 ff.).

haber ist aber nicht unbedenklich. Die Anteilsinhaber sind nach überwiegender Auffassung auch im eröffneten Verfahren uneingeschränkte Eigentümer der Gesellschaft.⁸¹ Die Gesellschaftsanteile sind ebenfalls durch Art. 14 GG geschützt. Außerdem behalten die Anteilsinhaber – solange im Insolvenzplan nicht wirksam etwas anderes geregelt ist – die Entscheidungskompetenzen im Hinblick auf Strukturmaßnahmen und können daher auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch auf die Gesellschaft einwirken. Für einen effizienten Ablauf des Verfahrens und einen positiven Ausgang desselben sind die Rechte und Pflichten der Anteilseigner daher von zentraler Bedeutung. Bei Kapitalgesellschaften oder beschränkt haftenden Gesellschaften folgt das Interesse der Anteilsinhaber zumindest aus dem investierten Kapital.⁸² Auch die persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft kann jedoch nicht außer Betracht gelassen werden. Über den persönlich haftenden Gesellschaftern schwebt die Gefahr der Simultaninsolvenz. Daneben können die Anteilseigner aber auch ein Interesse an einer Sanierungsbeteiligung haben. Die Anteilsinhaber haben nicht selten das Gesellschaftsunternehmen gegründet und aufgebaut, weshalb ein schutzwürdiges ideelles Interesse an der Beteiligung bestehen kann.

Die Gläubiger beabsichtigen naturgemäß zuvorderst eine möglichst hohe Befriedigung ihrer Forderung. Daneben können aber auch sie eine Beteiligung an der Gesellschaft anstreben. Selbst das Interesse an der kompletten Übernahme der Gesellschaft unter Ausschluss der Gesellschafter wird teilweise als schutzwürdig angesehen. Das Beteiligungsinteresse der Gläubiger wird häufig nicht von Dauer sein. Das Unternehmen soll vielmehr nach einer Wertsteigerung baldmöglichst gewinnbringend veräußert werden.⁸³ Das ESUG könnte für die Investoren neue Möglichkeiten eröffnen, eine insolvente Gesellschaft günstig zu übernehmen. Auch dies steht naturgemäß im Widerspruch zu den Erhaltungsinteressen der Gesellschafter. Die Insolvenzordnung räumt den Gläubigerinteressen regelmäßig den Vorrang ein. Das Verfahren ist geleitet vom Grundsatz der Gläubigerautonomie.⁸⁴ Die Gläubigerversammlung ist das oberste Organ im Insolvenzverfahren.⁸⁵ Die Gläubigerbefriedigung ist das erklärte Ziel des Verfahrens (§ 1 InsO). Die Gläubiger sind nach der Verteilungsfolge der Insolvenzordnung vorrangig aus der Masse zu befriedigen (vgl. §§ 53 ff. und §§ 38, 39 InsO). Massegläubiger (§§ 53 ff. InsO), normale Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) und nachrangige Insolvenzgläubiger (§ 39 InsO) stehen allesamt in der Befriedigungsreihenfolge vor den Anteilshabern (§ 199 Satz 2 InsO). Die Gläubiger entscheiden nach § 157 InsO über den Fortgang des Verfahrens. Dabei reicht die Kompetenz der Gläubigerversammlung weiter als der Wortlaut der Norm vermuten lässt.⁸⁶ Entgegen dem Wortlaut entscheidet die Gläubigerversammlung nicht nur über die vorläufige Fortführung des Unternehmens, sondern generell über Liquidation.

⁸¹ Scherer in: Graf-Schlicker, § 80 Rn. 7; a.A. Bitter, ZGR 2010, 147 (192 ff.), wonach die Anteilseigner ab Insolvenzeröffnung nur noch als Treuhänder der Gläubiger anzusehen sind.

⁸² Bork, ZIP 2010, 397 (403).

⁸³ Wuschek, ZInsO 2012, 1768 (1769).

⁸⁴ Pape in: Uhlenbruck InsO, § 1 Rn 3.

⁸⁵ Balthasar: Nerlich/Römermann InsO, § 157 Rn. 18 (Loseblatt: Stand Januar 1999).

⁸⁶ Balthasar in: Nerlich/Römermann InsO, § 157 Rn. 9 (Loseblatt: Stand Januar 1999).

tion und Sanierung.⁸⁷ Ihr obliegt dabei nicht nur die Entscheidung über Zerschlagung oder Sanierung des Unternehmens, sondern auch über Erhaltung oder Liquidation des Unternehmensträgers, also der Gesellschaft. Eine Sanierung der Gesellschaft ist damit überhaupt nur mit Zustimmung der Gläubiger möglich. Die Gläubigerversammlung kann gemäß § 157 Satz 3 InsO ihre Entscheidung auch später noch ändern. § 157 InsO ist die zentrale Norm des Grundsatzes der Gläubigerautonomie.⁸⁸ Die Gläubigerversammlung entscheidet über den verfahrensrechtlichen Rahmen des von ihr gewählten Verfahrenszieles. Die Gesellschaftsorgane verlieren ihre Kompetenzen im Hinblick auf Maßnahmen mit Massebezug (§ 80 InsO). Der Übergang der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis nach § 80 InsO bringt weitgehende Kompetenzverluste mit sich. Das Merkmal des Vermögensbezugs wird weit ausgelegt. So hat etwa das KG Berlin entschieden, dass selbst die Änderung der Firma einen Vermögensbezug aufweist und daher der Zustimmung des Insolvenzverwalters bedarf.⁸⁹ Grundsätzlich weist die Insolvenzordnung nach überwiegender Auffassung die Vermögensrechte hinsichtlich des pfändbaren Schuldnervermögens haftungsrechtlich den Gläubigern zu,⁹⁰ während der nicht vermögensrechtliche Anteil der Mitgliedschaft nach wie vor den Anteilsinhabern zuzuordnen ist.⁹¹ Auf den Bestand der Gesellschaftsorgane und die Struktur der Gesellschaft hat die Eröffnung des Verfahrens derweil keine Auswirkungen.⁹² Da alle Gesellschaftsorgane in ihrer bisherigen Stellung bleiben,⁹³ sind die Gesellschafter nach wie vor das oberste Organ der Gesellschaft.⁹⁴ Die Gesellschafter können nach wie vor Beschlüsse fassen; die Beschlussfassung ist aber beschränkt durch den Insolvenzverfahrenszweck und insbesondere durch § 80 InsO. In dem durch das Insolvenzverfahren verbleibenden Handlungsspielraum können die Gesellschafter auch den Geschäftsführern weiter Weisungen erteilen.⁹⁵

Die Mitgliedschaft bleibt somit von der Eröffnung des Verfahrens unberührt, sie fällt nach herrschender Meinung auch nicht in die Insolvenzmasse.⁹⁶ Die grundsätzliche Zuordnung der nicht vermögensrechtlichen Mitgliedschaftsrechte an die Gesellschafter gilt sowohl für das Regelverfahren als auch für das Insolvenzplanverfahren. Das Insolvenzplanverfahren betreffend zeigt sich die Richtigkeit dieser Annahme anhand der Regelung des § 225a Abs. 1 InsO. Danach bleiben die Anteils- und Mitgliedschaftsinteressen des Schuldners unberührt, wenn nicht im Insolvenzplan eine anderweitige Regelung getroffen wird.

Verbessert hat der ESUG-Gesetzgeber die Autonomie der Schuldnergesellschaft im Verfahren der Eigenverwaltung (§ 270 InsO) sowie im Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO). Die

⁸⁷ *Balthasar* in: Nerlich/Römermann InsO, § 157 Rn. 9 (Loseblatt: Stand Januar 1999).

⁸⁸ *Balthasar* in: Nerlich/Römermann InsO, § 157 Rn. 4 (Loseblatt: Stand Januar 1999).

⁸⁹ KG Berlin, Beschl. v. 3.3.2014 – 12 W 145/13.

⁹⁰ *Pape* in: Uhlenbruck InsO, § 1 Rn 2.

⁹¹ *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rn. 112 a; *K. Schmidt*, ZIP 2012, 2085 (2086); *Noack*, Festschrift Röhrich, S. 455 (457); *Rattunde*, GmbHR 2012, 455 (455); a.A. *Bitter*, ZGR 2010, 147 (147).

⁹² *Bitter* in: Scholz GmbHG, Vor § 64 Rn. 142; *Haas* in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 60 Rn. 43; *Klöhn*, NZG 2013, 81 (81); *Schlitt*, NZG 1998, 755 (756 f.).

⁹³ *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rn. 112.

⁹⁴ *Bitter* in: Scholz GmbHG, Vor § 64 Rn. 142.

⁹⁵ *Bitter* in: Scholz GmbHG, Vor § 64 Rn. 142.

⁹⁶ *Günther*, ZinsO 2012, 2037 (2038); a.A. *Bitter*, ZGR 2010, 147 (189 ff.).

Eigenverwaltung wurde im Rahmen des ESUG gestärkt. Der Gesetzgeber hat das Regel-Ausnahme-Verhältnis bei der Anwendung des Verfahrens der Eigenverwaltung umgekehrt.⁹⁷ Während vor dem ESUG ein Antrag auf Eigenverwaltung vom Gericht positiv zu bescheiden war, wenn nach den Umständen zu erwarten war, dass die Anordnung nicht zu einer Verzögerung des Verfahrens oder zu sonstigen Nachteilen für die Gläubiger führen wird, genügt es nach dem ESUG nun, dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird (§ 270 Abs. 2 InsO). Unsicherheiten gehen somit nicht mehr zu Lasten des Antragstellers.⁹⁸ Für die Anordnung der Eigenverwaltung wird dem Schuldner damit eine gewisse Sicherheit gewährt. Der Schuldner hat im Rahmen der Eigenverwaltung weitreichende Möglichkeiten zur Einwirkung auf das Verfahren. Die vom Mehrheitsgesellschafter kontrollierten Vertretungsorgane behalten ihre Leistungsmacht. Sie können einen Insolvenzplan ausarbeiten und gegebenenfalls umsetzen.

III. Fazit

Der ESUG-Gesetzgeber setzt auf eine frühe Stellung des Insolvenzantrags. Hierfür ist die Mitwirkung der Anteilsinhaber von entscheidender Bedeutung, da die Gläubiger keine Einblicke in die Finanzlage der betroffenen Gesellschaft haben und ein Fremdantrag regelmäßig zu spät kommt. Zugleich setzt der Gesetzgeber aber kaum Anreize für die Schuldnergesellschaft. Die Gesellschaftsorgane müssen, insbesondere im Insolvenzplanverfahren, mit weitgehenden Kompetenzverlusten rechnen. Ihr Stimmrecht ist deutlich entwertet. Es ist unter diesen Umständen fraglich, ob der ESUG-Gesetzgeber sein Ziel erreicht, die Antragstellung zeitlich nach vorne zu verlegen.

Lichtblicke setzen im Hinblick auf eine Beteiligung der Anteilsinhaber und die Nutzung des Insolvenzverfahrens das Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren. Einzelne Fälle, wie insbesondere das Suhrkamp-Verfahren⁹⁹, haben bereits gezeigt, dass das Eigenverwaltungsverfahren nach dem ESUG genutzt wird. Es wird den Anteilsinhabern die Möglichkeit eröffnet, auf das Verfahren einzuwirken. Dies könnte künftig die Bereitschaft erhöhen, auf die insolvenzrechtliche Sanierung zu setzen.

C. Der Eröffnungsantrag als Grundlagengeschäft

I. Einführung und Meinungsstand

Das Recht zur Antragsstellung, genauer die Vertretungsbefugnis, steht bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gemäß § 15 Abs. 1 InsO jedem Mitglied des Vertretungsorgans und darüber hinaus bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit¹⁰⁰ sowie bei Kommanditgesellschaften auf Aktien jedem persönlich haftenden Gesellschafter und jedem Abwickler zu. Stellen nicht alle Mitglieder des Vertretungsorgans beziehungsweise alle Ge-

⁹⁷ *Bitter* in: Scholz GmbHG, Vor § 64 Rn. 156.

⁹⁸ *Bitter* in: Scholz GmbHG, Vor § 64 Rn. 156.

⁹⁹ Vergleiche zum Suhrkamp-Fall Kapitel 3, C. IV. 2 a).

¹⁰⁰ Die Insolvenzordnung hält in § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO eine Legaldefinition der Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit bereit. Es handelt sich dabei insbesondere um die GbR, die OHG und die KG.

sellschafter den Antrag, so muss gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 InsO der Eröffnungsgrund glaubhaft gemacht werden.

Bei drohender Zahlungsunfähigkeit ist das Recht zur Antragsstellung gemäß § 18 Abs. 3 InsO eingeschränkt. Es müssen entweder alle Mitglieder des Vertretungsorgans, persönlich haftende Gesellschafter bzw. Abwickler den Antrag stellen oder die Antragssteller müssen zur Vertretung der juristischen Person oder Gesellschaft berechtigt sein. Gemeint ist damit, dass der Antragssteller *allein vertretungsbefugt* sein muss.¹⁰¹ Ist dies nicht der Fall, kann der Antrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit nur von allen Organmitgliedern gemeinsam gestellt werden. Fehlt es an der Vertretungsbefugnis, so ist der Eröffnungsantrag unwirksam und die Verfahrenseröffnung unzulässig.¹⁰² Demnach können nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen bei der Aktiengesellschaft (§ 78 Abs. 2 AktG) und der GmbH (§ 35 Abs. 2 GmbHG) grundsätzlich nur alle Mitglieder des Vorstands bzw. alle Geschäftsführer den Antrag gemeinsam stellen, da der Grundsatz der Gesamtvertretung gilt. Bei der OHG und KG kann jeder Gesellschafter den Antrag eigenmächtig stellen (§§ 125, 161 Abs. 2 HGB); bei der GbR ist dies eine Frage des Gesellschaftsvertrages (§ 714 BGB). Existiert keine Regelung im Gesellschaftsvertrag, sind nur alle Gesellschafter gemeinsam antragsberechtigt.

Stellt das vertretungsberechtigte Organ den Insolvenzantrag, so ist die Antragstellung im **Außenverhältnis** wirksam. Insbesondere ist ein Beschluss der Gesellschafter im Außenverhältnis keine Voraussetzung der Antragstellung oder Verfahrenseröffnung.¹⁰³ Die fehlende Zustimmung der Anteilsinhaber führt damit nicht zur Unwirksamkeit der Antragstellung. Die Antragstellung ist im Außenverhältnis wirksam.¹⁰⁴

Umstritten ist jedoch, ob die Antragstellung durch die Vertretungsorgane im **Innenverhältnis** eine Pflichtverletzung darstellt, wenn nicht zuvor ein Gesellschafterbeschluss eingeholt wurde. Es stellt sich also die Frage, ob die Vertretungsorgane einen vorherigen Gesellschafterbeschluss herbeiführen müssen. Unproblematisch ist dies, wenn bereits eine Antragspflicht besteht. In diesem Fall können die Vertretungsorgane den Antrag eigenmächtig stellen. Sie sind diesbezüglich an Weisungen der Gesellschafter nicht gebunden.¹⁰⁵ Ist bereits Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eingetreten, so liegt in der einseitigen Antragsstellung durch das Vertretungsorgan selbst dann kein Pflichtverstoß, wenn der Antrag sich für die Gesellschaft als kreditschädlich erweist.¹⁰⁶ Eine Kreditschädigung der Gesellschaft durch die Insolvenz ist vielmehr der Regelfall¹⁰⁷ und wird von der Rechtsordnung hingenommen.¹⁰⁸ Dies gilt sogar in Fällen, in denen die Gesellschafter- oder Hauptversammlung möglicher-

¹⁰¹ *Schmerbach* in: FK-InsO, § 18 Rn 25.

¹⁰² *K. Schmidt* in: K. Schmidt InsO, § 18 Rn. 30.

¹⁰³ OLG München, ZIP 2013, 1121.

¹⁰⁴ *K. Schmidt* in: K. Schmidt InsO, § 18 Rn 31.

¹⁰⁵ *Schmerbach* in: FK-InsO, § 18 Rn. 31.

¹⁰⁶ *Schäfer* in: MüKo BGB, § 728 Rn 11.

¹⁰⁷ *Schäfer* in: MüKo BGB, § 728 Rn 11.

¹⁰⁸ Die Publizität der Insolvenz hat nicht nur Nachteile für die insolvente Gesellschaft, sondern stellt auch einen Vorteil für den Markt dar. Etwaige Vertragspartner sind dann über die mangelnde Liquidität des Unternehmens informiert und können sich absichern.

weise eine gegenteilige Weisung erteilt hatte.¹⁰⁹ Die Vertretungsorgane können diese Weisung unberücksichtigt lassen.

Umstritten ist, ob die Vertretungsorgane bei bloß drohender Zahlungsunfähigkeit vor Antragstellung einen Gesellschafterbeschluss herbeiführen müssen und ob ihnen ohne bestätigenden Beschluss die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis fehlt. Teilweise wird angenommen, die Antragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit sei eine bloße Geschäftsführungsmaßnahme, die kein Zustimmungserfordernis auslöse.¹¹⁰ Überwiegend wird angenommen, die Antragsstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit sei ein **Grundlagengeschäft**, weshalb eine ungeschriebene Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung bestehe.¹¹¹ Bei der Aktiengesellschaft soll die Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich sein.¹¹² Teilweise wird auch ein Beschluss der Hauptversammlung erwogen.¹¹³

Die fehlende Zustimmung kann Schadensersatzansprüche begründen.¹¹⁴ Eine Pflichtverletzung läge in der eigenmächtigen Stellung des Antrags durch die Vertretungsorgane etwa, wenn dadurch eine aussichtsreiche Sanierung gefährdet oder vereitelt werde.¹¹⁵ Ein Grundlagengeschäft sei anzunehmen, da ein Eröffnungsantrag die Verfassung der Gesellschaft berühre.¹¹⁶ Mit der Verfahrenseröffnung werde die Gesellschaft aufgelöst. Außerhalb des Insolvenzverfahrens bedürfe es zur Auflösung der Gesellschaft eines Gesellschafterbeschlusses (§§ 60 Nr. 2 GmbHG, 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG). Auch mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens werde die Gesellschaft aufgelöst. Für die Einordnung der Antragstellung als Strukturmaßnahme spreche auch der durch die Verfahrenseröffnung eintretende Kompetenzverlust der Anteilshaber.¹¹⁷ Es obliege fernab eines zwingenden Insolvenzgrundes allein den Gesellschaftern als Eigentümern des Unternehmens, ob und wie das Unternehmen saniert werden solle.¹¹⁸ Sobald das Verfahren eröffnet sei, führe dies für die Anteilseigner zu einer schwerwiegenden Verschlechterung ihrer Rechtsposition.¹¹⁹ Sie verlören die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen (§ 80 InsO). Durch die insolvenzrechtliche Regelung des Stimmrechts gingen wesentliche Mitwirkungsrechte verloren.¹²⁰ Erst der Eintritt eines zwingenden Insolvenzgrundes markiere den Punkt, an dem diese Entscheidungsbefugnis den Gesellschaftern aus der Hand genommen werden könne. Der Eröffnungsantrag

¹⁰⁹ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121 (1123).

¹¹⁰ *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197 (1203).

¹¹¹ *Schäfer*, in: FS Müller-Graff, S. 248; *ders.*, ZIP 2013, 2237 (2242); *ders.* in: MüKo BGB, § 728 Rn 11; *Zipperer*, ZIP 2015, 2002 (2003); *Spliedt* in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 38; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121 (1125); *Schmerbach* in: FK-InsO, § 18 Rn 31; *Wertenbruch*, DB 2013, 1592 (1593 ff.); *ders.*, ZIP 2013, 1693 (1703); OLG München v. 21.03.2013 – 23 U 3344/12 = ZIP 2013, 1121 (1123).

¹¹² *K. Schmidt* in: K. Schmidt InsO, § 18 Rn. 31; *Wolfer* in: BeckOK InsO, Fridgen/Geiwitz/Göpfert, § 18 Rn. 7.

¹¹³ *Wortberg*, ZInsO 2004, 1592 (1594); *Wertenbruch*, DB 2013, 1592 (1594), jeweils mit Berufung auf die Holz-müller-Doktrin.

¹¹⁴ *K. Schmidt* in: K. Schmidt InsO, § 18 Rn 31.

¹¹⁵ *Schäfer* in: MüKo BGB, § 728 Rn 11.

¹¹⁶ *Schäfer*, in: FS Müller-Graff, S. 241 (248); *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121 (1125).

¹¹⁷ *Schäfer*, in: FS Müller-Graff, S. 241 (248).

¹¹⁸ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1124.

¹¹⁹ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1125.

¹²⁰ *Schäfer*, in: FS Müller-Graff, S. 241 (248).

bei drohender Zahlungsunfähigkeit sei nur eine Option und keine Pflicht. Daher treffe die Geschäftsleitung bis zum Eintritt eines Insolvenzgrundes die Pflicht, sich weiterhin um eine Rettung der Gesellschaft zu bemühen und die Geschäftsleitung am Unternehmensinteresse auszurichten, welches wiederum auf den Erhalt der Gesellschaft gerichtet sei.¹²¹ Die Stellung des Insolvenzantrages könne aus diesen Gründen nicht als bloße Geschäftsführungsmaßnahme angesehen werden, sondern sei ein Grundlagengeschäft.

Anders wird dies teilweise bei den Personengesellschaften beurteilt, hier soll nach teilweise vertretenen Ansicht kein Gesellschafterbeschluss eingeholt werden müssen.¹²² Zu berücksichtigen ist hierbei, dass sich bei den Personengesellschaften die Frage nach der Kompetenz zur Antragsstellung nicht nur bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit, sondern auch bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung stellt, da eine Antragspflicht bei Personengesellschaften nicht besteht. Demgemäß wird vertreten, die gesellschaftsrechtlichen Beschlussanforderungen seien bei der Entscheidung über die Einleitung eines Insolvenzverfahrens zu berücksichtigen, sofern noch kein Antragszwang bestehe.¹²³ § 238a InsO gelte für die sich außerhalb des Insolvenzverfahrens vollziehende Beschlussfassung nicht.¹²⁴

Umstritten ist weiterhin, mit welcher **Mehrheit** ein etwaiger Beschluss der Gesellschafter getroffen werden muss. Vertreten wird, dass es einer qualifizierten (satzungsändernden) Mehrheit bedürfe.¹²⁵ Bei Personengesellschaften komme es darauf an, ob die Auflösung in eine Mehrheitsklausel einbezogen sei.¹²⁶ Teilweise wird auch vertreten, dass es bei Personengesellschaften stets eines einstimmigen Beschlusses bedürfe.¹²⁷

II. Stellungnahme

Die Antragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit ist als Grundlagengeschäft zu bewerten und bedarf demgemäß eines vorherigen Gesellschafterbeschlusses. Bei der Aktiengesellschaft ist eine Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich.¹²⁸ Eines Beschlusses der Hauptversammlung bedarf es nicht.¹²⁹ Ein solcher wäre bei Gesellschaften mit vielen Aktionären unpraktikabel, zudem würde kein entsprechender Mehrwert entgegenstehen. Durch die Zustimmung des Aufsichtsrats findet eine ausreichende Kontrolle des Vorstandes statt.

Mit Eröffnung des Verfahrens wird nicht nur die Gesellschaft aufgelöst, sondern die Gesellschafter werden in weitem Umfang ihrer Rechte enthoben. Das Gesetz sieht Antragspflich-

¹²¹ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121 (1121). Folgt man dieser Ansicht, so stellt sich die Folgefrage nach der erforderlichen Mehrheit für den Beschluss der Gesellschafterversammlung. Insoweit wird vertreten, dass für den Beschluss in Analogie zu § 60 Nr. 2 GmbHG eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist. Die Analogie ergäbe sich daraus, dass auch mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Gesellschaft aufgelöst werde. Vgl. *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121 (1125).

¹²² *Schmerbach* in: FK-InsO, § 18 Rn 31.

¹²³ *Spliedt* in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 38.

¹²⁴ *Spliedt* in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 38.

¹²⁵ *Wertenbruch*, DB 2013, 1592 (1594).

¹²⁶ *Schäfer* in: FS Müller-Graff, S. 241 (248).

¹²⁷ *Fölsing*, ZinsO 2013, 1325 (1328 f.).

¹²⁸ *K. Schmidt* in: K. Schmidt InsO, § 18 Rn. 31; *Wolfer* in: BeckOK InsO, Fridgen/Geiwitz/Göpfert, § 18 Rn. 7.

¹²⁹ *K. Schmidt* in: K. Schmidt InsO, § 18 Rn. 31.

ten vor, wenn die finanziellen Interessen der Gläubiger in dem Maße gefährdet sind, dass ein gerichtliches Verfahren zur Sicherung der verbleibenden finanziellen Mittel zwingend geboten erscheint. In diesem Fall ist kein Gesellschafterbeschluss im Innenverhältnis erforderlich. Vor Eintritt der Antragspflichten treten die Interessen der Gesellschafter als wirtschaftliche Eigentümer des Gesellschaftsunternehmens in den Vordergrund.¹³⁰ Es steht den Gesellschaftern die Entscheidung zu, die Gesellschaft außergerichtlich oder gerichtlich zu sanieren, sodass für die fakultative Antragstellung im Innenverhältnis ein Gesellschafterbeschluss erforderlich ist. Es handelt sich auch deshalb um ein Grundlagengeschäft, da die Insolvenzeröffnung die Verfassung der Gesellschaft direkt berührt. Mit Insolvenzeröffnung endet die werbende Tätigkeit der Gesellschaft. Die Gesellschaft wird durch die Eröffnung des Verfahrens aufgelöst. Nach den gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeiten entscheiden über die Auflösung die Gesellschafter durch Beschluss (§§ 161 II, 131 Abs. 1 Nr. 1 HGB, 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, 119 Abs. 1 Nr. 8 AktG). Die Geschäftsführungsorgane dürfen die Insolvenzeröffnung bei drohender Zahlungsunfähigkeit nicht gegen den Willen der Gesellschafter beantragen.¹³¹ Eine Antragspflicht besteht bei drohender Zahlungsunfähigkeit nicht, sodass dem antragsberechtigten Organ keine Haftung wegen Insolvenzverschleppung droht.

Selbst bei der Annahme einer (bloßen) Geschäftsführungsmaßnahme bestünde bei Personengesellschaften und der GmbH eine Pflicht zur Einholung eines Gesellschafterbeschlusses. Es würde sich dann nämlich jedenfalls um eine außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme handeln. Bei der GmbH sind die Gesellschafter für alle außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen zuständig; die Geschäftsführung ist grundsätzlich an das Direktionsrecht der Gesellschafter gebunden.¹³² Bei der Aktiengesellschaft ist dies nicht der Fall. Nach richtiger Auffassung stellt die Antragstellung allerdings ein Grundlagengeschäft dar, weshalb aus diesem Grund die Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich ist.

Der Gesellschafterbeschluss bedarf als satzungsändernde Maßnahme bei den Kapitalgesellschaften einer qualifizierten Mehrheit. Es gelten dieselben Grundsätze wie beim Auflösungsbeschluss. Bei Personengesellschaften ist nicht stets ein einstimmiger Beschluss erforderlich. Entscheidend ist vielmehr, ob die Auflösung der Gesellschaft in eine Mehrheitsklausel einbezogen ist. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, den Gesellschafterbeschluss hinsichtlich der Stellung des Insolvenzantrages strenger zu behandeln als den Auflösungsbeschluss. In beiden Fällen ist die Auflösung der Gesellschaft die Folge. Die Gesellschafter haben sich durch die Mehrheitsklausel bewusst dafür entschieden, dass die Auflösung der Gesellschaft durch die Mehrheit gegen den Willen einzelner entschieden werden kann. Hieran sind sie auch im Falle Insolvenzantragstellung gebunden.

¹³⁰ OLG München, NZG 2013, 742 (744).

¹³¹ Haas, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 60 Rdnr. 29, § 64 Rdnr. 161; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121 (1123 ff.); *Wortberg*, ZInsO 2004, 707 (708).

¹³² *Rhode* in: *Nerlich/Kreplin*, Münch. Hdb. Insolvenz und Sanierung, § 27 Rn. 40.

D. Ergebnis der vorstehenden Untersuchung

Der Gesetzgeber will die Sanierungschancen verbessern. Dieses rechtsökonomisch sinnvolle Ziel kann er ohne die Einbeziehung der Anteilshaber nicht erreichen, sodass bereits bei der Stellung des Eröffnungsantrags die Mitwirkung der Gesellschafter gefragt ist. Dies gilt umso mehr bei Personengesellschaften, da für die Gesellschafter einer Personengesellschaft selbst bei Überschuldung der Gesellschaft oder Zahlungsunfähigkeit keine Antragspflicht besteht. Müssen die Anteilshaber damit rechnen, im Insolvenzverfahren sämtliche Rechte einzubüßen, werden sie den Eröffnungsantrag nicht ohne Not stellen. Es entsteht ein Anreiz für die Gesellschafter, ihr Glück in der außergerichtlichen Sanierung zu suchen. Diese aber ist oftmals weniger erfolgversprechend als ein gerichtlich betreutes und vom Insolvenzverwalter geleitetes Verfahren. Will der Gesetzgeber eine frühe Antragsstellung erreichen, muss er die Anteilshaberrechte in angemessenem Umfang schützen. Ob dies gelungen ist, erscheint zweifelhaft, da nach dem ESUG die Anteilshaber nicht nur mit einem weitgehenden Kompetenzverlust, sondern sogar mit dem Ausschluss aus der (sanierungsfähigen) Gesellschaft zu rechnen haben.

Die Anteilshaber können eine Antragstellung durch ihre Vertretungsorgane nicht verhindern. Die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis besteht nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen. Die eigenmächtige Antragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit stellt zwar eine Pflichtverletzung dar, da die Antragstellung als Grundlagengeschäft einzuordnen ist, welches der Zustimmung der Anteilshaber bedarf; hieraus können jedoch allenfalls Schadensersatzansprüche erwachsen. Das Insolvenzverfahren nimmt davon unabhängig seinen Gang. Die Verfahrenseröffnung ist wirksam.

Kapitel 2: Schuldnerschutz im eröffneten Verfahren

A. Einführung und Hauptzweck des Verfahrens

I. Einführung

Um die Rechtsstellung der Anteilsinhaber bestimmen zu können, muss zunächst einmal geklärt werden, welche Zielsetzung die Insolvenzordnung grundsätzlich verfolgt. Es stellt sich die Frage, ob die Rechte der Anteilsinhaber auch fernab ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen zu wahren sind, mithin die Insolvenzordnung also auch den Schuldnerschutz bezweckt. Unterstellt man dies, können sich daraus konkrete Rechte der Anteilsinhaber ableiten lassen. Die Anteilsinhaber könnten dann die übrigen Verfahrensbeteiligten darauf in Anspruch nehmen, ihre Rechte zu wahren. So ist zu untersuchen, ob der Insolvenzverwalter bei seiner Tätigkeit neben den Interessen der Gläubiger auch den Interessen der Anteilsinhaber verpflichtet ist. § 60 InsO bestimmt, dass der Insolvenzverwalter im Falle schuldhafter Pflichtverletzung gegenüber den Anteilsinhabern haftet. Weitgehend ungeklärt ist, inwieweit er verpflichtet ist, Interessen der Anteilsinhaber (aktiv) zu schützen. Bei dieser Frage kommt auch dem Insolvenzziel Bedeutung zu, denn der Insolvenzverwalter ist an den Insolvenzziel gebunden.¹³³ Nach herrschender Meinung werden die Befugnisse des Insolvenzverwalters aus § 80 InsO durch den Insolvenzverfahrenszweck bestimmt und beschränkt.¹³⁴ Bei evidenter Insolvenzzielwidrigkeit ist die Rechtshandlung des Insolvenzverwalters in entsprechender Anwendung der Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht unwirksam.¹³⁵ Liegt keine evidente Insolvenzzielwidrigkeit vor, sind die Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters dagegen wirksam. Der Insolvenzziel erlangt somit Bedeutung bei der Frage der Kompetenzen der Verfahrensorgane.¹³⁶ Eine mögliche Bindung des Insolvenzverwalters an die Interessen der Anteilsinhaber wird insbesondere dann praktisch relevant, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger ausreicht. Darf sich dann

¹³³ BGH, Urt. v. 25.04.2002 – IX ZR 313/99 = NZI 2002, 375; *App* in: FK-InsO, § 80 Rn. 11; *Delhaes* in: Nerlich/Römermann InsO, 26. EL 2014, § 55 Rn. 3.

¹³⁴ *Bitter* in: Scholz GmbHG, Vor § 64 Rn. 135.

¹³⁵ *Bitter* in: Scholz GmbHG, Vor § 64 Rn. 135; BGH, Urt. v. 25.04.2002 – IX ZR 313/99 = NZI 2002, 375; *App* in: FK-InsO, § 80 Rn. 11; *Delhaes* in: Nerlich/Römermann InsO, 26. EL 2014, § 55 Rn. 3. Unwirksamkeit wird angenommen, wenn der Widerspruch zum Insolvenzziel unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten für jeden verständigen Beobachter ohne weiteres ersichtlich ist (BGH, Urt. v. 25.04.2002 – IX ZR 313/99). Damit bejaht der BGH die Heranziehung der zum Missbrauch der Vertretungsmacht entwickelten Grundsätze auf den Fall des insolvenzzielwidrigen Handelns des Insolvenzverwalters. So können die Vertragspartner grundsätzlich davon ausgehen, dass der Insolvenzverwalter sich redlich verhält. In diesem Fall sind auch insolvenzzielwidrige Verträge wirksam, da der Insolvenzverwalter diese im Rahmen seines „Könnens im Außenverhältnis“ abschließt. Die Grenze ist jedoch erreicht, wenn das Handeln des Insolvenzverwalters evident gegen den Insolvenzziel verstößt. Bei der Abwägung zwischen dem Schutz der Insolvenzmasse einerseits und dem Vertrauensschutz redlicher Geschäftspartner andererseits, ist bei Evidenz dem Schutz der Insolvenzmasse der Vorrang einzuräumen. Unwirksam ist eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters demnach, wenn die Insolvenzzielwidrigkeit objektiv evident ist und sich dem Geschäftspartner aufgrund der Umstände des Einzelfalles die Unvereinbarkeit des Handelns des Insolvenzverwalters mit dem Zweck des Insolvenzverfahrens aufdrängen muss.

¹³⁶ So auch: *K. Schmidt* in: K. Schmidt InsO, § 1 Rn 2.

der Insolvenzverwalter damit zufrieden geben, gerade soviel Vermögen zu erwirtschaften, dass die Kosten des Verfahrens beglichen und die Gläubiger befriedigt werden können? Oder muss er die Maximierung der Masse auch im Interesse der Schuldnergesellschaft beziehungsweise deren Anteilshaber anstreben? Kann sich aus Sicht der Anteilshaber sogar ein „Recht auf Sanierung“ ergeben, wenn die Sanierung gegenüber der Zerschlagung aus betriebswirtschaftlicher Sicht sinnvoller ist und schutzwürdige Gläubigerinteressen nicht tangiert werden? Das ESUG hat neuen Anlass gegeben sich mit diesen Fragen zu beschäftigen. Erklärtes Ziel des ESUG war die Förderung von Sanierungen.¹³⁷ Es ist daher der Frage nachzugehen, ob der reformierten Insolvenzordnung nun auch ein Recht auf Sanierung entnommen werden kann.

Bedeutung erlangen die Zielvorgaben der Insolvenzordnung weiterhin dann, wenn von der Insolvenzordnung Fragen offen gelassen wurden.¹³⁸ Der Verfahrenszweck ist dann als Richtschnur im Rahmen einer teleologischen Auslegung der jeweiligen Norm heranzuziehen.¹³⁹ Den genannten Fragen soll im folgenden Abschnitt nachgegangen werden, um die Rechtsstellung der Anteilshaber im Gesamtkonzept der Insolvenzordnung zu verorten und zu ergründen, ob und gegebenenfalls welche Rechte den Anteilshabern gegenüber anderen Verfahrensbeteiligten zustehen.

II. Kein rein exekutorischer Charakter und Restschuldbefreiung

Das Ziel des Insolvenzverfahrens ist in § 1 InsO ausdrücklich geregelt. Dort heißt es im ersten Satz:

„Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird.“

Es geht bereits aus dem Wortlaut hervor und ist in der Literatur unstreitig, dass das Insolvenzverfahren jedenfalls nicht nur rein exekutorischen Charakter hat.¹⁴⁰ Dies galt noch für die Konkursordnung¹⁴¹, hat sich aber bereits durch das Inkrafttreten der Insolvenzordnung geändert. Die Liquidation ist seither eine bloße Verfahrensalternative. Die Sanierung steht (mindestens¹⁴²) gleichberechtigt neben ihr.¹⁴³ Mit dem ESUG wurde nun ein weiterer Schritt unternommen auf dem Weg zur Lösung von den exekutorischen Wurzeln.¹⁴⁴ Die Förderung

¹³⁷ K. Schmidt in: K. Schmidt InsO, Einl. Rn 16; Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 1 f.

¹³⁸ Kießner in: Braun Insolvenzordnung, § 1 Rn 1; Leithaus in: Andres/Leithaus, InsO, § 1 Rn. 1; K. Schmidt in K. Schmidt InsO, § 1 Rn. 2; Schmerbach in: FK-InsO, § 1 Rn. 14.

¹³⁹ K. Schmidt in K. Schmidt InsO, § 1 Rn. 2; Kießner in: Braun InsO, § 1 Rn 1; A. Schmidt in: HambKomm InsR, § 1 Rn 56.

¹⁴⁰ K. Schmidt, ZIP 2012, 2087; Schmerbach in: FK-InsO, § 1 Rn. 3; Andres/Möhlenkamp, BB 2013, 579.

¹⁴¹ Schmerbach in: FK-InsO, § 1 Rn. 9.

¹⁴² Vgl. zur Sanierung als Teilziel der Insolvenz sogleich Abschnitt B. I.

¹⁴³ Undritz in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 1; Kießner in: Braun InsO, § 1 Rn. 3; Uhlenbruck in: Uhlenbruck InsO, § 157 Rn. 5, A. Schmidt in: HambKomm InsR, § 1 Rn. 2.

¹⁴⁴ K. Schmidt, ZIP 2012, 2085 (2087).

von Sanierungen war eines der erklärten Ziele der ESUG-Reform.¹⁴⁵ Verloren hat die Insolvenzordnung ihren vollstreckungsrechtlichen Charakter jedoch nicht.¹⁴⁶ Es wird in das Schuldnervermögen vollstreckt, um die Gläubiger aus dem verbleibenden Vermögen bestmöglich zu befriedigen.¹⁴⁷ Dafür sind diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die die Erzielung einer möglichst hohen Masse erwarten lassen. So kann die Zerschlagung gegenüber der Sanierung die bessere Alternative sein. Fraglich ist aber, ob bei der Verwertung des Schuldnervermögens im Interesse der Anteilsinhaber Grenzen zu setzen sind.

Im zweiten Satz des § 1 InsO heißt es:

„Dem redlichen Schuldner wird Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien.“

Auch hierbei handelt es sich nach allgemeiner Meinung um ein Ziel des Insolvenzverfahrens.¹⁴⁸ Gemeint ist damit zwar nur die natürliche Person als Schuldner;¹⁴⁹ im Insolvenzplanverfahren erstreckt § 227 Abs. 2 InsO diesen Grundsatz jedoch auch auf die Anteilsinhaber einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit. Mithin geht es im Insolvenzverfahren nicht nur um den Verlust des eingesetzten Kapitals, sondern auch um die Realisierung der persönlichen Haftung.

III. Optimale Gläubigerbefriedigung als Hauptzweck des Verfahrens

Ausgehend vom Gesetzeswortlaut des § 1 InsO ist nach allgemeiner Meinung die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung Ziel der Insolvenz.¹⁵⁰ Das Verfahren muss von dieser Zielsetzung geleitet sein.¹⁵¹ Zu Gunsten der Gläubiger muss eine möglichst hohe Haftungsmasse realisiert werden. Damit soll zugleich die Haftung des Schuldners beziehungsweise der Anteilsinhaber der Schuldnergesellschaft durchgesetzt werden.¹⁵² Das Gebot der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung ist nicht nur in § 1 InsO verankert, sondern liegt auch anderen Normen der Insolvenzordnung zugrunde. So weist § 157 InsO der Gläubigerversammlung das Recht zu, über den Fortgang des Verfahrens zu entscheiden und folglich darüber, wie das schuldnerische Unternehmen verwertet wird. Der durch die Verwertung des Unternehmens erzielte Erlös steht (nach Abzug der Masseverbindlichkeiten und der Kosten des Verfahrens nach §§ 53 ff. InsO sowie der Aussonderungs- und Absonderungsrechte nach §§ 47 ff. InsO) nach der Verteilungsreihenfolge der Insolvenzordnung im vollem Umfang der bestehenden Forderungen den Gläubigern zu. An die Anteilsinhaber wird nur der Überschuss ausgekehrt, der verbleibt, wenn die Verfahrenskosten sowie die Masseverbindlichkeiten beglichen und

¹⁴⁵ K. Schmidt in: K. Schmidt InsO, Einl. Rn 16; Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 1 f.

¹⁴⁶ K. Schmidt in: K. Schmidt InsO, § 1 Rn. 4.

¹⁴⁷ Madaus, ZGR 2011, 749 (752).

¹⁴⁸ Ahrens in: Fachanwaltskommentar Insolvenzrecht (im Weiteren: FAK InsR), § 1 Rn. 8; A. Schmidt, HambKomm InsR, § 1 Rn. 35; Schmerbach in: FK-InsO, § 1 Rn. 13; a.A. Henckel in: Jaeger InsO, § 1 Rn. 20.

¹⁴⁹ Statt aller: Ahrens in: FAK InsR, § 1 Rn. 42.

¹⁵⁰ A. Schmidt in: HambKomm InsR, § 1 Rn. 16; K. Schmidt in: K. Schmidt, InsO § 1 Rn. 4; Schmerbach in: FK-InsO, § 1 Rn. 11.

¹⁵¹ Undritz in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 2.

¹⁵² Kießner in: Braun InsO, § 1 Rn 1; Uhlenbruck, WM 1996, 811 (811).

alle Gläubiger voll befriedigt sind (§ 199 InsO). Selbst wenn die Anteilshaber ihrerseits als Gläubiger am Verfahren beteiligt sind, sind sie mit ihren Darlehen gegenüber den restlichen Gläubigern gemäß § 39 I Nr. 5 InsO nachrangig.¹⁵³

Die Gläubiger können grundsätzlich selbst bestimmen, auf welche Art sie die Befriedigung ihrer Forderung im Rahmen des Verfahrens verfolgen.¹⁵⁴ Es herrscht der Grundsatz der Gläubigerautonomie. Dies ergibt sich für das Regelverfahren aus § 157 InsO. Der Gesetzgeber vertraut darauf, dass die Beteiligten eine marktwirtschaftlich vernünftige Wahl treffen, die zur wirtschaftlich sinnvollsten Verwertung der Ressourcen führt.¹⁵⁵

B. Weitere Zwecke des Verfahrens

I. Die Sanierung als Teilziel der Insolvenz

Fraglich ist, ob neben der Maximierung der Haftungsmasse zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger weitere Teil- und Nebenziele des Verfahrens, wie die Sanierung der Gesellschaft oder der Schuldnerschutz, anzuerkennen sind. Dagegen spricht nicht, dass weitere Ziele nicht ausdrücklich in der Insolvenzordnung genannt sind.¹⁵⁶ Von dem in § 1 Satz 1 normierten Insolvenzszweck kann durch privatautonome Vereinbarungen abgewichen werden, nämlich im Insolvenzplanverfahren. Privatautonom können die Beteiligten jede beliebige Regelung treffen; so kann etwa auch in Absonderungsrechte eingegriffen werden.¹⁵⁷ Dies wird abgesichert durch das Mehrheitserfordernis, den Minderheitenschutz und ein gerichtlich überprüfbares Obstruktionsverbot.¹⁵⁸

In der Literatur wird teilweise vertreten, die Sanierung und damit der Erhalt des unternehmerischen Rechtsträgers sei neben der Gläubigerbefriedigung und der Restschuldbefreiung **gleichrangiges Primärziel** des Insolvenzverfahrens.¹⁵⁹ Der Gesetzgeber habe keine Hierarchie festgelegt und keines der möglichen Verfahrensziele dem anderen vorgezogen.¹⁶⁰ Dem Insolvenzverfahren sei insoweit auch eine vermögenserhaltende Funktion beizumessen.¹⁶¹ Das ESUG bestätige diese Betrachtungsweise, da die Sanierungsaussichten von Unternehmen erhöht werden sollten.¹⁶² Teilweise wird die Sanierung als **eigenständiges Neben- oder Teilziel** des Insolvenzverfahrens angesehen.¹⁶³ Dem Insolvenzrecht komme eine Entschuldungs- und Sanierungsfunktion zu.¹⁶⁴ Die bestmögliche Gläubigerbefriedigung sei zwar erwünscht,

¹⁵³ Bei Gesellschaften, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter haben, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

¹⁵⁴ *Leithaus* in: Andres/Leithaus InsO, § 1 Rn 2.

¹⁵⁵ RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 75 ff; *Balthasar* in: Nerlich/Römermann InsO, § 157 Rn. 5 f.

¹⁵⁶ So auch: Prütting in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 1 Rn. 3 und Kexel in: Graf-Schlicker InsO, § 1 Rn. 1.

¹⁵⁷ *Kießner* in: Braun InsO, § 1 Rn. 8.

¹⁵⁸ *Kießner* in: Braun InsO, § 1 Rn. 8.

¹⁵⁹ *Ahrens* in: FAK InsR, § 1 Rn. 8; *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 356.

¹⁶⁰ *Ahrens* in: FAK InsR, § 1 Rn. 8.

¹⁶¹ *Ahrens* in: FAK InsR, § 1 Rn. 40.

¹⁶² *Ahrens* in: FAK InsR, § 1 Rn. 40.

¹⁶³ *Smid/Leonhardt* in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO § 1 Rn. 43; K.Schmidt, AG 2006, 597 (604).

¹⁶⁴ *Smid/Leonhardt* in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO § 1 Rn. 46.

könne aber kein absolutes Ziel der Insolvenzordnung sein.¹⁶⁵ Bisweilen wird vertreten, der Erhalt des Unternehmens sei ein **nachgeordnetes beziehungsweise partielles Verfahrensziel**.¹⁶⁶ Der Gesetzgeber gebe der Sanierung den Vorrang, solange für die Gläubiger zumindest die gleichen Befriedigungschancen bestünden wie bei der Liquidation.¹⁶⁷ In die gleiche Richtung gehen Stimmen, die die Grenze der Entscheidungskompetenz der Gläubigerversammlung nach § 157 InsO in den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten des Schuldnerunternehmens sehen.¹⁶⁸ Danach soll die Gläubigerversammlung eine wirtschaftlich tragfähige Entscheidung treffen.¹⁶⁹ Die Sanierungsfunktion müsse aber hinter der Haftungsfunktion des Insolvenzrechts zurücktreten.¹⁷⁰

Die Gegenauffassung verneint die Anerkennung der Sanierung als Verfahrensziel.¹⁷¹ Die Sanierung sei lediglich „Mittel zum Zweck“¹⁷² beziehungsweise eines von mehreren Instrumenten der Haftungsverwirklichung.¹⁷³ Ausschließlich das Ziel der Gläubigerbefriedigung sei maßgeblich.¹⁷⁴ Die Sanierung sei bloßer Reflex und kein Selbstzweck.¹⁷⁵ Eine Sanierung komme nur dann in Betracht, wenn hierdurch eine bessere Gläubigerbefriedigung als bei der Liquidation des Vermögens in Aussicht steht. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass ein insolventes Unternehmen auf Kosten der Gläubiger saniert werde. Die Wahl zwischen Sanierung und Liquidation soll selbst dann autonom von den Gläubigern getroffen werden können, wenn eine der beiden Varianten wirtschaftlich klar vorteilhafter ist. Begründet wird dies damit, dass letztendlich die Gläubiger das wirtschaftliche Risiko einer Fehlentscheidung tragen müssten.¹⁷⁶ Sie seien diejenigen, die mit ihren Forderungen ausfallen, wenn die gewählte Verfahrensart nicht den erhofften Erlös erziele. Wer das Risiko trage, solle auch die Entscheidungen treffen dürfen.¹⁷⁷ Auch da marktwirtschaftliche Entscheidungen immer risikoreich sind, solle die Gläubigerversammlung bei ihrer Entscheidung an keinerlei Vorgaben gebunden sein.¹⁷⁸ Die Entscheidung über das Verfahrensziel liege ausschließlich in ihren Händen.¹⁷⁹ Der Insolvenzverwalter muss darum bemüht sein, aus dem Schuldnervermögen

¹⁶⁵ A. Schmidt in: HambKomm InsR, § 1 Rn. 26.

¹⁶⁶ Ganter in: MüKo InsO, § 1 Rn. 85.

¹⁶⁷ Ganter in: MüKo InsO, § 1 Rn. 85.

¹⁶⁸ Esser in: Braun InsO, § 157 Rn. 3.

¹⁶⁹ Esser in: Braun InsO, § 157 Rn. 3.

¹⁷⁰ Smid/Leonhardt in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO § 1 Rn. 46.

¹⁷¹ Schmerbach in: FK-InsO, Vorb. §§ 1 ff. InsO, Rn. 31; Kießner in: Braun InsO, § 1 Rn. 1; Henckel in: Jaeger InsO, § 1 Rn. 8 (letzterer allerdings noch zur Rechtslage vor ESUG).

¹⁷² Undritz in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 8; Bitter, ZGR 2010, 147 (152); Pape in: Uhlenbruck InsO, § 1 Rn 1; Landfermann, WM 2012, 821 (822).

¹⁷³ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (428); Eidenmüller, ZIP 2010, 649 (659); Spee, S. 18.

¹⁷⁴ Landfermann, WM 2012, 821 (822); Schmerbach in: FK-InsO, § 1 Rn. 11.

¹⁷⁵ Bitter, ZGR 2010, 147 (152); Eidenmüller, ZIP 2010, 649 (659); Brinkmann/Zipperer, ZIP 2011, 1337 (1338).

¹⁷⁶ Görg in: MüKo InsO, § 157 Rn. 3; Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 17; Balthasar in: Nerlich/Römermann, InsO § 157 Rn 5 (Loseblatt: Stand Januar 1999).

¹⁷⁷ Görg in: MüKo InsO, § 157 Rn. 3; Uhlenbruck in: Uhlenbruck InsO, § 157 Rn. 1; Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 17; Balthasar in: Nerlich/Römermann, InsO § 157 Rn 5 (Loseblatt: Stand Januar 1999).

¹⁷⁸ Balthasar in: Nerlich/Römermann InsO, § 157 Rn. 8 (Loseblatt: Stand Jan 1999).

¹⁷⁹ Uhlenbruck in: Uhlenbruck InsO, § 157 Rn. 1.

den maximalen Erlös zur Verteilung an die Gläubiger zu erzielen.¹⁸⁰ Auch dies spreche gegen die Einordnung der Sanierung als Verfahrensziel. Es sei die Verwertungsalternative zu wählen, die den höheren Gewinn verspreche.¹⁸¹

II. Schutzposition des Schuldners im Insolvenzverfahren?

Fraglich ist weiterhin, ob dem Schuldner, das heißt der Schuldnergesellschaft und deren Anteilsinhabern, im Insolvenzverfahren eine eigene Schutzposition zukommt. Dies ist unabhängig von der Frage zu beurteilen, ob die Sanierung Teilziel des Verfahrens ist. Der Schuldnerschutz spielt nämlich nicht nur bei der Wahl zwischen Sanierung und Zerschlagung eine Rolle, sondern wird auch *innerhalb* der gewählten Verfahrensvariante relevant.

Teilweise wird vertreten, im eröffneten Verfahren seien stets auch die Schuldnerinteressen zu berücksichtigen.¹⁸² Wie das Einzelzwangsvollstreckungsverfahren könne auch das Insolvenzverfahren nicht ausschließlich an den Interessen der Gläubiger ausgerichtet sein.¹⁸³ Bisweilen wird vertreten, der Schuldner habe einen Anspruch auf bestmögliche Masseverwertung, damit er eine möglichst hohe Enthftung oder gar einen Überschuss erzielen könne.¹⁸⁴ Dem Schuldner soll dadurch die Chance zum wirtschaftlichen Neustart gegeben werden.¹⁸⁵ Dies gelte nicht nur für die Verbraucherinsolvenz, sondern auch für die Unternehmensinsolvenz.¹⁸⁶

Die Gegenauffassung versagt dem Schuldner in der Insolvenz eine eigene Schutzposition.¹⁸⁷ Auch eine schützenswerte Rechtsposition der Anteilseigner wird in der Literatur kritisch beurteilt.¹⁸⁸ Das Insolvenzverfahren sei allein auf die Durchsetzung der subjektiven Rechte der Insolvenzgläubiger gerichtet und dürfe nicht dazu benutzt werden, Allgemeininteressen zu verfolgen.¹⁸⁹ Zu diesen Allgemeininteressen seien auch die Gesellschafterinteressen zu zählen.¹⁹⁰ Eine dahingehende Deutung des Insolvenzszweckes widerspreche dem Wortlaut des Gesetzes.¹⁹¹ Des Weiteren wird argumentiert, die Ausfüllung des § 1 InsO sei nicht nur eine rechtliche, sondern auch eine politische Entscheidung. Demgemäß müsse das Insolvenzverfahren einen „disziplinierenden Effekt“ haben.¹⁹² Das Verfahren sei so auszugestalten, dass

¹⁸⁰ *Madaus*, ZGR 2011, 749 (752).

¹⁸¹ *Madaus*, ZGR 2011, 749 (752).

¹⁸² *Pape* in: Uhlenbruck InsO, § 1 Rn 1, 16; *Ganter* in: MüKo InsO, § 1 Rn 56, 97.

¹⁸³ *Ganter* in: MüKo InsO, § 1 Rn 97.

¹⁸⁴ *Baumert* in: Braun InsO, § 60 Rn. 7.

¹⁸⁵ *Baumert* in: Braun InsO, § 60 Rn. 7.

¹⁸⁶ *Smid/Leonhardt* in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO § 1 Rn. 46 f.

¹⁸⁷ *Undritz* in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 1 Rn. 1.

¹⁸⁸ *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337 (1338); vgl. hierzu auch *Bitter*, ZGR 2010, 147 (189 ff.).

¹⁸⁹ *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337 (1338).

¹⁹⁰ *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337 (1338).

¹⁹¹ *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337 (1338).

¹⁹² *Thole*, JZ 2011, 765 (771).

es den Schuldner dazu anleite, die Eröffnung möglichst zu verhindern.¹⁹³ Dem Insolvenzverfahren soll mithin ein Abschreckungseffekt zukommen.¹⁹⁴

III. Stellungnahme

1. Sanierung als Teilziel des Verfahrens

a. Haftungsverwirklichung und Massemaximierung

Zweck und Ziel des Insolvenzverfahrens ist die Haftungsverwirklichung des Schuldners und die Erzielung einer möglichst großen Verteilungsmasse zum Zwecke der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung.¹⁹⁵ Die Sanierung ist nicht als eigenständiges Teilziel der Insolvenz anzuerkennen.¹⁹⁶ Zwar stünde die Anerkennung der Sanierung als Teilziel des Insolvenzverfahrens nicht im Konflikt mit dem Wortlaut des § 1 InsO, solange die Haftungsmasse dadurch nicht geschmälert wird. § 1 InsO ist aber nicht isoliert zu beurteilen, sondern im Gesamtkontext der Insolvenzordnung zu lesen. Ein Konflikt entsteht bei der Anerkennung der Sanierung als Teilziel mit dem Grundsatz der Gläubigerautonomie.¹⁹⁷ Nach § 157 InsO haben die Gläubiger das Recht, über den Fortgang des Verfahrens zu entscheiden. Ihnen steht nach der Konzeption der Insolvenzordnung die volle Herrschaft über das Verfahren zu. Sie haben selbst dann das Recht, über die Verfahrensart frei zu entscheiden, wenn die Sanierung vielversprechender sei als die Zerschlagung. Kann, wie es regelmäßig der Fall ist, nicht abgesehen werden, ob eine Sanierung sinnvoll erscheint, kann ohnehin nicht verlangt werden, dass die Gläubiger den Weg der Sanierung einschlagen. Eine Sanierung um jeden Preis ist nicht wünschenswert. Nur wenn die Gesellschaft sanierungswürdig und -fähig ist, kommt eine Sanierung überhaupt in Betracht.¹⁹⁸ Auch bei einer sanierungswürdigen und sanierungsfähigen Gesellschaft besteht jedoch ein freies Wahlrecht der Gläubigerversammlung. Die Liquidation kann stets als Verfahrensvariante gewählt werden. Sinn und Zweck der Insolvenzordnung stehen dem nicht entgegen. Das Insolvenzverfahren ist vom Grundsatz der Gläubigerautonomie geleitet.

b. Die Wahl der Verfahrensart als Prognoseentscheidung

In der Insolvenzsituation kann regelmäßig nicht abgesehen werden, ob durch eine Sanierung wirklich ein höherer Erlös gegenüber der Zerschlagung erzielt werden kann. Es ist eine Prognoseentscheidung zu treffen. Die Entwicklung in der freien Marktwirtschaft ist ungewiss. Es mag Fälle geben, in denen eine Sanierung schon von vornherein einen sicheren Erfolg ver-

¹⁹³ Thole, JZ 2011, 765 (771).

¹⁹⁴ Das Verfahren soll aber nicht Strafe oder Sanktion sein. Insolvenz sei nicht gleichbedeutend mit Verschulden. Dass die etwaige Fortführung des Unternehmens möglicherweise auch den Schuldner besser stelle, sei deshalb unproblematisch, Thole, JZ 2011, 765 (771).

¹⁹⁵ Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn 1.12; Kießner in: Braun InsO, § 1 Rn. 3.

¹⁹⁶ Schmerbach in: FK-InsO, Vorb. §§ 1 ff. InsO, Rn. 31; Kießner in: Braun InsO, § 1 Rn. 1; Spee, S. 18.

¹⁹⁷ Vgl. etwa § 157 InsO sowie die Ausführungen von Haas, NZG 2012, 961 (964) sowie Pape in: Uhlenbruck InsO, § 1 Rn 3.

¹⁹⁸ Von Sanierungsfähigkeit ist auszugehen, wenn Sanierungsmaßnahmen dazu führen können, dass die Zahlungsschwierigkeit oder die Überschuldung beseitigt werden und wieder eine angemessene Rentabilität hergestellt werden kann. Von Sanierungswürdigkeit ist auszugehen, wenn der Fortführungswert den zu erwartenden Zerschlagungswert übertrifft.

spricht, regelmäßig aber bergen Sanierungsfälle ein großes Risiko des Scheiterns. Es ist daher sachgerecht, denjenigen die Entscheidung zu überlassen, die letztlich dafür haften müssen. Dies sind die Gläubiger, welche vom Erlös vorrangig profitieren. Sie fallen mit ihren Forderungen aus, wenn die Sanierung nicht gelingt. Es ist unbillig, in das freie Wahlrecht der Gläubiger einzugreifen. Wer die Konsequenzen einer Entscheidung zu tragen hat, muss in dieser Entscheidung frei sein. Schutzwürdige Interessen der Anteilsinhaber sprechen nicht gegen diese Betrachtungsweise. Die Insolvenzordnung entzieht den Anteilsinhabern die Entscheidungsbefugnis über die Verwertung des verbleibenden Vermögens. Durch die Aufnahme von Fremdkapital haben sich die Gesellschafter dem insolvenzrechtlichen Dogma unterworfen. Können die Forderungen nicht mehr bedient werden, muss die Verwertung des Unternehmens hingenommen werden.

c. Praktische Erwägungen

Die Anerkennung der Sanierung als Teilziel der Insolvenz würde (nach geltender Rechtslage) auch an praktischen Erwägungen scheitern. Es stellt sich nämlich die Frage, wer die Entscheidung der Gläubiger für die Zerschlagung überstimmen müsste. In Betracht käme der Insolvenzverwalter. Dieser müsste jedoch einen von der Gläubigerversammlung gefassten Liquidationsbeschluss überstimmen und dies bei drohender Eigenhaftung nach § 60 InsO. Die Verantwortung für eine solch unsichere Prognoseentscheidung kann man, insbesondere aufgrund der Haftung, die dem Insolvenzverwalter gegenüber dem Schuldner und den Anteilsinhabern droht, nur schwerlich auf den Insolvenzverwalter abwälzen, selbst wenn man mit der herrschenden Meinung die „Business Judgement Rule“ aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG¹⁹⁹ auf die Entscheidungen des Insolvenzverwalters anwendet.²⁰⁰ Erst recht kann eine solche Prognoseentscheidung nicht dem Insolvenzgericht aufgebürdet werden. Die Eingriffsmöglichkeiten des Gerichts sind schwach ausgestaltet. Auch dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass die Gläubiger die Konsequenzen von Fehlentscheidungen zu tragen haben.²⁰¹ Die Insolvenzordnung erlaubt den Gläubigern „auf eigene Kosten Dummheiten zu begehen“.²⁰² Dies ist auch sachgerecht. Prognoseentscheidungen passen nicht in den Aufgabenkatalog den die Insolvenzordnung den Insolvenzgerichten zuweist. Das Insolvenzgericht beschließt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und bestimmt einen Insolvenzverwalter (§ 27 Abs. 1 InsO), es bestellt gemäß § 22a InsO gegebenenfalls einen vorläufigen Gläubigerausschuss und kann weitere vorläufige Maßnahmen treffen (§ 21 InsO). Gemäß § 58 Abs. 1 InsO hat das Insolvenzgericht den Insolvenzverwalter zu beaufsichtigen. Es zeigt sich anhand dieser Normen, dass Prognoseentscheidungen nach der Konzeption der Insolvenzordnung vom Insolvenzgericht gerade nicht zu treffen sind.²⁰³ Das Insolvenzgericht hat die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zu überwachen und nicht die Zweckmäßigkeit. Bei der Einführung der Insolvenzordnung

¹⁹⁹ Eine Pflichtverletzung liegt nach der Business Judgement Rule nicht vor, wenn das entscheidende Organ bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Entscheidungen zum Wohl der Gesellschaft zu handeln.

²⁰⁰ Vgl. hierzu mit weiteren Nachweisen: K. Schmidt in: K. Schmidt, Insolvenzordnung, Einl. Rn. 23.

²⁰¹ Görg in: MüKo InsO, § 157 Rn. 3.

²⁰² Görg in: MüKo InsO, § 157 Rn. 3.

²⁰³ So auch: Prütting in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 1 Rn 27.

wurde ursprünglich vorgeschlagen, dass die Entscheidung über Reorganisation oder Liquidation vom Insolvenzgericht getroffen werden solle,²⁰⁴ dieser Vorschlag fand jedoch im Gesetztext keine Berücksichtigung. Die geltende Insolvenzordnung ist vom Grundsatz der Gläubigerautonomie geleitet.

Auch unter Anwendung von § 78 InsO kann ein die Anteilsinhaber benachteiligender Beschluss der Gläubiger nicht aufgehoben werden. Nach Maßgabe des § 78 InsO ist der Insolvenzverwalter befugt, einen Antrag auf Aufhebung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung zu stellen, Voraussetzung für diesen Antrag ist aber, dass der betreffende Beschluss den *gemeinsamen* Interessen der Insolvenzgläubiger widerspricht. Eine Kontrolle erfolgt also nur am Maßstab der Gläubigerinteressen und nicht am Maßstab wirtschaftlicher Erwägungen. Über § 78 InsO kann ein Liquidationsbeschluss im Interesse der Anteilsinhaber nur aufgehoben werden, wenn Gläubiger- und Schuldnerinteressen ausnahmsweise deckungsgleich sind. Das sind Fälle, in denen das Auslassen einer Sanierungschance auch einen Teil der Gläubiger benachteiligen würde. Eine solche Benachteiligung durch den Beschluss der Gläubigerversammlung kann vorliegen, da das in § 78 InsO postulierte „gemeinsame Interesse der Insolvenzgläubiger“ auf bestmögliche und gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger und nicht nur der Mehrheit der Gläubiger gerichtet ist.²⁰⁵ Nur ganz ausnahmsweise kann über § 78 InsO daher einmal ein Liquidationsbeschluss durch das Gericht aufgehoben werden. In allen anderen Fällen obliegt dem Insolvenzgericht gerade nicht die Kontrolle der Gläubigerentscheidung über die Verfahrensart.

d. Schutzwürdiges Interesse an einer schnellen Verwertung

Gegen die Anerkennung der Sanierung als Teilziel der Insolvenz spricht auch, dass es aus Sicht der Gläubiger sachliche und schutzwürdige Gründe geben kann, auch dann auf eine Sanierung zu verzichten, wenn diese einen größeren Gewinn verspricht als die Liquidation. So können die Gläubiger daran interessiert sein, möglichst schnell an liquide Mittel zu kommen. Im Wege der Liquidation kann das verbleibende Vermögen des Schuldners „versilbert“ werden, ohne dass die Gläubiger ein weiteres Risiko eingehen müssen.²⁰⁶ Auch bei einer erfolgreichen Sanierung vergeht dagegen einige Zeit bis das Unternehmen wieder schwarze Zahlen schreibt. Zudem werden durch die Fortführung der Geschäfte neue Masseverbindlichkeiten begründet. Diese belasten die Insolvenzmasse. Bei Scheitern der Sanierung droht in einer Folgeinsolvenz der Totalausfall der Gläubiger mit ihren Forderungen. Dabei sei hier einmal ganz außer Acht gelassen, dass für eine Sanierung regelmäßig sogar weitere Beiträge der Sanierungsbeteiligten erforderlich sind. Zu Nachschüssen können die Sanierungsbeteiligten nicht gezwungen werden. Bei außergerichtlichen Sanierungen hat der BGH im „Akkordstörer“-Urteil²⁰⁷ bereits entschieden, dass die Gläubiger nicht zu einem Sanierungsbeitrag gezwungen werden können, mag die Sanierung auch noch so aussichtsreich sein. Im eröffneten Verfahren gilt dies ebenfalls. Einen Sanierungsbeitrag können dabei nicht nur Nach-

²⁰⁴ Görg in: MüKo InsO, § 157 Rn. 3.

²⁰⁵ Vgl. hierzu: Lind in: FAK InsO, § 78 Rn. 2.

²⁰⁶ Paulus, WM 2011, 2205 (2205).

²⁰⁷ BGH NJW 1992, 967 ff.

schüsse oder Forderungsverzichte darstellen. Ein Sanierungsbeitrag kann auch darin liegen, dass die Gläubiger zu Gunsten der Sanierung auf eine Liquidation verzichten und die Verwertung des Unternehmens zurückstellen.

e. Ursprünge der Insolvenzordnung und Gläubigerautonomie

Ein Rückblick auf die Ursprünge und die Entwicklung des Konkurs- und Insolvenzrechts führt zu keiner anderen Betrachtung. Das Konkursrecht war in seinen Ursprüngen auf Zerschlagung gerichtet.²⁰⁸ Mit der Ablösung der Konkursordnung durch die Insolvenzordnung kam die Sanierung als echte Alternative zur Zerschlagung hinzu. Die Begründung zum Regierungsentwurf InsO 1992 weist ausdrücklich darauf hin, dass die Erhaltung des Schuldnerunternehmens kein eigenständiges Ziel des Insolvenzverfahrens sein kann.²⁰⁹ Dass der Gesetzgeber das auch nach dem ESUG weiterhin so sieht, zeigt sich an der Gesetzesbegründung zum ESUG. Dort wird ausgeführt, die Erhaltung eines insolventen Unternehmens könne kein Selbstzweck sein.²¹⁰ Zudem trügen die Gläubiger das Risiko des Gelingens oder Scheiterns einer Sanierung. Aus diesem Grund sollten sie auch darüber entscheiden können, ob sie einen Sanierungsversuch unternehmen wollen oder nicht.²¹¹ In jüngerer Zeit wird die Sanierung gegenüber der Zerschlagung gefördert.²¹² Dies insbesondere deshalb, weil in der Praxis der Verwertungserlös für ein lebendes und als Einheit veräußertes Unternehmen häufig höher ist als die Summe der Einzelverwertungserlöse aus dem zerschlagenen Unternehmen.²¹³ Die Förderung der Sanierung kann aber nicht so weit gehen, dass sie den Gläubigern gegen deren Willen aufgezwungen wird. Der Wortlaut von § 1 InsO stützt diese Betrachtungsweise. Danach erfolgt die Befriedigung der Gläubiger, indem **entweder** das Schuldnervermögen verwertet wird **oder** eine Regelung zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Die Sanierung des Unternehmens ist bloßes Mittel zum Zweck der Gläubigerbefriedigung.

Mithin haben die Gläubiger damit die Möglichkeit eine beliebige Verfahrensart zu wählen, ohne dass es dabei auf die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit dieses Vorgehens für die Gesellschaft oder deren Anteilsinhaber ankommt. Die Gläubiger können sich aufgrund ihrer Verfahrensautonomie auch dann für eine Zerschlagung entscheiden, wenn die Sanierungsaussichten gut sind. Ebenso können sie umgekehrt die Sanierung wählen, wenn die Chancen dafür schlecht stehen.

f. Fazit

Im besten Fall entscheidet die wirtschaftlich bessere Prognose über die Verfahrensart. Bei einem Kollektivorgan wie der Gläubigerversammlung sollten ökonomische Entscheidungen die Regel sein. Auch wenn manchem Gläubiger „der Spatz in der Hand lieber sein mag als die Taube auf dem Dach“, so wird doch für die Mehrheit der Gläubiger die Realisierung ihrer

²⁰⁸ *Rattunde*, GmbHR 2012, 455 (455), wenn auch eine Sanierung möglich war: *K. Schmidt/Uhlenbruck*, Rn. 7.40.

²⁰⁹ Begr. RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 109.

²¹⁰ Begr. RegE InsO, BT-Drucks. 17/5712, S. 17.

²¹¹ Begr. RegE InsO, BT-Drucks. 17/5712, S. 17; so auch: *Madaus ZGR* 2011, 753.

²¹² Vgl auch: *Flöther*, ZIP 2012, 1833 (1833 ff.); Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 19; *Undritz* in: *Kübler*, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 15.

²¹³ *Kießner* in: *Braun InsO*, § 1 Rn 4.

Forderung in möglichst großem Umfang im Vordergrund stehen. Für die Gläubiger wird daher regelmäßig entscheidend sein, welche Verfahrensart einen größeren Gewinn für die Insolvenzmasse verspricht.²¹⁴ Die Rückführung eines gesunden Unternehmens an den Markt verschafft den Gläubigern regelmäßig eine deutlich höhere Quote als die Liquidation.²¹⁵ Auch der Gesetzgeber vertraut darauf, dass die Gläubiger eine ökonomisch sinnvolle Entscheidung treffen. Nun sind auch Mehrheitsentscheidungen nicht immer „gute“ Entscheidungen;²¹⁶ die Kontrolle muss sich dennoch auf den Schutz vor Missbrauch beschränken. Letztendlich bleibt die Entscheidungsgewalt bei den Gläubigern. Sie sind bei dieser Entscheidung frei. Auch das Interesse an einer schnellen Verwertung der Masse ist schutzwürdig. Die Wahl der Verfahrensart steht allein den Gläubigern zu.

Die ESUG-Reform ändert an dieser Betrachtungsweise nichts.²¹⁷ Zwar war es ausweislich der Gesetzesbegründung das Ziel, Sanierungen zu fördern; die Sanierung bleibt jedoch nach wie vor dem Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung untergeordnet.²¹⁸ Das ESUG hat an der Gläubigerautonomie nicht gerüttelt. Im Gegenteil hat das ESUG die Rechtsposition der Gläubiger (zumindest für das Planverfahren) sogar gestärkt. Das freie Wahlrecht steht den Gläubigern auch nach dem ESUG zu.

2. Schuldnerschutz als Teilziel

Die Annahme einer per se schuldnerschützenden Wirkung der Insolvenzordnung vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Die Verfahrensherrschaft steht nach der Insolvenzordnung den Gläubigern zu. Einschränkende Voraussetzungen hierfür enthält die Insolvenzordnung nicht. Soweit der Schuldner innerhalb des Verfahrens besonders geschützt werden soll, muss dies entweder in der Insolvenzordnung ausdrücklich normiert sein oder sich aus höherrangigem Recht (insbesondere Art. 14 GG)²¹⁹ oder den im Insolvenzverfahren zu berücksichtigenden gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen ergeben. Die Gesellschafter werden hierdurch nicht unbillig benachteiligt. Die Gesellschaft hat mit dem Fremdkapital der Gläubiger gewirtschaftet und ist nun nicht mehr in der Lage, die Verbindlichkeiten zu erfüllen. Das Insolvenzverfahren dient der geordneten Befriedigung der Gläubiger zumindest aus dem verbleibenden Restvermögen des Schuldners. Solange nicht sämtliche Forderungen beglichen sind, bleibt für den vermögensbezogenen Schutz der Altgesellschafter kein Raum. Anders dagegen, wenn die Anteilsrechte noch (teilweise) werthaltig sind. Die Vermögensinteressen der Anteilshaber müssen dann gewahrt werden. Dies ergibt sich schon aus Art. 14 GG. Der Gesetzgeber hat dies offenbar ebenso gesehen und den vermögensrechtlichen Schutz der Anteile für das Planverfahren in den §§ 251, 253 InsO geregelt. Ob daneben auch die (werthaltige) Beteiligung an sich in der Insolvenz geschützt ist, ist eine weitergehende Frage. Der

²¹⁴ *Balthasar* in: Nerlich/Römermann, InsO § 157 Rn 6 und 8 (Loseblatt: Stand Januar 1999). Darauf vertraut auch der Gesetzgeber, indem er die Entscheidung der Gläubigerversammlung an keinerlei gesetzliche Vorgaben knüpft.

²¹⁵ *Prütting* in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 1 Rn. 36.

²¹⁶ Vgl. hierzu auch: *Pape* in: Uhlenbruck InsO, § 1 Rn 9.

²¹⁷ *Landfermann*, WM 2012, 821 (822).

²¹⁸ *Landfermann*, WM 2012, 821 (822).

²¹⁹ Vgl. zur Vereinbarkeit der Insolvenzordnung mit höherrangigem Recht Kapitel 5 B. VI.

Schutz sowohl der vermögensrechtlichen als auch der teilhaberechtlichen Seite folgt jedoch nicht per se aus der Insolvenzordnung, vielmehr ist anhand der jeweiligen Normen zu prüfen, ob ein solcher Schutz besteht. Ausschlaggebend für den Schutz der Beteiligung an der Gesellschaft ist insbesondere die Frage, ob den Anteilsinhabern bei Kapitalmaßnahmen ein Bezugsrecht zusteht²²⁰ sowie die Frage, ob die Anteile nach dem ESUG gegen den Willen der Anteilsinhaber entzogen oder übertragen²²¹ werden können.

Der Schutz gegen Missbrauch ist in der Insolvenzordnung angelegt (§§ 78, 231, 245, 248, 249, 250 und 251 InsO), eine den Schutz der Anteilsinhaber oder des Schuldners explizit regelnde Norm findet sich darunter jedoch nicht. Soweit Schuldnerschutznormen in der Insolvenzordnung zu finden sind, sind diese auf einen engen Anwendungsbereich begrenzt. Eine solche Schuldnerschutznorm stellt etwa § 305 Abs. 1 Nr. 4 InsO dar, wonach ein Schuldenbereinigungsplan alle Regelungen enthalten kann, die unter Berücksichtigung der Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse des Schuldners geeignet sind. Diese Norm gilt jedoch nur für das Verbraucherinsolvenzverfahren und ist auf die Gesellschaftsinsolvenz nicht anwendbar. Die Aufhebung eines Beschlusses über § 78 InsO kommt nur in Betracht, wenn der Beschluss den gemeinsamen Interessen der Gläubiger widerspricht. Die §§ 231, 245, 248, 249, 250 und 251 InsO gelten nur im Insolvenzplanverfahren. Eine Schutznorm für die Anteilseigner kann in der Gesellschaftsinsolvenz § 199 Satz 2 InsO darstellen. Nach § 199 Satz 2 InsO ist ein verbleibender Überschuss an die am Schuldner beteiligten Personen herauszugeben. Selbst wenn man aber in der Norm eine Schutznorm zu Gunsten der Anteilseigner²²² sieht, so ist davon allenfalls die vermögensbezogene Beteiligung an der Gesellschaft geschützt. Dies führt nicht weiter, denn geschützt ist nur das Vermögen, das nach der Befriedigung der übrigen Verfahrensbeteiligten verbleibt. Dieser (in der Praxis äußerst seltene) Überschuss steht selbstverständlich den Anteilsinhabern zu, da die Gläubigerrechte durch Befriedigung ihrer Forderungen bereits erloschen sind. Es ist kein genereller Schuldnerschutz im Insolvenzverfahren anzuerkennen. Die Insolvenzordnung hat keine schuldnerschützende Wirkung. Richtig ist, dass es ein Bestreben der Insolvenzordnung im Vergleich zur Konkursordnung war, den Schutz des Schuldners aufzuwerten,²²³ der Gesetzgeber hat den Schuldnerschutz jedoch nicht zum Verfahrensziel erkoren. Der Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung regelte ursprünglich noch einen den Schuldnerschutz regelnden Passus in § 1.²²⁴ Dieser Passus wurde letztlich aber gestrichen.

²²⁰ Vgl. zum Bezugsrecht Kapitel 5 C. II.

²²¹ Vgl. zum Ausschluss der Gesellschafter sowie der Übertragbarkeit der Anteile Kapitel 5 D. I.

²²² Teilweise wird aus der Norm im Gegensatz gerade die generelle Nachrangigkeit der Anteilseigner hergeleitet. Vgl. hierzu *Bitter*, ZGR 2010, 147 (191 f.).

²²³ A. *Schmidt* in: *HambKomm InsR*, § 1 Rn. 27.

²²⁴ § 1 *RegE - Ziele des Insolvenzverfahrens*

(1) *Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt wird.*

(2) *Die Interessen des Schuldners und seiner Familie sowie die Interessen der Arbeitnehmer des Schuldners werden im Verfahren berücksichtigt. Dem redlichen Schuldner wird Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien. Bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit tritt das Verfahren an die Stelle der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung.*

Der Schuldner ist auch nicht völlig schutzlos gestellt. Eingriffe in die Rechte der Gesellschafter sind an Art. 14 und 9 GG zu messen. § 199 Satz 2 InsO gewährt einfachgesetzlich den Schutz des Vermögens. Abgesichert werden diese Rechte durch § 60 InsO. Aus § 60 InsO ergibt sich ein Haftungsanspruch der Schuldnergesellschaft gegenüber dem Insolvenzverwalter, wenn dieser eine der Schuldnerin gegenüber bestehende Pflicht verletzt. Hieraus und aus Art. 14 GG folgt, dass der Insolvenzverwalter die Vermögensinteressen der Anteilsinhaber nicht außer Betracht lassen darf, auch dann nicht, wenn er schon einen Betrag erwirtschaftet hat, der zur vollen Befriedigung der Gläubiger ausreicht. Die Rechte der Anteilsinhaber werden nur insoweit verdrängt, als der vorrangige Schutz der Gläubiger dies gebietet. Über den vorrangigen Gläubigerschutz hinaus gibt es keinerlei Rechtfertigung, die Interessen der Anteilsinhaber außer Betracht zu lassen. Eine Rücksichtnahmepflicht der Verfahrensbeteiligten gegenüber den Anteilsinhabern ist die Folge. Die Schuldnerschutzprämisse folgt jedoch nicht aus Sinn und Zweck der Insolvenzordnung, sondern aus der Verfassung sowie den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen. Die Insolvenzordnung verdrängt das Gesellschaftsrecht nur insoweit, wie es für den Schutz der Gläubiger und den Ablauf des Verfahrens notwendig ist.

C. Pflichtenbindung der Verfahrensbeteiligten und Grenze des freien Wahlrechts

I. Einführung

Nach vorstehenden Erwägungen ist der Frage nachzugehen, ob und inwieweit die Verfahrensbeteiligten aufgrund von Rücksichtnahmepflichten gegenüber den Anteilsinhabern verpflichtet sind, die Wahl der Verfahrensart durch die Gläubigerversammlung zu kontrollieren. Die Grenze des Wahlrechts der Gläubiger ist zumindest dann erreicht, wenn diese kollusiv zum Nachteil der Anteilsinhaber zusammenwirken und dadurch berechnete Vermögensinteressen der Anteilsinhaber unterlaufen. Obwohl die Insolvenzordnung per se nicht schuldnerschützend ist, muss zumindest einer rechtsmissbräuchlichen Nutzung des Verfahrens entgegengewirkt werden können. Dies folgt wie bereits festgestellt bereits aus dem verfassungsrechtlichen Schutz der Gesellschaftsanteile. Zudem sind die Gläubiger nur über ihr eingebrachtes Kapital mit der Gesellschaft verbunden. Der Schutz der Gläubiger kann daher nicht weitergehen als der Schutz ihrer Forderung. Zu klären ist, durch welches Organ der Schutz des Schuldners gewährleistet werden kann, wenn die Gläubiger ihre Kompetenzen überschreiten. Die Insolvenzordnung sieht eine Kontrolle der Gläubigerentscheidung nur in Ausnahmefällen – wie dem zuvor genannten § 78 InsO – vor. Handeln die Gläubiger einvernehmlich, bleibt demgemäß wenig Raum für ein Eingreifen des Insolvenzgerichts oder des Verwalters.²²⁵ Dennoch kommt als Korrektiv des grundsätzlich freien Wahlrechts eine Miss-

(3) Die Beteiligten können ihre Rechte in einem Insolvenzplan abweichend von den gesetzlichen Vorschriften regeln. Sie können insbesondere bestimmen, dass der Schuldner sein Unternehmen fortführt und die Gläubiger aus den Erträgen des Unternehmens befriedigt werden.

²²⁵ Prütting in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 1 Rn. 27.

brauchskontrolle durch das Insolvenzgericht in Betracht. Außerdem stellt sich die Frage, ob eine Pflichtenbindung des Insolvenzverwalters gegenüber den Anteilshabern besteht.

Wie bereits oben herausgearbeitet, kann jedenfalls keine Kontrollpflicht hinsichtlich rein unternehmerischen Entscheidungen der Gläubigerversammlung bestehen, da der Insolvenzverwalter in diesem Fall stets eine Haftung gegenüber den Gläubigern befürchten müsste und die Insolvenzordnung dem Insolvenzgericht Prognoseentscheidungen nicht zuweist. Eine Interventionspflicht des Insolvenzverwalters kommt daher allenfalls bei rechtswidrigen Entscheidungen in Betracht. An rechtswidrige Beschlüsse der Gläubigerversammlung ist der Insolvenzverwalter nicht gebunden, er kann die Umsetzung dieser Beschlüsse verweigern.²²⁶ Bei rein unternehmerischen Entscheidungen muss der Insolvenzverwalter lediglich beratend auf die Gläubiger einwirken und ihnen die ökonomisch sinnvollste Verfahrensgestaltung nahe legen. Der Insolvenzverwalter hat ohnehin im Berichtstermin über die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu berichten (§ 156 InsO). Der Bericht des Insolvenzverwalters ist regelmäßig Grundlage der Entscheidung über Fortführung oder Einstellung des Betriebes.²²⁷

In der Literatur wird vertreten, dass jedenfalls in krassen Ausnahmefällen das Gericht im Rahmen seiner Aufsicht den Insolvenzverwalter anhalten müsse, Beschlüsse der Gläubigerversammlung zu ignorieren.²²⁸ Problematisch sei aber, dass der Insolvenzordnung die Vorstellung zugrunde liege, die in ihren Vermögensinteressen betroffenen Gläubiger könnten autonom über den Gang des Verfahrens entscheiden.²²⁹ Insolvenzgericht und Insolvenzverwalter seien darauf beschränkt, die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zu überwachen.²³⁰

II. Stellungnahme

1. Grenze der Gläubigerautonomie

Rücksichtnahmepflichten der Verfahrensbeteiligten sind nur in engen Grenzen anzuerkennen. Die Insolvenzordnung weist den Gläubigern die Verfahrensherrschaft zu. Die Gläubigerversammlung kann über den Verfahrensgang frei entscheiden; sie kann auch trotz aussichtsreicher Sanierungsaussichten die Liquidation der Gesellschaft beschließen. Die Grenze ist jedoch dort erreicht, wo die Gläubiger kollusiv zum Nachteil des Schuldners zusammenwirken. Zu denken ist hier beispielsweise an den Verkauf des Schuldnerunternehmens an einen Gläubiger unter Wert. Die Gläubiger dürfen das Gesellschaftsunternehmen nicht verschleiern. Eine Maximierung der Masse ist nicht nur aus Gründen des Gläubigerschutzes, sondern auch im Interesse der Gesellschafter anzustreben, da nach der Konzeption der Insolvenzordnung und aus verfassungsrechtlichen Gründen werthaltige Positionen zu schützen sind. Mit hin geht es nicht nur um den Schutz des von den Anteilshabern eingebrachten Kapital, sondern auch um die Realisierung der persönlichen Haftung.

²²⁶ Lind in: FAK InsR, § 157 Rn. 10.

²²⁷ Wegener in: FK-InsO, § 157 Rn. 5.

²²⁸ Görg in: MüKo InsO, § 157 Rn. 18.

²²⁹ A. Schmidt in: HambKomm InsR, § 1 Rn 50.

²³⁰ A. Schmidt in: HambKomm InsR, § 1 Rn 50.

2. Kontroll- und Rücksichtnahmepflichten des Insolvenzverwalters

Als problematisch erweist sich die praktische Umsetzung einer Kontrolle der Gläubigerentscheidungen. In Betracht kommt eine Kontrolle durch den Insolvenzverwalter. Der Insolvenzverwalter ist nach einhelliger Meinung an den Insolvenzszweck der Maximierung der Haftungsmasse zu Gunsten der Gläubiger gebunden.²³¹ Er ist darüber hinaus aber auch dann angehalten, eine Maximierung der Masse anzustreben, wenn er einen Überschuss zu Gunsten der Anteilsinhaber erzielen kann. Gemäß § 60 InsO haftet der Insolvenzverwalter im Falle der schuldhaften Verletzung einer Pflicht aus der Insolvenzordnung gegenüber sämtlichen Verfahrensbeteiligten, also auch den Anteilsinhabern.²³² Der BGH hat bereits im Jahr 1985 bei einer (schuldhaften) Schmälerung der Insolvenzmasse eine Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters gegenüber der persönlich haftenden Gesellschafterin der Schuldnerin angenommen.²³³ Dem BGH zufolge liegt eine Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters vor, wenn er – trotz der bestehenden Möglichkeit – das schuldnerische Unternehmen nicht zu einem Preis veräußert, welcher einen Vermögensüberschuss erbringt. Eine Pflichtverletzung resultiert daraus, dass die persönlich haftende Gesellschafterin für den Ausfall der Gläubiger der Schuldnerin einzustehen habe.²³⁴ Etwas anderes kann auch nicht bei nicht persönlich haftenden Gesellschaftern gelten. Auch sie haften, zwar nicht unbeschränkt persönlich, aber doch mit ihrem eingebrachten Vermögen. Den Insolvenzverwalter trifft die Pflicht zur ordnungsgemäßen, insbesondere auch kostengünstigen Verfahrensabwicklung.²³⁵ Diese Pflicht besteht nicht nur gegenüber den Gläubigern als vorrangig Berechtigten, sondern auch gegenüber den Anteilsinhabern. Ein etwaiger Überschuss steht im Falle der Liquidation den Gesellschaftern zu (§ 199 Satz 2 InsO). Dass die Anteilsinhaber ein schutzwürdiges Interesse an der Auskehr eines solchen Überschusses haben, folgt aber nicht allein aus § 199 Satz 2 InsO, sondern ganz allgemein auch aus Art. 14 GG. Die Gesellschafter sind Eigentümer der Gesellschaft.²³⁶ Das Eigentum kann den Gesellschaftern nicht kompensationslos entzogen werden, wenn diesem noch ein Wert zukommt. Ein etwaiger Mehrwert muss auch zu Gunsten des Schuldners realisiert werden. Wenn auch die Vorschriften der Insolvenzordnung Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums sind, so entbindet dies selbstverständlich nicht von der Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Eingriffe in die Rechte der Anteilsinhaber sind nur insoweit erforderlich, als dies zur Befriedigung der Gläubiger notwendig ist. Die Gläubiger sind indes nur mit ihren Interessen vorrangig, soweit dies der Befriedigung ihrer Forderungen dient. Nach Befriedigung ihrer Forderungen kommt den Gläubigern keine schutzwürdige Rechtsposition mehr zu. Der Insolvenzverwalter ist befugt, durch Maßnahmen zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung in die Rechte der Anteilsinhaber einzugreifen; ebenso ist er aber den schutzwürdigen Rechten der Anteilsinhaber verhaftet, wenn dieses Ziel erreicht ist. Soweit die Insolvenzordnung die Eigentumsrechte der Anteilsinhaber

²³¹ *App* in: FK-InsO, § 80 Rn. 11; *Delhaes* in: Nerlich/Römermann InsO, 26. EL 2014, § 55 Rn. 3.

²³² *Ahrens* in: FAK InsR, § 1 Rn. 54. Beteiligte des Verfahrens sind unterschiedslos sowohl Gesellschafter einer Personen- als auch einer Kapitalgesellschaft. Siehe: Brandes/Schoppmeyer in: MüKo InsO, § 60 Rn. 69.

²³³ BGH, Urt. v. 22.01.1985, VI ZR 131/83 = ZIP 1985, 423.

²³⁴ BGH, Urt. v. 22.01.1985, VI ZR 131/83 = ZIP 1985, 423.

²³⁵ *Lind* in: FAK InsR, § 60 Rn. 7.

²³⁶ *Scherer* in: Graf-Schlicker, § 80 Rn. 7.

einschränkt, kann dies also nur zu dem Zwecke erfolgen, die Vermögensrechte der Gläubiger zu wahren. Die Insolvenzordnung mag bei einem Konflikt zwischen den Interessen der Gläubiger und den Schuldnerinteressen den Gläubigerinteressen den Vorrang einräumen.²³⁷ Es ist auch zutreffend, dass der Verwalter nicht Interessensvertreter des Schuldners ist.²³⁸ Wenn aber die Gläubigerinteressen bereits gewahrt sind, weil die Befriedigung ihrer Forderungen gesichert ist, so ist ein Vorrang der Gläubiger nicht mehr anzuerkennen. Dass der Gesetzgeber der Insolvenzordnung zutreffend die Grenze der Schutzbedürftigkeit der Gläubiger in der vollständigen Befriedigung ihrer Forderung sieht, zeigt sich für das Planverfahren auch anhand von § 245 Abs. 1 InsO. Danach ist eine angemessene Beteiligung der Anteilshaber am Insolvenzplan nicht anzunehmen, wenn einer der Gläubiger wirtschaftliche Werte erhalten soll, die seinen vollen Anspruch übersteigen. Gleiches lässt sich für das Planverfahren aus § 247 InsO herleiten. Nach Maßgabe des § 247 InsO ist ein Widerspruch des Schuldners gegen den Plan beachtlich, wenn ein Gläubiger einen wirtschaftlichen Wert erhält, der den vollen Betrag seines Anspruchs übersteigt (und der Schuldner durch den Plan schlechter gestellt wird als er ohne ihn stünde). Zuletzt spricht auch § 212 InsO für diese Betrachtungsweise. Das Insolvenzverfahren ist auf Antrag des Schuldners einzustellen, wenn der Insolvenzgrund nicht vorliegt oder anders gewendet, wenn eine Befriedigung der Gläubiger nicht mehr gefährdet ist.

Diese Vorschriften mögen größtenteils nur für das Planverfahren gelten, es lässt sich dem aber die generelle Wertung entnehmen, dass die Rechtsposition des Schuldners zu schützen ist, wenn nicht Eingriffe aufgrund der vorrangigen Vermögensinteressen der Gläubiger dringend erforderlich sind. Zu sehen ist auch, dass eine dauerhafte Fortführung des Unternehmens grundsätzlich im Insolvenzplanverfahren zu geschehen hat²³⁹ und die oben genannten Normen dann ohnehin unmittelbar Anwendung finden. Der Gesetzgeber hat den Schuldnerschutz damit zwar nicht zum generellen Verfahrensziel erhoben, wohl aber anhand von Einzelnormen aufgezeigt, dass der Schuldner auch in der Insolvenz nicht völlig schutzlos gestellt sein soll. Die Gesellschaft darf auch in der Insolvenz nicht zum „Spielball“ der Gläubiger werden. Die nach der Verteilung an die Gläubiger verbleibende Haftungsmasse ist an die Anteilshaber auszukehren. Soweit Gläubigerinteressen nicht kollidieren, ist eine Maximierung der Masse auch zu Gunsten der Anteilshaber anzustreben. Die Verwertung der Masse ist indes nicht nur für die Auskehr des Überschusses entscheidend. Bei persönlich haftenden Gesellschaftern ist die Maximierung der Masse auch entscheidend für die Höhe der Enthftung. Der Insolvenzverwalter darf die berechtigten Vermögensinteressen der Anteilshaber nicht außer Betracht lassen.

Zu sehen ist aber, dass dem Insolvenzverwalter eine Haftung gegenüber den Gläubigern droht (§ 60 InsO). Es kann angesichts dieser drohenden Haftung vom Insolvenzverwalter nur

²³⁷ Lind in: FAK InsR, § 60 Rn. 8.

²³⁸ Lind in: FAK InsR, § 60 Rn. 8.

²³⁹ Wegener in: FK-InsO, § 157 Rn. 2. Die Betriebsfortführung ohne Insolvenzplan kann nur als vorläufige Fortführung im Rahmen der übertragenden Sanierung vorgegeben werden. Andernfalls läge eine unzulässige endgültige Fortführung des Unternehmens durch den Verwalter vor.

in engen Grenzen verlangt werden, dass er sich Entscheidungen der Gläubigerversammlung entgegenstellt. Bei der praktischen Umsetzung der Interventionspflicht ist daher zu beachten, dass die Anforderungen an den Insolvenzverwalter nicht überspannt werden dürfen. Es kann vom Insolvenzverwalter regelmäßig nicht verlangt werden, dass er einen Beschluss der Gläubigerversammlung unbeachtet lässt. Über dem Insolvenzverwalter schwebt die Gefahr der Haftung. Er muss demgemäß zumindest im Berichtstermin den Gläubigern die wirtschaftlich sinnvollste Verfahrensvariante nahe legen. An die Wahl der Verfahrensart durch die Gläubiger ist der Insolvenzverwalter dann regelmäßig gebunden.²⁴⁰ Jedenfalls besteht die Bindung an Entscheidungen der Gläubigerversammlung, wenn die Gläubigerversammlung im Rahmen ihres gesetzlich normierten Aufgabenbereichs entscheidet.²⁴¹ Der Insolvenzverwalter muss den von den Gläubigern gewählten Weg der Sanierung oder der Zerschlagung verfolgen. Entscheiden sich die Gläubiger für die Liquidation, so muss er gemäß § 159 InsO unverzüglich mit der Verwertung der Insolvenzmasse beginnen. Das heißt selbstverständlich nicht, dass er die Masse in ihren einzelnen Teilen verwerten muss. In Betracht kommt auch die Veräußerung des Unternehmens als Ganzes.

Wenn und soweit ein Missbrauch des Verfahrens durch die Gläubiger evident ist, darf der Insolvenzverwalter die getroffene Gläubigerentscheidung jedoch nicht umsetzen; andernfalls kann er sich den Anteilshabern gegenüber schadensersatzpflichtig machen. An einen Rechtsmissbrauch sind hohe Anforderungen zu stellen; die Kontrolle kann nur im Wege einer Evidenzkontrolle erfolgen. Es muss augenscheinlich sein, dass die Gläubiger zum Nachteil des Schuldners zusammenwirken und die Interessen der Anteilshaber in besonders grobem Maße außer Acht lassen. Des Weiteren darf dem Nachteil des Schuldners kein adäquater Vorteil der Gläubiger gegenüberstehen. Außerhalb evidenter Missbrauchsfälle hat der Insolvenzverwalter dagegen lediglich die Pflicht, beratend auf die Gläubigerversammlung einzuwirken. Die Entscheidung der Gläubigerversammlung hat er umzusetzen.

Die Vermögensinteressen der Anteilshaber sind durch den Insolvenzverwalter darüberhinaus zu wahren, wenn kein Beschluss der Gläubigerversammlung entgegensteht. Folglich haftet der Insolvenzverwalter etwa gegenüber dem Schuldner, wenn er schuldhaft eine sich bietende Gelegenheit auslässt, einen Kaufpreis für das Unternehmen zu erzielen, der höher ist als die Summe aus Forderungen und Verfahrenskosten.²⁴² Der Insolvenzverwalter kann sich nicht damit zufrieden geben, einen Wert zu erzielen, der es ermöglicht, die Forderungen der Gläubiger voll zu befriedigen. Der Insolvenzverwalter muss auch innerhalb der gewählten Verfahrensvariante die schutzwürdigen Interessen aller Beteiligten hinreichend berücksichtigen. Kann er einen über die Gläubigerforderungen hinausgehenden Wert erzielen, so muss er dies auch im Interesse der Anteilshaber tun. Bezogen auf die Zerschlagung heißt dies in erster Linie, dass der Insolvenzverwalter sorgfältig prüfen muss, ob die Veräußerung des Unternehmens im Ganzen oder in seinen einzelnen Teilen einen höheren Gewinn für die

²⁴⁰ Andres in: Andres/Leithaus InsO, § 157 Rn. 11.

²⁴¹ Altmeyen in: FS Hommelhoff, S. 7.

²⁴² Brandes/Schoppmeyer in: MüKo InsO, § 60 Rn. 65.

Masse verspricht. Es ist dann diejenige Verwertungsvariante zu wählen, die den höchsten Gewinn für die Insolvenzmasse erwarten lässt. Dass das Gebot der Maximierung der Masse auch dann gelten soll, wenn die Gläubigerbefriedigung sichergestellt ist, folgt aus § 1 InsO nicht. Es ist daher ergänzend auf § 199 Satz 2 InsO und Art. 14 GG zurückzugreifen. § 1 InsO ist in Verbindung mit § 199 Satz 2 InsO und im Lichte des Art. 14 GG dergestalt auszulegen, dass auch die Anteilsinhaber einen Anspruch auf Maximierung der Masse haben, sofern dadurch die vorrangigen Rechte der Gläubiger nicht tangiert werden. Bei der praktischen Umsetzung muss dem Insolvenzverwalter ein Beurteilungsspielraum belassen werden. Dieser Beurteilungsspielraum kann gewährleistet werden durch die Anwendung der Business Judgement Rule auf den Insolvenzverwalter.²⁴³ Eine Übertragung der Business Judgement Rule auf den Insolvenzverwalter ist sachgerecht. Wie die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft hat auch der Insolvenzverwalter als leitendes Organ unternehmerische Entscheidungen zu treffen, deren Folgen sich nicht absehen lassen. Diese Entscheidungen trifft der Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren anstelle des Kaufmanns beziehungsweise der Geschäftsführung und des Vorstands. Die Interessenslage ist vergleichbar mit der Interessenslage bei der werbenden Gesellschaft. Für die Anwendung der Business Judgement Rule spricht auch, dass der Insolvenzverwalter sogar schutzwürdiger ist als die Vorstandsmitglieder. Anders als diese kennt der Insolvenzverwalter das Unternehmen nicht und muss in kürzester Zeit wesentliche Entscheidungen treffen. In der Insolvenz sind Entscheidungen zudem oftmals risikoreicher als bei der werbenden Gesellschaft. Die Informationsgrundlage des Insolvenzverwalters dürfte für seine Entscheidungen regelmäßig dünner sein als die den Vorstandsmitgliedern zur Verfügung stehenden Informationen. Dies entbindet nicht davon, auf Grundlage einer angemessenen Informationsbasis zu entscheiden; die Beschaffung von Informationen dürfte für den Insolvenzverwalter aber regelmäßig schwieriger sein, sodass auch diesbezüglich jedenfalls keine höheren Anforderungen als bei der werbenden Gesellschaft gestellt werden dürfen.

3. Gerichtliche Kontrolle

Eine Kontrolle des Verfahrens durch das Gericht ist in der Insolvenzordnung an verschiedenen Stellen angeordnet. Die Aufsicht des Gerichts ist – wenn auch in der Praxis davon selten Gebrauch gemacht wird – zwingend erforderlich.²⁴⁴ Der Staat muss das Verfahren kontrollieren und leiten, weil ansonsten die dem Schutz der Gläubiger und des öffentlichen Friedens dienende Entmachtung des Schuldners nicht gerechtfertigt ist.²⁴⁵ Aus diesem Grund muss der Staat Leitentscheidungen selbst treffen.²⁴⁶ Zu den Kompetenzen des Gerichts gehören neben der Bestellung und Aufsicht des Insolvenzverwalters, Sachwalters oder Treuhänders (§§ 56, 58, 274 Abs. 1, 287 Abs. 2, 292 Abs. 3 Satz 2 InsO) auch die Entscheidung über die Verfahrenseröffnung (§§ 21 ff. InsO)²⁴⁷, die Bestätigung des Insolvenzplans (§ 248 InsO), die

²⁴³ Vgl. hierzu mit weiteren Nachweisen: *K. Schmidt* in: *K. Schmidt*, Insolvenzordnung, Einl. Rn. 23; *Rein* in: *Nerlich/Römermann InsO*, § 60 Rn. 79, *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321 (325).

²⁴⁴ *Becker* in: *Nerlich/Römermann InsO*, § 2 Rn. 3.

²⁴⁵ *Becker* in: *Nerlich/Römermann InsO*, § 2 Rn. 3.

²⁴⁶ *Becker* in: *Nerlich/Römermann InsO*, § 2 Rn. 3.

²⁴⁷ Vergleiche zum Rechtsschutz gegen die Eröffnungsentscheidung: Kapitel 5, B. V. 2.

Entscheidung über einen Sanierungsversuch im Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) oder die Anordnung der Eigenverwaltung (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO) sowie die Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens (§§ 207, 211 bis 213 InsO). Eine Prüfung von Entscheidungen der Gläubigerversammlung sieht das Gesetz nur im Falle des § 78 InsO vor und dies nur am Maßstab der Gläubigerinteressen. Eine Kontrolle kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.²⁴⁸ Eine grundsätzliche Kontrolle von Gläubigerentscheidungen sieht das Gesetz nicht vor. Dies ist wiederum Ausdruck der Gläubigerautonomie. Das Gericht kann nach der Kompetenzverteilung der Insolvenzordnung nur dann zu Gunsten des Schuldners in das Verfahren eingreifen, wenn die Eröffnung des Verfahrens unzulässig ist (§ 21 InsO), der Insolvenzgrund weggefallen ist (§ 212 InsO) oder der Schuldner durch den Insolvenzplan benachteiligt wird (§§ 247, 248, 251, 253 InsO). Außerhalb dieser Vorschriften findet eine Kontrolle von Gläubigerentscheidungen nicht statt. Dem Insolvenzgericht obliegt zwar, auch im Interesse des Schuldnerschutzes,²⁴⁹ die Aufsicht über den Insolvenzverwalter (§ 58 InsO); sieht man es mit der hier vertretenen Ansicht als Aufgabe des Insolvenzverwalters an, sich evident missbräuchlichen Entscheidungen der Gläubigerversammlung entgegenzustellen, so käme auch eine Kontrolle dieser Pflicht durch das Insolvenzgericht in Betracht. Dies führt mit Blick auf die Entscheidungen der Gläubigerversammlung über Zerschlagung oder Sanierung jedoch nicht weiter, da es sich hierbei um eine unternehmerische Entscheidung handelt. § 58 InsO ermöglicht lediglich eine Rechtsaufsicht, nicht aber eine konkrete Fachaufsicht. Das Gericht prüft demgemäß nicht die Zweckmäßigkeit, sondern nur die Rechtmäßigkeit.²⁵⁰ Innerhalb der gewählten Verfahrensart können Entscheidungen aber dann rechtswidrig und damit kontrollpflichtig sein, wenn sich eine Maßnahme objektiv masseschädigend auswirkt.²⁵¹ Eine solche Maßnahme ist als rechtswidrig anzusehen.²⁵² Nicht übersehen werden darf hierbei jedoch, dass auch der Effektivität dieser gerichtlichen Aufsicht praktische Bedenken gegenüberstehen. So prüft zunächst das Insolvenzgericht nach pflichtgemäßem Ermessen, ob es von seiner Aufsicht Gebrauch macht.²⁵³ Weder die Gläubiger noch der Schuldner haben eine Möglichkeit, das Gericht zum Tätigwerden zu zwingen.²⁵⁴ Des Weiteren ist umstritten, ob es zu den Pflichten des Insolvenzverwalters gehört, aus Gründen des Schuldnerschutzes rechtswidrigen Entscheidungen der Gläubigerversammlung seine Unterstützung zu versagen.²⁵⁵ Zuletzt kann aufgrund der drohenden Haftung vom Insolvenzverwalter in Zweifelsfällen nicht verlangt werden, dass er sich Entscheidungen der Gläubigerversammlung entgegenstellt. Die Kontrolle missbräuchlicher Gläubigerentscheidungen steht damit auf tönernen

²⁴⁸ *Wegener* in: FK-InsO, § 157 Rn. 1.

²⁴⁹ *Jahntz* in: FK-InsO, § 58 Rn. 2. Die Aufsicht über den Insolvenzverwalter im Hinblick auf die Interessen des Schuldners besteht insbesondere, da dem Schuldner gegen einzelne Maßnahmen des Insolvenzgerichts kein Beschwerderecht zusteht.

²⁵⁰ *Jahntz* in: FK-InsO, § 58 Rn. 5.

²⁵¹ *Jahntz* in: FK-InsO, § 58 Rn. 5.

²⁵² *Jahntz* in: FK-InsO, § 58 Rn. 5.

²⁵³ *Jahntz* in: FK-InsO, § 58 Rn. 2.

²⁵⁴ *Jahntz* in: FK-InsO, § 58 Rn. 16.

²⁵⁵ Vgl. zu den anerkannten Pflichten des Insolvenzverwalters die Darstellung und Aufzählung *Graeber* in: MüKo InsO, § 58 Rn. 30 ff.

Füßen. Im Zweifel wird in der Praxis weder der Insolvenzverwalter noch das Gericht eingreifen.

D. Fazit

Weder die Sanierung noch der Schutz des Schuldners sind eigenständige Verfahrensziele. Die Gläubiger sind bei der Wahl zwischen Sanierung und Zerschlagung frei und können auch entgegen ökonomischer Vernunft entscheiden. Eine Sanierung um jeden Preis ist auch nach der Reform durch das ESUG nicht das Ziel; vorrangig soll die Haftungsmasse zu Gunsten der Gläubiger maximiert werden. Die Entscheidung über die Verfahrensart steht den Gläubigern zu. Der Gesetzgeber erlaubt diesen auch „auf eigene Kosten Dummheiten zu machen“. Die Anteilshaber haben bei der **Wahl der jeweiligen Verfahrensart** kein Mitspracherecht.

Der **Insolvenzverwalter** muss im Berichtstermin auf die ökonomisch sinnvollste Verfahrensvariante hinzuweisen und diese den Gläubigern nahe legen. Er ist aber an den Beschluss der Gläubigerversammlung gebunden. Es kann vom Insolvenzverwalter grundsätzlich nicht verlangt werden, dass er Entscheidungen der Gläubigerversammlung unbeachtet lässt. Das Insolvenzverfahren ist von der Gläubigerautonomie geprägt. Die Entscheidungskompetenz ist nach der Konzeption der Insolvenzordnung denjenigen zugewiesen, die die Folgen zu tragen haben, mithin also den Gläubiger. Evident missbräuchlichen Entscheidungen der Gläubigerversammlung muss der Insolvenzverwalter sich allerdings entgegenstellen; andernfalls droht ihm eine Haftung gegenüber dem Schuldner. Der Insolvenzverwalter kann aufgrund von § 58 InsO auch vom **Gericht** aufgefordert werden, rechtsmissbräuchliche Entscheidungen der Gläubigerversammlung nicht umzusetzen. Praktisch dürfte dieser Fall aber kaum vorkommen, da die Gerichte von ihrer Aufsicht nur restriktiv Gebrauch machen und auch nicht zum Tätigwerden gezwungen werden können. Das Gericht ist indes ebenfalls nicht berufen, bei der Wahl der Verfahrensart korrigierend einzugreifen. Das Gericht prüft nicht die Zweckmäßigkeit, sondern nur die Rechtmäßigkeit des Verfahrens.

Innerhalb der gewählten Verfahrensart muss der Insolvenzverwalter das Ziel der Maximierung der Masse auch zu Gunsten der Anteilshaber verfolgen. Er darf sich nicht damit begnügen, einen Wert zu erzielen, der den Verfahrenskosten und den Gläubigerforderungen gerade entspricht. Es besteht das Gebot der schonendsten Verwertung. Den Insolvenzverwalter treffen Rücksichtnahmepflichten gegenüber den Anteilshabern. Verletzt er diese schuldhaft, kann er sich gemäß § 60 InsO schadensersatzpflichtig machen.

Für die Rechte der Anteilshaber folgt aus den vorstehenden Erwägungen, dass die Schuldnergesellschaft keinerlei Bestandsschutz genießt; sie kann vielmehr frei liquidiert werden. Es besteht kein Recht auf Sanierung. Die Anteilshaber sind jedoch nicht völlig schutzlos gestellt. Wenn und soweit die Anteile der Gesellschafter werthaltig sind, muss dieser Wert zu Gunsten der Anteilshaber erhalten werden. Die Maxime der Erzielung einer möglichst hohen Insolvenzmasse gilt nicht nur im Interesse der Insolvenzgläubiger, sondern auch im Interesse der Anteilshaber.

Kapitel 3: Aufopferungs- und Treuepflichten

A. Einführung

Da Blockadepositionen von verschiedenen Seiten eine erfolgreiche Sanierung zu verhindern drohen, stehen aussichtsreiche Sanierungen in einem engen Zusammenhang mit der Verhinderung oder Auflösung von Blockadepositionen. Blockadepositionen beschäftigten die Gerichte sowohl bei außergerichtlichen als auch bei insolvenzrechtlichen Sanierungen. Vor dem ESUG waren sie bei erhaltenden Sanierungen ein wesentliches Sanierungshindernis. Bei außergerichtlichen Sanierungen zogen die Gerichte die **Treuepflichten** zur Auflösung von Blockadepositionen heran und leiteten daraus Zustimmungspflichten zu mehrheitlich beschlossenen Sanierungsmaßnahmen ab. Die Insolvenzordnung stellte nach alter Rechtslage keine Instrumente zur Verfügung, dem gemeinschädlichen Verhalten einzelner entgegenzuwirken, sodass auch im eröffneten Verfahren Sanierungsmaßnahmen durch einzelne Beteiligte blockiert werden konnten. Soweit Lösungen außerhalb der ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften, mithin also ungeschriebene Rücksichtnahme- und Mitwirkungspflichten, vorgeschlagen wurden, setzten sich diese Vorschläge in der Praxis nicht durch.²⁵⁶ Seit dem ESUG kann Blockadepositionen nun mit insolvenzrechtlichen Mitteln begegnet werden.²⁵⁷ Der Gesetzgeber hat Regelungen zur Auflösung von Blockadepositionen in das Gesetz aufgenommen. Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen können im Insolvenzplan geregelt werden, während sich die Abstimmung über den Insolvenzplan nach dem ESUG nicht mehr nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften richtet. Maßgeblich ist die Abstimmung der Verfahrensbeteiligten über den Insolvenzplan. Die Anteilseigner sind nur noch als Gruppe der Verfahrensbeteiligten an der Abstimmung beteiligt, was zur Folge hat, dass es ausreicht, wenn die Anteilshaber dem Plan mit einfacher Mehrheit zustimmen. Über § 245 InsO kann zudem die Zustimmung der Anteilshaber komplett ersetzt werden. Blockadepositionen dürften sich durch vorstehende Regelung bei der Zustimmung zu Sanierungsmaßnahmen weitgehend erledigt haben, sodass sich die Frage stellt, ob ungeschriebene Rücksichtnahmepflichten daneben noch relevant sind. Der Fall Suhrkamp zeigt jedenfalls, dass auch nach dem ESUG die ausschließliche Heranziehung des geschriebenen Rechts nicht stets zu sachgerechten Ergebnissen führt. Im Suhrkamp-Verfahren stand nicht die Auflösung von Blockadepositionen der Minderheit in Rede, sondern die Treuepflichtbindung der Mehrheit gegenüber der Minderheit; mithin ging es also um die entgegengesetzte Schutzrichtung der Treuepflicht.²⁵⁸ Das LG Frankfurt am Main entschied, dass eine Treuepflichtbindung auch noch nach Eröffnung des Verfahrens besteht und leitete daraus ein Verbot ab, dem Insolvenzplan zuzustimmen. Nach Ansicht der entscheidenden Richter wirkt die Treuepflichtbindung zwischen den Gesellschaftern auch im eröffneten Insolvenzverfahren fort. Unstreitig ist dies jedoch keineswegs. Auch eine Treuepflichtbindung zur Begrenzung der Mehrheitsmacht soll im Folgenden untersucht werden.

²⁵⁶ Etwa *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 555 ff.

²⁵⁷ *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353 (354).

²⁵⁸ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2240).

In beiden Fallkonstellationen geht es um aus den Treuepflichten abgeleitete Stimmbindungen. Die Verletzung von Treuepflichten kann darüber hinaus zu Schadensersatzansprüchen führen. Diese sollen jedoch nicht Gegenstand der folgenden Untersuchung sein, da der Einfluss auf Sanierungsmaßnahmen gering ist. Schadensersatzansprüche sind in einem separaten Verfahren geltend zu machen. Im Sanierungsverfahren selbst kommt ihnen keine Bedeutung zu. Drohende Schadensersatzansprüche können allenfalls eine Anreizwirkung haben und die Sanierungsbeteiligten dazu anhalten, treuwidrige Handlungen zu unterlassen oder im Rahmen der Treuepflichtbindung an Sanierungsmaßnahmen mitzuwirken. Eine mögliche Anreizwirkung soll jedoch nicht untersucht werden.

Neben den Treuepflichten werden weitere ungeschriebene Rücksichtnahmepflichten in Form von **Aufopferungspflichten** diskutiert. Während die Treuepflichten ihre Wurzeln im Gesellschaftsverhältnis haben, liegt den Aufopferungspflichten der Aufopferungsgedanke zugrunde. Die Anteilsinhaber sollen aufgrund der finanziellen Lage der Gesellschaft, ihrer durch die Insolvenzordnung angeordneten Nachrangigkeit und der als vorrangig zu behandelnden Interessen der Gläubiger zur Aufopferung ihrer Rechtstellung verpflichtet sein. Die Anteilsinhaber sind zwar auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Eigentümer der Gesellschaft; das verbleibende Kapital steht aber regelmäßig komplett den Gläubigern zu. Infolgedessen entsprechen sich Einwirkungsmacht und Vermögenszuordnung nicht mehr. Es wird als unangemessen angesehen, wenn die Anteilsinhaber Sanierungsmaßnahmen behindern können.²⁵⁹ Leidtragende sind nicht nur die Mitgesellschafter, was unter dem Dogma der Mehrheitsherrschaft (in gewissen Grenzen) hinzunehmen wäre, sondern auch die Gläubiger. Die Gläubiger wiederum seien die wirtschaftlichen Eigentümer der Gesellschaft, da ihnen die verbleibenden Mittel regelmäßig komplett zustehen.

Im Vergleich zu den Treuepflichten handelt es sich bei den **Aufopferungspflichten** um einen deutlich neueren Ansatz. Praktisch relevant ist der Aufopferungsgedanke insbesondere im Verhältnis von Anteilsinhabern und Gläubigern, da in diesem Verhältnis Treuepflichten mangels gesellschaftsvertraglicher Bindung nicht relevant sind. In der „Akkordstörer“-Entscheidung²⁶⁰ stellte der BGH klar, dass zwischen Gläubigern und Gesellschaftern gegenseitige Treuepflichten nicht anzuerkennen seien, da es an einer die Treuepflichten rechtfertigenden Sonderverbindung fehle. Gleichzeitig ist aber gerade das Zusammenwirken von Gesellschaftern und Gläubigern oftmals ausschlaggebend für eine erfolgreiche Sanierung. Von beiden Seiten drohen Blockadepositionen eine Sanierung zu verhindern. So steht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einerseits fest, dass die Anteilsinhaber die Gesellschaft nicht alleine sanieren können oder wollen, andererseits konnten die Gläubiger nach früherer Rechtslage im eröffneten Verfahren ohne die Mitwirkung der Gesellschafter die Gesellschaft als Rechtsträger nicht nutzen. Die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung galt fort. Eine Zusammenarbeit beider Seiten auf mehr oder weniger freiwilliger Basis war daher unumgänglich. Hierzu waren Anteilsinhaber und Gläubiger oftmals nicht bereit, denn stets waren

²⁵⁹ Statt vieler: *Bitter*, ZGR 2010, 147 (189 ff.); *Braun* in: Nerlich/Römermann InsO, § 217 Rn. 38.

²⁶⁰ BGH NJW 1992, 967 = BGHZ 116, 319.

dafür eigene Einbußen erforderlich. Im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens bestehen nach dem ESUG nun weitreichende Instrumentarien zur Überwindung der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzen der Anteilsinhaber. Es wird daher auch bei den Aufopferungspflichten zu untersuchen sein, ob der Aufopferungsgedanke neben den Neuregelungen noch relevant ist. Wie bei den Treuepflichten soll es dabei nicht um etwaige Schadensersatzansprüche gehen, sondern allein um die Primärverpflichtung der Aufopferung.

Im Folgenden sollen zunächst kurz die vor dem ESUG bestehenden Blockadepositionen dargestellt werden, deren Überwindung die Treuepflichtbindung sowie die Aufopferungspflichten dienen (B). Anschließend soll die Entwicklung der Treuepflichten bei außergerichtlichen Sanierungen dargestellt werden (C.). Es soll anschließend untersucht werden, ob die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze sich auch auf das eröffnete Verfahren übertragen lassen und welche Grenzen einer Übertragung gegebenfalls zu setzen sind. Unterschiede ergeben sich zwischen der Sanierung im Insolvenzverfahren und der außergerichtlichen Sanierung schon daraus, dass bei der Sanierung im Insolvenzverfahren nach der Konzeption des Gesetzes die Gläubigerinteressen stärker in den Vordergrund treten. Die Frage der Übertragbarkeit des Treuepflichtgedankens stellt sich nach der Insolvenzrechtreform von neuem. Da durch das ESUG einige Vorschriften zur Überwindung von Blockadepositionen eingeführt wurden, ist zu fragen, ob der Treuepflichtgedanken vom Gesetzgeber nun in der Weise aufgenommen wurde, dass er zugleich auf die ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen beschränkt sein soll. Die gesetzlichen Regelungen würden dann zugleich die Grenze der von den Beteiligten zu erbringenden Sanierungsbeiträge darstellen. Es ist daher zu klären, ob die Treuepflichtbindung auch nach der Reform durch ESUG noch zur Lösung von Gesellschafterkonflikten herangezogen werden kann (D.). Neben den Treuepflichten wird der Aufopferungsgrundsatz untersucht (E.). Da die Insolvenzordnung den Gläubigerinteressen weitgehend den Vorrang gegenüber den Gesellschafterinteressen einräumt, kann nicht nur das Verhältnis der Gesellschafter untereinander betrachtet werden. Es stellt sich die Frage nach etwaigen Pflichtenbindungen im Verhältnis von Gesellschaftern und Gläubigern, wobei es nur um die Frage gehen soll, ob die Anteilsinhaber entsprechenden Pflichten gegenüber den Gläubigern unterworfen sind. Mögliche Pflichten der Gläubiger gegenüber den Anteilsinhabern sollen nicht untersucht werden. Im Besonderen der Aufopferungsgedanke muss aufgrund der ESUG-Reform neu betrachtet werden, da der Schwerpunkt der Reform auf der Neuregelung des Verhältnisses von Gesellschaftern und Gläubigern im Insolvenzplanverfahren liegt, also auf dem vom Aufopferungsgedanken maßgeblich erfassten Verhältnis.

B. Blockadepositionen vor dem ESUG

Vor dem ESUG konnte das Gesellschaftsunternehmen im Insolvenzverfahren nur im Wege der übertragenden Sanierung ohne Mitwirkung der Anteilseigner fortgeführt werden. Für die erhaltende Sanierung bedurfte es nach allgemeiner Auffassung stets der Mitwirkung der

Anteilseigner.²⁶¹ Alle Maßnahmen, welche die gesellschaftsrechtliche Struktur betrafen oder die Beteiligungsverhältnisse der Gesellschaft änderten, mussten durch einen außerhalb des Verfahrens gefassten Beschluss der Gesellschafter getroffen werden.²⁶² Betroffen waren somit sämtliche wichtige Sanierungsmaßnahmen wie der Fortsetzungsbeschluss²⁶³, Anteilsübertragungen sowie alle Kapitalmaßnahmen.²⁶⁴ Eine erhaltende Sanierung scheiterte daher, wenn die Gesellschafter ihre Mitwirkung verweigerten oder diese von ungebührlich hohen Forderungen abhängig machten. Als Alternative blieb dann nur die Zerschlagung des Unternehmens oder die übertragende Sanierung. Dies führte zu Wertverlusten, wenn rechtsträgerbezogene Rechte den maßgeblichen Wert des Unternehmens darstellten.

Vereinzelt wurden schon vor dem ESUG Mitwirkungspflichten der Gesellschafter in der Insolvenz in Erwägung gezogen;²⁶⁵ nach überwiegender Ansicht waren Zwangseingriffe in die Rechte der Anteilseigner im eröffneten Verfahren dagegen nicht möglich.²⁶⁶ Es entstanden bei fehlender Mitwirkung der Gesellschafter Blockadepositionen, die das Verfahren, zu Lasten der Gläubiger und gegebenenfalls der Mitgesellschafter, erheblich beeinträchtigten. Waren weder die Zerschlagung noch die übertragende Sanierung sinnvolle Verfahrensalternativen, hing das Wohl und Wehe der Gesellschaft und damit auch die Werthaltigkeit der Gläubigerforderungen von der Mitwirkung der Altgesellschafter ab. Für Anteilsinhaber indes war die Mitwirkung gleichzeitig wenig reizvoll, da aufgrund der finanziellen Situation der Gesellschaft keine relevanten Gegenleistungen angeboten werden konnten und die Sanierungsmaßnahmen regelmäßig mit Einbußen für die Anteilsinhaber verbunden waren. Aktive Sanierungsbeiträge, etwa in Form von Nachschüssen wurden von den Anteilsinhabern ebenfalls gescheut. Aus Sicht des einzelnen Sanierungsbeteiligten sollen bestensfalls die Sanierungsbeiträge von den übrigen Sanierungsbeteiligten geleistet werden, denn im Falle des Scheiterns sind neben dem bereits eingesetzten Kapital auch die Nachschüsse verloren. Mit anderen Worten: niemand will „dem schlechten Geld gutes hinterherwerfen“. Auch will kein Sanierungsbeteiligter in „Vorleistung treten“, also als erster Sanierungsbeiträge leisten. Für den einzelnen Sanierungsbeteiligten ist daher Abwarten die beste Strategie. Diese, oftmals kollektiv verfolgte Strategie stellt ein erhebliches Sanierungshindernis dar. Die Verweigerung der Mitwirkung konnte auch als Druckmittel genutzt werden, um eine Beteiligung an der sanierten Gesellschaft zu erlangen, die dem einzelnen Sanierungsbeteiligten nicht zustand oder um sich Sanierungsbeiträge zu Lasten der übrigen Sanierungsbeteiligten „abkaufen“ zu

²⁶¹ Statt vieler: *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353 (354); *Meyer/Degener*, BB 2011, 848. Zur Überwindung der Blockadepositionen dagegen schon vor dem ESUG: *Bitter*, ZGR 2010, 147 (151).

²⁶² *Schlitt*, NZG 1998, 759; *Begr. RegE ESUG*, Drucks. 17/5712, S. 18; *Meyer/Degener*, BB 2011, 848; *Noack*, FS Röhrich, S. 457.

²⁶³ Da die Gesellschaft durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß §§ 728 BGB, 131 I Nr. 3 HGB, 262 I Nr. 3 AktG sowie 60 I Nr. 4 GmbHG aufgelöst wird, ist zu ihrer Fortsetzung ein Fortsetzungsbeschluss nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen erforderlich.

²⁶⁴ *Schlitt*, NZG 1998, 759.

²⁶⁵ *Bitter*, ZGR 2010, 147 (170 ff.); *Braun* in: *Nerlich/Römermann InsO*, § 217 Rn. 41 ff. (Loseblatt Stand EL 9 März 2005) sowie *Bamberger* in: *Recht der Sanierungsfinanzierung*, § 16 Rn 55, welcher von dem Bestehen einer „Gefahren- und Interessengemeinschaft“ zwischen Gesellschaftern und Gläubigern spricht.

²⁶⁶ *Begr. RegE ESUG*, Drucks. 17/5712, S. 18; *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (848); *Noack*, FS Zöllner, S. 416; *Noack*, FS Röhrich, S. 459; *Römermann*, GmbHR 2012, 421 (421).

lassen. Aufgrund vorstehender Erwägungen verweigerten die Anteilsinhaber oftmals ihre Mitwirkung oder machten sie von ungebührlich hohen Forderungen abhängig. Auch durch Rechtsmittel konnten die Anteilsinhaber das Verfahren erheblich verzögern.²⁶⁷ Jede Beschwerde gegen den Insolvenzplan hatte aufschiebende Wirkung. Wurde das Rechtsmittelverfahren bis zum BGH geführt, verzögerte dies die Planumsetzung um Monate.²⁶⁸ Jeder Tag führt in der Krise zu weiteren Wertverlusten; eine erfolgreiche Sanierung wird unwahrscheinlicher. Das Störpotential war erheblich.

Dass diese Blockademöglichkeiten vielfach als unangemessen empfunden wurden, vermag nur auf den ersten Blick zu erstaunen. Die Gesellschafter sind nach allgemeiner Ansicht die Eigentümer der Gesellschaft, die Gläubiger hingegen bloße externe Geldgeber.²⁶⁹ Den Gläubigern steht demgemäß nur ein vermögensrechtlicher Anspruch zu. Ein Anspruch auf Nutzung des Rechtsträgers besteht dagegen nicht. Aufgrund der Vermögenslage der Gesellschaft können den Anteilsinhaber jedoch keine eine Sanierung beeinträchtigenden Entscheidungskompetenzen eingeräumt werden. Die Anteile an der insolventen Gesellschaft sind regelmäßig vollständig entwertet. Nach der insolvenzrechtlichen Verteilungsreihenfolge sind in der Insolvenz die Gläubiger zuerst zu befriedigen. Nur wenn danach noch ein Restwert verbleibt, ist dieser Überschuss an den Schuldner beziehungsweise die Anteilsinhaber auszukehren (§ 199 InsO). Demgemäß wird teilweise vertreten, die Gläubiger seien im Insolvenzverfahren die wirtschaftlichen Eigentümer der Gesellschaft.²⁷⁰ Die Anteilsrechte hingegen seien in der Insolvenz nur noch „organisationsrechtliche Formalpositionen“.²⁷¹ Nach verbreiteter Auffassung soll eine derart entwertete Rechtsposition nicht dazu berechtigen eine Sanierung durch andere Beteiligte zu behindern.²⁷² Ein Vergleich mit den Verfahrensalternativen stützt diese Betrachtungsweise. So sieht das Gesetz weder im Falle der übertragenden Sanierung noch im Falle der Liquidation den Erhalt der Anteilseignerrechte vor. In beiden Fällen gehen die Anteile der Altgesellschafter vielmehr vollständig unter, da der Rechtsträger liquidiert wird. Eine finanzielle Kompensation erfolgt dafür regelmäßig nicht, da das zu verteilende Restvermögen den Gläubigern zusteht und im Regelfall nach der Verteilung an die Gläubiger keine Vermögenspositionen mehr verbleiben. Soweit ersichtlich, stört sich bei der übertragenden Sanierung und der Liquidation niemand daran, dass die Anteile der Gesellschafter vollständig und oftmals kompensationslos untergehen.

Es blieb vor dem ESUG letztlich ungeklärt und kann nun aufgrund der Insolvenzrechtsreform dahinstehen, ob die Anteilsinhaber im eröffneten Verfahren aus dem Treuepflichtgedanken

²⁶⁷ *Madaus*, NZI 2012, 597 (597 f.).

²⁶⁸ *Madaus*, NZI 2012, 597 (598).

²⁶⁹ Dahingehend seien die Gläubiger zumindest bei Überschuldung die „wirtschaftlichen Eigentümer“ des Unternehmens. *Eidenmüller*, ZGR 2001, 680 (688); *Braun* in: *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 582.

²⁷⁰ *Eidenmüller*, ZGR 2001, 680 (688); *Braun* in: *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 582; *Bitter* ZGR 2010, 147 (189 ff.).

²⁷¹ *Braun* in: *Nerlich/Römermann InsO*, § 217 Rn. 38; *Noack* in: *FS Röhrich*, S. 455, 459 sowie im Anschluss daran auch *Schulz*, S. 119. Kritisch dagegen im Hinblick auf die grundsätzliche Wertlosigkeit der Anteile: *Schäfer*, ZIP 2013, 2237 (2239 f.); *Brinkmann* ZIP 2014, 197 (199); *H.-F. Müller*, KTS 2011, 1 (20).

²⁷² *A. Schmidt* in: *Hamb. Komm. zum InsR*, § 225a Rn 16; *Altmeppen*, *FS Hommelhoff*, S. 15; *Bitter*, ZGR 2010, 147 (191).

zur Zustimmung zu Sanierungsmaßnahmen verpflichtet gewesen wären. Aufgrund der dargestellten Interessenlage sah der Gesetzgeber Handlungsbedarf und nahm im Rahmen des ESUG Regelungen zur Überwindung von Blockadepositionen in die Insolvenzordnung auf. Zu prüfen ist mithin, ob eine Treuepflichtbindung nach dem ESUG anzunehmen ist.²⁷³

C. Treuepflichten bei außergerichtlichen Sanierungen

I. Entwicklung der Treuepflichten, Rechtsfunktion und Dogmatik

Bei der werbenden Gesellschaft wurde schon früh diskutiert, ob die gegenseitigen Pflichten der Gesellschafter nur durch die ausdrücklichen Vorschriften des Gesellschaftsrechts bestimmt werden oder ob auch ungeschriebene **Treuepflichten** die Gesellschafter binden. Bereits das Reichsgericht hatte Treuepflichten ausdrücklich anerkannt. Ihren Ursprung hatten die Treuepflichten im Personengesellschaftsrecht. Die Treuepflichtbindung der Mehrheit war hier aufgrund der personalistischen Struktur und der Notwendigkeit des gedeihlichen Zusammenarbeitens schon Anfang des 20. Jahrhunderts allgemein anerkannt.²⁷⁴ Im Anschluss an das ITT-Urteil²⁷⁵ des BGH aus dem Jahr 1975 wurden die Treuepflichten auch im GmbH-Recht etabliert und sodann im Anschluss an das Girmes-Urteil im Aktienrecht.²⁷⁶

In der sog. VICTORIA-Entscheidung²⁷⁷ aus dem Jahre 1931 führte das Reichsgericht aus:

*„Aus der Befugnis, im Wege des Mehrheitsbeschlusses zugleich auch für die Minderheit zu beschließen und damit mittelbar über deren in der Gesellschaft gebundenen Vermögensrechte zu verfügen, ergibt sich ohne weiteres die gesellschaftliche Pflicht der Mehrheit, im Rahmen des Gesamtinteresses auch den berechtigten Belangen der Minderheit Berücksichtigung angedeihen zu lassen und deren Rechte nicht über Gebühr zu verkürzen.“*²⁷⁸

Dieses Urteil wird als Ursprung der Treuepflichtrechtsprechung begriffen²⁷⁹ und ist heute noch in vielen Teilen aktuell.²⁸⁰ Die Entscheidung ging lange Zeit auch noch mit der Rechtsprechung des BGH konform und wird bis heute als vorbildlich angesehen.²⁸¹ Erst im Jahr 1995 machte der BGH den nächsten Schritt und erweiterte den Anwendungsbereich der Treuepflichten auf die Minderheitsgesellschafter.²⁸² Zwischenzeitlich erkannte der BGH im Jahr 1975 in der ITT-Entscheidung²⁸³ eine Treuepflichtbindung innerhalb der GmbH an. Diese Treuepflichtbindung habe ihren Grund in der Möglichkeit, Einfluss auf die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu nehmen. Die Ausgestaltung der Organisation einer

²⁷³ Siehe sogleich unter D.

²⁷⁴ RGZ 128, 1 (16) sowie RGZ 162, 388 (394).

²⁷⁵ BGHZ 65, 15 = NJW 1976, 191 („ITT“).

²⁷⁶ Thole, ZIP 2013, 1937 (1938).

²⁷⁷ RGZ 132, 149.

²⁷⁸ RGZ 132, 149 (163).

²⁷⁹ Nodoushani, S. 23.

²⁸⁰ Vgl mwN Nodoushani, S. 24.

²⁸¹ Timm, Anm. zum BGH Ur. v. 01.02.1988 – II ZR 75/87 in NJW 1988, 1583.

²⁸² BGH NJW 1995, 1739.

²⁸³ BGH Ur. v. 5.6.1975, BGHZ 65, 15 sowie NJW 1976, 191-193.

GmbH sei trotz ihrer körperschaftlichen Verfassung oft einer Personengesellschaft ähnlich, sodass die Gesellschafter in erheblichem Maße Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen könnten.²⁸⁴ Bei der Anerkennung der Treuepflichten zwischen Aktionären war der BGH dagegen lange zurückhaltend. So verneinte er in der AUDI/NSU-Entscheidung²⁸⁵ eine Treuepflichtbindung der Aktionäre, welche über die allgemeinen Vorschriften der §§ 226, 242 und 826 BGB hinausgeht.²⁸⁶ Allein die Zugehörigkeit zur Gesellschaft begründe keine gegenseitigen Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären.²⁸⁷ In der LINOTYPE-Entscheidung²⁸⁸ bejahete der BGH schließlich die Treuepflichtbindung des (Mehrheits-)Aktionärs gegenüber den Mitgesellschaftern²⁸⁹, gab ausdrücklich seine bisherige Rechtsprechung auf, wonach die Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären allein nach Maßgabe der §§ 226, 242 und 826 BGB zu bestimmen seien²⁹⁰ und schloss sich der Rechtsprechung des Reichsgericht in der VICTORIA-Entscheidung an.²⁹¹ In der Literatur wird die LINOTYPE-Entscheidung als Durchbruch der Treuepflichten verstanden.²⁹² Auch in der LINOTYPE-Entscheidung sah der BGH den Geltungsgrund der Treuepflichten in der Möglichkeit zur Einwirkung auf die gesellschaftsbezogenen Rechte der Mitgesellschafter.²⁹³ Die Aktiengesellschaft könne organisatorisch so ausgestaltet sein, dass ihre Struktur einer Personengesellschaft nahekomme.²⁹⁴ Die bisherige Verneinung der Treuepflichtbindung zwischen den Aktionären²⁹⁵ sei auf eine Überbewertung der körperschaftlichen Struktur der Aktiengesellschaft zurückzuführen.²⁹⁶ Für die Annahme der Treuepflichtbindung sei die innere Struktur der Gesellschaft entscheidend und nicht deren Rechtsform.²⁹⁷ Einzig zu einer Anerkennung der Treuepflichtbindungen des Minderheitsaktionärs konnte sich der BGH in der LINOTYPE-Entscheidung noch nicht durchringen. Diese lehnte er vielmehr ausdrücklich ab.²⁹⁸ In der GIRMES-Entscheidung²⁹⁹ besserte der BGH dann aber nach. Es waren hier die Minderheitsaktionäre, die mit einer Sperrminorität die Sanierungsinteressen der Mehrheitsaktionäre zu blockieren versuchten. Der BGH urteilte, auch die Minderheitsgesellschafter seien durch die Treuepflichten gebunden.

Spätestens nach der GIRMES-Entscheidung waren die Treuepflichten somit in der Rechtsprechung gesellschaftsformübergreifend und unabhängig von einer Mehrheitsmacht anerkannt.

²⁸⁴ NJW 1976, 191.

²⁸⁵ BGH Urt. v. 16.02.1976; JZ 1976, 561.

²⁸⁶ BGH JZ 1976, 561 (562).

²⁸⁷ BGH JZ 1976, 561 (562).

²⁸⁸ BGH Urt. v. 1.2.1988 in: BGHZ 103, 184 sowie NJW 1988, 1579.

²⁸⁹ BGH NJW 1988, 1581 f.

²⁹⁰ Vgl. BGH JZ 1976, 561.

²⁹¹ RGZ 132, 149. Dieser Auffassung auch Lutter, ZHR 153 (1989), 446 (447), der ausführt, der BGH habe durch die Linotype-Entscheidung den „Status quo ante des Reichsgerichts wieder hergestellt“.

²⁹² Etwa Hüffer in: Hüffer AktG, § 53 a Rn. 14; kritisch dagegen: Flume, ZIP 1996, 161 (162 f.).

²⁹³ BGH NJW 1988, 1579 (1581).

²⁹⁴ BGH NJW 1988, 1579 (1581).

²⁹⁵ Vgl. BGHZ 14, 25 (38).

²⁹⁶ BGH NJW 1988, 1579 (1581).

²⁹⁷ BGH NJW 1988, 1579 (1582).

²⁹⁸ Vgl. BGH NJW 1988, 1579 (1582): „Es darf dabei nicht verkannt werden, dass die Gesellschafterpflichten eines Kleinaktionärs in der Regel nicht von der gesellschafterrechtlichen Treuepflicht bestimmt werden.“

²⁹⁹ BGH Urt. v. 20.03.1995 in: NJW 1995, 1739.

Für die **Sanierungssituation** wurde die Treuepflichtbindung lange kaum explizit diskutiert, was sich jedoch 1995 ebenfalls durch das Girmes-Urteil³⁰⁰ änderte. Die Frage nach einer positiven Zustimmungspflicht zu außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen rückte in den Blickpunkt. Innerhalb der Treuepflichtbindung stellt die Zustimmung zu Sanierungsmaßnahmen einen Sonderfall dar, da es hierbei um die Änderung der vertraglichen Grundlage als solche geht.

In der **Literatur** sind Treuepflichten ebenfalls allgemein³⁰¹ und rechtsformübergreifend anerkannt.³⁰² Die Treuepflicht ist als rechtsformübergreifendes Verbandsprinzip jeder Mitgliedschaft in einem Verband inhärent.³⁰³ Nur vereinzelt wird den Treuepflichten kritisch gegenübergestellt.³⁰⁴ So ist teilweise von einer der Treuepflicht innewohnenden „unwiderstehlichen Versuchung zum leichtfertigen Gebrauch“³⁰⁵ die Rede. Die Treuepflichten seien eine „Leerformel“³⁰⁶ oder „Allerweltsformel“³⁰⁷ und „dogmatisch bedenklich“³⁰⁸ sowie „der Rechtssicherheit abträglich“³⁰⁹. Diese Stimmen können aber vernachlässigt werden, da die Treuepflicht weit überwiegend als zentraler Rechtssatz des Gesellschaftsrechts³¹⁰ und als allgemeines gesellschaftsrechtliches Prinzip anerkannt sind.³¹¹

Der **rechtsfunktionale Anknüpfungspunkt** der Treuepflichten liegt in der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung.³¹² Wem die Möglichkeit eingeräumt wird, auf die Rechte

³⁰⁰ BGHZ 129, 136 = ZIP 1995, 819 („Girmes“).

³⁰¹ Schäfer in: MüKo BGB § 705 Rn. 221; Hüffer in: MüKo AktG, § 243 Rn 44; ders. in: Hüffer, AktG § 53 a Rn. 14; Kort, ZIP 1990, 294 (295); Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 20; Michalski/Funke in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 136; Roth/Altmeyen GmbHG, § 13 Rn. 28; Wiesner in: Münch. Hdb. d. GesR, § 17 Rn. 15; Weitemeyer in: Oetker HGB, § 109 Rn. 21; K. Schmidt, GesR § 20 IV (S. 587/588); ders. in: MüKo HGB, § 105 Rn 188; Mollenkopf in: Henssler/Strohn, GesR § 45 Rn. 12; Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 35; Timm, WM 1991, 481 (482); Bungereoth, MüKo AktG, Vorb. §§ 53 a – 75, Rn. 19; Solveen in: Hölter, AktG, § 53 a Rn 14; Cahn/v. Spannenberg in: Spindler/Stilz AktG, § 53 a Rn. 36; Häsemeyer, ZHR 160 (1996), 109 (113).

³⁰² Hüffer in: MüKo AktG, § 243 Rn 44; ders. in: Hüffer, AktG § 53 a Rn. 14; Weitemeyer in: Oetker HGB, § 109 Rn. 21; K. Schmidt, GesR § 20 IV (S. 592); Timm, Anm. zum BGH Ur. v. 01.02.1988 – II ZR 75/87 in NJW 1988, 1583; Weitemeyer in: Oetker HGB, § 109 Rn. 21; Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 35; Timm, WM 1991, 481 (484); Bungereoth, MüKo AktG, Vorb. §§ 53 a – 75, Rn. 19; Solveen in: Hölter, AktG, § 53 a Rn 14; Cahn/v. Spannenberg in: Spindler/Stilz AktG, § 53 a Rn. 36; Häsemeyer, ZHR 160 (1996), 109 (113).

³⁰³ K. Schmidt, GesR, § 20 IV 2. D).

³⁰⁴ Altmeyen, NJW 1995, 1739 (1739 f.); Flume, ZIP 1996, 161 (164); Reuter in: MüKo BGB, § 34 Rn. 22 und 24; differenzierend zwischen der Treuepflichtbindung der Mehrheitsaktionäre (Bindung gegenüber Gesellschaft und Mitgesellschafter) und der Minderheitsaktionäre (Bindung nur gegenüber der Gesellschaft): Werner, Festschrift Semler, S. 423 und 436.

³⁰⁵ Weipert in: Münch. Hdb. d. GesR, Band 2, § 13 Rn. 1.

³⁰⁶ Flume, ZIP 1996, 161 (164).

³⁰⁷ Weipert in: Münch. Hdb. d. GesR, Band 2, § 13 Rn. 1.

³⁰⁸ Altmeyen, NJW 1995, 1739 (1740).

³⁰⁹ Altmeyen, NJW 1995, 1739 (1740).

³¹⁰ Schäfer in: MüKo BGB, § 705 Rn. 221.

³¹¹ Bezenberger/Keul in: Münch. Hdb. d. GesR Band 4, § 76 Rn 14; Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG § 13 Rn. 20; Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 35.

³¹² Es besteht diesbezüglich in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit. Vgl Girmes, BGH NJW 1995, 1739 (1741) sowie K. Schmidt, GesR § 20 IV (Seite 588); Wiedemann, JZ 1976, 392 (393); Marsch-Barner, ZIP 1996, 853 (854); Timm, WM 1991, 481 (482); dieser Ansicht wohl auch Lutter, JZ 1976, 223 (231), wenn auch mit Einschränkungen vgl. S. 232). Abweichend davon Cahn/v. Spannenberg in: Spindler/Stilz AktG, § 53 a Rn 43, wel-

anderer einzuwirken, muss mit dieser Macht auch verantwortungsvoll umgehen. Einfluss und Verantwortung korrespondieren miteinander.³¹³ Im Gesellschaftsrecht bestehen Einflussmöglichkeiten insbesondere durch das Stimmrecht. Dieses ermöglicht die Einflussnahme auf die Interessen der Mitgesellschafter. Die Mehrheit hat dabei einen eigenen Anteil übersteigende Einflussmöglichkeit innerhalb der Gesellschaft.³¹⁴ Hinsichtlich der **dogmatischen Grundlage** der Treuepflichten ist der Rechtsprechung keine klare Stellungnahme zu entnehmen.³¹⁵ In der Literatur wird die dogmatische Grundlage im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung gesehen³¹⁶ und in der **Zweckförderungspflicht** aus § 705 BGB³¹⁷.

II. Inhalt und Umfang der Treuepflichten

Für die Treuepflichten bestehen keine abstrakt generellen Anwendungsregeln.³¹⁸ Die Aufstellung solcher Regeln wäre angesichts des vielfältigen Anwendungsbereiches der Treuepflichten auch kaum möglich³¹⁹ und müsste jedenfalls im Vagen bleiben. Mehr Rechtssicherheit würde nicht gewonnen. So ist eine an den konkreten Umständen orientierte Interessensabwägung zwischen den Eigeninteressen des handelnden Gesellschafters einerseits und den mitgliedschaftlichen Interessen der Mitgesellschafter andererseits erforderlich.³²⁰ Allgemein können die Treuepflichten als Verhaltensregel für die Ausübung von Rechten sowie für die tatsächliche Einflussnahme innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses umschrieben werden.³²¹ Die Gesellschafter haben die Interessen der Mitgesellschafter zu berücksichtigen, indem sie Schädigungen unterlassen und im Einzelfall sogar einzelnen Förderpflichten nachkommen.³²² Mit der Annahme von Förderpflichten ist jedoch restriktiv zu verfahren, denn grundsätzlich sind Gesetz und Satzung beziehungsweise der Gesellschaftsvertrag diesbezüg-

che das Korrelat zur Einwirkungsmacht auf fremde Rechte nur als Teil des Geltungsgrundes der Treuepflichten ansehen. Daneben seien die Treuepflichten auch Ausgleich für die beim Betrieb eines Unternehmens notwendige Offenheit von Gesetz und Satzung. Wäre die Möglichkeit zum Eingriff auf fremde Rechte dagegen verhältnismäßig präzise normiert, wäre kein Raum für die Annahme gesteigerter Loyalitätspflichten.

³¹³ *Wiedemann*, JZ 1976, 392 (393).

³¹⁴ *Wiedemann*, JZ 1976, 392 (393).

³¹⁵ Vgl. hierzu *Henze*, BB 1996, 489 (491).

³¹⁶ *Habermeier* in: Staudinger BGB, § 705 Rn. 50; *Mayer* in: MüKo GmbHG, § 2 Rn. 4; *Henze*, BB 1996, 489 (492); *Solveen* in: Hölter, AktG, § 53 a Rn. 14; *Wiesner*, Münch. Hdb. GesR, § 17 Rn. 15; *Hüffer*, AktG § 53 a Rn. 15; *ders.* FS Steindorff, S. 78.

³¹⁷ *Timm*, WM 1991, 481 (482); *Reuter* in: MüKo BGB § 34 Rn. 22; *Servatius* in: Henssler/Strohn GesR, § 705 Rn. 41; *Häsemeyer*, ZHR 160 (1996), 109 (113), der darauf hinweist, die Treuepflicht könne „ebenso gut“ aus § 242 BGB iVm dem zwischen den Gesellschaftern bestehenden Sonderverhältnis abgeleitet werden und *Weipert* in: Münch. Hd. GesR, Band 2, § 13 Rn. 7 (wobei letzterer allerdings nur die Ausübungsgebote als Ausdruck der Treuepflichten einordnet und nicht auch die Ausübungsschranken).

³¹⁸ *Hueck/Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 21.

³¹⁹ So auch *Hueck/Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 21.

³²⁰ *Hueck/Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 23; *Michalski/Funke* in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 145; *Marsch-Barner*, ZIP 1996, 853 (854).

³²¹ Vgl. *Hueck/Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 21; *Pentz* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 13 GmbHG Rn. 38.

³²² *Werner*, FS Semler, 419 (424); *Hueck/Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 21, 23; *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen, § 60 Rn. 45; *Michalski/Funke* in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 136; *Hüffer*, FS Steindorff, S. 69.

lich abschließend.³²³ Die Grenze der Treuepflichtbindung ist erreicht, wo der jeweilige Gesellschafter eigenen Schaden aus der Treuepflichtbindung zu besorgen hat.³²⁴

Der Umfang der Treuepflichtbindung bestimmt sich nach der realen Struktur der jeweiligen Gesellschaft.³²⁵ Die Treuepflichten sind demgemäß umso stärker, je enger der **persönliche Zusammenschluss** in der jeweiligen Gesellschaft tatsächlich ist.³²⁶ Die Anteilsinhaber dürfen sich desto mehr darauf verlassen, dass die Mitgesellschafter die ihnen eingeräumte Rechtsmacht nicht zum Nachteil der Gesellschaft oder der übrigen Gesellschafter treuwidrig missbrauchen. Ein weiterer Indikator der Treuepflichtbindung ist die **Einwirkungsmacht** des einzelnen Gesellschafters **auf fremde Rechte**.³²⁷ Aus größerer Einflussnahmemacht folgt als Korrelat auch größere Verantwortung.³²⁸ So ist der Gesellschafter, welcher Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausübt, von dem bloßen Anleger ohne Einfluss zu unterscheiden. Ganz überwiegend wird hinsichtlich des Umfangs der Treuepflichtbindung weiter differenziert zwischen eigennützig³²⁹ und uneigennützig verliehenen Rechten.³³⁰ Bei uneigennützi- gen Rechten ist den Interessen der Gesellschaft in aller Regel der Vorrang einzuräumen.³³¹ Diese Rechte sind den Gesellschaftern gerade zur Förderung des Gesellschaftszwecks verliehen worden.³³² Zu den uneigennützig verliehenen Rechten gehören die Geschäftsführungstätigkeiten.³³³ Eigennützige Rechte stehen dem Gesellschafter dagegen vorrangig zur Verfolgung eigener Belange zur Verfügung.³³⁴ Eine Treuepflichtverletzung kann hier nur unter engeren Voraussetzungen angenommen werden. Der Gesellschafter ist grundsätzlich nicht gehindert, seine eigennützigen Rechte auch dann zu verfolgen, wenn hiervon Inte-

³²³ Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 23.

³²⁴ Häsemeyer, ZHR 160 (1996), 109 (114).

³²⁵ Weitemeyer in: Oetker HGB, § 109 Rn. 21; Lutter, AcP 180 (1980), 84 (111); K. Schmidt, GesR § 20 IV (S. 592); ders. in: MüKo HGB § 105 Rn 190; Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 22; Michalski/Funke in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 145; Henze, BB 1996, 489 (499); Häsemeyer, ZHR 160 (1996), 109 (113); Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 40 (letzttere schränkt die Bedeutung der Realstruktur dergestalt ein, dass sie keine Auswirkung auf die Ausübung uneigennütziger Rechte habe).

³²⁶ Schäfer, MüKo BGB § 705 BGB Rn. 225; Servatius in: Henssler/Strohn GesR, § 705 Rn. 41; K. Schmidt in: MüKo HGB § 105 Rn 190.

³²⁷ Michalski/Funke in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 145 f.; Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 40; Marsch-Barner, ZIP 1996, 853 (854); Timm, WM 1991, 481 (483); Lutter, AcP 180 (1980), 84 (111).

³²⁸ Michalski/Funke in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 146.

³²⁹ Teilweise wird stattdessen auch der Begriff der „gesellschaftsbezogenen Mitgliedschaftsrechte“ verwendet, vgl. etwa Hüffer in: FS Steindorff, 59 (63), ein sachlicher Unterschied resultiert daraus aber nicht.

³³⁰ Schäfer, MüKo BGB § 705 BGB Rn. 224; Habermeier in: Staudinger BGB, § 705 Rn. 51; Hüffer in: FS Steindorff, S. 63; ders. in: Hüffer AktG, § 53 a Rn 16; Servatius in: Henssler/Strohn GesR, § 705 Rn. 42; K. Schmidt in: MüKo HGB, § 105 Rn 190; Cahn/v. Spannenberg in: Spindler/Stilz AktG, § 53 a Rn. 51; Michalski/Funke in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 145; Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 22; Solveen in: Hölter, AktG, § 53 a Rn 17; ähnlich auch Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 40 und 55-59 (insoweit aber mit abweichender Terminologie und weiteren Differenzierungen).

³³¹ Schäfer, MüKo BGB § 705 BGB Rn. 224; Habermeier in: Staudinger BGB, § 705 Rn. 51; Hüffer in: FS Steindorff, S. 63; Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 26; Michalski/Funke in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 146.

³³² Habermeier in: Staudinger BGB, § 705 Rn. 51, Henze, BB 1996, 492.

³³³ Hüffer in: Hüffer AktG, § 53 a Rn. 16; Henze, BB 1996, 489 (492); Cahn/v. Spannenberg in: Spindler/Stilz AktG, § 53 a Rn. 52.

³³⁴ Habermeier in: Staudinger BGB, § 705 Rn. 51; Servatius in: Henssler/Strohn GesR, § 705 Rn. 42.

ressen der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter abweichen.³³⁵ Die Treuepflicht schränkt die Ausübung der Rechte jedoch in dem Sinne ein, dass nicht willkürlich oder grundlos über anerkannte Interessen der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter hinweggegangen werden darf.³³⁶ Eigennützig verliehene Rechte sind etwa das Gewinnrecht, Informations- und Einsichtsrechte, Kapitalmaßnahmen, das Kündigungsrecht sowie die Stimmrechte.³³⁷

Grenzen der Treuepflichten sind der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz³³⁸ und das Verbot der Pflichtenmehrung. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist gewahrt, wenn die Rechtsausübung geeignet und erforderlich ist, um die Interessen des handelnden Gesellschafters zu realisieren. Der Vorteil des begünstigten Gesellschafters darf nicht außer Verhältnis zu den Nachteilen stehen, welche den Mitgesellschaftern entstehen.³³⁹ Die Heranziehung der Treuepflichten kann nicht zu einer Vermehrung der Pflichten der Gesellschafter führen.³⁴⁰ Eine Nachschusspflicht der Gesellschafter kann aus der Änderung des Gesellschaftsvertrages nicht erwachsen.³⁴¹ Zum einen widerspricht eine Erweiterung der Pflichten den gesellschaftsrechtlichen Wertungen (§§ 707 BGB, 53 Abs. 3 GmbHG, 54 Abs. 1 AktG), zum anderen würde sie mit der Privatautonomie kollidieren.³⁴² Grenzen finden die Treuepflichten auch an ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen.³⁴³ Die Treuepflichtbindung kann nicht dazu führen, klare gesetzgeberische Entscheidungen zu umgehen oder unterwandern.³⁴⁴

III. Rechtsfolge der Treuepflichten

Als Rechtsfolge der Treuepflichten ist die die treuepflichtwidrige Rechtsausübung unwirksam.³⁴⁵ Darüber hinaus kann aus der Treuepflicht auch ein Erfüllungsanspruch erwachsen, wenn diese im Einzelfall eine Zustimmungspflicht begründet.³⁴⁶ Dieser Erfüllungsanspruch kann im Wege der Leistungsklage (§ 894 ZPO) durchgesetzt werden;³⁴⁷ ob darüber hinaus die Zustimmung auch als erteilt unterstellt werden kann, ist umstritten.³⁴⁸ Im Falle der schuld-

³³⁵ Schäfer, MüKo BGB § 705 BGB Rn. 224.

³³⁶ Schäfer, MüKo BGB § 705 BGB Rn. 224.

³³⁷ Habermeier in: Staudinger BGB, § 705 Rn. 51

³³⁸ Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 40; Michalski/Funke in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 147.

³³⁹ Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 40; Michalski/Funke in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 147.

³⁴⁰ Schäfer in: MüKo BGB § 705 Rn. 233, ders. in: FS Hommelhoff, S. 943.

³⁴¹ Vgl. Timm, WM 1991, 481 (485).

³⁴² Von einer Erhöhung der Einlage zu unterscheiden ist die Pflicht zur Zahlung eines fiktiven Auseinandersetzungsbeitrages wie im Fall „Sanieren oder Ausscheiden“.

³⁴³ Schneider, § 10 III. 2 (S. 205 f.).

³⁴⁴ Schneider, § 10 III. 2 (S. 205 f.).

³⁴⁵ Schäfer, MüKo BGB § 705 Rn. 239; Weitemeyer in: Oetker HGB, § 109 Rn. 23; Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 30; Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 80; Solveen in: Hölters AktG, § 53 a Rn 20.

³⁴⁶ Schäfer, MüKo BGB, § 705 Rn 239; Weitemeyer in: Oetker HGB, § 105 Rn. 47 unter Verweis auf BGH NJW 2010, 65; Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 30; Timm, WM 1991, 481 (483).

³⁴⁷ Schäfer, MüKo BGB, § 705 Rn. 239; Servatius in: Henssler/Strohn GesR, § 705 Rn. 41.

³⁴⁸ Bejahend: Weitemeyer in: Oetker HGB, § 109 Rn. 23, unterscheidend nach dem Beschlussinhalt (bei Geschäftsführungsbeschlüssen sei die Unterstellung der Zustimmung möglich, nicht dagegen bei Grundlagenbeschlüssen): Schäfer, MüKo BGB, § 705 Rn. 241.

haften Verletzung von Treuepflichten kann ein Schadensersatzanspruch entstehen.³⁴⁹ Bei der Aktiengesellschaft wird (anders als bei der GmbH und den Personengesellschaften) das Verschulden auf Vorsatz beschränkt.³⁵⁰ Die fahrlässige Verletzung der Treuepflichten soll nicht genügen, da die Rechtsordnung auch und gerade den unerfahrenen Aktionär wolle.³⁵¹ Dieser könne von der Teilnahme an der Hauptversammlung abgeschreckt werden, wenn ihm schon im Fall der fahrlässigen Treuepflichtverletzung eine Haftung drohe.³⁵² Die Teilnahme an Abstimmungen soll von Haftungsrisiken weitgehend freigehalten werden, zumal Eigeninteressen grundsätzlich verfolgt werden dürfen.³⁵³

IV. Rechtsprechung zur Treuepflichtbindung bei Stimmabgabe

1. Allgemeines

In Sanierungsfällen wird die Treuepflichtbindung insbesondere bei der Stimmabgabe relevant. Dabei sind zwei Konstellationen zu unterscheiden. Zum einen geht es um eine aus den Treuepflichten abgeleitete **Zustimmungspflicht** zu Sanierungsmaßnahmen. Diese Zustimmungspflicht dient der Auflösung der oben beschriebenen Blockadepositionen (der **Gesellschafterminderheit**). Zum anderen geht es um die Frage, ob die **Mehrheitsmacht** aufgrund der Treuepflichtbindung zum Schutz der Minderheit zu **beschränken** ist. Die Mehrheit hat die Möglichkeit, Entscheidungen gegen die Minderheit durchzusetzen und damit eine ihre eigene Beteiligung übersteigende Gestaltungsmacht. Dies ist unter der Geltung des Mehrheitsprinzips grundsätzlich hinzunehmen. Aber auch der Mehrheitsmacht können Grenzen zu setzen sein, wenn die Rechtsausübung treuwidrig erscheint. In Betracht kommt ein aus den Treuepflichten abgeleitetes **Stimmverbot**. In den Mittelpunkt rückte diese Diskussion durch den Suhrkamp-Fall.

Grundsätzlich kann das Stimmrecht von jedem Gesellschafter frei ausgeübt werden. Eine Stimmbindung ist die Ausnahme. Aus den Treuepflichten abgeleitete Stimpflichten können aber bestehen, weil die Gesellschafter sich nicht als Vertragspartner gegenüberstehen, sondern der Zusammenschluss der Verfolgung gemeinschaftlicher Interessen dient und zudem zukunfts offen ist, sodass eine Anpassung erforderlich sein kann.³⁵⁴ Die Blockade einer infolge veränderter Umstände notwendig gewordenen Vertragsanpassung kann daher mit Blick auf die berechtigten Interessen der Mitgesellschafter treuwidrig sein. Bei der Bewertung der Treuwidrigkeit ist aber zu berücksichtigen, dass die Ausübung des Stimmrechts im Ausgangspunkt keinen Beschränkungen unterliegt, da jede Vertragspartei über die Änderung eines Vertrages grundsätzlich frei entscheiden kann. Die Treuepflichtbindung kann daher

³⁴⁹ Schäfer in: MüKo BGB § 705 Rn. 242; Weitemeyer in: Oetker HGB, § 109 Rn. 23; K. Schmidt in: MüKo HGB, § 105 Rn. 193; Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 30; Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 82 ff.; Solveen in: Hölters, AktG, § 53 a Rn 20.

³⁵⁰ BGH im Girmes-Fall (BGH NJW 1995, 1746) und ihm folgend: Lutter, JZ 1995, 1053 (1055); Solveen in: Hölters, AktG, § 53 a Rn 20, weiterhin Häsemeyer, ZHR 160 (1996), 109 (118).

³⁵¹ Lutter, JZ 1995, 1053 (1055) sowie Häsemeyer, ZHR 160 (1996), 109 (118).

³⁵² BGH NJW 1995, 1746.

³⁵³ Häsemeyer, ZHR 160 (1996), 109 (118).

³⁵⁴ Schneider, § 11 V. 1 (S. 230).

erst greifen, wenn den zu schützenden Interessen der Mitgesellschafter eine erhebliche Beeinträchtigung droht und diese die Interessen des stimmberechtigten Gesellschafters eindeutig überwiegen.³⁵⁵ Dies gilt sowohl für Stimmverbote als auch für Stimpflichten.

2. Treuepflichten zur Auflösung von Blockadepositionen

a. Durch die Rechtsprechung entwickelte Grundsätze

Bei der Auflösung von Blockadepositionen geht es um die Frage, ob die Gesellschafter als Ausprägung der Treuepflicht die Pflicht treffen kann, Änderungen des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen. Innerhalb der Treuepflichten stellt dies einen Sonderfall dar, da es um die Änderung der vertraglichen Grundlage als solcher geht.³⁵⁶ Der Sache nach geht es um ein aus der Treuepflicht abgeleitetes Blockadeverbot.³⁵⁷ Es ist anerkannt, dass die Treuepflichtbindung nicht auf den bereits bestehenden Gesellschaftsvertrag beschränkt ist.³⁵⁸ Was von den Gesellschaftern aufgrund der Treuepflichtbindung konkret verlangt werden kann, ist dagegen im Einzelnen umstritten. Der BGH schärfte die Voraussetzungen in drei grundlegenden Urteilen, nämlich im bereits erwähnten „Girmes“-Urteil³⁵⁹ für die Kapitalgesellschaften und in den beiden „Sanieren oder Ausscheiden“-Urteilen für die Personengesellschaften. Die Urteile sind in der Literatur überwiegend auf Zustimmung gestoßen.³⁶⁰ Im Einzelnen waren den Entscheidungen die folgenden Grundsätze zu entnehmen.

Im Girmes-Verfahren³⁶¹ hatte der BGH die Frage zu klären, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen eine Treuepflichtverletzung vorliegen kann, wenn die Zustimmung zu einem Sanierungskonzept nicht erteilt wird. Der BGH hat in vorgenanntem Fall eine aus der Treuepflicht abgeleitete Verpflichtung zur Zustimmung zum Sanierungskonzept bzw. (falls dies genügt) zur Stimmenthaltung angenommen, wenn

- die Sanierung mehrheitlich angestrebt, nach objektiver Einschätzung sinnvoll und erfolgsversprechend ist
- die beabsichtigte Maßnahme das mildeste Mittel darstellt
- ohne die Zustimmung zum Sanierungskonzept der Zusammenbruch der Gesellschaft unvermeidlich ist und
- die Rechtsstellung des einzelnen Gesellschafters im Falle des Zusammenbruchs der Gesellschaft schlechter wäre als beim Austritt aus der fortbestehenden Gesellschaft.

Der BGH hat dabei ausdrücklich klargestellt, dass eine solche Pflicht nicht auf der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft selbst beruhen kann, sondern nur auf der Treuepflicht-

³⁵⁵ *Schneider*, § 12 III. 3 b. (S. 265).

³⁵⁶ So auch *Hüffer* in: FS Steindorff, S. 62.

³⁵⁷ Vgl. *Schäfer*, FS Hommelhoff, S. 942; ders. in MüKo BGB § 705 Rn. 233.

³⁵⁸ Vgl. *Schäfer* in: MüKo BGB § 705 Rn. 231; BGH NJW 1995, 516; BGH NJW 2010, 65; BGH NZG 2011, 510.

³⁵⁹ BGH NJW 1995, 1739-1750.

³⁶⁰ Vgl. in Bezug auf die „Girmes“-Entscheidung: *Marsch-Barner*, ZIP 1996, 853 (853 ff.); *Solveen* in: Hölter, AktG, § 53a Rn 19; in Bezug auf die Urteile „Sanieren oder Ausscheiden“: *Schäfer* in: MüKo BGB, § 705 Rn. 232; *Wagner*, NZG 2009, 1378 (1381); *Haas*, NJW 2010, 984 (985).

³⁶¹ BGH NJW 1995, 1743.

bindung zwischen den Gesellschaftern. Die Gesellschaft genieße keinen allgemeinen Bestandschutz gegenüber Maßnahmen ihrer Gesellschafter.³⁶² Eine positive Förderungspflicht der Gesellschafter im Krisenfall bestehe nicht. Soweit die Satzung keine Sonderregelungen enthalte, träfe den Gesellschafter nur die Pflicht zur Leistung seiner Einlage.³⁶³

Im Urteil vom 19.10.2009 („Sanieren oder Ausscheiden I“)³⁶⁴ musste der BGH über den Umgang mit sanierungsunwilligen Gesellschaftern einer Personengesellschaft entscheiden. Ein geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform der GmbH & Co. OHG war zahlungsunfähig und überschuldet, jedoch sanierungsfähig. Formell wirksam, da nach dem Gesellschaftsvertrag eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit ausreichte, war beschlossen worden, dass ein Kapitalschnitt durchzuführen sei und diejenigen Gesellschafter, die im Zuge der Kapitalerhöhung keine Einlagen entsprechend ihrer bisherigen Beteiligung übernahmen aus der Gesellschaft auszuschneiden hatten. Für die materielle Wirksamkeit war die Zustimmung der sanierungsunwilligen Gesellschafter erforderlich, da der Verlust der Gesellschafterstellung in den Kernbereich der mitgliedschaftlichen Rechte eingreift und somit ein Grundlagengeschäft ist, für welches die Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters erforderlich ist.³⁶⁵ Der BGH hatte zu entscheiden, ob die sanierungsunwilligen Gesellschafter, wie es die Änderung des Gesellschaftsvertrags vorsah, aus der Gesellschaft auszuschneiden hatten, obwohl sie ihre Zustimmung hierzu nicht erteilt hatten. Der BGH urteilte, den Gesellschaftern stünde die Wahl offen, sich entweder an dem von der Mehrheit angestrebten Sanierungskonzept zu beteiligen oder andernfalls ihrem Ausscheiden aus der Gesellschaft zuzustimmen. Es sei den sanierungswilligen Gesellschaftern nicht zuzumuten, dass die sanierungsunwilligen Gesellschafter von den Sanierungsbemühungen profitieren, obwohl sie selbst kein Risiko eingingen.³⁶⁶ Die Zustimmungspflicht leitete der BGH aus den Treuepflichten ab. Nach der Rechtsprechung des BGH droht sanierungsunwilligen Gesellschaftern damit nicht nur eine Verwässerung ihrer Anteile, sondern der komplette Ausschluss aus der Gesellschaft.

³⁶² BGH NJW 1995, 1743.

³⁶³ BGH NJW 1995, 1743.

³⁶⁴ BGH NJW 2010, 65.

³⁶⁵ K. Schmidt, GesR, § 16 III, 472 f.

³⁶⁶ Kritisch hierzu *Schneider*, § 14 I. 2. b. (S. 306 ff.). Nach überzeugender Ansicht von Schneider greift die Argumentation der unberechtigten Teilnahme am Sanierungsgewinn nicht. Eine unberechtigte Teilhabe am Sanierungsgewinn könne sowohl bei bilanziell überschuldeten als auch bei nicht überschuldeten Gesellschaften durch eine Anpassung des Festkapitalkontos an den tatsächlich noch vorhandenen Betrag der Einlage vollständig verhindert werden. Eine solche nominelle Kapitalherabsetzung stelle ein milderer Mittel zur Beseitigung der Äquivalenzstörung dar. Auch würden die sanierungsunwilligen Gesellschafter nicht auf Kosten der sonstigen Sanierungsbeteiligten von ihren Schulden befreit. Die Verluste der Gesellschaft werden im Innenverhältnis periodisch auf die Gesellschafter verteilt und auf den jeweiligen Konten verbucht, beim sog. Drei-Konten-Modell etwa auf dem Kapitalkonto II. Selbst wenn die Überschuldung der Gesellschaft durch die Sanierungsbeiträge insgesamt beseitigt würde, würden die sanierungsunwilligen Gesellschafter nicht von den auf ihren Konten verbuchten Verlusten frei. Die Verluste blieben bestehen, bis sie durch Teilhabe an zukünftigen Gewinnen oder durch Einzahlung beseitigt würden. Einer Teilhabe am Gewinn kann, wie dargelegt, durch nominelle Kapitalherabsetzung entgegengewirkt werden. Die sanierungsunwilligen Gesellschafter profitieren damit prinzipiell nur von der Sanierung, indem ihr persönliches Außenhaftungsrisiko durch die Sanierung der Gesellschaft sinkt. Die Gesellschaft ist in Folge der Sanierung wieder selbst zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in der Lage. Dieser Vorteil geht aber nicht zu Lasten der sanierungsbeteiligten Gesellschafter und kann daher bei der Beurteilung außer Betracht bleiben.

Zu beachten ist aber, dass die Gesellschaft im vom BGH zu entscheidenden Fall **überschuldet** war. Die sanierungsunwilligen Gesellschafter hielten also nach dem Kapitalschnitt auf Null keine werthaltigen Kapitalanteile mehr. Voraussetzung für die Zustimmungspflicht sei nämlich, dass die **Gesellschafter nicht schlechter stünden als im Falle der sofortigen Liquidation**. Im Falle der sonst unvermeidlichen Zerschlagung hätte die Gesellschafter eine Fehlbetragshaftung getroffen. Diese Fehlbetragshaftung wäre für die Gesellschafter bei der sofortigen Liquidation der Gesellschaft höher gewesen als im Falle des Ausscheidens infolge der Satzungsänderung. Folglich standen die sanierungsunwilligen Gesellschafter nicht schlechter als ohne Fiktion ihrer Zustimmung, denn im Rahmen der Liquidation hätten sie ebenfalls ihre Mitgliedschaft verloren und zudem einen höheren Auseinandersetzungsfehlbetrag leisten müssen. Die Rechtsprechung lässt sich grundsätzlich auf Kapitalgesellschaften übertragen. Zu beachten ist aber, dass Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft im schlimmsten Fall zu null ausscheiden. Sie stehen daher durch den Ausschluss nie schlechter als im Falle der sofortigen Liquidation. Das Ausscheiden ist für sie „kostenlos“.

Im Urteil „**Sanieren oder Ausscheiden II**“³⁶⁷ hatte der BGH abermals über die Zustimmungspflicht bei Sanierungsmaßnahmen zu entscheiden. Dieses Mal urteilte der BGH, die sanierungsunwilligen Gesellschafter hätten zwar eine Verwässerung ihrer Beteiligungen hinzunehmen, dürften aber in der Gesellschaft verbleiben. Der Grund für die vom Fall „Sanieren oder Ausscheiden I“ abweichende Entscheidung lag darin, dass der Gesellschaftsvertrag ein solches Vorgehen für Zeiten der Krise ausdrücklich vorsah. Damit konnte anders als bei „Sanieren oder Ausscheiden I“ keine Zustimmungspflicht zum Ausscheiden aus der Gesellschaft aufgrund der Treuepflichten angenommen werden. Die Treuepflichten finden ihre Grenze stets in dem, was die Gesellschafter aufgrund der Regelung im konkreten Gesellschaftsvertrag redlicherweise erwarten dürfen. Denn wenn man die Legitimation der Treuepflicht (auch) in der notwendigen Unvollständigkeit von Gesellschaftsverträgen sieht, können sie dort keine Bedeutung erlangen, wo der Gesellschaftsvertrag keine Lücke aufweist.³⁶⁸ Im Fall „Sanieren oder Ausscheiden II“ konnte eine Pflicht zur Zustimmung nicht angenommen werden, da die Gesellschafter selbst das Recht auf Verbleib in der Gesellschaft vertraglich geregelt hatten. Die vertragliche Regelung schafft einen Vertrauenstatbestand, in den nicht über die Treuepflichten eingegriffen werden darf.³⁶⁹ Der Gesellschaftsvertrag begrenzt die Treuepflicht.

b. Zwischenfazit

Nach der Rechtsprechung kann damit bei außergerichtlichen Sanierungen (einer Personengesellschaft) eine Zustimmungspflicht bestehen, wenn das Sanierungskonzept mehrheitlich beschlossen wird, die Sanierungsmaßnahmen verhältnismäßig sind, andernfalls die Zerschlagung der Gesellschaft droht und der zustimmungspflichtige Gesellschafter im Falle seines Ausscheidens nicht schlechter gestellt ist als bei der sofortigen Liquidation der Gesellschaft.

³⁶⁷ BGH NZG 2011, 510.

³⁶⁸ Cahn/v. Spannenberg in: Spindler/Stilz AktG, § 53a Rn 43.

³⁶⁹ So BGH, Urt. v. 25.01.2011 – II ZR 122/09, NZG 2011, 510, 513 mit Anm. Schneider, NZG 2011, 575 (577).

Diese Grundsätze können auf Kapitalgesellschaften übertragen werden. Die Treuepflicht ist nicht auf das Personengesellschaftsrecht beschränkt, sondern hat sich im Anschluss an das ITT-Urteil³⁷⁰ im GmbH-Recht und im Anschluss an die Girmes-Entscheidung³⁷¹ im Aktienrecht etabliert.³⁷² Ein zu berücksichtigender Unterschied ergibt sich bei dem vorzunehmenden Vergleich zwischen den Folgen des Ausscheidens und den (hypothetischen) Folgen der sofortigen Liquidation. Bei den Kapitalgesellschaften scheiden die Gesellschafter schlimmstenfalls zu Null aus, im Personengesellschaftsrecht ist dagegen der Auseinandersetzungsfehlbetrag zu leisten. Es muss bei den Personengesellschaften aus diesem Grund genauer geprüft werden, ob die Anteilsinhaber im Falle des Ausscheidens schlechter gestellt werden als bei der sofortigen Liquidation der Gesellschaft.

Ob vorstehende Grundsätze auf das eröffnete Verfahren übertragen werden können, wird in Abschnitt D. untersucht werden.

3. Treuepflichtbindung der Minderheit gegenüber der Mehrheit

a. Der Suhrkamp-Fall und die Folgen

Die entgegengesetzte Richtung der Treuepflichten betrifft die Einschränkung der Mehrheitsmacht zum Schutz der Minderheitsgesellschafter. Nachdem sich die Rechtsprechung zunächst hauptsächlich mit der Treuepflichtbindung bei außerinsolvenzlichen Sanierungen zu beschäftigen hatte³⁷³, war im Suhrkamp-Fall über Treuwidrigkeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, treuwidrige Planinhalte und die Folgen zu entscheiden. Auch die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Gesellschafts- und Insolvenzrecht wurde relevant. Anders als im Girmes-Fall sowie bei den beiden Entscheidungen „Sanieren oder Ausscheiden“ ging es im Suhrkamp-Fall nicht um die Treuepflichtbindung der Minderheit, sondern um die Begrenzung der Mehrheitsmacht, da nach dem Insolvenzplan der Minderheitsgesellschafter entmachtet werden sollte. Der Rechtsstreit zeigte, dass die Frage der Anwendung der Treuepflichten im eröffneten Verfahren durchaus unterschiedlich bewertet werden kann. Eine Missbrauchsgefahr besteht insbesondere, wie es auch im Suhrkampverfahren der Fall war, im Verfahren der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO), denn bei der Eigenverwaltung liegt es im Kompetenzbereich des vom Mehrheitsgesellschafter gesteuerten Managements einen Insolvenzplan aufzustellen.

Das LG Frankfurt a.M. hatte eine Treuepflichtbindung der Mehrheitsgesellschafterin angenommen.³⁷⁴ Das OLG Frankfurt hatte die Entscheidung anschließend wieder aufgehoben.³⁷⁵ Auch in der Literatur wurde die Entscheidung des LG Frankfurt kontrovers diskutiert.³⁷⁶ Obgleich die Gesellschaft im Verfahren der Eigenverwaltung saniert wurde, warf der Suhrkamp-

³⁷⁰ BGHZ 65, 15 = NJW 1976, 191.

³⁷¹ BGHZ 129, 136 = ZIP 1995, 819.

³⁷² Thole, ZIP 2013, 1937 (1938).

³⁷³ Vgl. BGH NJW 1995, 516; BGH NJW 2010, 65; BGH NZG 2011, 510.

³⁷⁴ LG Frankfurt a.M., ZIP 2013, 1831 ff.

³⁷⁵ OLG Frankfurt, ZIP 2013, 2018 (2019 ff.).

³⁷⁶ Vgl. hierzu unten D. I.

Fall mehrere allgemeine Fragen auf. Da auf das Suhrkampverfahren auch noch an späterer Stelle zurückzukommen ist und der Fall Zündstoff für umstrittene Fragen des neuen Insolvenzrechts lieferte, soll hier zunächst der zu Grunde liegende Sachverhalt (verkürzt) dargestellt werden.

Der zwischenzeitlich verstorbene Hans Barlach und die Witwe des Verlagsgründers Siegfried Unseld, Ulla Unseld-Berkéwicz, waren Gesellschafter der Suhrkamp Verlagsgruppe GmbH. Stark vereinfacht ausgedrückt war Unseld-Berkéwicz mit rund 60 % der Anteile Mehrheitsgesellschafterin und Barlach mit rund 40 % Minderheitsgesellschafter.³⁷⁷ Nach Auseinandersetzungen auf gesellschaftsrechtlicher Ebene³⁷⁸ verlagerte sich der Streit ins Insolvenzrecht. Unseld-Berkéwicz beantragte, wohl um sich der Einflussnahme Barlachs zu entledigen, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Gesellschaft. Dagegen wehrte sich Barlach, da er (zu Recht) einen Einflussverlust im Insolvenzverfahren befürchtete.³⁷⁹ Am 6.8.2013 wurde das Insolvenzverfahren auf den Eigenantrag vom 27.05.2013 in Eigenverwaltung über das Vermögen der Verlagsgesellschaft eröffnet, im September 2013 ließ das Gericht den Insolvenzplan zu (§ 232 InsO).³⁸⁰ Die Gesellschaft sei überschuldet, da der Verlag (aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen Streitigkeit) verpflichtet war, 8,2 Millionen an die Gesellschafter auszuschütten. Unseld-Berkéwicz hatte diese Forderung zuvor fällig gestellt.

Nach dem Insolvenzplan sollte die GmbH & Co. KG in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden, was den Verlust von Sonderrechten Barlachs zur Folge hatte, die dieser zuvor als „Gegenleistung“ für die Zustimmung zu einer Verlegung des Verlagssitzes erlangt hatte. Um die Umwandlung zu verhindern, beantragte Barlach beim LG Frankfurt im Wege einer einstweiligen Verfügung, Unseld-Berkéwicz zu untersagen, im Erörterungs- und Abstimmungstermin (§§ 235, 241 InsO) für den Insolvenzplan zu stimmen (§ 238 a InsO). Barlach argumentierte, mit der Stellung des Insolvenzantrags habe Unseld-Berkéwicz gegen die gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten verstoßen. Das LG Frankfurt entschied antragsgemäß und verbot der Mehrheitsgesellschafterin mittels einer einstweiligen Verfügung, für den Insolvenzplan zu stimmen.³⁸¹ Daraufhin legte Unseld-Berkéwicz gegen das Urteil Berufung ein und beantragte die Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 719 Abs. 1 Satz 1, 707 ZPO. Über letztgenannten Antrag hatte das OLG Frankfurt durch unanfechtbaren Beschluss zu entscheiden (§ 707 Abs. 2 ZPO). Das OLG Frankfurt stellt hierbei, anders als zuvor das Landgericht, den Vorrang des Insolvenzrechts fest³⁸² und erteilte der Anwendung der Treue-

³⁷⁷ Die Beteiligungsverhältnisse sahen wie folgt aus: An der Suhrkamp Verlagsgruppe GmbH und Co. KG waren seit 2009 als Kommanditisten Ulla Unseld über die Siegfried und Ulla Unseld Familienstiftung mit 61 % und Barlach über die Medienholding AG Winterthur mit 39 % beteiligt. Komplementärin ist die Suhrkamp-Verlagsleitungs-GmbH, an der Unseld Geschäftsanteile von 55 % und Barlach von 45 % hält.

³⁷⁸ Die Motivation der Streitenden blieb weitestgehend im Unklaren. Barlach wurde unterstellt, ein reiner Finanzinvestor zu sein und kein Interesse am Verlagsgeschäft, sondern nur an seiner Rendite, zu haben. Berkéwicz wurde vorgeworfen, eine unfähige Verlagschefin zu sein.

³⁷⁹ Böcker, DZWIR 2014, 331 (332 f.).

³⁸⁰ Böcker, DZWIR 2014, 331 (333 f.).

³⁸¹ LG Frankfurt/M. v. 13.08.2013 – 309 O 78/13, ZIP 2013, 1720, 1723 ff.

³⁸² OLG Frankfurt/M. v. 01.10.2013 – 5 U 145/13, ZIP 2013, 2018.

pflichten eine Absage. Das OLG Frankfurt bediente sich bei seiner Entscheidung eines prozessrechtlichen Hebels, nahm in der Entscheidung aber auch Bezug auf materielle Fragen. Es urteilte, dass der Erlass der einstweiligen Verfügung unzulässig sei, da auf den Ablauf eines rechtsstaatlich geregelten Verfahrens (welches eigene Rechtsmittel zur Verfügung stellt) nicht dadurch eingegriffen werden könne, dass die Verfahrensbeteiligten durch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche in ihrer Äußerungsfreiheit eingeengt würden. Im laufenden Insolvenzverfahren sei es den einzelnen Beteiligten nicht gestattet, Entscheidungen anderer Gerichte außerhalb des Insolvenzverfahrens zu erwirken, welche den in die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts fallenden Entscheidungen über selbständige Vorfragen des Insolvenzverfahrens (z. B. die Zulässigkeit des Insolvenzverfahrens) vorgriffen. Auch einzelne insolvenzrechtliche Verfahrenshandlungen (z. B. Insolvenzantragstellung, Missbrauch des Insolvenzplanverfahrens, Rechtmäßigkeit des Insolvenzplans, Abstimmungsverhalten hinsichtlich des Insolvenzplans) dürften nicht anderweitig überprüft werden. Das Verfahren sei ausschließlich nach den verfahrensrechtlichen und materiell-rechtlichen Vorschriften der Insolvenzordnung abzuwickeln und alle mit der Insolvenz verbundenen rechtlichen Fragen – seien sie verfahrensrechtlicher oder materiell-rechtlicher Art – seien mittels der insolvenzrechtlichen Regelungen zu lösen. Dem Minderheitsschutz gegen Mehrheitsentscheidungen diene im Insolvenzplanverfahren alleine der Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 226 Abs. 1 InsO innerhalb einer Gruppe und das Verbot einer willkürlichen Gruppenbildung gemäß § 222 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Nr. 4 InsO. Herrin des Verfahrens im Insolvenzplanverfahren sei die Beteiligtenversammlung. In die Stellung der Beteiligtenversammlung dürfe nicht durch gesellschaftsrechtliche Treuepflichten eingegriffen werden. Nach Ansicht des OLG Frankfurt ist somit eine Treuepflichtbindung nach Eröffnung des Verfahrens nicht mehr anzuerkennen.

b. Zwischenfazit

Im Suhrkamp-Verfahren standen gleich mehrere mögliche Treuepflichtverletzungen im Raum. So konnte bereits das Fälligmachen der Gesellschafterforderungen seitens der Mehrheitsgesellschafterin in Verbindung mit dem folgenden Eigenantrag als treuwidrig angesehen werden, da durch das Fälligmachen dieser Forderungen der Insolvenzgrund überhaupt erst geschaffen wurde. Verhandlungen mit den externen Gläubigern fanden im Vorfeld der Antragstellung nicht statt. Die Gläubiger sollten im Übrigen aufgrund des Insolvenzplans vollständig befriedigt werden, was ebenfalls Zweifel am Vorliegen eines Insolvenzgrundes hervorrief. Als problematisch angesehen wurde auch die Antragstellung ohne Herbeiführung eines Gesellschafterbeschlusses sowie die weitgehende Entmachtung des Minderheitsgesellschafters durch den Insolvenzplan. Ob eine oder mehrere Treuepflichtverletzungen tatsächlich vorlagen, war aber gar nicht Kern der Diskussion. Im Wesentlichen wurde diskutiert, ob die Treuepflichtbindung auch nach Verfahrenseröffnung noch besteht und wie auf etwaige Treuepflichtverletzungen reagiert werden kann. Ob das Insolvenzgericht die Verfahrenseröffnung ablehnen muss, ob es der Mehrheitsgesellschafterin untersagt werden kann, für den

Plan zu stimmen und ob die Bestätigung des Planes durch das Gericht unterbleiben muss, soll im Folgenden untersucht werden.³⁸³

D. Übertragung der Treuepflichtbindung auf das Insolvenzverfahren

I. Meinungsstand in der Literatur

In der Literatur wurde die Übertragung der Treuepflichten auf das eröffnete Insolvenzverfahren nur vereinzelt und regelmäßig nur in Ansätzen diskutiert.³⁸⁴ Die Diskussion nahm erst in Folge des Suhrkampverfahrens an Fahrt auf.³⁸⁵ Indes erstaunt kaum, dass die Diskussion um die Übertragbarkeit der Treuepflichten vor dem ESUG kaum geführt wurde, denn bis zum Inkrafttreten des ESUG waren die Gesellschafter am Insolvenzverfahren überhaupt nicht beteiligt.³⁸⁶ Das Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern war aus diesem Grund nicht von großer Bedeutung für das Insolvenzverfahren.

Soweit nun eine Treuepflichtbindung der Gesellschafter diskutiert wird, wird teilweise angenommen, der Treuepflichtgedanken sei im eröffneten Verfahren suspendiert.³⁸⁷ Die Treuepflicht sei auf Förderung des Gesellschaftszwecks gerichtet. Im Insolvenzverfahren ändere sich dieser Gesellschaftszweck, da es nunmehr (zumindest auch) um die Befriedigung der Gläubigerinteressen gehe.³⁸⁸ Eine von der Gesellschaft unabhängige Pflicht zur persönlichen Rücksichtnahme auf die Mitgesellschafter sei nicht (mehr) anzuerkennen.³⁸⁹ Die Anwendung der Treuepflichten sei im Insolvenzverfahren auch nicht zielführend. Die Treuepflichtbindung würde nur greifen, wenn eine Mehrheit die Sanierung befürworte und könne nicht dazu dienen, die Sanierung gegen den mehrheitlichen Willen der Anteilsinhaber durchzusetzen.³⁹⁰ Die Treuepflicht müsse darüber hinaus zurückstehen, soweit sie von vorrangigen insolvenzrechtlichen Vorgaben überlagert werde.³⁹¹ Als ungeschriebene Pflicht dürfe die Treuepflicht den Sachkontext und das bereits vorhandene Normengeflecht nicht unterwandern.³⁹²

Die Gegenauffassung geht davon aus, dass die Treuepflichtbindung als zwingendes Gesell-

³⁸³ Siehe sogleich unter D. II. 3.

³⁸⁴ *Hirte* in: Uhlenbruck InsO, § 225a Rn. 41; *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn. 79; *Willemsen/Reichel*, BB 2010, 2059 (2063); *Häsemeyer*, ZHR 160 (1996), 109 (131); *Verse*, ZGR 2010, 299 (305); *Noack* in: FS Röhrich, S. 460 f.; *K. Schmidt*, JZ 2010, 125 (126 ff.); schon ausführlicher dagegen: *Bitter*, ZGR 2010, 147 (164), allerdings alles noch zur alten Rechtslage vor dem ESUG.

³⁸⁵ Zuletzt *K. Schmidt*, BB 2011, 1603 (1608); *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362), *Schäfer*, ZIP 2013, 2237 (2240 f.); *Thole*, ZIP 2103, 1937 (1938 f.); *Zipperer*, ZIP 2015, 2002 (2005 f.).

³⁸⁶ Wenn sie nicht gerade als Gläubiger auftraten.

³⁸⁷ *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn. 79; *ders.*, NJW 2014, 17 (18); *Haas*, NZG 2012, 961 (965); *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1943 f.); *Segmiller*, S. 151.

³⁸⁸ *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1941).

³⁸⁹ *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1941).

³⁹⁰ *Verse*, ZGR 2010, 299 (305).

³⁹¹ *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1942).

³⁹² *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1942).

schaftsrecht auch im eröffneten Insolvenzverfahren fortbestehe.³⁹³ Die Beziehung zwischen den Gesellschaftern sei insolvenzrechtlich nur insoweit betroffen, wie dies zur Befriedigung der Gläubiger notwendig sei.³⁹⁴ Die aus der Mitgliedschaft resultierende Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen der Mitgesellschafter werde daher von der Insolvenzordnung nicht geregelt und folglich auch nicht verdrängt.³⁹⁵ Der Vorrang des Insolvenzrechts vor der Willensbildung der Gesellschafter sei im Übrigen auch nicht gerechtfertigt, da das Mitgliedschaftsrecht der Gesellschafter nicht selbst als Massebestandteil in das Insolvenzverfahren einbezogen sei.³⁹⁶ Zudem könne die Insolvenzordnung (wie auch das Gesellschaftsrecht) die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern gar nicht abschließend regeln, weshalb die Heranziehung der Treuepflichten notwendig sei.³⁹⁷ Weiterhin sei die Treuepflicht im eröffneten Verfahren effizienter als bei außergerichtlichen Sanierungen. Es seien weniger Gründe denkbar, ein treuepflichtwidriges Verhalten zu rechtfertigen.³⁹⁸ Könne außerhalb des Verfahrens von den Gesellschaftern vorgebracht werden, sie seien nicht richtig informiert worden oder der Sanierungsversuch sei nicht erfolgversprechend, so seien diese Rechtfertigungsgründe für obstruierende Verhaltensweisen im amtlichen Verfahren aufgrund der Kontrolle durch den Insolvenzverwalter und das Insolvenzgericht in aller Regel nicht gegeben.³⁹⁹ Ebenso könne nicht vorgebracht werden, der richtige Zeitpunkt für die Einleitung von Sanierungsmaßnahmen sei noch nicht erreicht.⁴⁰⁰ Das Vorliegen eines Insolvenzeröffnungsgrundes beweise hinreichend die Notwendigkeit von Sanierungsmaßnahmen.

Problematisch gestaltet sich allerdings die Sanktionierung treuepflichtwidrigen Verhaltens. Eine insolvenzrechtliche Sanktionierung kommt nach teilweise vertretener Ansicht nicht in Betracht, da die Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern nicht unmittelbar in den Anwendungsbereich des Insolvenzverfahrens fielen.⁴⁰¹ Die Rechtsfolgen treuepflichtwidrigen Verhaltens, insbesondere Schadensersatzansprüche, seien daher außerhalb der Insolvenz zu verfolgen.⁴⁰² Folglich könne der Plan nicht wegen der Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten vom Insolvenzgericht zurückgewiesen werden oder dessen Bestätigung versagt werden.⁴⁰³ Es könne auch nicht die Ausübung des Stimmrechts bei der Abstimmung über den Insolvenzplan durch die gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten begrenzt wer-

³⁹³ *Hirte* in: Uhlenbruck InsO, § 225a Rn. 41; *Schäfer*, ZIP 2014, 2417 (2418); ders. ZIP 2013, 2237 (2240 f.); *K. Schmidt*, ZHR (160) 1996, 131; *Noack* in: FS Röhrich, S. 461; *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362); *Zipperer*, ZIP 2015, 2002 (2006).

³⁹⁴ *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362).

³⁹⁵ *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362).

³⁹⁶ *Madaus*, ZGR 2011, 749 (770); *Stöber*, ZinsO 2012, 1811 (1819).

³⁹⁷ *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362).

³⁹⁸ *Häsemeyer*, ZHR (160) 1996, 109 (131).

³⁹⁹ *Häsemeyer*, ZHR (160) 1996, 109 (131).

⁴⁰⁰ *Häsemeyer*, ZHR (160) 1996, 109 (131).

⁴⁰¹ *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362).

⁴⁰² *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362).

⁴⁰³ *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362); anders *Schäfer*, ZIP 2013, 2237 (2242).

den.⁴⁰⁴

Wie bereits angesprochen, nahm die Diskussion über die Treuepflichtbindung erst im Zusammenhang mit der Suhrkamp-Entscheidung an Fahrt auf. Das tatsächliche Vorliegen einer Treuepflichtverletzung einmal ausgeklammert, ging es um die Frage, ob eine etwaige Treuepflichtverletzung nach Eröffnung des Verfahrens noch relevant ist und welche Folgen eine Treuepflichtverletzung nach sich zieht. Diskutiert wurde zunächst ein **aus den Treuepflichten abgeleitetes Stimmverbot**. Das LG Frankfurt am Main hatte eine Treuepflichtverletzung im eröffneten Verfahren angenommen und daraufhin der Mehrheitsgesellschafterin im Wege der einstweiligen Verfügung verboten, für den Plan zu stimmen. Das OLG Frankfurt hat diese Entscheidung anschließend aufgehoben. Auch die Literatur steht der Entscheidung des LG Frankfurt mehrheitlich kritisch gegenüber.⁴⁰⁵ Als problematisch wurde insbesondere bewertet, dass die Masseverwertung nicht von den Rechtsverhältnissen zwischen den Gesellschaftern abhängen könne.⁴⁰⁶ Eine Derogation des Stimmverhaltens innerhalb der Gruppe der Gesellschafter durch das Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern und die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht sei nicht begründbar.⁴⁰⁷ Auf die Zustimmung der Gesellschafter komme es letztlich im Insolvenzplanverfahren auch nicht an.⁴⁰⁸ Eine aus den Treuepflichten folgende Zustimmungspflicht könne es im eröffneten Verfahren nicht (mehr) geben.⁴⁰⁹ Die in der Insolvenzordnung geregelten Abstimmungsmehrheiten (§ 244 Abs. 3 InsO), die angemessene Beteiligung an einem Planmehrwert (§ 245 Abs. 3 InsO) und der Minderheitenschutz (§ 251 InsO) legten fest, unter welchen Voraussetzungen dissentierende Anteilsinhaber in ein mehrheitlich getragenes Plankonzept eingebunden werden können.⁴¹⁰ Sowohl der gesetzliche Minderheitenschutz (§ 251 InsO) als auch das Obstruktionsverbot hätten Vorrang vor gesellschaftsrechtlichen Instrumenten, die demselben Zweck dienen.⁴¹¹ Die Regelungen der Insolvenzordnung legten zugleich die Höchstgrenze dessen fest, was von den Anteilsinhabern verlangt werden könne.⁴¹² Die Treuepflichten könnten daneben nicht mehr zur Anwendung kommen.⁴¹³ Der ESUG-Gesetzgeber habe die Treuepflichten im Hinblick auf die Zustimmungspflicht zu Sanierungsmaßnahmen durch die §§ 245 Abs. 3, 251, 253 InsO abschließend geregelt.⁴¹⁴ Die Treuepflichten würden, wie die sonstigen Schutzmechanismen des Gesellschaftsrechts, von den spezielleren Regelungen des Planverfahrens verdrängt. Da,

⁴⁰⁴ *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362); so auch OLG Frankfurt a.M., NZG 2013, 1388 (Rn. 8 ff.) für den einstweiligen Rechtsschutz.

⁴⁰⁵ *Zipperer*, ZIP 2015, 2002 (2006 f.); *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1942); *Hölzle*, EWiR 2013, 589 (590). Die Lösung des LG Frankfurt angesichts des defizitären Rechtsschutzes dagegen befürwortend: *Schäfer*, ZIP 2013, 2237 (2239).

⁴⁰⁶ *Zipperer*, ZIP 2015, 2002 (2006 f.); *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1942).

⁴⁰⁷ *Hölzle*, EWiR 2013, 589 (590).

⁴⁰⁸ *Hölzle*, EWiR 2013, 589 (590).

⁴⁰⁹ *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn. 79.

⁴¹⁰ *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn. 79.

⁴¹¹ *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1942).

⁴¹² *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn. 79.

⁴¹³ *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn. 79; *Madaus*, ZIP 2016, 1141 (1144); *Haas*, NZG 2012, 961 (965).

⁴¹⁴ *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1941 ff.); *Haas* in: Kayser/Thole, Heidelberger Komm. zur InsO, § 225a Rn. 10; *ders*, NZG 2012, 961 (965).

abgesehen vom insolvenzfremden Bereich, die gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungs- und Teilhabebefugnisse verdrängt würden, reduziere sich das durch die Treuepflicht geschützte Gesellschaftsinteresse auf den durch § 199 InsO modifizierten Ausschüttungsanspruch und den Anspruch auf Gleichbehandlung mit den übrigen Mitgesellschaftern.⁴¹⁵ Insbesondere bei der Abstimmung über einen Insolvenzplan seien die Gesellschafter nicht an die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gebunden, da die insolvenzrechtlichen Mitwirkungsbefugnisse Folge einer gesetzlichen Einbindung in eine Zwangsgemeinschaft (§ 222 Abs. 1 Nr. 4 InsO) seien, nicht aber Ausdruck der Verbandsautonomie, die allein Quelle gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten sein könne.⁴¹⁶ Die Insolvenzordnung ziele ersichtlich darauf ab, den Minderheitenschutz und auch den Schutz vor Obstruktionen allein durch das Insolvenzgericht zu gewährleisten.⁴¹⁷ Es könne auch keinen Unterschied machen, ob mit der Treuepflichtbindung ein Anspruch auf Zustimmung zum Plan oder ein Anspruch auf dessen Ablehnung durchgesetzt werde.⁴¹⁸ Eine Treuebindung, die auf ein bestimmtes Abstimmungsverhalten im Planverfahren abziele, könne es im eröffneten Verfahren nicht geben.⁴¹⁹ Das Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern dürfe das Insolvenzplanverfahren nicht beeinträchtigen.⁴²⁰ Es gebe im Insolvenzverfahren kein Innenverhältnis ohne Außenverhältnis, d.h. ohne die Gläubigerperspektive.⁴²¹ Der Eingriff in Anteilseignerrechte im Insolvenzverfahren diene dem Schutz von Gläubigerinteressen, die Treuepflicht kann nur zur Bewältigung interner Konflikte herangezogen werden.⁴²²

Dagegen wird eingewandt, die Treuepflichten bestünden auch im eröffneten Verfahren fort.⁴²³ Bei den Treuepflichten handele es sich um zwingendes Gesellschaftsrecht. Als solches seien sie von sämtlichen Verfahrensbeteiligten zu beachten.⁴²⁴ Ein Konflikt zwischen Mehrheits- und Minderheitsmacht sei zudem vom ESUG-Gesetzgeber nicht reflektiert worden.⁴²⁵ Folglich enthalte die Insolvenzordnung auch keine Normen zur Begrenzung der Mehrheitsmacht, die es rechtfertigen könnten, den gesellschaftsrechtlichen Minderheitenschutz zu verdrängen.⁴²⁶ Ein Eingriff in die Minderheitenrechte stehe daher auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter dem Vorbehalt, dass die Mehrheit nicht ihre Treuebindung gegenüber der Minderheit verletze.⁴²⁷ Zuletzt würde die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht auch nicht durch die Aufopferungspflicht überlagert und nach Spezialitätsgrundsätzen verdrängt, denn aus dem Aufopferungsgedanken lasse sich nicht herleiten, dass die Minderheit ihre Rechte auch bei treuwidrig beantragten Planverfahren oder treuwidrigen Planinhalten

⁴¹⁵ Haas in: Kayser/Thole, Heidelberger Komm. zur InsO, § 225a Rn. 10.

⁴¹⁶ Haas in: Kayser/Thole, Heidelberger Komm. zur InsO, § 225a Rn. 10.

⁴¹⁷ Thole, ZIP 2013, 1937 (1943).

⁴¹⁸ Thole, ZIP 2013, 1937 (1942).

⁴¹⁹ Thole, ZIP 2013, 1937 (1943).

⁴²⁰ Thole, ZIP 2013, 1937 (1943).

⁴²¹ Thole, ZIP 2013, 1937 (1943).

⁴²² Schneider, § 9 IV. Nr. 1 (S. 186).

⁴²³ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2241).

⁴²⁴ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2241).

⁴²⁵ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2241).

⁴²⁶ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2241).

⁴²⁷ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2241).

aufopfern müsse.⁴²⁸

Effektiver Rechtsschutz sei dabei keineswegs gegeben, wenn die Minderheitsgesellschafter auf Schadensersatzansprüche verwiesen würden; vielmehr müsse die Minderheit auch gegen den Insolvenzplan selbst beziehungsweise einzelne Regelungen vorgehen können.⁴²⁹ So sei es Aufgabe des Sachwalters, treuepflichtwidrigen Eröffnungsanträgen seine Unterstützung zu versagen und Aufgabe des Insolvenzgerichts, derartige Anträge zurückzuweisen.⁴³⁰ Weiter habe auch das Gericht die Planbestätigung zu versagen, wenn die Verfahrenseröffnung treuwidrig gewesen sei oder der Plan treuwidrige Inhalte enthalte.⁴³¹ Sofern das Gericht diese Versagungsgründe verkenne, stehe den betroffenen Anteilsinhabern der Rechtsschutz nach § 235 InsO zu.⁴³²

II. Stellungnahme

Richtigerweise muss zunächst nach der Schutzrichtung der Treuepflichten differenziert werden, um die Frage ihrer Fortgeltung im Insolvenzverfahren zu klären.⁴³³ Zum einen geht es um die Frage, ob aus den Treuepflichten eine Zustimmung zu Sanierungsmaßnahmen erwachsen kann; zum anderen um die Frage, ob die Treuepflichten auch im Insolvenzverfahren die Mehrheitsmacht begrenzen. Der Sache nach geht es in beiden Fällen um Stimmbindungen, nämlich im ersten Fall um Zustimmungspflichten und im zweiten Fall um Stimmverbote. Im Anwendungsbereich der Zustimmungspflichten hat der ESUG-Gesetzgeber weitgehende Regelungen getroffen, während die Begrenzung der Mehrheitsmacht (zu Gunsten der Gesellschafterminderheit) vom ESUG-Gesetzgeber nicht explizit geregelt wurde.⁴³⁴ Dies spielt für die Frage eine Rolle, ob ausdrückliche Regelungen die Treuepflichten in ihrem Anwendungsbereich zurückdrängen. Gänzlich ungeregelt blieb die Begrenzung der Mehrheitsmacht im Rahmen des ESUG jedoch nicht. Der Gesetzgeber hat den Minderheitenschutz auf die Anteilsinhaber erstreckt (§§ 251, 253 InsO), dabei aber wohl in erster Linie den Schutz der Anteilsinhaber vor nachteiligen Entscheidungen der sonstigen Planbeteiligten, also insbesondere der Gläubiger, im Blick gehabt. Es bedarf daher auch bei der Begrenzung der Mehrheitsmacht der Diskussion, ob insolvenzrechtliche Regelungen die gesellschaftsrechtlichen Grundsätze verdrängen.

1. Keine Zustimmungspflicht zu Sanierungsmaßnahmen aufgrund der Treuepflicht

Außerhalb des Insolvenzverfahrens sind aus den Treuepflichten hergeleitete Zustimmungspflichten bei Sanierungen zum Zwecke der Auflösung von Blockadepositionen allgemein anerkannt.⁴³⁵ Im eröffneten Verfahren waren Blockadepositionen vor der Reform durch das

⁴²⁸ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2241).

⁴²⁹ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2241).

⁴³⁰ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2241); Thole, ZIP 2013, 1937 (1943).

⁴³¹ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2241).

⁴³² Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2241).

⁴³³ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2241).

⁴³⁴ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2241).

⁴³⁵ Statt vieler *Solveen* in: Hölters, AktG, § 53a Rn 19; Schäfer in: MüKo BGB, § 705 Rn. 232.

ESUG das größte Hindernis für erfolgreiche Sanierungen. Eine Auflösung dieser Positionen mittels einer aus den Treuepflichten hergeleiteten Stimmpflicht war praktisch nicht relevant und in der Literatur allenfalls am Rande diskutiert worden. Durch das ESUG wurden aus diesem Grund Regelungen zur Überwindung von Blockadepositionen aufgenommen. De lege lata können seit dem ESUG gemäß § 217 Satz 2 InsO die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte in den Plan einbezogen werden. § 225a Abs. 2 Satz 3 InsO ermöglicht die Regelung gesellschaftsrechtlicher Kapitalmaßnahmen im Insolvenzplan. Die Abstimmung über den Insolvenzplan richtet sich nach den Regelungen der Insolvenzordnung. Zur Umsetzung von im Insolvenzplan geregelten Sanierungsmaßnahmen ist folglich kein Beschluss der Gesellschafter mehr erforderlich. Der Mitwirkung der Gesellschafter bedarf es (faktisch) nicht mehr, auch wenn die Gesellschafter dem Plan mit der Mehrheit der Beteiligung an der Gesellschaft zustimmen müssen (§§ 222 Abs. 1 Nr. 4 InsO, 244 Abs. 3 InsO). § 245 InsO normiert ein umfassendes Obstruktionsverbot. Die Zustimmung der Anteilsinhaber gilt als erteilt, wenn sie durch den Insolvenzplan nicht schlechter stehen als ohne ihn (§ 245 Abs. 1 Nr. 1), sie angemessen am wirtschaftlichen Wert beteiligt werden, der auf Grundlage des Planes den Beteiligten zufließen soll (§ 245 Abs. 1 Nr. 2) und die Mehrheit der abstimmenden Gruppen dem Plan mit den erforderlichen Mehrheiten zugestimmt hat (§ 245 Abs. 1 Nr. 3). Eine angemessene Beteiligung im Sinne von Nr. 2 liegt vor, wenn kein Gläubiger Werte erhält, die seinen Anspruch übersteigen (§ 245 Abs. 3 Nr. 1) und kein gleichgestellter Anteilsinhaber besser gestellt wird (§ 245 Abs. 3 Nr. 2). Diese Vorgaben sind im Insolvenzverfahren regelmäßig erfüllt. Bei der Zerschlagung der Gesellschaft erhalten die Anteilsinhaber als nachrangige Gläubiger (§ 199 InsO) regelmäßig keine finanzielle Kompensation. Eine Schlechterstellung der Gesellschafter im Sinne des § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist nach überwiegender Auffassung kaum denkbar.⁴³⁶ Die Zustimmung der Anteilsinhaber wird folglich über § 245 InsO regelmäßig ersetzt und eine aus den Treuepflichten hergeleitete Zustimmungspflicht wird überflüssig. Oder anders gewendet: Es fehlt bereits an der Rechtsmacht der Anteilsinhaber, also am Anknüpfungspunkt der Treuepflichten. Wenn es nach den Neuregelungen des Insolvenzverfahrens auf die Beteiligung der Anteilsinhaber nicht mehr ankommt, bleibt auch kein Raum für die Ersetzung der Zustimmung über die Treuepflichten.

Die ausdrücklichen insolvenzrechtlichen Vorschriften konsumieren die Treuepflichtbindung. Die Treuepflichten finden als ungeschriebene Grundsätze ihre Grenzen in den gesetzlichen Regelungen. Ist in der gesetzlichen Ermächtigungsnorm bereits ein umfassender Ausgleich der Interessen vorgenommen worden, ist eine Inhaltskontrolle durch die Treuepflichten nicht angezeigt.⁴³⁷ Im Gesellschaftsrecht sind der Squeeze-Out sowie die isolierte Kapitalherabsetzung als Beispiel für eine bereits vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenabwägung zu nennen.⁴³⁸ Im eröffneten Verfahren beruhen die §§ 225a, 238a, 244, 245 InsO auf einer solchen Interessenabwägung. Es wurde schon seitens des Gesetzgebers ausgelotet, was den Anteilsinhabern abverlangt werden kann. Unschädlich ist, dass dieser Interessensaus-

⁴³⁶ Statt vieler: *Willemsen/Rechel*, Komm. ESUG, § 225a Rn. 26 sowie *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121 (125).

⁴³⁷ *Schneider*, § 10 III. 2 (S. 206).

⁴³⁸ *Schneider*, § 10 III. 2 (S. 206).

gleich in erster Linie das Verhältnis zwischen Gläubiger und Gesellschaftern betrifft. Das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern wurde zugleich mitgeregelt. Dies zeigt sich insbesondere anhand der Regelungen der §§ 238a, 244 Abs. 3 InsO, wonach für die Annahme des Planes die einfache Mehrheit genügt, entscheidend hierfür die Kapitalbeteiligung an der Gesellschaft ist und Stimmrechtsbeschränkungen, Sonder- und Mehrstimmrechte außer Betracht bleiben. Der Gesetzgeber regelt folglich direkt auch das Innenverhältnis der Gesellschafter; die Treuepflichten müssen weichen.

Einen über § 245 InsO hinausgehenden Anwendungsbereich für die aus den Treuepflichten abgeleiteten Zustimmungspflichten gibt es nicht. Die Ersetzung der Zustimmung nach Maßgabe des § 245 InsO und die treuepflichtbedingten Zustimmungspflichten folgen weitgehend der gleichen Interessensabwägung. Wie oben festgestellt, kann die Gesellschafter bei außergerichtlichen Sanierungen aus dem Treuepflichtgedanken eine Zustimmungspflicht treffen, wenn die *Sanierung mehrheitlich angestrebt* ist, die *Sanierungsmaßnahmen verhältnismäßig* sind, andernfalls die *Zerschlagung der Gesellschaft droht* und der *zustimmungspflichtige Gesellschafter im Falle seines Ausscheidens nicht schlechter gestellt ist als bei der sofortigen Liquidation* der Gesellschaft.

Die Ersetzung der Zustimmung über das Obstruktionsverbot kann ebenfalls nur erfolgen, wenn die *Sanierung mehrheitlich angestrebt* ist. Erforderlich ist nach § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO, dass der Plan von der Mehrheit der abstimmenden Gruppen angenommen wurde. Hierbei handelt es sich zwar, anders als bei außergerichtlichen Sanierungen, nicht um die Gesellschaftermehrheit. Dies ist aber insoweit unschädlich, als am Planverfahren auch die Gläubiger beteiligt sind und es unter Einbeziehung insolvenzrechtlicher Wertungen auf die Mehrheit der Sanierungsbeteiligten ankommt. Weiterhin ist die *fehlenden Schlechterstellung* Voraussetzung für die Ersetzung der Zustimmung über § 245 InsO. Der sanierungsunwillige Gesellschafter darf gemäß § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht schlechter gestellt werden als er ohne den Plan stünde. Zuletzt haben auch *Verhältnismäßigkeitserwägungen* Eingang in die Insolvenzordnung gefunden. Die Ersetzung der Zustimmung einer Abstimmungsgruppe kommt nur in Betracht, wenn die Angehörigen dieser Gruppe angemessen am wirtschaftlichen Wert beteiligt werden, die den Sanierungsbeteiligten zufließen soll (§ 245 Abs. 1 Nr. 2 InsO).

Die verweigerte Zustimmung kann bei der Abstimmung über den Plan allenfalls im Fall der massereichen Insolvenz relevant sein. Ist den Anteilen an der Gesellschaft noch ein Wert beizumessen und wird den Anteilshabern durch den Insolvenzplan dieser Wert entzogen, ist eine Schlechterstellung denkbar; das Obstruktionsverbot greift nicht. Die Zustimmung kann folglich verweigert werden, ohne dass sie über § 245 InsO fingiert wird. In diesem Fall würde aber auch aus der Treuepflichtbindung keine Zustimmungspflicht erwachsen. Die Gesellschafter sind über die Treuepflichten nicht gehalten, Sanierungsmaßnahmen zuzustimmen, die ihre eigenen schutzwürdigen Rechte beschneiden. Aus der Treuepflichtbindung folgt nicht die Pflicht, einer Verkürzung eigener Rechte zuzustimmen. Sowohl im „Girmes-Fall“ als auch bei beiden „Sanieren oder Ausscheiden“-Verfahren standen die Gesellschafter durch die Zustimmung nicht schlechter als sie ohne Zustimmung gestanden hätten. Die An-

teile der Gesellschafter waren wertlos. Im Fall „Sanieren oder Ausscheiden“ hätten die Gesellschafter im Falle der Zerschlagung der Gesellschaft einen Auseinandersetzungsfehlbetrag leisten müssen. Aus wirtschaftlicher Sicht, auf die auch die Insolvenzordnung abstellt, war das Ausscheiden aus der Gesellschaft nicht die schlechtere Option.

Die Voraussetzung der aus den Treuepflichten abgeleiteten Zustimmungspflichten und die Voraussetzungen des Obstruktionsverbotes decken sich damit nahezu komplett.⁴³⁹ Dabei wird nicht verkannt, dass dem Obstruktionsverbot eher der Aufopferungsgedanke zu Grunde liegt als der Treuepflichtgedanke.⁴⁴⁰ Grund und Legitimation des Eingriffs in die Gesellschafterrechte sind im eröffneten Insolvenzverfahren der Schutz der Gläubigerinteressen und nicht der interne Konflikt zwischen den Gesellschaftern.⁴⁴¹ Nebenbei aber erübrigt sich durch das Obstruktionsverbot auch die aus den Treuepflichten folgende Zustimmungspflicht, da die Voraussetzungen beider Institute sich decken und es unter diesen gemeinsamen Voraussetzungen auf die Zustimmung der Anteilsinhaber nicht mehr ankommt. Es mag dies mehr Rechtsreflex als Zweck der Neuregelung sein; entscheidend ist aber das Ergebnis der fehlenden Einflussnahmemöglichkeit der Anteilsinhaber auf Sanierungsmaßnahmen nach dem ESUG und die Bedeutungslosigkeit der gesellschaftlicher Zustimmung.

Die Rechtsbehelfe der §§ 251, 253 InsO ermöglichen den Gesellschaftern ebenfalls keine Blockade von Sanierungsmaßnahmen, weshalb sich auch daraus keine Blockadeposition ergibt. Nach § 251 InsO kann ein Gesellschafter zwar beantragen, dass die Bestätigung des Insolvenzplans untersagt wird, jedoch hat der Antrag nur Aussicht auf Erfolg, wenn der Gesellschafter durch den Plan schlechter gestellt ist als ohne ihn. § 253 InsO ermöglicht dem einzelnen Gesellschafter die sofortige Beschwerde gegen den Planbestätigungsbeschluss ebenfalls nur, wenn der Gesellschafter eine Schlechterstellung durch den Plan glaubhaft macht (253 Abs. 2 Nr. 3). Eine Blockadestellung der Anteilsinhaber ergibt sich daraus nicht.⁴⁴² Auch dies zeigt: Zustimmungspflichten seitens der Anteilsinhaber fehlt im eröffneten Verfahren der Anwendungsbereich.

Gegen aus den Treuepflichten hergeleitete Zustimmungspflichten spricht des Weiteren, dass sich die formellen Anforderungen an das Zustandekommen des Beschlusses über den Insolvenzplan nach allgemeiner⁴⁴³ und zutreffender Auffassung ausschließlich nach den Vorschriften des Insolvenzrechts richten. Die Insolvenzordnung regelt den Verfahrensgang, die gerichtliche Prüfung und Bestätigung des Planes, die Teilnahme der Gruppen und die formelle Stimmberechtigung abschließend. Es ist auch vor diesem Hintergrund nicht davon auszugehen, dass auf die Abstimmung über den Plan aus gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen eingewirkt werden kann beziehungsweise eingewirkt werden sollen. Eine etwaige Stimm-

⁴³⁹ Ähnlich und mit weitergehenden Überlegungen zur Vergleichbarkeit einer Stimmpflichtbindung bei außergerichtlicher Sanierung und der Sanierung im Rahmen des Insolvenzverfahrens bei *Schneider*, § 9 IV (S. 185 ff.).

⁴⁴⁰ *Schäfer*, ZIP 2013, 2237 (2241).

⁴⁴¹ *Schneider*, § 9 IV (S. 186).

⁴⁴² *Willemsen/Rechel*, Komm. ESUG, § 225a Rn. 26.

⁴⁴³ Statt vieler: *K. Schmidt*, BB 2011, 1603 (1609); *Thole*, ZIP 2015, 1937 (1939); *Haas*, NZG 2012, 961 (964).

bindung, wenn diese auch aus materiellen Gründen besteht, berührt das Abstimmungsverfahren unmittelbar.

Die Verneinung von aus den Treuepflichten abgeleiteten Zustimmungspflichten bedeutet jedoch nicht, dass die Treuepflichten im eröffneten Verfahren grundsätzlich suspendiert sind⁴⁴⁴ oder ein Verstoß gegen die anerkannten Treuepflichten nach Verfahrenseröffnung folgenlos bliebe. Die Gesellschaftsorgane sind durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihrer Stellung nicht enthoben. Die Gesellschafterversammlung und die Hauptversammlung behalten (vorbehaltlich ausdrücklicher Regelungen im Insolvenzplan) im eröffneten Verfahren ihre Rechte. Allein die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis in Bezug auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen geht auf den Insolvenzverwalter über. Es verbleibt ein insolvenzfremder Bereich. Die Insolvenzordnung regelt die Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern nicht unmittelbar, sondern nur als Rechtsreflex, soweit also, wie es zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Soweit also die Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern nicht mitgeregelt wurden, ist subsidiär auf die Treuepflichten zurückzugreifen. Die Treuepflichtbindung ist zwingendes Gesellschaftsrecht, welches auch nach Verfahrenseröffnung zu beachten ist, soweit ausdrückliche insolvenzrechtliche Regelungen nicht vorgehen. Es ergibt sich keine andere Betrachtungsweise aus der Tatsache, dass die Gesellschaft durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst wird. Die Treuepflichten sind nicht mit der Auflösung der Gesellschaft hinfällig.⁴⁴⁵ Sie bestehen für die Dauer der Liquidation fort.⁴⁴⁶ Inhalt und Umfang der Treuepflicht schwächen sich mit dem Fortgang der Abwicklung ab; die Treuepflichten werden fortan vom Abwicklungszweck bestimmt.⁴⁴⁷ Bei der durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelösten Gesellschaft kann nichts anderes gelten. Auch sie kann grundsätzlich jederzeit fortgesetzt werden und sich dadurch wieder in eine werbende Gesellschaft wandeln. Es sind keinerlei Gründe ersichtlich, weshalb die Treuepflichten in der Zwischenzeit suspendiert sein sollen. Insolvenzzrechtliche Vorschriften verdrängen die gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten nicht, insbesondere suspendieren die Verfahrensvorschriften der Insolvenzordnung nicht die materiellen gesellschaftsrechtlichen Schutzinstrumente.⁴⁴⁸ Der Eingriff in das Stimmrecht durch die insolvenzzrechtlichen Abstimmungsregeln erlaubt keine Aussage über die inhaltlichen Anforderungen an Planmaßnahmen. § 225a Abs. 3 InsO zeigt die Richtigkeit dieser Annahme. Dort heißt es, im Plan könne jede Regelung getroffen werden, die gesellschaftsrechtlich zulässig ist. Die Treue-

⁴⁴⁴ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 79; ders., NJW 2014, 17 (18).

⁴⁴⁵ Anderer Auffassung nur Münch. Hd. GesR, Band 2, § 13 Rn 29, wonach die Treuepflichtbindung endet, wenn die Gesellschaft nach objektiver Beurteilung nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg fortgesetzt werden kann. Diese Auffassung folgt aber aus der entgegen der allgemeinen Meinung vertretenen Ansicht, der Treuepflicht seien nur Rechtsausübungsgebote zuzuordnen, nicht aber Rechtsausübungsschranken.

⁴⁴⁶ Schäfer in: MüKo BGB, § 705 Rn. 222; Solveen in: Hölterers AktG, § 53a Rn 16; Servatius in: Henssler/Strohn GesR, § 705 Rn. 42; Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 45; Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 20; Michalski/Funke in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 144; K. Schmidt in: MüKo HGB, § 105 Rn 188, BGH Urt. v. 11.1.1971 – II ZR 143/68 in NJW 1971, 802.

⁴⁴⁷ NJW 1971, 802 sowie Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 45.

⁴⁴⁸ Schäfer in: FS Müller-Graff, S. 244.

pflichten sind zwingendes Gesellschaftsrecht. Insolvenzpläne dürfen keine treuepflichtwidrigen Inhalte enthalten.

2. Zwischenfazit

Die Treuepflichtbindung besteht nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fort, wird aber durch die ausdrücklichen Regelungen der Insolvenzordnung ebenso verdrängt wie durch ausdrückliche gesellschaftsrechtliche Regelungen. Nach den Neuregelungen durch das ESUG verbleibt für die Annahme treuepflichtbedingter Stimmpflichten kein Anwendungsbereich mehr. Die Treuepflichtbindung wird nur dann relevant, wenn und soweit die Möglichkeit zur Einflussnahme auf fremde Rechte besteht, von diesen Rechten treuwidrig Gebrauch gemacht wird und keine gesetzlichen Regelungen oder privatautonomen Vereinbarungen die Ausübung der Rechte ausdrücklich regeln. Die Funktion der Treuepflicht liegt im Ausgleich von Rechtsmacht und Verantwortung. Aufgrund des Obstruktionsverbotes fehlt den Gesellschaftern bei Sanierungsmaßnahmen regelmäßig die Möglichkeit zur Einflussnahme auf fremde Rechte. Damit ist der Anwendungsbereich der Treuepflichten schon nicht eröffnet. Darüber hinaus hat der ESUG-Gesetzgeber ausdrücklich geregelt, unter welchen Voraussetzungen eine Zustimmung der Anteilsinhaber fingiert wird. Durch die Neuregelungen sollten Blockadepositionen gegenüber den Gläubigern aufgelöst werden; das Verhältnis der Anteilsinhaber wurde aber zugleich mitgeregelt. Zustimmungspflichten der Anteilsinhaber bestehen im Insolvenzverfahren nur unter den in § 245 InsO normierten Voraussetzungen.

3. Treuepflichtbindung der Mehrheit gegenüber der Minderheit

a. Keine Stimmverbote bei der Abstimmung über den Insolvenzplan

Anders als die Zustimmungspflichten sind etwaige Stimmverbote der Mehrheit vom Gesetzgeber im Rahmen des ESUG nicht explizit geregelt worden.⁴⁴⁹ Die Neuregelungen bezweckten die Auflösung von Blockadepositionen, die Begrenzung der Mehrheitsmacht war nicht Gegenstand der Insolvenzrechtsreform. Es bestand diesbezüglich auch kein Handlungsbedarf, da die Anteilsinhaber vor dem ESUG nicht Beteiligte des Planverfahrens waren. Dies hat sich durch das ESUG nun geändert, sodass (wie der Fall Suhrkamp zeigt) auch im eröffneten Verfahren Treuepflichtverletzungen der Mehrheit gegenüber der Gesellschafterminderheit relevant werden können.

Wie bereits erwähnt, blieb der Minderheitenschutz der Anteilsinhaber im Rahmen des ESUG aber auch nicht gänzlich unregelt. Die §§ 251, 253 InsO dienen dem Schutz der Minderheitsgesellschafter. Die Bestätigung des Insolvenzplans ist zu versagen, wenn der Antragsteller durch den Plan voraussichtlich schlechter gestellt ist, als er ohne den Plan stünde (Abs. 1) und der Insolvenzplan keine Mittel für den Fall des Nachweises einer Schlechterstellung ausweist (Abs. 3). Gemäß § 253 InsO kann gegen die Bestätigung des Planes vorgegangen werden, wenn eine Schlechterstellung glaubhaft gemacht wird und keine Mittel im Sinne des § 251 Abs. 3 InsO im Insolvenzplan ausgewiesen sind. Die Voraussetzungen zeigen bereits, dass die §§ 251, 253 InsO den Minderheitenschutz nicht abschließend regeln und damit die

⁴⁴⁹ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2241).

Treupflichtverstöße gegenüber der Minderheit auch nicht konsumieren. Die §§ 251, 253 InsO sichern dem Gesellschafter lediglich den Wert seines Anteils. Er ist nur geschützt in seiner Funktion als Verfahrensbeteiligter und „Quasi-Gläubiger“ und gerade nicht in seiner umfassenden mitgliedschaftlichen Stellung und den sich daraus ergebenden subjektiven Rechten.⁴⁵⁰ §§ 251, 253 InsO gewährleisten den reinen Vermögensschutz. Soweit daraus abgeleitet wird, dass die Behandlung des Gesellschafters als Gläubiger dazu führt, dass dieser nach Eröffnung des Verfahrens nicht an die Treupflichten gebunden ist, so ist dies der falsche Schluss.⁴⁵¹ Gerade weil die Insolvenzordnung nur den vermögensrechtlichen Aspekt der Mitgliedschaft regelt, richtet sich der darüber hinausgehende Schutz des Mitgliedschaftsrechts nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, wenn der Insolvenzgesetzgeber dies nicht ausdrücklich anderweitig regelt.⁴⁵²

Problematisch ist allerdings, dass etwaige Stimmverbote (genauso wie die Zustimmungspflichten) in den Anwendungsbereich der Abstimmung über den Insolvenzplan fallen. Die Abstimmung über den Insolvenzplan richtet sich ausschließlich nach den Bestimmungen der Insolvenzordnung, da nach allgemeiner (und richtiger Auffassung) die Verfahrensvorschriften der Insolvenzordnung diejenigen des Gesellschaftsrechts in ihrem Anwendungsbereich verdrängen. In die insolvenzrechtliche Abstimmung kann daher nicht durch Stimmverbote eingegriffen werden. Ein Stimmverbot bei treupflichtwidrigen Insolvenzplänen würde dem Telos der ESUG-Reform widersprechen. Die Anteilshaber sollen einem mehrheitlich beschlossenen Sanierungskonzept zustimmen; andernfalls kann ihre Zustimmung weitestgehend ersetzt werden. Der Insolvenzplan ist ein mehrseitiger materiell-rechtlicher Vertrag zwischen den Gläubigern und dem Schuldner über eine von dem Regelverfahren abweichende Form der Insolvenzbewältigung.⁴⁵³ Der Insolvenzplan ist angenommen, wenn die Gruppen der Planbeteiligten ihm mit den erforderlichen Mehrheiten zugestimmt haben oder die Zustimmung nach Maßgabe des § 245 InsO ersetzt wurde. Bei dieser Abstimmung kann keiner Gruppe und auch keinem einzelnen Planbeteiligten die Zustimmung versagt werden, weil der Plan treuwidrige Inhalte enthält. Das ESUG zielt auf eine erleichterte Durchführung des Planverfahrens ab. Die Abstimmung über den Plan darf nicht durch Stimmverbote wieder erschwert werden. Die Durchsetzbarkeit von Sanierungskonzepten steht im Vordergrund. Rechte Einzelner müssen hierfür weichen. Aus den Treupflichten erwachsen bei der Abstimmung über den Plan keine Stimmverbote.

Davon zu unterscheiden ist wiederum die Frage, ob Treupflichtverletzungen im eröffneten Verfahren noch relevant sein können. Das ist wie oben gezeigt der Fall. Regelt der Insolvenzplan die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander, so darf er keine treupflichtwidrigen Inhalte enthalten. Richtig ist zwar, dass die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander grundsätzlich die Verwertung der Masse nicht beeinträchtigen dürfen; der Insolvenzplan, welcher regelmäßig die erhaltende Sanierung beinhaltet, darf aber nicht ge-

⁴⁵⁰ Thole, ZIP 2013, 1937 (1942).

⁴⁵¹ Thole, ZIP 2013, 1937 (1943).

⁴⁵² Wie er dies bei der Abstimmung über den Plan getan hat.

⁴⁵³ Eidenmüller, MüKo InsO, § 217 Rn. 13.

gen zwingendes Gesellschaftsrecht verstoßen. Dies folgt nicht nur aus § 225a Abs. 3 InsO, dessen Auslegung umstritten ist; vielmehr ist zu sehen, dass die Gesellschaft nach Beendigung des Insolvenzverfahrens als werbende Gesellschaft fortbesteht. Die fortbestehenden Rechtsverhältnisse können nicht auf treuepflichtwidrigen Vereinbarungen beruhen. Enthält der Insolvenzplan treuepflichtwidrige Inhalte, so muss das Insolvenzgericht dem Insolvenzplan die Bestätigung versagen; der Insolvenzverwalter muss einem solchen Plan seine Unterstützung versagen. Das mag Insolvenzgerichte und Insolvenzverwalter vor neue Herausforderungen stellen, lässt sich nach geltender Rechtslage aber nicht anders lösen.

b. Treuepflichtverletzungen im Vorfeld der Verfahrenseröffnung

Wie wiederum der Suhrkamp-Fall gezeigt hat, kommen Treuepflichtverletzungen nicht nur bei treuepflichtwidrigen Planinhalten in Betracht, sondern auch schon im Vorfeld der Verfahrenseröffnung. Im Suhrkamp-Verfahren stand die Treuepflichtwidrigkeit der Insolvenzantragstellung im Raum. Auch hier stellt sich die Frage, wie mit einer Treuepflichtverletzung im eröffneten Verfahren umzugehen ist. Obwohl die Pflichtverletzung im Vorfeld der Insolvenz liegt, wirkt sie jedenfalls im eröffneten Verfahren fort, denn mit der Stellung des Insolvenzantrags hat die Gesellschaft das Verfahren gemäß §§ 11 ff. InsO in Gang gesetzt. Eine Treuepflichtverletzung bei Stellung des Insolvenzantrags kann jedenfalls keine einstweilige Verfügung gerichtet auf Rücknahme des Insolvenzantrags rechtfertigen oder zum Verbot der Zustimmung zum Insolvenzplan führen.⁴⁵⁴ Beide Ansätze sind abzulehnen, da die Durchsetzbarkeit von Sanierungskonzepten (insbesondere auch zu Gunsten der Gläubiger) im Vordergrund steht. Die Treuepflichtverletzung bei Antragstellung betrifft das Innenverhältnis der Gesellschafter; Auswirkungen auf die Gläubigerrechte sind kritisch zu sehen. Jedoch können auch dem Insolvenzverfahren vorgelagerte Treuepflichtverletzungen nicht unbeachtet bleiben. Die Insolvenzgerichte haben treuepflichtwidrige Anträge abzulehnen. Das Insolvenzverfahren als staatliches Verfahren darf nicht treuwidrig genutzt werden. Es muss seitens des Gerichts geprüft werden, ob die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Problematisch erscheint jedoch, dass nur dem Schuldner und nicht den Anteilsinhabern ein Beschwerderecht gegen die Planeröffnung zusteht. Die Anteilsinhaber können sich daher de lege lata nicht gegen die Eröffnung des Verfahrens wehren. Nach hier vertretener Ansicht muss der Gesetzgeber an dieser Stelle nachbessern, um den Rechtsschutz der Minderheitsgesellschafter zu gewährleisten.⁴⁵⁵ Die Gesellschafter könnten dann eine Überprüfung der Antragstellung erreichen. Darüberhinaus können Schadensersatzansprüche nach Maßgabe der §§ 280, 283 BGB entstehen. Die Sanktionierung des Treuepflichtverstoßes im Wege von Schadensersatzpflichten kollidiert nicht mit vorrangigen insolvenzrechtlichen Regelungen. Schadensersatzansprüche können neben dem Insolvenzverfahren geltend gemacht werden.

Bei der Beurteilung der Frage, ob die Antragstellung als treuwidrig anzusehen ist, ist jedoch Vorsicht geboten. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes grundsätzlich auch dann nicht treuwidrig, wenn der Minderheitsgesellschafter

⁴⁵⁴ So aber LG Frankfurt a. Main v. 10.09.2013 – 3 – 09 O 96/13, ZIP 2013, 1831 (1834).

⁴⁵⁵ Siehe hierzu Kapitel 5, B. V. 3 a).

dadurch Nachteile erleidet. Es steht den Beteiligten nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zu, bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes die Verfahrensöffnung zu beantragen. Die Nutzung eines vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Sanierungsverfahrens kann nicht treuwidrig sein, wenn die Voraussetzungen desselben vorliegen. Oder mit anderen Worten: Die Treuepflicht darf nicht von der Wahrnehmung verfahrensmäßiger Rechte abhalten.⁴⁵⁶ Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die Insolvenzantragsvorschriften in erster Linie dem Gläubigerschutz dienen. Entscheidend ist daher die objektive Finanzlage der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Stellung des Insolvenzantrags. Auch bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit kann der Insolvenzantrag grundsätzlich gestellt werden. Liegt ein Insolvenzgrund dagegen nicht vor, ist es Sache des Insolvenzgerichts, die Eröffnung abzulehnen.⁴⁵⁷

III. Fazit

Treuepflichten bestehen auch nach der Reform durch das ESUG fort. Häufig wird es auf sie aber nicht mehr ankommen, da es im Insolvenzplanverfahren an der Einwirkungsmacht der Gesellschafter fehlt und die Treuepflichtbindung als Korrelat der Einwirkungsmacht auf fremde Rechte und Interessen gar nicht relevant wird. Zudem werden die Treuepflichten in ihrem Anwendungsbereich verdrängt, wenn ausdrückliche gesetzliche Regelungen bestehen. So liegt der Fall bei den aus den Treuepflichten abgeleiteten Zustimmungspflichten zu Sanierungsmaßnahmen. Eine Zustimmungspflicht kann im eröffneten Verfahren nicht mehr angenommen werden, da § 245 InsO abschließend regelt, wann und unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung zu ersetzen ist. Dies führt nicht zu einer Suspendierung des Treuepflichtgedankens an sich, sondern drängt die Treuepflichten lediglich in ihrem Anwendungsbereich zurück. Wie auch im Gesellschaftsrecht⁴⁵⁸ können im Insolvenzrecht nicht alle denkbaren Beziehungen zwischen den Gesellschaftern durch geschriebene Normen geregelt werden. Die Treuepflichtbindung bleibt aus diesem Grund relevant.

Auch aus den Treuepflichten abgeleitete Stimmverbote kommen nicht in Betracht, da der Gesetzgeber die Abstimmung über den Plan (abschließend) geregelt hat. Die Verfahrensvorschriften der Insolvenzordnung verdrängen insoweit aus dem Gesellschaftsrecht hergeleitete Stimmverbote. Das heißt wiederum nicht, dass etwaige Treuepflichtverletzungen nach Verfahrenseröffnung unbeachtlich sind. Die Treuepflichtverstöße sind seitens der Gerichte zu sanktionieren. Treuwidrige Insolvenzanträge sind abzulehnen; treuwidrigen Insolvenzplänen ist die Bestätigung zu versagen.

E. Aufopferungspflichten

I. Einführung

Neben den Treuepflichten haben sich in der Literatur mit dem von Bitter entwickelten Konzept der Aufopferungspflichten weitere ungeschriebene Rücksichtnahmepflichten herausge-

⁴⁵⁶ Thole, ZIP 2013, 1937 (1944).

⁴⁵⁷ Thole, ZIP 2013, 1937 (1943).

⁴⁵⁸ Hüffer, FS Steindorff, S. 59 (59).

bildet.⁴⁵⁹ Rücksichtnahmepflichten können unter Heranziehung des Aufopferungsgedankens auch im Verhältnis zwischen vertraglich nicht gebundenen Personen begründet werden. In Rede stehen dabei in der Insolvenz das Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Gläubigern sowie das Verhältnis zwischen verschiedenen Gläubigern untereinander, wobei allerdings das Verhältnis der Gläubiger untereinander nicht Gegenstand der Untersuchung sein soll. Es soll lediglich der Frage nachgegangen werden, ob die Gesellschafter zur Aufopferung ihrer Rechtsstellung oder einzelner Teile davon verpflichtet sein können. Ebenso nicht erörtert werden sollen etwaige aus den Aufopferungspflichten folgende Schadensersatzansprüche. Gegenstand der Untersuchung soll allein die Frage sein, ob die Gesellschafter durch ungeschriebene Rücksichtnahmepflichten gehalten sind, ihre Rechtsposition zu Gunsten der übrigen Sanierungsbeteiligten aufzuopfern. Das Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Gläubigern wird nicht durch Treuepflichten bestimmt, da zwischen Gesellschaftern und Gläubigern kein Gesellschaftsverhältnis besteht, welches Grundlage der Treuepflichten ist.

Funktionell soll der Aufopferungsgedanke der Überwindung des Trittbrettfahrertums und der Auflösung von Blockadepositionen dienen.⁴⁶⁰ Auf die Blockadepositionen wurde bereits eingegangen. Mit Trittbrettfahrertum ist gemeint, dass in der Sanierungsposition jeder Sanierungsbeteiligte darauf setzt, dass die jeweils anderen Beteiligten Sanierungsbeiträge leisten.⁴⁶¹ So versucht jeder, einen möglichst geringen Sanierungsbeitrag zu leisten, auf Kosten der sonstigen Beteiligten.⁴⁶² Diese kollektiv schädliche Verhaltensweise ist für den Einzelnen sinnvoll, da im Erfolgsfall jeder von der Sanierung profitiert; beim Scheitern der Sanierung aber die von den Sanierungsbeteiligten geleisteten Nachschüsse verloren sind. Das gemeinschaftsschädliche Verhalten Einzelner soll durch eine Pflichtenbindung der Sanierungsbeteiligten überwunden werden.

Ihre Grundlage haben die Aufopferungspflichten in der Intensität der Einwirkungsmacht auf fremde Rechts- und Vermögenspositionen.⁴⁶³ Gerade in der Insolvenzsituation bestehen erhebliche Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechte und Interessen der übrigen Beteiligten. Dies folgt schon allein daraus, dass Sanierungsmaßnahmen der Mitwirkung der Gesellschafter bedürfen, während die finanziellen Mittel der insolventen Gesellschaft meist gänzlich den Gläubigern zustehen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Gesellschafter aufgrund des Aufopferungsgedankens verpflichtet werden können, ihre Rechtsstellung zu Gunsten der Gläubiger preiszugeben. Der Aufopferungsgedanke ist dem Staatsrecht entnommen. Aufopferungspflichten bestehen jedoch nicht nur im öffentlichen Recht, sondern auch im (allgemeinen) Privatrecht. Ausführlich beschäftigt hat sich mit den Aufopferungspflichten im Gesellschaftsrecht Klöhn.⁴⁶⁴ Seine Überlegungen beziehen sich lediglich auf den Spezialfall des

⁴⁵⁹ Vgl. *Bitter*, ZGR 2010, 147 (180 ff.) sowie diesen Ansatz befürwortend: Hölzle, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 31 Rn. 1.

⁴⁶⁰ *Bitter*, ZGR 2010, 147 (151).

⁴⁶¹ *Bitter*, ZGR 2010, 147 (149 f.).

⁴⁶² *Bitter*, ZGR 2010, 147 (149 f.); *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1938).

⁴⁶³ *Bitter*, ZGR 2010, 147 (149 f.).

⁴⁶⁴ *Klöhn*, Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Ansprüche.

aktienrechtlichen Abfindungsanspruches; Klöhn stellt jedoch zugleich grundlegende Erwägungen zur Heranziehung des Aufopferungsgedankens im Privatrecht an. Für die Heranziehung des Aufopferungsgedankens im Privatrecht spreche, dass sich schon an seiner Verwurzelung in zahlreichen Normen des Privatrechts zeige, dass der Aufopferungsgedanke dem Privatrecht nicht fremd sei. So läge etwa den §§ 904 Satz 2, 906, 917 II, 867 Satz 2, 962 Satz 3, 1005 BGB sowie § 14 Satz 2 BImSchG der Aufopferungsgedanke zu Grunde.⁴⁶⁵ Im Insolvenz- und Gesellschaftsrecht sei der Aufopferungsgedanke in den §§ 21 II 1 Nr. 5, 135 III InsO sowie in § 327 a ff. AktG normiert. Private Aufopferungspflichten unterschieden sich zwar in ihren Voraussetzungen von öffentlich-rechtlichen Aufopferungspflichten und seien auch dogmatisch eigenständig; gemeinsam sei jedoch allen Aufopferungsansprüchen, dass ihnen ein Interessenskonflikt zugrunde liege, welcher zu Gunsten des höherwertigen Interesses aufgelöst werde.⁴⁶⁶ Der Aufopfernde müsse aufgrund höher bewerteter anderweitiger Interessen die Verdrängung aus seiner Rechtsposition dulden.⁴⁶⁷ Als Ausgleich dafür werde er für den Verlust angemessen entschädigt.⁴⁶⁸ Der Entschädigungspflichtige derweil dürfe sich die Rechtsposition des Aufopfernden anmaßen.⁴⁶⁹ Diese Überlegungen wurden von Bitter aufgegriffen⁴⁷⁰, welcher vor dem ESUG für eine Anwendung des ungeschriebenen Aufopferungsanspruches im Insolvenzverfahren plädierte.

Es stellt sich unter Berücksichtigung dieser Überlegungen die Frage, ob im Insolvenzverfahren Aufopferungspflichten als weitere ungeschriebene Rücksichtnahmepflichten herangezogen werden können und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist. Wie auch bei den Treuepflichten ist zu bedenken, dass der Aufopferungsgedanke der Lösung insolvenzrechtlicher Probleme dienen sollte, die zwischenzeitlich durch den Gesetzgeber im Rahmen des ESUG gelöst wurden. Es stellt sich daher die Frage, ob nach dem ESUG noch ein Anwendungsbereich für die Aufopferungspflichten bleibt oder der Gesetzgeber diese konsumiert hat.

II. Aufopferungspflichten in der Insolvenz

1. Der Aufopferungspflichtansatz

In der Insolvenzsituation kommt es häufig zu einem Interessenskonflikt zwischen den die Sanierungsmithilfe verweigernden Gesellschaftern und den Gläubigern, welche den Ausfall ihrer Forderungen (oder Teilen davon) zu besorgen haben und das Gesellschaftsunternehmen bestmöglich verwerten wollen. Kritisch werden Mitwirkungsrechte der Gesellschafter insbesondere unter dem Aspekt bewertet, dass ihre Rechtsposition im Regelfall der Insolvenz völlig wertlos sei.⁴⁷¹ Es wird angesichts der wirtschaftlichen Position der Anteilshaber im eröffneten Verfahren als unangemessen angesehen, dass diese aufgrund ihrer Mit-

⁴⁶⁵ Klöhn, S. 161.

⁴⁶⁶ Klöhn, S. 164 f.

⁴⁶⁷ Klöhn, S. 164 f.

⁴⁶⁸ Klöhn, S. 164 f.

⁴⁶⁹ Klöhn, S. 164.

⁴⁷⁰ Bitter, ZGR 2010, 147-200.

⁴⁷¹ Siehe Bitter, ZGR 2010, 147 (181).

wirkungsrechte direkt in die Vermögensrechte der Gläubiger einzugreifen können. Da vor dem ESUG die Mitwirkung der Anteilsinhaber nicht ersetzt werden konnte, kam der Gedanke auf, ob die Gesellschafter gegebenenfalls verpflichtet werden können, ihre Rechtsposition zu Gunsten der übrigen Sanierungsbeteiligten aufzuopfern.

Den Ursprung der Aufopferungspflichten sieht Bitter im Ausgleich der Einwirkungsmacht auf das Vermögen (vertrags-)fremder Personen.⁴⁷² Einwirkungsmöglichkeiten seien nicht nur vertraglichen Beziehungen vorbehalten, sondern könnten auch im außervertraglichen Bereich entstehen.⁴⁷³ Zwar habe der BGH die Fälle „Girmes“⁴⁷⁴ und „Sanieren oder Ausscheiden“⁴⁷⁵ auf der Grundlage der Treuepflichten entschieden; der Schwerpunkt liege aber in beiden Fällen eher auf der Einwirkungsmacht auf fremde Rechte statt auf der vertraglichen Bindung zwischen den Beteiligten.⁴⁷⁶ Sowohl bei der Aktiengesellschaft (Girmes) als auch bei der Publikumsgesellschaft (Sanieren oder Ausscheiden) seien die mitgliedschaftlichen Bindungen gelockert. Entscheidend für die Zustimmungspflicht zur Sanierung sei in beiden Fällen die Tatsache gewesen, dass durch die Blockade der Gesellschafter die Rechte der Mitgesellschafter beeinträchtigt wurden. Der auf der Einwirkungsmacht basierende Aufopferungsgedanke habe daher nähergelegen als der Treuepflichtgedanke.⁴⁷⁷

Für eine Übertragung des Aufopferungsgedankens spreche, dass die Insolvenzordnung den Grundgedanken einer Aufopferungspflicht im Verhältnis vertraglich nicht gebundener Parteien kenne.⁴⁷⁸ So sperrten die §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5, 135 Abs. 3 InsO den Herausgabeanspruch eines zur Ab- oder Aussonderung berechtigten Gläubigers im Sinne der Gläubigersamtheit, wenn der betroffene Gegenstand notwendig für die Betriebsfortführung sei. Der Aufopferungsgedanke fände sich des Weiteren auch im Gesellschaftsrecht wieder, nämlich beim Squeeze-Out (§ 327 a ff. AktG). Sehe man mit dem Aufopferungspflichtansatz den Ursprung der Rücksichtnahmepflichten in der Einwirkungsmacht, könnten Rücksichtnahmepflichten auch dann bestehen, wenn das bei Publikums- und Kapitalgesellschaften ohnehin schon stark gelockerte Mitgliedschaftsband komplett fehle⁴⁷⁹, sowie es im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und den Gläubigern der Fall sei. Auch in diesem Verhältnis sei dann eine Inpflichtnahme der Sanierungsunwilligen wie in den Fällen „Girmes“ und „Sanieren oder Ausscheiden“ möglich.⁴⁸⁰ Eine Pflicht zur aktiven Mitwirkung könne aus dem Aufopferungsgedanken zwar nicht folgen, jedoch eine Verpflichtung, die eigene Rechtsposition gegen Wertausgleich herzugeben.⁴⁸¹ Sowohl die Gläubiger als auch die Gesellschafter könnten zur Aufgabe ihrer Rechtsposition, also entweder zur Aufgabe der Inhaberschaft an der

⁴⁷² Bitter, ZGR 2010, 147 (176).

⁴⁷³ Bitter, ZGR 2010, 147 (175).

⁴⁷⁴ Eine Aktiengesellschaft betreffend.

⁴⁷⁵ Eine Publikumsgesellschaft betreffend.

⁴⁷⁶ Bitter, ZGR 2010, 147 (174 und 180).

⁴⁷⁷ Bitter, ZGR 2010, 147 (178).

⁴⁷⁸ Bitter, ZGR 2010, 147 (175 f).

⁴⁷⁹ Bitter, ZGR 2010, 147 (180).

⁴⁸⁰ Bitter, ZGR 2010, 147 (180 f).

⁴⁸¹ Bitter, ZGR 2010, 147 (180).

Forderung oder zur Aufgabe des Gesellschaftsanteils, verpflichtet sein.⁴⁸² Die Hingabe der Rechtspositionen sei dann angemessen auszugleichen.⁴⁸³ Zu berücksichtigen sei jedoch, dass die Rechtspositionen der Gesellschafter in der Insolvenz im Regelfall ökonomisch entwertet seien, sodass der Ausgleichsbetrag auch gleich Null sein könne.⁴⁸⁴ Komme der Verpflichtete seiner Pflicht zur Aufgabe der Rechtsposition nicht nach, mache er sich schadensersatzpflichtig.⁴⁸⁵ Der Anspruch folge aus der Verletzung der durch die Aufopferungslage entstehenden Sonderverbindung.⁴⁸⁶

2. Weitere Stimmen

Dem Aufopferungsansatz kam bisher keine praktische Relevanz zu,⁴⁸⁷ was insbesondere auch an der ESUG-Reform liegt. Zunächst ist das Konzept der Aufopferungspflichten in der Literatur teilweise auf Zustimmung gestoßen.⁴⁸⁸ Vor dem ESUG war die Überwindung von Blockadepositionen das zentrale Problem der Gesellschaftsinsolvenz. Es bestand Handlungsbedarf, da die Normen der Insolvenzordnung für das Trittbrettfahrertum und die Blockadepositionen keine sachgerechte Lösung parat hielten. Nach dem ESUG hat sich die Rechtslage insbesondere im Hinblick auf das Insolvenzplanverfahren nun jedoch erheblich verändert. Den Blockadepositionen und auch dem Trittbrettfahrertum könne nun mittels der geschriebenen Vorschriften entgegengewirkt werden. Infolge dieser Gesetzesänderung wird die Anwendung ungeschriebener Aufopferungspflichten als entbehrlich angesehen.⁴⁸⁹ Den durch das ESUG neu gestaltenden Regelungen, insbesondere den §§ 245, 251 und 253 InsO, liege der Aufopferungsgedanke zu Grunde.⁴⁹⁰ Dies habe zur Folge, dass der Aufopferungsgedanke gesetzlich konsumiert sei und die Neuregelungen einer darüber hinausgehenden Anwendung des Aufopferungsgedankens grundsätzlich im Wege stünden.⁴⁹¹ Im Verhältnis der Gesellschafter untereinander seien vom Aufopferungsgedanken gegenüber dem Treuepflichtgedanken auch keine weiteren Erkenntnisse zu erwarten.⁴⁹²

Kritisiert wurde, dass das System vertragsunabhängiger Aufopferungspflichten zu weit ginge, insbesondere das verschuldensabhängige Deliktsrecht und seinen begrenzten Rechtsgüterschutz unterlaufe.⁴⁹³ Auch die kritischen Stimmen messen dem Aufopferungsansatz aber dahingehend Bedeutung zu, dass die dort angestellten (und weitere) Überlegungen den Gesetzgeber bewogen haben, den Aufopferungsgedanken im Gesetz zu normieren und damit

⁴⁸² Bitter, ZGR 2010, 147 (181).

⁴⁸³ Bitter, ZGR 2010, 147 (181).

⁴⁸⁴ Bitter, ZGR 2010, 147 (181).

⁴⁸⁵ Bitter, ZGR 2010, 147 (186).

⁴⁸⁶ Bitter, ZGR 2010, 147 (186).

⁴⁸⁷ Hölzle, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 31 Rn. 1.

⁴⁸⁸ Hölzle, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 31 Rn. 1; Brinkmann, WM 2011, 97 (103); nach dem ESUG auch noch Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2240 f.).

⁴⁸⁹ Schäfer, in: FS Hommelhoff, S. 939 (946).

⁴⁹⁰ Schäfer in: FS Hommelhoff, S. 939 (946).

⁴⁹¹ Schäfer in: FS Hommelhoff, S. 939 (946); ders., ZIP 2013, 2237 (2240).

⁴⁹² Schäfer in: FS Hommelhoff, S. 939 (946).

⁴⁹³ Thole, ZIP 2013, 1937 (1938).

eine Auflösung der bisherigen Blockadepositionen ermöglichen.⁴⁹⁴ Darüber hinaus sei der Aufopferungsgedanke durch den Gesetzgeber aber auf das Planverfahren konzentriert und dadurch gleichsam konsumiert worden.⁴⁹⁵

III. Stellungnahme

1. Die Konsumierung des Aufopferungsgedankens durch die Neuregelungen des ESUG

Wie Bitter und andere Fürsprecher hat es auch der Gesetzgeber als nicht sachgerecht empfunden, den Anteilshabern eine Rechtsposition einzuräumen, die ihrer tatsächlichen wirtschaftlichen Position in der insolventen Gesellschaft nicht entspricht. Im Hinblick auf die Regelung des § 199 Satz 2 InsO gehen die Gesellschafter in der Insolvenz regelmäßig „leer aus“. Das verbleibende Vermögen steht meist im Gesamten den Gläubigern zu. Durch die Eröffnung des Verfahrens steht regelmäßig bereits fest, dass die verbleibenden finanziellen Mittel den Gläubigern zuzuordnen sind. Allenfalls in Ausnahmefällen kann dies anders sein. Es ist unter diesem Gesichtspunkt nicht sachgerecht, den Anteilshabern Blockadepositionen bei der Umstrukturierung der Gesellschaft einzuräumen. Es kann den Anteilshabern, auch nicht mit Blick auf ihre verbandsrechtliche Position, ermöglicht werden, die finanziellen Interessen der Gläubiger zu untergraben, wenn und soweit die Anteile an der Gesellschaft tatsächlich wertlos sind. Das Insolvenzverfahren dient gerade der sachgerechten Verteilung der verbleibenden finanziellen Mittel. Nach der Konzeption der Insolvenzordnung sind die Gläubiger vorrangig zu befriedigen.

Nach dem ESUG ermöglichen nun aber schon die geschriebenen Normen der Insolvenzordnung den Schutz der finanziellen Interessen der Gläubiger, sodass eine Anwendung ungeschriebener Aufopferungspflichten daneben nicht mehr in Betracht kommt. Soweit die Anteile der Gesellschafter wertlos sind, können die Gläubiger im Wege des Insolvenzplanverfahrens die Gesellschaft nach ihrer Vorstellung umstrukturieren oder verwerten, ohne dass es auf die Mitwirkung der Gesellschafter ankommt. Die Umstrukturierung der Gesellschaft kann im Insolvenzplan geregelt werden (§ 225a Abs. 2 und 3 InsO), die Zustimmung der Anteilshaber kann über § 245 InsO weitreichend ersetzt werden. Die Gesellschafter sind bei Wertlosigkeit ihrer Anteile gezwungen, die eigene Rechtsposition zu Gunsten der Gläubiger aufopfern. Die Neuregelungen der InsO tragen den Aufopferungsgedanken in sich, welcher die Hingabe eines Rechts aufgrund vorrangiger Interessen anderer gegen angemessenen Ausgleich vorsieht.⁴⁹⁶ Wie bereits erörtert, decken sich die Voraussetzung des § 245 InsO mit den Voraussetzungen der aus den Treuepflichten hergeleiteten Zustimmungspflichten. Nach Sinn und Zweck der Regelung, liegt dem § 245 InsO aber eher der Aufopferungsgedanke als der Treuepflichtgedanke zu Grunde. Während die Rechtsverhältnisse zwischen den Gesell-

⁴⁹⁴ Schäfer in: FS Hommelhoff, S. 939 (947); Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2239).

⁴⁹⁵ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2240).

⁴⁹⁶ Vgl. auch: H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (425), welcher diese Schlussfolgerung zwar nicht ausdrücklich zieht, aber feststellt, dass die Anteilshaber nach dem ESUG nun in aller Regel eine Duldungspflicht aufgrund der als vorrangig eingestuften Interessen der Gläubiger trifft.

schaftern von § 245 InsO nur im Rahmen eines Rechtsreflexes mitgeregelt wurden, findet der durch § 245 InsO ermöglichte Eingriff in die Anteilsinhaberrechte seine Legitimation gerade im Schutz der Gläubigerinteressen. Wenn und soweit die Anteilsinhaber durch den Insolvenzplan nicht schlechter gestellt werden als im Falle der Zerschlagung der Gesellschaft, wird ihnen nun mittels der Ersetzung ihrer Zustimmung aufgegeben, ihre Rechtsposition zu Gunsten der Gläubiger (und etwaiger mitwirkungsbereiter Mitgesellschafter) herzugeben. Mit anderen Worten: Die Gesellschafter werden zur Aufopferung ihrer Rechtsposition gezwungen. Wie auch der Aufopferungspflichtansatz sieht die Insolvenzordnung einen Wertausgleich für die Preisgabe der Rechtsposition vor. Dieser Wertausgleich wird den Anteilsinhabern über die §§ 251, 253 InsO gewährleistet.

2. Keine über die gesetzlichen Vorschriften hinausgehende Aufopferungspflicht

Die geltende Insolvenzrechtsordnung bietet keinen Raum mehr für die Heranziehung des (ungeschriebenen) Aufopferungsgedankens. Der Gesetzgeber hat den Aufopferungsgedanken in Gesetzesform gegossen. Ein ungeschriebener Aufopferungsgrundsatz ist darüber hinaus nicht anzuerkennen. Mit der Normierung des Aufopferungsgedankens hat der Gesetzgeber zugleich die Grenzen desselben aufgezeigt. Zu einer weitergehenden Aufopferung sind die Gesellschafter nicht verpflichtet.

So sind die Anteilsinhaber weder im Regelverfahren noch im Falle der (teilweisen) Werthaltigkeit ihrer Anteile zur Aufopferung ihrer Rechtsposition zu verpflichten. Die §§ 225a, 245 InsO stellen eine sachgerechte Lösung des Problems der Blockadepositionen der Anteilsinhaber gegenüber den Gläubigern dar. Der in der Insolvenz entstehende Interessenskonflikt zwischen Anteilsinhabern und Gläubigern wird hierdurch zu Gunsten der Gläubiger entschieden, wenn und soweit die Anteile der Anteilsinhaber als wertlos anzusehen sind. Die Gläubiger können bei Wertlosigkeit der Gesellschaftsanteile einen Kapitalschnitt auf Null durchführen. Infolge des Kapitalschnitts auf Null scheiden die Gesellschafter aus der Gesellschaft aus beziehungsweise können ausgeschlossen werden. Die Rechtsposition der Gesellschafter wird zu Gunsten der Gemeinschaft der Sanierungsbeteiligten aufgeopfert. Über diese Ausschlussmöglichkeit hinaus sind keine weiteren Aufopferungspflichten nötig, um das Verhältnis zwischen Gläubigern und Gesellschaftern sachgerecht auszugestalten. Es ist mittels der Aufopferungspflichten zwar grundsätzlich begründbar, *werthaltige* Positionen zu Gunsten vorrangiger Interessen Dritter zu entziehen; dies ist aber im Insolvenzverfahren nicht sachgerecht, da auch die Anteile der Gesellschafter von Art. 14 GG geschützt sind und ein Eingriff in die Rechtsposition einer Rechtfertigung bedarf. Eine Rechtfertigung des Eingriffs durch die Gläubigerinteressen kommt bei werthaltigen Anteilen grundsätzlich nicht in Betracht, da die finanzielle Situation der Gesellschaft in diesem Fall die Befriedigung der Gläubiger erlaubt. Über einen Kapitalschnitt derweil können stets sachgerechte Ergebnisse erzielt werden. Zu dieser Bewertung kommt man insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Anteilsinhaber eine Verwässerung ihrer Anteile stets hinzunehmen haben oder neue Mittel aufbringen müssen, um diese abzuwenden. Bringen die Gesellschafter

neue Mittel auf, haben sie sich eine Beteiligung an der Gesellschaft verdient. Die Blockade von Sanierungsmaßnahmen ist den Anteilshabern nicht mehr möglich. Es kann dahinstehen, ob die Gläubiger im eröffneten Verfahren nun gegenüber den Gesellschaftern privilegiert sind.⁴⁹⁷ Die ESUG-Reform hat den Aufopferungsgedanken jedenfalls für den Fall der Auflösung von Blockadepositionen konsumiert.⁴⁹⁸ Einer Anwendung ungeschriebener Grundsätze im Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Gläubigern bedarf es nicht mehr.

Aus vorstehenden Überlegungen folgt, dass auch das *Trittbrettfahrerproblem* durch die Neuregelungen des ESUGs gelöst ist. Die Anteilshaber haben nicht mehr die Möglichkeit, von Sanierungsbemühungen der Gläubiger ohne eigene Beiträge zu profitieren. Entweder die Gesellschafter beteiligen sich mit eigenen Beiträgen an der Kapitalerhöhung oder sie scheiden in Folge des Kapitalschnittes aus der Gesellschaft aus oder können ausgeschlossen werden. Durch die Leistung von Sanierungsbeiträgen rechtfertigen die Anteilshaber eine Partizipation am Sanierungserfolg. Beteiligen sie sich nicht an der Sanierung, so ist durch ihren Ausschluss gewährleistet, dass sie nicht unangemessen von den Sanierungsbeiträgen Dritter profitieren.

Soweit das *Trittbrettfahrertum zwischen den Gesellschaftern* in Rede steht, ist dies (außerhalb des Insolvenzverfahrens) nicht über den Aufopferungsgedanken zu lösen, sondern über die Treuepflichten. Zwar ist dem zuzustimmen, dass es bei den vom BGH entschiedenen Fällen „Girmes“ und „Sanieren oder Ausscheiden“ mehr um die Frage der Einwirkungsmacht ging als um vertragliche Bindungen. Die vertragliche Bindung zwischen den Gesellschaftern einer Publikumsgesellschaft kann bis zur Unkenntlichkeit gelockert sein. Dennoch besteht unabhängig von der Rechtsform sowie der Ausgestaltung der jeweiligen Gesellschaft immer eine Sonderverbindung zwischen den Gesellschaftern. Aus dieser Sonderverbindung resultieren Treuepflichten, welche den schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in angemessenem Maße Rechnung tragen. Die Einwirkungsmacht findet im Rahmen der Treuepflichten Berücksichtigung. Sie ist gerade Voraussetzung dafür, dass die Treuepflichten in konkrete Ansprüche münden. Interessenskonflikte zwischen den Gesellschaftern lassen sich mittels der Treuepflichten für jeden Einzelfall angemessen lösen. Je größer die Einwirkungsmacht innerhalb der vertraglichen Verbindung ist, desto größer ist auch die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitgesellschafter. Es bedarf daher in diesem Verhältnis nicht der Heranziehung des Aufopferungsgedankens. Im eröffneten Verfahren kommt bei Sanierungen mittels des Insolvenzplans weder den Aufopferungspflichten noch den Treuepflichten eine Relevanz zu.

Ungeschriebene Aufopferungspflichten bestehen darüber hinaus auch nicht im Regelverfahren. Zwar blieb dieses im Rahmen der ESUG-Reform weitgehend unregelt und sieht auch weiterhin keine Verpflichtung zur Aufopferung vor. Der Gesetzgeber hat durch die Neuregelungen den Aufopferungsgedanken aber auf das Planverfahren konzentriert und dadurch

⁴⁹⁷ K. Schmidt, ZGR 2012, 566 (570 f.).

⁴⁹⁸ Anderes gilt für etwaige Schadensersatzansprüche. Mit diesen hat sich der ESUG-Gesetzgeber nicht beschäftigt. Wie bereits dargelegt, sollen Schadensersatzansprüche jedoch nicht Gegenstand der Untersuchung sein.

gezeigt, dass er darüber hinaus nach der geltenden Insolvenzordnung keine Rolle spielen soll. Die Gläubiger mögen den Weg über den Kapitelschnitt zu Null gehen und dadurch die Gesellschafter vor die Wahl stellen, ob sie durch Zufuhr neuer Mittel die Sanierung unterstützen oder ihre Rechtsposition hergeben; darüber hinaus haben die Gläubiger kein schützenswertes Interesse, sich die Rechtspositionen der Anteilsinhaber anzueignen. Die Rechtspositionen der Anteilsinhaber unterliegen ebenfalls dem Schutz des Art. 14 GG und sind auch in der Insolvenz grundsätzlich nicht weniger schutzwürdig als die Rechte der Gläubiger (zumal diese auf einen rein finanziellen Schutz zu verweisen sind).

IV. Fazit

Der Aufopferungsgedanke ermöglicht die sachgerechte Lösung von Interessenskonflikten zwischen vertraglich nicht gebundenen Personen. Auch außerhalb von Verträgen können Einwirkungsmöglichkeiten bestehen, welche die Anwendung von ungeschriebenen Rücksichtnahmepflichten als erforderlich erscheinen lassen. Zwischen Gesellschafter und Gläubiger bestehen nur deshalb keine vertraglichen Verbindungen, weil die Gesellschaft zwischengeschaltet ist. Der Gesetzgeber hat diese Problematik für den Fall der Insolvenz gesehen und den Aufopferungsgedanken in Gesetzesform gegossen. Zugleich hat er den Aufopferungsgedanken aber auf das Insolvenzplanverfahren beschränkt und damit die Grenzen desselben aufgezeigt. Darüber hinaus sind weitere ungeschriebene Pflichten der Anteilsinhaber nicht anzuerkennen und auch nicht (mehr) erforderlich. Die geschriebenen Neuregelungen ermöglichen im Planverfahren einen sachgerechten Ausgleich der gegenläufigen Interessen in der Insolvenzsituation. Insbesondere sind die Gesellschafter nicht zu einer Aufopferung werthaltiger Rechtspositionen verpflichtet. Auch im Regelverfahren kommen ungeschriebene Aufopferungspflichten nicht in Betracht. Die Gläubiger sind auf das Planverfahren zu verweisen. Die Wahl der Verfahrensart steht den Gläubigern offen.

Kapitel 4: Das Schicksal von vor Insolvenzeröffnung getroffenen Sanierungsbeschlüssen

A. Einführung

Im folgenden Kapitel soll untersucht werden, ob und inwieweit die Anteilsinhaber Einfluss auf vor der Insolvenzeröffnung beschlossene Sanierungsmaßnahmen nehmen können. Häufig wird noch unmittelbar vor der notwendigen Antragstellung versucht, die Gesellschaft zu sanieren und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Nachschüsse abzuwenden. Vor allem aufgrund der mit dem Insolvenzverfahren verbundenen Nachteile kann es aus Sicht der Anteilsinhaber sinnvoll sein, die Gesellschaft mit frischem Kapital zu stützen und so die Insolvenzeröffnung zu verhindern. Kommt es trotz vorinsolvenzlichen Sanierungsmaßnahmen zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens, stellt sich die Frage, ob die Anteilsinhaber nach Insolvenzeröffnung noch Einfluss auf die Sanierungsmaßnahmen nehmen können. Dem stehen regelmäßig die Gläubigerinteressen entgegen. Aus Sicht der Gläubiger sollen die Nachschüsse der Anteilsinhaber der Masse tatsächlich zufließen, damit sie für eine insolvenzrechtliche Sanierung oder gegebenenfalls als Verteilungsmasse zur Verfügung stehen. Den Anteilsinhabern hingegen droht im Insolvenzverfahren der kompensationslose Verlust der Nachschüsse. Mit der Eröffnung des Verfahrens gehen auch wesentliche Kompetenzverluste einher, sodass die Anteilsinhaber nicht über die Verwendung der Mittel entscheiden können. Ob und inwieweit die Anteilsinhaber im eröffneten Verfahren noch an bereits beschlossene Sanierungsmaßnahmen gebunden sind, ist im Einzelnen umstritten. Die folgende Untersuchung soll aufgrund der größeren praktischen Relevanz auf Kapitalmaßnahmen bei Kapitalgesellschaften beschränkt werden.⁴⁹⁹ Zu unterscheiden ist bei der Untersuchung zwischen den verschiedenen Stadien von Kapitalmaßnahmen, nämlich dem Kapitalerhöhungsbeschluss, den Zeichnungs- und Übernahmeverträgen sowie der Anmeldung und Eintragung beim Registergericht.

Mit der Eintragung der Kapitalerhöhung wird diese wirksam. Das Gesellschaftskapital wird erhöht. Die Kapitalmaßnahme ist abgeschlossen. Es besteht ein Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der Einlage gegen die zeichnenden bzw. übernehmenden Gesellschafter.⁵⁰⁰ Die Befugnis zur Realisierung dieser Ansprüche steht dem Insolvenzverwalter zu.⁵⁰¹ Die Ansprüche fallen nach § 35 Abs. 1 Alt. 1 InsO in die Insolvenzmasse, wenn die Kapitalerhöhung vor Verfahrenseröffnung wirksam geworden ist. Nach § 35 Abs. 2 Alt. 2 InsO fallen die Ansprüche in die Insolvenzmasse, wenn die Eintragung der Kapitalerhöhung nach Eröffnung des

⁴⁹⁹ Auch bei Personengesellschaften sind Kapitalmaßnahmen wie Erhöhung und Herabsetzung selbstverständlich möglich (vgl. K.Schmidt, ZGR 2012, 566 (569 f.)). Anders als bei den Kapitalgesellschaften bedarf es zur Übernahme der neuen Anteile keines separaten Zeichnungs- oder Übernahmevertrages. Bereits mit dem Beschluss wird das Kapital der Gesellschaft geändert und es werden zugleich die Festkapitalkonten der Gesellschafter untereinander in das zutreffende Verhältnis gebracht.

⁵⁰⁰ *Einhellig*: Pfeifer in: MüKo AktG, § 182 Rn. 77; *Servatius* in: Spindler/Stilz AktG, § 182 Rn 71; BGH NJW 1995, 460; H.-F. Müller ZGR 2004, 843 (846); KG Berlin, NZG 2000, 104; wohl auch: *Kuntz*, DStR 2006, 519 (520).

⁵⁰¹ *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rn 112 b.

Verfahrens erfolgte. Die Anteilsinhaber können in diesem Fall die Kapitalmaßnahme auch nicht durch eine Kapitalherabsetzung gemäß §§ 58, 58 a GmbHG bzw. 222 AktG rückgängig machen. Die Kompetenz hierfür liegt nach Verfahrenseröffnung nicht mehr bei den Gesellschaftsorganen.

Streitig ist, was gelten soll, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens in den Zeitraum zwischen Beschluss und Eintragung der Kapitalerhöhung beim Registergericht fällt. Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens können die Anteilsinhaber nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften einen Kapitalerhöhungsbeschluss jederzeit aufheben.⁵⁰² Ebenso können sie die Geschäftsleitung anweisen, die Anmeldung der Kapitalerhöhung bis zur Eintragung zurückzunehmen.⁵⁰³ Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verliert der Schuldner die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnisse hinsichtlich des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens. Als Folgeproblem stellt sich die Frage, wer nach Eröffnung des Verfahrens die Kapitalerhöhung beim Registergericht anmelden und die Einlage einfordern kann. Wird die Kapitalmaßnahme nicht eingetragen, wird der Zeichner mit Ablauf der in den Zeichnungs- und Übernahmeverträgen festgelegten (§ 185 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 AktG) oder aber nach Ablauf einer angemessenen Frist vom Vertrag frei. Somit kann die Sicherung der Nachschüsse nur ermöglicht werden, wenn dem Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung die Befugnis zur Anmeldung beim Registergericht und zur Einforderung der Einlage zuzuordnen ist.

B. Bestand von vor Verfahrenseröffnung gefassten Sanierungsbeschlüssen

I. Rechtsprechung

Der BGH⁵⁰⁴ hatte 1994 einen Fall zu entscheiden, in dem die Gesellschafter einer GmbH kurz vor Konkureröffnung noch einmal versucht hatten das Gesellschaftsunternehmen durch eine Kapitalerhöhung zu sanieren. Dieser Versuch misslang. Der BGH entschied, dass eine formgerecht beschlossene Kapitalerhöhung nicht durch die nachfolgende Konkureröffnung unwirksam werde.⁵⁰⁵ Sie sei auch nach Verfahrenseröffnung noch einzutragen und entfalte damit ihre Wirksamkeit. Zu beachten ist jedoch, dass die Kapitalerhöhung im konkreten Fall schon angemeldet war und anschließend gleichzeitig mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ins Handelsregister eingetragen wurde. Dem BGH zufolge sind die Gesellschafter in diesem Fall nicht schutzwürdig, denn zum einen könnten sie bis zur Eröffnung des Verfahrens den Geschäftsführer anweisen, die Anmeldung zurückzunehmen; zum anderen könnten sie nach Verfahrenseröffnung bis zur Eintragung den Beschluss aufheben. Hinsichtlich der Übernahmeverträge entschied der BGH, dass alle Gesellschafter, denen die kritische Lage der Gesellschaft nicht bekannt war, aus wichtigem Grund kündigen könnten.⁵⁰⁶

⁵⁰² Thielemann in: Recht der Sanierungsfinanzierung, § 13 Rn 83.

⁵⁰³ Thielemann in: Recht der Sanierungsfinanzierung, § 13 Rn 83.

⁵⁰⁴ BGH, Urt. v. 7.11.1994 – II ZR 248/93 in NJW 1995, 460.

⁵⁰⁵ BGH NJW 1995, 460

⁵⁰⁶ BGH NJW 1995, 460.

In einem vom OLG Bremen⁵⁰⁷ ebenfalls zur GmbH und noch unter Geltung der Konkursordnung entschiedenen Fall hatte der Konkursverwalter die Beklagte auf Zahlung aus einer vor Eintritt des Konkurses beschlossenen, aber noch nicht durchgeführten Kapitalerhöhung verklagt. Das OLG Bremen wies die Klage mit der Begründung ab, dass die für das Wirksamwerden der Kapitalerhöhung erforderliche Eintragung ins Handelsregister nach Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mehr erfolgen könne.⁵⁰⁸ Durch die Eröffnung des Konkursverfahrens befinde sich die Gesellschaft in der Liquidation. Dies erfordere die Beendigung der laufenden Geschäfte, die Erfüllung der Verpflichtungen und die Einziehung der Forderungen der Gesellschaft. Die Bildung neuer Anteile und die Aufnahme neuer Gesellschafter seien damit unvereinbar.⁵⁰⁹ Das OLG Bremen bezog in seine Argumentation ausdrücklich auch die Möglichkeit ein, dass die Gesellschaft fortgesetzt werden könne, kam aber auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu einem anderen Ergebnis.⁵¹⁰

Das KG Berlin⁵¹¹ entschied im Jahr 1999, dass die Zeichnungs- bzw. Übernahmeverträge gemäß § 313 Abs. 3 BGB gekündigt werden können, wenn während eines laufenden Kapitalerhöhungsverfahrens die Gesellschaft aufgelöst wird. Des Weiteren urteilte das KG Berlin, dass Mängel des Übernahmevertrages nur bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung geltend gemacht werden könnten und danach als geheilt gelten. Nach der Eintragung genieße der Gläubigerschutz Vorrang.⁵¹² Darüber hinaus nahm das Gericht Stellung zu der Frage der Kompetenzzuweisung nach Eröffnung des Verfahrens. Nach Ansicht des KG blieben die Gesellschafter auch im eröffneten Konkursverfahren „Herren des Kapitalverfahrens“.⁵¹³ Sie könnten sowohl den Beschluss wieder aufheben als auch die Eintragung verhindern.⁵¹⁴ Der Geschäftsführer könne infolge eines Aufhebungsbeschlusses verpflichtet werden einen bereits gestellten Eintragungsantrag wieder zurückzunehmen.⁵¹⁵ Die Befugnis des Konkursverwalters zur Anmeldung der Kapitalerhöhung sei nicht gegeben.⁵¹⁶

Auch das BayOLG hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, wem die Kompetenz zur Anmeldung der Kapitalerhöhung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zukommt.⁵¹⁷ Im konkreten Fall hatte das Registergericht die Anmeldung der Stammkapitalerhöhung durch die Geschäftsführung zurückgewiesen mit der Begründung, dass allein der Insolvenzverwalter anmeldeberechtigt sei. Das BayOLG urteilte daraufhin, dass die Kompetenz zur Anmeldung auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens weiterhin bei den Geschäftsführern verbleibe. Als Begründung führte das BayOLG aus, dass das erhöhte Kapital trotz Beschlussfassung, Erbringung der Einlage und Anmeldung beim Registergericht den gesellschaftsrechtlichen

⁵⁰⁷ OLG Bremen, Urt. v. 5.7.1957 – 1 U 351/56 in NJW 1957, 1560.

⁵⁰⁸ NJW 1957, 1560.

⁵⁰⁹ NJW 1957, 1560 f.

⁵¹⁰ NJW 1957, 1561.

⁵¹¹ KG Berlin, NZG 2000, 103.

⁵¹² KG Berlin, NZG 2000, 104.

⁵¹³ KG Berlin, NZG 2000, 104.

⁵¹⁴ KG Berlin, NZG 2000, 104.

⁵¹⁵ KG Berlin, NZG 2000, 104.

⁵¹⁶ KG Berlin, NZG 2000, 104.

⁵¹⁷ BayOLG, NZG 2004, 583.

Bereich noch nicht verlassen habe und aus diesem Grund nicht auf Grundlage des § 80 InsO in den Kompetenzbereich des Insolvenzverwalters falle.⁵¹⁸ Wirksamkeit erlange die Kapitalerhöhung als Änderung des Gesellschaftsvertrages gemäß § 54 Abs. 3 GmbHG erst mit der Eintragung. Die Kapitalerhöhung unterliege daher bis zur Eintragung der Dispositionsfreiheit der Gesellschafter.⁵¹⁹

II. Meinungsstand Literatur

Die in der Literatur vertretenen Ansichten sind vielgestaltig und bisweilen unübersichtlich. Häufig wird nicht unterschieden zwischen den verschiedenen Ebenen der Kapitalerhöhung. Zudem ist teilweise noch die Konkursordnung Basis der Literaturmeinungen, sodass Unklarheit besteht, ob die entwickelten Grundsätze auch nach Einführung der Insolvenzordnung gelten sollen. Nicht zuletzt kann auch die ESUG-Reform Auswirkungen auf die Diskussion haben. Ziel des ESUG war es, die Sanierungsaussichten zu verbessern. Diesem Ziel wurden für das Insolvenzplanverfahren Kompetenzen der Gesellschafter aufgeopfert, nachdem nun gesellschaftsrechtliche Regelungen Inhalt des Insolvenzplans sein können und über diese somit die Planbeteiligten entscheiden. Fraglich ist, ob dies auch Auswirkungen auf die Wirksamkeit von Kapitalmaßnahmen in der Insolvenz hat.

1. Bindung an den Kapitalerhöhungsbeschluss

In der Literatur wird vertreten, dass der **Kapitalerhöhungsbeschluss mit der Eröffnung des Verfahrens automatisch unwirksam** werde.⁵²⁰ Etwas anderes soll je nach Ansicht dann gelten, wenn der Beschluss mit Blick auf die folgende Insolvenz gefasst wurde⁵²¹ oder wenn anzunehmen ist, dass der Beschluss fortwirken soll.⁵²² Ein sachlicher Unterschied ergibt sich aus dieser Differenzierung nicht. Es muss nach beiden Ansichten bei der Beschlussfassung der Wille der Gesellschafter zum Ausdruck kommen, dass der Beschluss auch im Falle der Insolvenz Bestand haben soll. Als Begründung für den andernfalls eintretenden automatischen Wegfall des Beschlusses wird die Auflösung der Gesellschaft infolge der Verfahrenseröffnung angeführt und der damit einhergehende Verlust der werbenden Eigenschaft.⁵²³ Vereinzelt wird weiter angenommen, der **Beschluss bedürfe für seine Wirksamkeit nach Verfahrenseröffnung der Bestätigung**.⁵²⁴ Erfolge diese Bestätigung nicht, so falle der Beschluss weg. Teilweise wird vertreten, der **Beschluss stehe unter der auflösenden Bedingung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens**.⁵²⁵ Dies soll wiederum dann nicht gelten, wenn der Beschluss von vornherein mit Blick auf die Verfahrenseröffnung gefasst wurde oder die Gesellschafter nach der Verfahrenseröffnung an ihm festhielten.⁵²⁶ Die Minderheit sei in diesem Fall schutzbedürftig, da sie weder den Geschäftsführer zur Rücknahme der Anmeldung an-

⁵¹⁸ BayOLG, NZG 2004, 583.

⁵¹⁹ BayOLG, NZG 2004, 583.

⁵²⁰ Koch in: Hüffer AktG, § 182 Rn 32; Peifer in: MüKo AktG, § 182 Rn 77; Pleister/Kindler, ZIP 2010, 503 (505).

⁵²¹ Pleister/Kindler, ZIP 2010, 503 (505 f.); Koch in: Hüffer AktG, § 182 Rn 32.

⁵²² Peifer in: MüKo AktG, § 182 Rn 77.

⁵²³ Peifer in: MüKo AktG, § 182 Rn 77.

⁵²⁴ Pleister/Kindler, ZIP 2010, 503 (505 f.).

⁵²⁵ Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn. 5.

⁵²⁶ Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn. 5.

weisen noch den Kapitalerhöhungsbeschluss aufheben könne.⁵²⁷ Kritiker wenden ein, dass eine auflösende Bedingung aufgrund der Formbedürftigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses (§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) in diesem hätte zum Ausdruck kommen müssen.⁵²⁸ Es könne auch nicht ohne weiteres jedem Gesellschafter der Wille unterstellt werden, der Beschluss solle im Falle der Insolvenzeröffnung hinfällig sein.⁵²⁹ Zu denken sei beispielsweise an diejenigen Aktionäre, die für eine Kapitalerhöhung gestimmt, aber keine neuen Aktien gezeichnet bzw. Gesellschaftsanteile übernommen hätten. Diesen Aktionären entstehe bei der Aufrechterhaltung des Beschlusses im Insolvenzverfahren überhaupt kein Nachteil.⁵³⁰ Zudem sei es gerade Sinn und Zweck des der Gesellschaft überlassenen Kapitals, dass es uneingeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.⁵³¹ Dies gelte in der Insolvenz umso mehr.⁵³² Ein automatischer Wegfall des Beschlusses sei aus diesen Gründen abzulehnen.

Die überwiegende Ansicht geht von der **grundsätzlichen Wirksamkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses auch nach Verfahrenseröffnung** aus.⁵³³ Kontrovers diskutiert wird aber, ob sich die Gesellschafter von dem wirksamen Beschluss noch im Wege eines Aufhebungsbeschlusses lösen könnten. Überwiegend wird den Anteilsinhabern die **Kompetenz zur Aufhebung des Beschlusses** nach Verfahrenseröffnung zugesprochen.⁵³⁴ Angeführt wird dafür, dass die Beschlussfassung über Kapitalmaßnahmen ein rein verbandsinterner Vorgang sei.⁵³⁵ Die Befugnis zur Aufhebung des Beschlusses liege im insolvenzfremden Bereich, da durch den Kapitalerhöhungsbeschluss alleine noch kein den Gläubigern haftendes Schuldnervermögen begründet werde.⁵³⁶ Auch nach Eröffnung des Verfahrens liege die Kompetenz für einen satzungsändernden Beschluss gemäß den §§ 179, 182 AktG, 53 GmbHG allein bei den Gesellschaftern.⁵³⁷ Damit könne der Erhöhungsbeschluss jederzeit bis zur Eintragung ins Handelsregister aufgehoben werden.⁵³⁸ Teilweise wird ein Aufhebungsbeschluss unter Einschränkungen zugelassen. So sollen die Anteilsinhaber den Beschluss aufheben können, wenn noch keine Zeichnungs- und Übernahmeverträge geschlossen wurden.⁵³⁹ In diesem Fall habe die

⁵²⁷ Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG § 55 Rn. 5.

⁵²⁸ Götze, ZIP 2002, 2204 (2206).

⁵²⁹ Götze, ZIP 2002, 2204 (2206).

⁵³⁰ Götze, ZIP 2002, 2204 (2206).

⁵³¹ Stöber, ZInsO 2012, 1811 (1814).

⁵³² Stöber, ZInsO 2012, 1811 (1814).

⁵³³ K. Schmidt, AG 2006, 597 (605); Götze, ZIP 2002, 2204 (2206); Stöber, ZInsO 2012, 1811 (1814); Koch in: Hüffer AktG § 182 Rn. 32; Schmidt-Leithoff in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 55 Rn 25; Roth in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 55 Rn; Pleister/Kindler, ZIP 2010, 503 (504); Ott/Vuia in: MüKo InsO, § 80 Rn 112 b.

⁵³⁴ Ott/Vuia in: MüKo InsO, § 80 Rn. 112 b; Roth in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 55 Rn; Koch in: Hüffer AktG, § 182 Rn. 32; Peifer in: MüKo AktG, § 182 Rn 77; Müller, ZGR 2004, 843 (847); Kuntz, DStR 2006, 519 (519); Schmidt-Leithoff in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 55 Rn 25; wohl auch Pleister/Kindler, ZIP 2010, 503 (506), der zwar ausdrücklich nur die Gesellschafterkompetenz zur Beschlussfassung über Kapitalmaßnahmen bejaht, wohl aber auch den Aufhebungsbeschluss als *actus contrarius* als Kompetenz der Gesellschafter ansieht.

⁵³⁵ Pleister/Kindler, ZIP 2010, 503 (506); Müller, ZGR 2004, 843 (847).

⁵³⁶ Ott/Vuia in: MüKo InsO, § 80 Rn. 112 b.

⁵³⁷ Ott/Vuia in: MüKo InsO, § 80 Rn 112 b.

⁵³⁸ Ott/Vuia in: MüKo InsO, § 80 Rn 112 b.

⁵³⁹ Stöber, ZInsO 2012, 1811 (1815).

Aufhebung des Beschlusses keinen Vermögensbezug. Nach Abschluss der Verträge sei die Aufhebung dagegen nur noch mit Zustimmung des Insolvenzverwalters möglich.⁵⁴⁰

2. Zeichnungs- und Übernahmeverträge

Sind die Zeichnungs- bzw. Übernahmeverträge (§§ 55 Abs. 1 GmbHG, 185 Abs. 1 Satz 1 AktG) geschlossen worden, wird teilweise angenommen, dass die Altgesellschafter sich auch von dieser Bindung befreien könnten. So wird teilweise ein **automatischer Wegfall der Bindung** befürwortet unter Berufung auf den Rechtsgedanken der §§ 321, 490 und 313 BGB;⁵⁴¹ es sei denn, die Verträge seien gerade mit Blick auf die Insolvenz gefasst worden.⁵⁴² Dem wird entgegen, es gebe keinen Grund für einen automatischen Wegfall der Bindung, geschweige denn bestehe eine Rechtsgrundlage dafür.⁵⁴³ Eine ausdrückliche Bedingung der Verträge soll dagegen zulässig sein.⁵⁴⁴ Vertreten wird weiterhin, die Zeichnungs- bzw. Übernahmeverträge teilten das Schicksal des Beschlusses und würden daher zugleich unwirksam, wenn der Beschluss aufgehoben werde oder auf andere Weise seine Wirksamkeit verliere.⁵⁴⁵ Durch den Wegfall des Beschlusses entfalle der für die Zeichnungs- und Übernahmeverträge notwendige Rechtsgrund.⁵⁴⁶

Andere Stimmen in der Literatur gehen nicht von einem Wegfall der Bindung aus, räumen dem Inferenten aber ein Kündigungsrecht nach § 490 oder § 313 Abs. 3 BGB⁵⁴⁷, ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund⁵⁴⁸ oder ein Rücktrittsrecht ein⁵⁴⁹. § 313 Abs. 3 BGB greife, wenn sich Umstände änderten, die Grundlage des Vertrages geworden seien. Die Änderung des Gesellschaftszwecks infolge der Auflösung der Gesellschaft durch die Eröffnung des Verfahrens stelle einen solchen erheblichen Umstand dar.⁵⁵⁰ Die Gesellschaft werde infolge der Auflösung von der werbenden Gesellschaft zur Abwicklungsgesellschaft. Der Übernahme des Geschäftsanteils bzw. der Zeichnung der Aktien habe hingegen der Gedanke der Beteiligung an einer werbenden (und damit an einer auf Gewinnerzielung gerichteten) Gesellschaft zu Grunde gelegen.⁵⁵¹ Durch den Übergang zu einer Abwicklungsgesellschaft entfalle daher regelmäßig die Geschäftsgrundlage für die Zeichnungs- und Übernahmeverträge, wenn die Kapitalerhöhung nicht mindestens in Kenntnis der bedrohlichen finanziellen Lage der Gesellschaft beschlossen wurde.⁵⁵² Eine nach § 313 BGB vorrangige Anpassung der Zeichnungs-

⁵⁴⁰ Stöber, ZinsO 2012, 1811 (1815).

⁵⁴¹ Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn. 37.

⁵⁴² Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn. 37; Götze, ZIP 2002, 2204 (2207).

⁵⁴³ Götze, ZIP 2002, 2204 (2207).

⁵⁴⁴ Götze, ZIP 2002, 2204 (2207).

⁵⁴⁵ Götze, ZIP 2002, 2204 (2206).

⁵⁴⁶ Lieder in: MüKo GmbHG, Band 3, § 55 Rn. 59.

⁵⁴⁷ Lieder in: MüKo GmbHG, Band 3, § 55 Rn. 59, 146; Gummert in: Henssler/Strohn GesR, § 55 Rn. 11; Roth in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 55 Rn. 10; Pleister/Kindler, ZIP 2010, 503 (504); Götze, ZIP 2002, 2204 (2207).

⁵⁴⁸ Schmidt-Leithoff in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 55 Rn. 25.

⁵⁴⁹ K. Schmidt, AG 2006, 597 (605).

⁵⁵⁰ Götze, ZIP 2002, 2204 (2207).

⁵⁵¹ Götze, ZIP 2002, 2204 (2207).

⁵⁵² Götze, ZIP 2002, 2204 (2207).

und Übernahmeverträge mit Blick auf die Insolvenz sei nicht sinnvoll denkbar, weshalb den Gesellschaftern ein Kündigungsrecht zustehe.

Gegen die Anwendbarkeit von § 313 Abs. 3 BGB wird angeführt, dass es gerade Sinn und Zweck der Kapitalisierung einer Kapitalgesellschaft sei, dass für den Fall der Krise Haftkapital zur Verfügung stehe.⁵⁵³ Die Gesellschafter könnten sich daher nicht von den Verträgen lösen, wenn der Haftungsfall tatsächlich eintrete. Die Kapitaleinbringung in die Gesellschaft sei Ausgleich für die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten und werde gerade im Fall der finanziellen Krise relevant.⁵⁵⁴ Dieser Argumentation entgegen die Befürworter der Anwendung von § 313 Abs. 3 BGB wiederum, dass die Haftung der Einlage als Eigenkapital erst mit der Eintragung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister wirksam begründet werde.⁵⁵⁵

Uneinheitlich beurteilt wird weiterhin die Frage, wie sich der Wegfall der Zeichnungs- und Übernahmeverträge auf den Kapitalerhöhungsbeschluss auswirken soll. Angeführt wird, dass durch den Rücktritt vom Vertrag der Beschluss nicht automatisch wegfalle.⁵⁵⁶ Die Kapitalerhöhung scheitere jedoch auch bezüglich des jeweiligen Inferenten daran, dass der Zeichnungs- und Übernahmevertrag fehle.⁵⁵⁷ Folgt man dieser Ansicht, stellt sich die Folgefrage, ob die freigewordenen Gesellschaftsanteile von anderen übernommen werden können und somit die Kapitalerhöhung doch noch durchgeführt werden kann.

Weiter wird vertreten, dass die Zeichner bzw. Übernehmer sich nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mehr von den Verträgen lösen könnten.⁵⁵⁸ Nach Zeichnung bzw. Übernahme sei bereits ein in die Insolvenzmasse fallender Vermögensgegenstand entstanden.⁵⁵⁹ Da die Verfügung über die Insolvenzmasse dem Insolvenzverwalter obliege, beschneide eine Rückgängigmachung der Verträge die Kompetenzen des Insolvenzverwalters. Es gehöre auch gerade zum Inhalt und Wesen von Zeichnungs- und Übernahmeverträgen, dass das Kapital als Haftungsmasse zur Verfügung stehe.⁵⁶⁰ Die Insolvenz sei ein deutlicher Haftungsfall.⁵⁶¹ Zu beachten ist, dass in den Zeichnungsverträgen gemäß § 185 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 AktG ein Zeitpunkt benannt werden muss, zu dem die Zeichnung eingetragen sein muss und andernfalls unverbindlich wird. Im GmbH-Recht gibt es keine vergleichbare Norm. Allerdings kann hier eine Frist vereinbart werden⁵⁶²; darüberhinaus sollen auch bei der GmbH die Gesellschafter

⁵⁵³ Hölzle in: Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 31 Rn. 48.

⁵⁵⁴ Hölzle in: Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 31 Rn. 48.

⁵⁵⁵ Götze, ZIP 2002, 2204 (2208).

⁵⁵⁶ Gummert in: Henssler/Strohn GesR, § 55 Rn. 11; Roth in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 55 Rn. 10.

⁵⁵⁷ Gummert in: Henssler/Strohn GesR, § 55 Rn. 11.

⁵⁵⁸ Stöber, ZinsO 2012, 1811 (1816).

⁵⁵⁹ Peifer in: MüKo AktG, § 182 Rn 77.

⁵⁶⁰ Stöber, ZinsO 2012, 1811 (1816).

⁵⁶¹ Stöber, ZinsO 2012, 1811 (1816).

⁵⁶² Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn. 37.

nur für eine angemessene Frist gebunden sein.⁵⁶³ Auch bei der GmbH muss die Kapitalerhöhung daher binnen angemessener Frist eingetragen werden.

III. Stellungnahme

1. Der Kapitalerhöhungsbeschluss

Der Kapitalerhöhungsbeschluss wird nicht durch die Verfahrenseröffnung unwirksam. Mit der Eröffnung wird die Gesellschaft aufgelöst; vorbehaltlich speziellerer Regelungen und des Zwecks der Abwicklung gelten für die aufgelöste Gesellschaft jedoch dieselben Grundsätze wie bei der werbenden Gesellschaft (§§ 69 Abs. 1 GmbHG, 264 Abs. 3 AktG). Das Insolvenzverfahren hält ein eigenes Liquidationsverfahren bereit, dessen Regelungen den gesellschaftsrechtlichen Regelungen vorgehen (§ 264 Abs. 1 AktG). Soweit jedoch keine insolvenzrechtlichen Besonderheiten bestehen, ist subsidiär auf das Gesellschaftsrecht zurückzugreifen. Daraus folgt, dass es bei der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung bleibt, soweit insolvenzrechtliche Besonderheiten nicht entgegenstehen. Unstreitig stellt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Zäsur für die Schuldnergesellschaft sowie deren Organe dar. Dies zeigt sich schon am Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter (§ 80 InsO) sowie an der Verfahrensherrschaft der Gläubiger (§ 157 InsO). Die Autonomie der Gesellschafter wird dadurch weitgehend abgelöst. Jedoch ist auch zu sehen, dass sowohl der Bestand der Gesellschaft als auch die gesellschaftsrechtliche Stellung der Organe von der Eröffnung des Verfahrens unangetastet bleiben.⁵⁶⁴ Die Gesellschaft wird durch die Eröffnung des Verfahrens aufgelöst, nicht aber vollbeendet. Die insolvente Gesellschaft kann grundsätzlich jederzeit fortgesetzt und dadurch wieder zur werbenden Gesellschaft werden. Richtig ist, dass die Anteilsinhaber im Regelfall nur die lebende Gesellschaft finanzieren wollen. Vorrangig ist hier aber die Funktion der in die Gesellschaft eingebrachten Mittel als Haftkapital zu sehen. Das Haftkapital soll zur Verfügung stehen, wenn die Gesellschaft in finanzielle Schieflage gerät und ihre Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen kann. Es kann darüber hinaus auch nicht generell der Wille der Gesellschafter unterstellt werden, sich vom Kapitalerhöhungsbeschluss lösen zu wollen. Auch in der Insolvenz ist die Sanierung der Gesellschaft ein regelmäßiges Ziel. Da nach neuer Rechtslage streitig ist, ob die Gesellschafter von einer Kapitalerhöhung im Insolvenzplanverfahren ausgeschlossen werden können, können die Anteilsinhaber sogar ein Interesse daran haben, dass eine beschlossene Kapitalerhöhung durchgeführt wird und sie ihre Beteiligung an der Gesellschaft ausweiten oder zumindest aufrechterhalten können. Weiterhin widerspricht es dem Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens, dass für die Masse vorteilhafte Beschlüsse schon durch die Eröffnung des Verfahrens hinfällig werden. Das verfügbare Kapital soll in der Insolvenz zu Gunsten der Gläubiger zusammengehalten und nicht einseitig durch die Gesellschafter wieder entzogen werden können. Die Gesellschafter sind somit grundsätzlich an die getroffenen Beschlüsse gebunden.

⁵⁶³ Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn. 37.

⁵⁶⁴ Götze, ZIP 2002, 2204 (2208).

Der Kapitalerhöhungsbeschluss steht auch nicht unter der konkludenten Bedingung der Insolvenzeröffnung. Beschlussinhalte müssen die Form des § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG wahren. Außerhalb des beurkundeten Beschlusses liegende Tatsachen können höchstens dann berücksichtigt werden, wenn sie Anklang im Beschluss gefunden haben. Das ist regelmäßig nicht der Fall. Diskussionswürdig ist dagegen, ob die Gesellschafter den Beschluss *ausdrücklich* bedingen können. Die Anteilsinhaber sind zur Zuführung neuer Mittel nicht verpflichtet. Zu Nachschüssen sind die Gesellschafter nicht verpflichtet. Dies geschieht vielmehr stets freiwillig. Die Kapitalerhaltungsvorschriften stehen ebenfalls nicht entgegen. Sie schützen nur davor, dass Kapital an die Gesellschafter zurückfließt. Auch Grundsätze des Vertrauensschutzes stehen einer ausdrücklichen Bedingung des Beschlusses nicht entgegen. Wer den Beschluss kennt, erlangt zugleich Kenntnis von der auflösenden Bedingung desselben. Es entsteht damit kein schutzwürdiges Vertrauen im Hinblick auf die Gültigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses. Die Bedingung des Beschlusses liegt zudem zeitlich vor der Verfahrenseröffnung, sodass hierfür die Gesellschafter nach den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zuständig sind. Zuletzt liegt in der Aufhebung des Beschlusses auch keine Schmälerung der Masse. Durch den Beschluss ist noch kein Vermögensgegenstand der Gesellschaft entstanden. Die Gesellschafter haben vielmehr nur ihren Willen zum Ausdruck gebracht, die Gesellschaft in Zukunft mit neuem Kapital ausstatten zu wollen. Die ausdrückliche Bedingung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses ist damit zulässig und wirksam. Der vor Insolvenzeröffnung getroffene Beschluss liegt ausschließlich in der Sphäre der Anteilsinhaber.

Auch wenn der Beschluss nicht bedingt wurde, haben die Anteilsinhaber nach Eröffnung des Verfahrens noch die Befugnis zur Aufhebung des Beschlusses. Die insolvenzrechtliche Kompetenzverteilung steht dem nicht entgegen. Vor Eröffnung des Verfahrens können die Gesellschafter den Beschluss unproblematisch aufheben.⁵⁶⁵ Bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung (bei der GmbH) bzw. bis zur Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung ist die Aufhebung sogar mit einfacher Mehrheit (§ 133 Abs. 1 AktG) möglich.⁵⁶⁶ Erst mit der Eintragung tritt die Änderung der Satzung ein. Auch nach der Eintragung kann der Beschluss nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen noch „rückgängig“ gemacht werden, nämlich im Wege einer Kapitalherabsetzung gemäß §§ 58, 58a GmbHG bzw. 222 AktG. Außerhalb des Verfahrens ist damit eine Abänderung des Beschlusses jederzeit möglich. Die Eintragung entscheidet nur über die Frage, ob eine einfache Mehrheit genügt oder ein qualifiziertes Mehrheitsanfordernis besteht. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens würden die Gesellschafter die Befugnis zur Aufhebung des Beschlusses nur dann verlieren, wenn darin eine Verfügung über die Insolvenzmasse zu sehen wäre. Entscheidend ist also, ob ein Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der Einlage bereits mit der Beschlussfassung entstanden ist. Dann nämlich würde auf ein bestehendes Recht eingewirkt. Bereits entstandene Einlageforderungen

⁵⁶⁵ *Hermanns* in: Henssler/Strohn GesR, § 182 Rn 24; *Servatius* in: Spindler/Stilz AktG, § 182 Rn. 33, 36. Der Beschluss könne sogar konkludent aufgehoben werden.

⁵⁶⁶ *Hermanns* in: Henssler/Strohn GesR, § 182 Rn 24; *Servatius* in: Spindler/Stilz AktG, § 182 Rn. 33. Zwar sei problematisch, dass dann eine Minderheit den Beschluss der Mehrheit unterlaufen könne, dies sei aber über die Treuepflichten zu korrigieren.

sind Teil der Insolvenzmasse⁵⁶⁷, weshalb sie der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterliegen.

Durch den Beschluss ist jedoch (noch) kein Anspruch auf Leistung der Einlage entstanden. Die Anteilsinhaber bringen damit lediglich ihren Willen zum Ausdruck, das Kapital der Gesellschaft künftig erhöhen zu wollen. Mit Fassung des Beschlusses ist noch nicht einmal klar, wer die Einlage für eine Kapitalerhöhung zu erbringen hat und in welchem Verhältnis. Ein konkreter Anspruch der Gesellschaft, welcher in die Insolvenzmasse fließe, ist schon mangels Adressat nicht entstanden. Denkbar wäre es zwar, dass man die Einlage von allen den Beschluss bejahenden Gesellschaftern anteilig verlangt; dafür müsste es aber eine gesetzliche Grundlage geben. Erst die Übernahme- und Zeichnungsverträge legen fest, wer die Einlage zu erbringen hat. Es bestehen auch keine Bedenken hinsichtlich der Beschlussfassungskompetenz der Gesellschafter im eröffneten Verfahren. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis geht nur hinsichtlich der Masse auf den Insolvenzverwalter über. Die sonstigen gesellschaftsrechtlichen Kompetenzen verbleiben bei den Anteilsinhabern. Der Kapitalerhöhungsbeschluss hat den gesellschaftsrechtlichen Bereich noch nicht verlassen. Es ist noch kein Massegegenstand entstanden. Die Gesellschafter sind zur Aufhebung des Beschlusses auch noch nach Verfahrenseröffnung befugt. Das ESUG ändert an dieser Betrachtungsweise nichts. Die Insolvenzrechtsreform hat die Kompetenzverteilung zwischen Anteilsinhabern und Insolvenzverwalter unangetastet gelassen. Die Struktur der Gesellschaft kann nur ohne gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Anteilsinhaber geändert werden, wenn eine solche Maßnahme in einem Insolvenzplan geregelt ist und dieser Plan von den Beteiligten angenommen sowie vom Gericht bestätigt wurde. Nur unter diesen Bedingungen ist ein Eingriff in gesellschaftsrechtliche Befugnisse zulässig, die nicht die Verfügungs- und Verwaltung der Insolvenzmasse betreffen.

2. Zwischenfazit

Ein einmal gefasster Kapitalerhöhungsbeschluss bleibt nach Eröffnung des Verfahrens weiter wirksam. Jedoch haben die Gesellschafter die Möglichkeit zur Aufhebung des Beschlusses. Dafür genügt eine einfache Mehrheit, da die Kapitalerhöhung noch nicht wirksam geworden ist. Die insolvenzrechtliche Kompetenzverteilung steht dem nicht entgegen. Durch den Beschluss ist noch kein Anspruch auf Leistung der Einlage entstanden. Die Aufhebung des Beschlusses hat keinen Massebezug. Erst die Übernahme- und Zeichnungsverträge legen fest, wer die Einlage zu erbringen hat. Eine ausdrückliche Bedingung des Beschlusses durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist möglich. Die Beschlussfassung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällt in den gesellschaftsrechtlichen Bereich. Das ESUG gebietet keine andere Betrachtungsweise. In die Kompetenzen der Anteilsinhaber im Regelverfahren sowie in die nach alter Rechtslage geltende Kompetenzverteilung greift das ESUG nicht ein.

3. Die Zeichnungs- bzw. Übernahmeverträge

Beim Zeichnungs- bzw. Übernahmevertrag handelt es sich um ein mitgliedschaftliches Rechtsgeschäft zwischen Gesellschafter und Gesellschaft.⁵⁶⁸ Der (Neu-) Gesellschafter wird

⁵⁶⁷ BGH NJW 2000, 460.

durch den Zeichnungs- bzw. Übernahmevertrag zur Leistung der Einlage verpflichtet.⁵⁶⁹ Die Gesellschaft verpflichtet sich zur Zuteilung der Anteile an den (Neu-) Gesellschafter nach der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung.⁵⁷⁰ Der Zeichnungsvertrag ist folglich die rechtliche Grundlage des Anspruchs der Gesellschaft auf Leistung der Einlage.⁵⁷¹

Auch bei den Zeichnungs- und Übernahmeverträgen stellt sich die Frage, ob eine Lösung von diesen nach Insolvenzeröffnung noch möglich sein soll. Nicht zu überzeugen vermag, dass die Verträge durch die Insolvenzeröffnung konkludent bedingt sein sollen. Zum einem steht dieser Annahme die Formbedürftigkeit der Verträge entgegen, zum anderen dürfen die Zeichnungsverträge keine andere als die in § 185 Abs. 1 Nr. 4 AktG genannte Beschränkung aufweisen (§ 185 Abs. 2 Var. 2 AktG). Die Regelung des § 185 Abs. 2 Var. 2 AktG steht indes auch einer ausdrücklichen Bedingung der Zeichnungsverträge entgegen.

Die Zeichner bzw. Übernehmer können sich nach Verfahrenseröffnung auch nicht mehr auf sonstige Weise von den Zeichnungs- bzw. Übernahmeverträgen lösen. Auf den Spezialfall einer unterbleibenden Eintragung wird noch zurückzukommen sein.⁵⁷² Die Lösungsmöglichkeit hängt von der Frage ab, wann die Einlageverpflichtung und damit ein in die Insolvenzmasse fallender Anspruch (§ 35 InsO) entstanden ist. Es kommen zwei Zeitpunkte in Betracht: der Abschluss der Übernahme- und Zeichnungsverträge oder die Eintragung. Teilweise wird vertreten, dass die Einlageforderung schon mit dem Abschluss der Verträge entstanden sei.⁵⁷³ Dafür spricht im GmbH-Recht zunächst § 56a iVm 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, wonach schon vor der Eintragung ein Teil der Einlage geschuldet ist. Weiter streiten für diese Ansicht der Vertrauensschutz und der Grundsatz *pacta sunt servanda*. § 185 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 AktG steht dem nicht entgegen. Dass dort das Unverbindlichwerden des Vertrages geregelt ist, deutet im Gegensatz eher darauf hin, dass der Zeichnungs- und Übernahmevertrag grundsätzlich schon mit dem Abschluss Bestand haben sollte. Auch der Schutz des Übernehmers bzw. Zeichners steht dieser Betrachtungsweise nicht entgegen. Die Übernehmer und Zeichner sind vor einer überlangen Bindung geschützt, da die Übernahmeverträge bzw. Zeichnungsverträge aufgelöst werden, wenn die Eintragung nicht binnen angemessener Frist erfolgt.⁵⁷⁴ Aus insolvenzrechtlicher Sicht spricht gegen eine Lösungsmöglichkeit weiter, dass den Gesellschaftern nicht die Möglichkeit eingeräumt werden kann, die Masse zum Nachteil der Gläubiger zu schmälern. Gerade dieser Gefahr soll durch die Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens vorgebeugt werden. Mit Abschluss der Verträge steht fest, wer in welchem Umfang die neuen Kapitalanteile übernimmt. Dadurch ist ein Anspruch mit konkretem Inhalt und konkretem Adressat entstanden. Die insolvenzrechtliche Behandlung auflösend bedingter Rechte stützt diese Betrachtungsweise. Auflösend bedingte Rechte gehören zur

⁵⁶⁸ Roth: in Roth/Altmeppen GmbHG, § 55 Rn. 12.

⁵⁶⁹ Hermanns in: Henssler/Strohn GesR, § 185 Rn 3; Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn 38.

⁵⁷⁰ Hermanns in: Henssler/Strohn GesR, § 185 Rn 3.

⁵⁷¹ Götze, ZIP 2002, 2204 (2206).

⁵⁷² Siehe sogleich unten unter 5.

⁵⁷³ Roth in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 55 Rn. 14.

⁵⁷⁴ Roth in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 55 Rn. 15.

Masse⁵⁷⁵ und fallen erst mit Bedingungseintritt aus der Masse.⁵⁷⁶ Mit dem Abschluss der Verträge ist somit ein Masseanspruch entstanden. Die Anteilsinhaber sind nach Maßgabe des § 80 InsO von der Verfügung über die Insolvenzmasse ausgeschlossen und können die Verträge nicht einseitig zu Fall bringen. Eine Kündigungs- oder Rücktrittsmöglichkeit besteht aus diesem Grund ebenfalls nicht. Auch bei Kündigung und Rücktritt handelt es sich um Maßnahmen mit Massebezug. Der Vertrauensschutz gebietet keine andere Betrachtungsweise. Die Gesellschafter sind beim Abschluss der Zeichnungs- bzw. Übernahmeverträge nicht in ihrem Glauben an eine weitergehende Ausrichtung der Gesellschaft auf Gewinnerzielung geschützt. Krisen und Insolvenzen sind der Marktwirtschaft immanent. Wer Geld einsetzt, riskiert den Verlust desselben. Insbesondere bei Kapitalgesellschaften ist es gerade Sinn und Zweck der Kapitalausstattung, dass das Kapital im Krisenfall zur Verfügung steht. Das Haftkapital tritt an die Stelle einer persönlichen Haftung der Gesellschafter. Der Gesellschafter kann sich daher nicht von seiner Verpflichtung einseitig lösen, wenn der Haftungsfall eintritt. Es ist richtig, dass kein Anteilsinhaber dazu verpflichtet werden kann, die Gesellschaft in der Krise mit frischem Haftkapital auszustatten. Tut er dies aber freiwillig, so muss er sich auch daran festhalten lassen. Auch ist durch die Eröffnung des Verfahrens noch nicht entschieden, dass die Gesellschaft dauerhaft ihre werbende Eigenschaft verliert. Vielmehr ist die Sanierung gleichwertige Alternative zur Zerschlagung. Dieser Betrachtungsweise steht auch nicht entgegen, dass die Anteilsinhaber bei der Sanierung im Insolvenzverfahren zunächst einmal leer ausgehen und die Erlöse den Gläubigern zufließen. Die Anteilsinhaber haben sich zur Aufnahme von Fremdkapital entschieden und müssen daraus resultierende Ansprüche vorrangig befriedigen. Andernfalls hätten sie ihre unternehmerische Tätigkeit allein mit Eigenkapital finanzieren müssen. Es ist aus diesen Gründen sachgerecht, dass die Verträge gerade auch für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Bestand haben. Der Fortbestand der werbenden Tätigkeit der Gesellschaft ist nicht Geschäftsgrundlage der Zeichnungs- und Übernahmeverträge. Es mag richtig sein, dass die Gesellschafter die werbende Gesellschaft finanzieren wollen. Sie müssen jedoch auch damit rechnen, dass der Haftungsfall eintritt und sind daher nicht in ihrem Vertrauen geschützt, dass die Gesellschaft weiter werbend am Markt teilnimmt. Dies mag freilich der Grund für die Kapitalmaßnahme gewesen sein; insoweit handelt es sich aber lediglich um ein inneres Motiv der Anteilsinhaber, welches im Rechtsverkehr, insbesondere im eröffneten Insolvenzverfahren, nicht zu beachten ist. Nicht außer Acht zu lassen sind auch die Auswirkungen der Kündigung einzelner Übernahme- und Zeichnungsverträge auf die Anmeldung der Kapitalerhöhung. Die Durchführung der Kapitalerhöhung darf nur eingetragen werden, wenn der volle im Beschluss angegebene Betrag gezeichnet wurde (§§ 188 Abs. 2, 36 Abs. 2, 37 AktG).⁵⁷⁷ Wurde daher im Beschluss ein fester Erhöhungsbetrag⁵⁷⁸ festgelegt, würde schon die Kündigung eines Zeichnungsvertrages die gesamte Kapitalerhöhung zu Fall bringen. Die Anmeldung der

⁵⁷⁵ Häsemeyer InsR, Rn 9.23; H.-F. Müller, ZGR 2004, 843 (846).

⁵⁷⁶ H.-F. Müller, ZGR 2004, 843 (846).

⁵⁷⁷ Götze, ZIP 2002, 2204 (2208).

⁵⁷⁸ Dieses Problem stellt sich nicht bei einem „Bis zu“-Beschluss, wenn also kein fester Erhöhungsbetrag beschlossen wurde.

Durchführung der Kapitalerhöhung ist dann nicht möglich. Bei der GmbH ist nach Maßgabe des § 57 Abs. 1 GmbHG die Übernahme aller neu entstandenen Geschäftsanteile ebenfalls Voraussetzung für die Anmeldung der Kapitalerhöhung. Es kann also auch hier jeder gekündigte Vertrag die Eintragung der Kapitalerhöhung verhindern. Die Anteile dürfen zwar von Dritten übernommen werden, da sie frei geworden sind, es ist aber äußerst fraglich, ob sich Personen finden, die Anteile an einer insolventen Gesellschaft übernehmen. Es wäre unter Berücksichtigung des Interesses der Gläubiger an der Maximierung der Masse unbillig, wenn einzelne Gesellschafter durch die Kündigung des Zeichnungs- und Übernahmevertrages die gesamte Kapitalerhöhung zu Fall bringen könnten. Des Weiteren können auch die Mitgesellschafter ein Interesse an der Durchführung der Kapitalerhöhung haben. Sie können hierdurch ihre Beteiligung an der Gesellschaft aufrechterhalten. Bei einer Kapitalerhöhung im Insolvenzplanverfahren ist hoch umstritten, ob den Anteilsinhabern ein Bezugsrecht einzuräumen ist.⁵⁷⁹ Eine Beteiligung an der Kapitalerhöhung kann ihnen bei Verneinung eines Bezugsrechts verwehrt werden.

4. Zwischenfazit

Mit Abschluss der Zeichnungs- bzw. Übernahmeverträge ist die Einlageforderung entstanden und somit ein Vermögensgegenstand, der der Masse zuzuordnen ist. Die Anteilsinhaber können sich von den Verträgen nicht mehr einseitig lösen. Die Forderung ist zwar auflösend bedingt durch die Nichteintragung binnen angemessener Frist; jedoch fallen auch auflösend bedingte Rechte in die Insolvenzmasse. Die Beseitigung der Verträge hätte unmittelbaren Massebezug und würde eine Verkürzung der Masse darstellen. Die Insolvenzordnung will eine Verkürzung der Masse durch die Anteilsinhaber gerade verhindern, weshalb ihnen mit Verfahrenseröffnung die Kompetenz zur Verwaltung- und Verfügung über die Insolvenzmasse entzogen wird (§ 80 InsO). Die Anteilsinhaber können nach Abschluss der Zeichnungs- bzw. Übernahmeverträge auch nicht mehr den Kapitalerhöhungsbeschluss aufheben. Es würde sich hierbei um eine Maßnahme mit Massebezug handeln, für welche den Anteilsinhabern nach Verfahrenseröffnung die Kompetenz fehlt.

5. Eintragung der Kapitalmaßnahme

Die Durchführung der Kapitalmaßnahme ist von der Eintragung derselben abhängig. Der Zeichnungs- und Übernahmevertrag steht unter der Bedingung der Eintragung (der Durchführung) der Kapitalerhöhung im Handelsregister.⁵⁸⁰ Ob es sich dabei um eine auflösende Bedingung handelt, ist zwar nicht unumstritten;⁵⁸¹ jedoch wenden auch diejenigen Stimmen, die das Vorliegen einer auflösenden Bedingung ablehnen, § 158 Abs. 2 BGB analog an.⁵⁸² Folglich entfällt die Verpflichtung zur Leistung der Einlage gemäß § 158 Abs. 2 BGB (analog) nach allen Auffassungen, wenn keine Eintragung der Kapitalmaßnahme erfolgt.⁵⁸³

⁵⁷⁹ Vergleiche zum Bezugsrecht im Insolvenzplanverfahren Kapitel 5 C. III. 3 und Kapitel 5 C. IV. 2.

⁵⁸⁰ BGH ZIP 1999, 311.

⁵⁸¹ Dafür *H.-F. Müller*, ZGR 2004, 843 (846); *Roth*: in Roth/Altmeppen GmbHG, § 55 Rn. 12; dagegen *Koch* in: Hüffer AktG, § 185 Rn 14; *Peifer* in: MüKo AktG, § 185 Rn 25.

⁵⁸² *Koch* in: Hüffer AktG, § 185 Rn 14; *Peifer* in: MüKo AktG, § 185 Rn 25.

⁵⁸³ *H.-F. Müller*, ZGR 2004, 843 (846).

Erst mit der Eintragung wird die Kapitalerhöhung wirksam; ohne Eintragung entsteht die Mitgliedschaft in der Gesellschaft nicht.⁵⁸⁴ Zwar schließen Gesellschaft und Zeichner bzw. Übernehmer einen Vertrag; jedoch „überträgt“ die Gesellschaft das Mitgliedsrecht nicht, sondern es entsteht kraft Gesetz mit der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister.⁵⁸⁵ Vertritt man, dass eine Bindung an die Verträge besteht, so muss die Kompetenz zur Anmeldung der Eintragung dem Insolvenzverwalter zugewiesen werden. Andernfalls könnten sich die Übernehmer und Zeichner vom Vertrag dadurch lösen, dass sie die Eintragung verhindern. Die Gültigkeit des Zeichnungs- und Übernahmevertrages kann auch deshalb nicht unabhängig von der Eintragung beurteilt werden, weil selbst bei einem Mangel des Beschlusses oder der Verträge die Kapitalerhöhung durch die Eintragung wirksam wird. Für die Aktiengesellschaft regelt § 185 Abs. 3 AktG ausdrücklich die Unwirksamkeit der Berufung auf die Mängel des Zeichnungsscheins nach der Eintragung (wenn er auf Grund des Zeichnungsscheins als Aktionär bereits Rechte ausgeübt oder Verpflichtungen erfüllt hat). Im GmbHG fehlt eine vergleichbare Regelung. Auch hier wird aber angenommen, dass nach der Eintragung Mängel des Übernahmevertrages der Verpflichtung zur Leistung der Einlage nicht entgegenstehen.⁵⁸⁶ Selbst auf eine vor Eintragung erfolgte Kündigung des Übernahmevertrages soll sich der Übernehmer nach der Eintragung nicht mehr berufen können.⁵⁸⁷

Eine zeitlich unbegrenzte Bindung an die Übernahme- und Zeichnungsverträge besteht nicht. Gemäß § 185 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 AktG muss in den Zeichnungsverträgen ein Zeitpunkt festgelegt werden, zu welchem die Zeichnung unwirksam wird, wenn bis dahin die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals noch nicht eingetragen ist. Auch bei der GmbH darf keine unangemessen lange Zeitspanne zwischen dem Abschluss des Vertrages und der Anmeldung der Eintragung liegen.⁵⁸⁸ Umstritten ist lediglich, ob der Übernahmevertrag nach Ablauf der Frist im Sinne einer auflösenden Bedingung automatisch wegfällt⁵⁸⁹ oder es eines mitwirkenden Aktes des jeweiligen Übernehmers bedarf.⁵⁹⁰ Diese Differenzierung führt in Bezug auf die hier erörterte Frage der Lösungsmöglichkeit jedoch zu keinem abweichenden Ergebnis und kann daher dahinstehen. Entweder wird der Übernehmer oder Zeichner automatisch frei oder er kann sich davon einseitig lösen. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ändert nichts an der Geltung der gesellschaftsrechtlichen Grundsätze. Übernahme bzw. Zeichnung und Eintragung stehen in einem engen Zusammenhang. Erst mit der Eintragung entsteht die Mitgliedschaft. Es ist unangemessen, den Übernehmer überlange am durch den Übernah-

⁵⁸⁴ Götze, ZIP 2002, 2204 (2207).

⁵⁸⁵ BGH ZIP 1999, 310.

⁵⁸⁶ Gummert in: Henssler/Strohn, GesR § 57 Rn. 30; Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn. 27; Lieder in: MüKo GmbHG, § 57 Rn. 78 f.; KG Berlin NZG 2000, 103. Etwas anderes soll nur bei Geschäftsunfähigkeit und fehlender Vollmacht gelten. Dann nämlich soll die Erklärung dem Übernehmer nicht zurechenbar sein.

⁵⁸⁷ KG NZG 2000, 104.

⁵⁸⁸ Roth in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 55 Rn. 15. Vgl. auch Lutter in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 55 Rn. 38 sowie Wicke in: Wicke GmbHG § 55 Rn 14. Letzterer geht zwar nicht von einer automatischen Vertragsauflösung aus, gewährt dem Übernehmer aber eine Lösungsmöglichkeit über § 723 BGB mittels Erklärung an die Gesellschaft, da er das Vorliegen eines wichtigen Grundes annimmt.

⁵⁸⁹ So Roth in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 55 Rn. 15. Vgl. des Weiteren auch Lutter in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 55 Rn. 38.

⁵⁹⁰ So Wicke in: Wicke GmbHG, § 55 Rn 14.

mevertrag entstandenen Schwebestand festzuhalten. Gerade in Krisensituationen muss zu Gunsten des Übernehmers innerhalb angemessener Frist Klarheit herrschen, ob die Kapitalmaßnahme durchgeführt wird oder nicht. Im schlimmsten Fall nämlich erhält der Übernehmer bzw. Zeichner wertlose Anteile. In der Literatur wird bei der werbenden Gesellschaft von einer unangemessen langen Bindung ausgegangen, wenn diese sich über einen Zeitraum von mehr als sechs Monaten erstreckt.⁵⁹¹ Im eröffneten Verfahren kann dieser Zeitraum nicht ohne Weiteres übernommen werden. Die Bestimmung der Angemessenheit muss vielmehr unter Beachtung der insolvenzrechtlichen Besonderheiten erfolgen. Gegebenfalls ist eine kürzere Bemessung der Frist angezeigt. Jedoch muss dem Insolvenzverwalter freilich die Möglichkeit bleiben, die Rechtslage umfassend zu prüfen und die Frage der Gläubigerversammlung vorzulegen. Hierfür wird man ihm jedenfalls zugestehen müssen, den Berichtstermin (§ 156 InsO) abzuwarten, der wiederum regelmäßig nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach Antragstellung stattfindet.

Mit Ablauf der angemessenen Frist beziehungsweise des in den Zeichnungsverträgen festgelegten Zeitraums entfällt die Bindungswirkung der Verträge. Die Anteilsinhaber können sich infolgedessen auch vom Beschluss lösen, da ein Anspruch der Gesellschaft nicht entstanden ist.

6. Zwischenfazit

Wird die Kapitalmaßnahme nicht oder nicht binnen angemessener Frist eingetragen, wird die Kapitalmaßnahme unwirksam. Dies hat zur Folge, dass die Bindung an die Zeichnungs- und Übernahmeverträge entfällt beziehungsweise sich die Anteilsinhaber von den Verträgen lösen können.

7. Folgeproblem: Die Anmeldung der Kapitalerhöhung beim Registergericht und das Recht zur Forderung der Einlage

a. Einführung und Meinungsstand

Die Wirksamkeit von vorinsolvenzlichen Kapitalmaßnahmen hängt nach vorstehenden Erwägungen von der Eintragung der Durchführung der Kapitalmaßnahme ab. Kommt es nicht zur Eintragung, wird der Zeichner mit Ablauf der in den Zeichnungs- bzw. Übernahmeverträgen festgelegten (§ 185 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 AktG) oder nach Ablauf einer angemessenen Frist⁵⁹² vom Vertrag frei. Fiele die Kompetenz zur Anmeldung also nicht in den Kompetenzbereich des Insolvenzverwalters, so wäre er zur Vollendung der Kapitalerhöhung auf die Mitwirkung der Vertretungsorgane angewiesen. Die Wirksamkeit der Kapitalmaßnahme hinge von der Mitwirkung der Vertretungsorgane ab. Weiterhin müssen auch die neuen Einlagen zugunsten der Gesellschaft eingefordert werden. Es stellt sich also auch die Frage, wem die Kompetenz zur Geltendmachung der Forderungen zukommt.

⁵⁹¹ Lutter in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 55 Rn. 38.

⁵⁹² Vgl. Peifer in: MüKo AktG, § 182.

Die Kapitalerhöhung ist eine Satzungsänderung und wird als solche erst mit der Eintragung ins Handelsregister wirksam (§ 54 Abs. 3 GmbHG, § 181 Abs. 3 AktG). Vor Verfahrenseröffnung liegt die Kompetenz zur Anmeldung nach §§ 57 Abs. 1 GmbHG, 184 Abs. 1 Satz 1 AktG beim Geschäftsführer bzw. beim Vorstand und dem Vorsitzenden des Aufsichtsrates. Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens können die Anteilshaber zudem die Geschäftsführung anweisen, die Anmeldung zurückzunehmen.⁵⁹³ Fraglich ist, wie die Kompetenzen nach Eröffnung des Verfahrens zu verteilen sind. Diesbezüglich ist entscheidend, ob Maßnahmen mit Massebezug anzunehmen sind oder nicht.

Einigkeit besteht insoweit, als die **Kompetenz zur Geltendmachung der Einlage** beim Insolvenzverwalter liegt.⁵⁹⁴ Mit der Eintragung sei die Einlageforderung entstanden und der Masse zuzuordnen.⁵⁹⁵ § 35 Abs. 1 Alt. 2 InsO stelle klar, dass die in der Insolvenz neu erworbenen Mittel in die Insolvenzmasse fielen. Die Verwaltung und Verfügung über die Insolvenzmasse obliege gemäß § 80 Abs. 1 InsO dem Insolvenzverwalter. Umstritten ist dagegen, wem nach der Eröffnung des Verfahrens die **Kompetenz zur Anmeldung der Eintragung** zukommen soll. Es ist hier noch kein Gegenstand der Insolvenzmasse entstanden, für welche das Gesetz die Zuständigkeit dem Insolvenzverwalter zuweist. Wohl überwiegend wird angenommen, die Kompetenz zur Anmeldung liege bei den Vertretungsorganen der Gesellschaft.⁵⁹⁶ Die Gegenauffassung geht von der Zuständigkeit des Insolvenzverwalters aus.⁵⁹⁷ Eine vermittelnde Ansicht hält den Insolvenzverwalter und die Vertretungsorgane für gemeinschaftlich zuständig.⁵⁹⁸ Sieht man die Kompetenz bei den Vertretungsorganen der Gesellschaft, so müsste weiterhin geklärt werden, ob die Gesellschafter den Geschäftsführer anweisen können, die Eintragung zu unterlassen⁵⁹⁹ oder eventuell sogar zurückzunehmen. So wird teilweise angenommen, dass der Geschäftsführer auch nach Eröffnung des Verfahrens noch angewiesen werden könne, die Anmeldung der Kapitalerhöhung zurückzunehmen.⁶⁰⁰

Die Kompetenzzuweisung an die Vertretungsorgane der Gesellschaft wird mit der Einordnung der Kapitalerhöhung als Satzungsänderung begründet.⁶⁰¹ Als Satzungsänderung sei die Kapitalerhöhung eine gesellschaftsrechtliche Maßnahme und auch nach Insolvenzeröffnung noch Teil der Kompetenzen der Gesellschaftsorgane.⁶⁰² Für den Übergang der Kompetenz auf den Insolvenzverwalter wird angeführt, dass die Anmeldung eine Maßnahme mit unmit-

⁵⁹³ Schmidt-Leithoff in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 55 Rn 25.

⁵⁹⁴ Koch in: Hüffer AktG, § 182 Rn 32; Peifer in: MüKo AktG, § 182 Rn 77; Pleister/Kindler, ZIP 2010, 503 (509).

⁵⁹⁵ Lieder in: MüKo GmbHG, Band 3, § 55 Rn. 58; Kuntz, DStR 2006, 519 (519); H.-F. Müller, 2004, 843 (845).

⁵⁹⁶ Ott/Vuia in: MüKo InsO, § 80 Rn. 112 b; Lieder, MüKo GmbHG, Band 3, §§ 55 Rn. 146; Koch in: Hüffer AktG, § 182 Rn 32 (jedoch jeweils ohne Begründung); Kuntz, DStR 2006, 519 (520); Götze ZIP 2002, 2204 (2208); Pleister/Kindler, ZIP 2010, 504 (509); Schmidt-Leithoff/Baumert in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 63 Rn. 136.

⁵⁹⁷ H.-F. Müller, ZGR 2004, 843 (848); Stöber, ZinsO 2012, 1811 (1814 f.).

⁵⁹⁸ Peifer in: MüKo AktG, § 182 Rn 77; Haas, NZG 2012, 961 (964).

⁵⁹⁹ So etwa Peifer in: MüKo AktG, § 182 Rn. 77.

⁶⁰⁰ Lieder in: MüKo GmbHG, Band 3, §§ 55 Rn. 59.

⁶⁰¹ Pleister/Kindler, ZIP 2010, 503 (509 f.).

⁶⁰² Pleister/Kindler, ZIP 2010, 503 (509 f.).

telbarem Massebezug sei.⁶⁰³ Unterließen die Gesellschaftsorgane die Anmeldung der Kapitalmaßnahme, würde diese nicht wirksam und die Gesellschaft erlangte keinen Anspruch auf die Einlage.⁶⁰⁴ Auch wenn die Einlage bereits geleistet sei, habe die Nichtanmeldung unmittelbaren Massebezug. Die bereits geleistete Einlage würde ohne die Anmeldung nicht zu Eigenkapital und die Übernehmer bzw. Zeichner hätten eine Insolvenzforderung auf Erstattung des als Einlage Geleisteten.⁶⁰⁵ Des Weiteren könnten die Vertretungsorgane auch deshalb nicht für die Anmeldung zuständig sein, weil sie bei der Anmeldung die Versicherung abgeben müssten, dass der Gegenstand der Leistung sich endgültig in ihrer freien Verfügung befindet (§ 57 Abs. 2 Satz 1 Var. 2 GmbHG). Diese Versicherung könnten sie gerade nicht abgeben, da im eröffneten Verfahren die Verfügungsgewalt beim Insolvenzverwalter liege.

Die vermittelnde Ansicht geht davon aus, dass weder der Insolvenzverwalter noch die Vertretungsorgane alleine die Kapitalerhöhung zur Eintragung bringen könnten. Die Kompetenz zur Anmeldung liege demnach bei den Gesellschaftsorganen, die aber zur Abgabe der nach §§ 188 Abs. 2, 37 Abs. 1 Satz 2 AktG erforderlichen Erklärung eine mitwirkende Handlung des Insolvenzverwalters benötigen. Auch der Gesetzgeber verfolge bei der Kompetenzverteilung an anderer Stelle eine vermittelnde Lösung. Nach § 254a Abs. 2 Satz 3 InsO sei im Insolvenzplanverfahren der Insolvenzverwalter berechtigt, die erforderliche Anmeldung beim Registergericht vorzunehmen. Daneben sollen aber auch die Gesellschaftsorgane weiterhin zuständig bleiben.⁶⁰⁶

b. Stellungnahme

Die Anmeldung der Eintragung fällt ebenso in die Kompetenz des Insolvenzverwalters wie das Recht zur Geltendmachung der Forderung. Es handelt sich sowohl bei der Eintragung als auch bei der Geltendmachung der Forderung um Maßnahmen mit unmittelbarem Massebezug. Diese Maßnahmen sind über § 80 InsO dem Insolvenzverwalter zugewiesen.

Die Kompetenz zur Anmeldung ist nicht, auch nicht teilweise, den Gesellschaftsorganen zuzuweisen. Die Kapitalerhöhung ist zwar eine gesellschaftsrechtliche Maßnahme und fällt als Satzungsänderung auch nach der Verfahrenseröffnung grundsätzlich in den Kompetenzbereich des bisher zuständigen Organs der Gesellschaft; davon ausgenommen sind aber Maßnahmen mit Massebezug. Die Vertretungsorgane könnten durch Unterlassung der Anmeldung der Eintragung unmittelbar Einfluss auf die Masse nehmen. Nach Ablauf der angemessenen Frist zur Eintragung beziehungsweise dem im Zeichnungsvertrag angegebenen Zeitpunkt würde die auflösende Bedingung eintreten. Damit würde die Kapitalerhöhung scheitern und das Kapital würde der Gesellschaft entzogen. Durch den Abschluss der Verträge ist der Anspruch auf die Einlage, wie oben dargelegt, bereits entstanden und fällt nach Verfahrenseröffnung in die Insolvenzmasse. Die Beseitigung dieses Anspruchs würde eine Verkürzung der Masse darstellen. Ein Eingriff in die gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeiten liegt

⁶⁰³ H.-F. Müller, ZGR 2004, 843 (848); Stöber, ZinsO 2012, 1811 (1814 f.).

⁶⁰⁴ Stöber, ZinsO 2012, 1811 (814 f.).

⁶⁰⁵ Stöber, ZinsO 2012, 1811 (1815).

⁶⁰⁶ Haas, NZG 2012, 961 (964).

nicht vor. Die Gesellschafter haben bereits durch den Beschluss über die Kapitalerhöhung ihre gesellschaftsrechtlichen Befugnisse ausgeübt. Durch die Anmeldung (der Durchführung) der Kapitalerhöhung wird die von den Gesellschaftern beschlossene Kapitalerhöhung nur vollendet. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass außerhalb der Insolvenz eine Rückgängigmachung der Beschlüsse für die Gesellschafter noch möglich wäre. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt zu einer Kompetenzverkürzung der Gesellschaftsorgane, soweit die Insolvenzmasse betroffen ist. Dies ist nicht zu beanstanden und aufgrund des Zieles der Massemaximierung zu Gunsten der Gläubiger zwingend erforderlich. Die Organe dürfen ihre Kompetenzen nur noch wahrnehmen, soweit sie nicht aufgrund des Massebezuges auf den Insolvenzverwalter übergegangen sind.⁶⁰⁷ Nicht zu überzeugen vermag demgemäß auch die vermittelnde Ansicht, wonach Insolvenzverwalter und Gesellschaftsorgane einvernehmlich zusammenwirken müssten. Auch in diesem Fall würde das Schicksal der Kapitalerhöhung in die Hände der Schuldnerin gelegt. Dies ist aus oben angestellten Überlegungen nicht sachgerecht.

Die Kompetenz zur Anmeldung liegt daher allein beim Insolvenzverwalter. Die Kompetenz des Insolvenzverwalters ergibt sich unmittelbar aus der Regelung des § 80 InsO. Die Unterlassung der Anmeldung hätte Massebezug, da sie im Ergebnis die Kapitalerhöhung zu Fall bringt. Der Insolvenzverwalter kann darüber hinaus auch die Erklärung abgeben, dass die Einlage zu seiner freien Verfügung steht. Er verwaltet die Masse und verfügt über diese gemäß den Vorschriften der Insolvenzordnung.

C. Wesentliches Ergebnis der vorstehenden Untersuchung

Der Kapitalerhöhungsbeschluss fällt nicht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens automatisch weg. Die Anteilsinhaber haben aber die Möglichkeit, den Beschluss mit einfacher Mehrheit aufzuheben, da ein Anspruch der Gesellschaft und somit ein Massegegenstand durch die bloße Beschlussfassung noch nicht entstanden ist. Die Beschlussfassung ist eine rein gesellschaftsrechtliche Maßnahme, die auch nach der Eröffnung grundsätzlich in die Kompetenz der Anteilsinhaber fällt.

Die Bindung an die Übernahme- bzw. Zeichnungsverträge entfällt hingegen nur, wenn nicht binnen angemessener Frist die Anmeldung der Eintragung erfolgt. Gekündigt werden können die Verträge von den Übernehmern bzw. Zeichnern nach Insolvenzeröffnung nicht mehr, da durch den Abschluss der Verträge bereits ein Massegegenstand entstanden ist. Die Anmeldung der Eintragung fällt in die Kompetenz des Insolvenzverwalters ebenso wie das Recht zur Geltendmachung der Forderung. Es handelt sich sowohl bei der Eintragung als auch bei der Geltendmachung der Forderung um Maßnahmen mit unmittelbarem Massebezug. Diese sind über § 80 InsO dem Insolvenzverwalter zugewiesen.

Mithin haben die Anteilsinhaber ab dem Zeitpunkt des Abschlusses der Übernahme- und Zeichnungsverträge zu befürchten, dass die beschlossenen Nachschüsse verloren sind. Als

⁶⁰⁷ So auch: *Reischl*, Insolvenzrecht, § 5 Rn. 193.

Massegegenstand stehen diese Mittel zur Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung. Wird die Gesellschaft hingegen fortgeführt, so erlangen die Anteilsinhaber durch die eingeleitete Kapitalmaßnahme neue Anteile an der Gesellschaft. Dies kann insbesondere vorteilhaft für die Anteilsinhaber sein, weil ein Bezugsrecht bei insolvenzplanrechtlichen Sanierungen streitig ist. Schutzwürdige Interessen der Gläubiger stehen dem nicht entgegen. Aus Sicht der Gläubiger ist die Maximierung der Masse vorteilhaft. Die Vermögensinteressen der Gläubiger werden dadurch gewahrt. Die Gläubiger haben hingegen grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Beteiligung an der insolventen Gesellschaft. Allein im Insolvenzplanverfahren können sie unter den dort geltenden Vorschriften eine Beteiligung an der Gesellschaft erlangen.⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ Vergleiche zum Kapitalschnitt Kapitel 5. C. III. und zum Debt-Equity-Swap Kapitel 5 C. IV.

Kapitel 5: Anteilseigner im Insolvenzplanverfahren

A. Einführung

Gegenstand des folgenden Kapitels ist die Darstellung und Einordnung der Anteilsinhaberrechte im Insolvenzplanverfahren nach dem ESUG. Auf dem Insolvenzplanverfahren ruhen die Hoffnungen des Gesetzgebers, Sanierungen im Insolvenzverfahren zu stärken. Der Insolvenzplan ermöglicht als Sanierungsinstrument ein flexibles Krisenmanagement und eröffnet den Sanierungsbeteiligten im Vergleich zum Regelverfahren einen größeren Gestaltungsspielraum. Gegenstand des Planes kann sowohl die übertragende oder erhaltende Sanierung als auch die Liquidation sein. Eine Kombination von Liquidation, Reorganisation und Übertragung kann ebenfalls im Plan geregelt werden.⁶⁰⁹ Aufgrund der nach alter Rechtslage erforderlichen Zustimmung der Anteilsinhaber und der daraus resultierenden Blockadepositionen⁶¹⁰ sowie der Komplexität des Verfahrens⁶¹¹ erlangte das Insolvenzplanverfahren vor dem ESUG nie große praktische Relevanz.⁶¹² Dies wollte der ESUG-Gesetzgeber ändern. Das Insolvenzplanverfahren sollte praxistauglicher gestaltet werden. Speziell die erhaltende Sanierung wurde durch das ESUG gestärkt und dürfte zukünftig der häufigste Regelungsgegenstand des Planverfahrens sein. Das Insolvenzplanverfahren wird bisweilen als das „Kernstück“⁶¹³ der Reform bezeichnet, auch von „revolutionären“ Änderungen ist die Rede.⁶¹⁴

Die Beteiligten können nicht erst seit der Einführung der §§ 217, 225a InsO grundsätzlich jede Regelung in den Insolvenzplan aufnehmen. Nach der Reform kommt aber der Zustimmung der Anteilsinhaber eine wesentlich andere Bedeutung zu. Der Gesetzgeber hatte schon vor dem ESUG erwogen, Eingriffe in die Rechte der Anteilsinhaber zuzulassen, sich jedoch bis zuletzt bewusst dagegen entschieden.⁶¹⁵ Die Insolvenzordnung dient der Haftungsverwirklichung und Gegenstand der Haftung sollte nach allgemeiner Meinung nur das Vermögen des Schuldners, nicht dagegen dessen verbandsrechtliche Organisation sein.⁶¹⁶ Das ESUG ermöglicht nun erstmalig die Einbeziehung von Mitgliedschaftsrechten an der Gesellschaft nach insolvenzrechtlichen Vorschriften. Hierdurch sollen die Sanierungschancen erhöht werden.⁶¹⁷ In der Literatur wurde das ESUG als Mittel zur Auflösung von gesell-

⁶⁰⁹ Noack, FS Zöllner, S. 418. Etwa durch Übertragung rentabler Unternehmensteile unter gleichzeitiger Zerschlagung nicht rentabler Teile.

⁶¹⁰ Siehe zu den Blockadepositionen auch Kapitel 3 B.

⁶¹¹ Undritz, ZGR 2010, 201 (210); ders in: Kübler, Hdb. Der Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn. 45.

⁶¹² Bitter, ZGR 2010, 147 (155); Willemsen/Rechel, BB 2010, 2059 (2059); Fuhst, DStR 2012, 418 (422); Haas, NZG 2012, 961 (962); Römermann, GmbHR 2012, 421 (422); Paulus, WM 2011, 2205, Undritz in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn 4 f.; ders., ZGR 2010, 201 (209); Verse, ZGR 2010, 299 (300); Hölzle, NZI 2011, 124 (124).

⁶¹³ Kießner in: Braun InsO, § 1 Rn. 8.

⁶¹⁴ K. Schmidt, BB 2011, 1603 (1607); Hölzle in: Restrukturierung in der Insolvenz, § 31 Rn. 696.

⁶¹⁵ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 217 Rn. 75; Sassenrath, ZIP 2003, 1517 (1519 ff.); Verse, ZGR 2010, 299 (303); Göb, NZG 2012, 371 (375); Günther, ZinsO 2012, 2037 (2039).

⁶¹⁶ Verse, ZGR 2010, 299 (304); K. Schmidt, ZIP 2012, 2085 (2086); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (420); Noack, FS Röhrich, S. 457.

⁶¹⁷ Vgl. Hölzle, NZI 2011, 124 (127).

schaftsrechtlichen Blockadepositionen gefeiert,⁶¹⁸ teilweise aber auch kritisch beäugt.⁶¹⁹ Um das Insolvenzplanverfahren als Sanierungsinstrument zu stärken und aus seiner „Nische“ herauszuholen,⁶²⁰ wurden weitreichende Änderungen vorgenommen. Diese Änderungen lassen auch einige Zeit nach der Reform noch zahlreiche Fragen offen, welche insbesondere die Rechtstellung der Anteilsinhaber betreffen.

Vor dem ESUG waren die Anteilsinhaber keine Beteiligten des Insolvenzplanverfahrens.⁶²¹ Anteilseignerrechte konnten nicht zwangsweise geregelt werden. Eingriffe in die Gesellschaftsstruktur, wie sie Gegenstand jeder Sanierung sind, waren ohne die Zustimmung der Anteilseigner nicht möglich.⁶²² Neben der insolvenzrechtlichen Abstimmung durch die Gläubiger bestand die gesellschaftsrechtliche Abstimmungszuständigkeit der Gesellschafter fort⁶²³, weshalb jede Änderung der Gesellschafts- oder Kapitalstruktur der insolventen Gesellschaft der Zustimmung der Anteilsinhaber nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften bedurfte. Dadurch entstanden Blockadepositionen⁶²⁴, die der wirtschaftlichen Position der Anteilsinhaber nicht entsprachen.⁶²⁵ So war bereits für den Fortführungsbeschluss, welcher die Gesellschaft in einen werbenden Zustand versetzt, die Mitwirkung der Gesellschafter unabdingbar.⁶²⁶ Bedenkt man, dass bei Personengesellschaften ein solcher Beschluss nach dem gesetzlichen Grundsatz einstimmig⁶²⁷ gefasst (§§ 119 HGB, 709 BGB) werden muss und bei Kapitalgesellschaften gemäß § 274 Abs. 1 Satz 2 AktG (analog)⁶²⁸ eine Dreiviertelmehrheit erforderlich ist, zeigt sich, dass einzelne Gesellschafter oder Gesellschaftergruppen eine Fortführung erfolgreich blockieren konnten. Kapitalmaßnahmen als Satzungsänderungen bedurften nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen ebenfalls der Zustimmung aller Gesellschafter⁶²⁹ beziehungsweise einer Dreiviertelmehrheit⁶³⁰, sodass eine Neuordnung der

⁶¹⁸ Hölzle, NZI 2011, 124 (127).

⁶¹⁹ Madaus, ZGR 2011, 749 (755 ff.).

⁶²⁰ Vgl. Willemsen/Rechel, BB 2010, 2059 (2059); Fuhst, DStR 2012, 418 (422).

⁶²¹ Sassenrath, ZIP 2003, 1518; Eidenmüller in: MüKo InsO § 217 Rn 65; Eidenmüller, ZGR 2001, 680 (682); Undritz in: Kübler, Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn 6; Noack, FS Röhrich, S. 458; Meyer/Degener, BB 2011, 846 (847 f.).

⁶²² Rattunde, GmbHR 2012, 455 (455); Undritz in: Kübler, Restrukturierung in der Insolvenz, § 2 Rn 6; K. Schmidt, ZGR 2012, 566 (568); Meyer/Degener, BB 2011, 846 (847); Verse, ZGR 2010, 299 (301); Willemsen/Rechel, BB 2010, 2059 (2063); Noack, FS Zöllner, S. 418; ders, FS Röhrich, S. 458; Lüer in: Uhlenbruck InsO, § 217 Rn. 20; Gehrlein, NZI 2012, 257 (260); a.A. schon vor ESUG: Bitter, ZGR 2010, 147 (181 ff.) sowie Braun in: Nerlich/Römermann, InsO § 217 Rn. 41 ff. (Loseblatt: Stand: EL 9 März 2005), welcher einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung der Gesellschaftsrechte auf den Verwalter befürwortet. Ebenfalls Überlegungen hinsichtlich einer positiven Mitwirkungspflicht befürwortend, aber im Ergebnis offen gelassen: Bamberger in: Knops/Bamberger/Reimer, Recht der Sanierungsfinanzierung, § 16 Rn. 55.

⁶²³ Gehrlein, NZI 2012, 257 (260); Willemsen/Rechel, BB 2011, 834 (839); K. Schmidt, AG 2006, 597 (604); Schlitt, NZG 1998, 755 (759).

⁶²⁴ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (426); Simon, CFL 2010, 448 (449); Landfermann, WM 2012, 821 (823); Hölzle in: Kübler, Hdb Restrukturierung in der Insolvenz, § 31 Rn. 12; Verse, ZGR 2010, 299 (301); Noack, FS Röhrich, S. 458; J. Schmidt, GWR 2010, 568 (568).

⁶²⁵ Bitter, ZGR 2010, 147 (162), Willemsen/Rechel, BB 2011, 834 (838 f.).

⁶²⁶ Schlitt, NZG 1998, 755 (759).

⁶²⁷ Auch wenn das Einstimmigkeitsprinzip in der Praxis regelmäßig durch Mehrheitsklauseln abgedungen wird.

⁶²⁸ In analoger Anwendung für die GmbH.

⁶²⁹ Bei der Personengesellschaft. In der Praxis enthalten die Gesellschaftsverträge regelmäßig Mehrheitsklauseln. Das ändert aber nichts daran, dass die Entscheidungsmacht auf Seiten der Gesellschafter liegt.

Kapitalverhältnisse nicht erzwungen werden konnte.⁶³¹ Ebenfalls war es nicht ohne Zustimmung der Anteilsinhaber möglich, investitionsbereite Dritte in die insolvente Gesellschaft aufzunehmen.⁶³²

Die Anteilsinhaber ließen sich ihre Zustimmung oftmals teuer „abkaufen“⁶³³, was zur Folge hatte, dass die Sanierung für die übrigen Beteiligten weniger rentabel war oder komplett scheiterte. Besonderes Gewicht kam der Blockadestellung der Anteilsinhaber zu, wenn die übertragende Sanierung⁶³⁴ keine taugliche Verfahrensalternative darstellte, also wesentliche Vermögenspositionen des jeweiligen Unternehmens (nicht übertragbare öffentlich-rechtliche Konzessionen, günstige Vertragsbeziehungen, Urheber-, Patent- und Markenrechte sowie steuerliche Verlustvorträge⁶³⁵) an den Rechtsträger gebunden waren und folglich nicht mit übertragen werden konnten.⁶³⁶ Ohne Mitwirkung der Anteilsinhaber musste die Gesellschaft liquidiert werden. Ein eventueller Fortführungswert war nicht realisierbar. Blockadepositionen entstanden auch aufgrund der weitreichenden Rechtsmittel gegen den Insolvenzplan.⁶³⁷ Die mit einer Krisensituation typischerweise verbundene Zeitnot führte in Verbindung mit den Blockadepositionen der Anteilsinhaber dazu, dass der Insolvenzplan praktisch kaum relevant war. Während rechtssicheres und schnelles Handeln gefragt war, befanden sich die Verfahrensbeteiligten bis zur Zustimmung der Anteilsinhaber zur jeweiligen Maßnahme in einer Schwebesituation. Neue Investoren waren unter diesen Umständen kaum zu gewinnen. Die Blockadeposition der Anteilsinhaber wurde insbesondere mit Blick auf § 199 InsO als unangemessen empfunden. Da die Anteilsinhaber im Regelverfahren regelmäßig leer ausgehen, könne die Sanierung nicht von ihrer Zustimmung abhängig sein.⁶³⁸

Der ESUG-Gesetzgeber regelte die Rechtsstellung der Anteilsinhaber neu. Gemäß § 217 Satz 2 InsO können die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter in den Plan einbezogen werden. Nach § 225a InsO kann im Insolvenzplan jede gesellschaftsrechtlich zulässige

⁶³⁰ Bei Kapitalgesellschaften.

⁶³¹ *Verse*, ZGR 2010, 299 (301); *Willemsen/Rechel*, BB 2010, 2059 (2063); *Noack*, FS Zöllner, S. 418; *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (847).

⁶³² *J. Schmidt*, GWR 2010, 568 (568).

⁶³³ *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (421).

⁶³⁴ Es ist nicht unumstritten, dass die übertragende Sanierung in der Insolvenz unabhängig von einer Zustimmung der Gesellschafter erfolgen kann. So ist gemäß § 179a AktG ein Gesellschafterbeschluss erforderlich, wenn einer Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens eingegangen werden soll. Da es ein allgemeiner verbandsrechtlicher Grundsatz ist, dass die Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens nicht von der organschaftlichen Vertretungsbefugnis gedeckt ist, ist § 179 a AktG analog auf die GmbH und auf Personengesellschaften anwendbar (*Stein* in: MüKo AktG, 179a Rn. 14). Nach überwiegender Ansicht findet § 179 a AktG in der Insolvenz aber keine Anwendung, da mangels einer an die Gesellschafter zu verteilenden Vermögensmasse deren Interessen nicht von der Vermögensübertragung beeinträchtigt sind (statt vieler: *Stein* in: MüKo AktG, 179 a Rn. 13). Die Praxis ist dieser Auffassung stets gefolgt, sodass eine Blockademöglichkeit der Gesellschafter nicht bestand.

⁶³⁵ *Bitter*, ZGR 2010, 147 (157 ff.); *Verse*, ZGR 2010, 299 (302); *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (420); *Landfermann*, WM 2012, 821 (823); sowie ausführlich *Bitter/Laspeyres*, ZIP 2010, 1157 (1157 ff.).

⁶³⁶ *Bitter*, ZGR 2010, 147 (150 und 157); *Verse*, ZGR 2010, 299 (302); *Braun* in: Nerlich/Römermann, InsO § 217 Rn. 39 (Loseblatt Stand: EL 9 März 2005); *Landfermann*, WM 2012, 821 (823).

⁶³⁷ *Landfermann*, WM 2012, 821 (823); *Jaffé/Friedrich*, ZIP 2008, 1849 (1854 f).

⁶³⁸ *Bitter*, ZGR 2010, 147 (162).

Maßnahme geregelt werden. Zwar ist grundsätzlich die Zustimmung der Anteilshaber weiter erforderlich; diese richtet sich aber fortan nach insolvenzrechtlichen Vorschriften mit der Folge, dass eine einfache Mehrheit genügt (§ 244 InsO) und die Zustimmung der Anteilshaber gemäß § 245 InsO ersetzt werden kann. Die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung wurde ersetzt und ist nun der Beteiligtenversammlung zugewiesen.⁶³⁹ Die Reichweite dieser Neuregelung ist auch einige Zeit nach der ESUG-Reform umstritten. In der Literatur wird verbreitet angenommen, dass im Insolvenzplan nun schlichtweg alles geregelt werden könne bis hin zur vollständigen Verdrängung der Anteilshaber aus der Gesellschaft.⁶⁴⁰ Damit fiel das komplette Mitgliedschaftsrecht in die Hände der Gläubiger.⁶⁴¹ Denkbar wäre, dass ein Investor die Forderungen mehrerer Gläubiger einsammelt und im Wege des Debt-Equity-Swaps die Gesellschaft komplett übernimmt.⁶⁴²

Die folgenden Untersuchungen sollen einen Einblick in die neu entstandenen Problemfelder und die Rechtsstellung der Anteilshaber nach dem ESUG geben. Hierzu wird zunächst das Planverfahren nach dem ESUG vorgestellt (B.). Nach einer kurzen Einführung in den Verfahrensgang wird der Einbezug der Anteilshaberrechte untersucht. Die Anteilshaber sind nach dem ESUG Beteiligte des Planverfahrens, ihr Stimmrecht richtet sich nach insolvenzrechtlichen Vorschriften. Das Obstruktionsverbot wurde auf die Anteilshaber erstreckt. Zu klären sind die Voraussetzungen des Obstruktionsverbots. Legt man das Merkmal der Schlechterstellung mit der herrschenden Meinung aus, ist das Stimmrecht der Anteilshaber im Planverfahren regelmäßig wertlos. Weiter ist zu erörtern, welche Anforderungen an den Inhalt des Insolvenzplanes zu stellen sind, insbesondere ob die Planinhalte am Gesellschaftsrecht zu messen sind. Die Kompetenzverteilung im Planverfahren, der Rechtsschutz gegen den Plan sowie die Vereinbarkeit der Neuregelungen mit der Verfassung werden untersucht. Anschließend werden die Voraussetzungen und Grenzen des praktisch höchst relevanten Kapitalschnitts sowie des Debt-Equity-Swaps vorgestellt (C.). Umstritten ist insbesondere, ob den Anteilshabern das gesellschaftsrechtliche Bezugsrecht belassen werden muss und unter welchen Voraussetzungen dieses gegebenenfalls ausgeschlossen werden kann. Zudem stellt sich die Frage, wie das Unternehmen sowie die Gesellschaftsanteile und Gläubigerforderungen zu bewerten sind, was letztlich Auswirkungen auf die Beteiligung an der umstrukturierten Gesellschaft hat. Zuletzt soll geklärt werden, ob die neue Rechtslage es erlaubt, Anteilshaber aus der Gesellschaft auszuschließen und ob es umgekehrt den Anteilshabern offensteht, im eröffneten Verfahren aus der Gesellschaft auszutreten (D.).

⁶³⁹ Haas in: Kayser/Thole, Heidelberger Komm. zur InsO, § 225a Rn. 7.

⁶⁴⁰ Verse, ZGR 2010, 299 (319); Droege Gagnier/Dust, NZI 2014, 942 (946). Diese Rechtsfolge annehmend, aber zumindest für geschlossene Gesellschaften nicht befürwortend: K. Schmidt, ZIP 2012, 2085 (2086 und 2088). Insbesondere der Bezugsrechtsausschluss sei „rechtspolitisch fragwürdig und rechtlich nicht über jeden Zweifel erhaben“. Ders., ZGR 2012, 566 (578) sowie Urlaub, ZIP 2011, 1040 (1044), welche allerdings diesbezüglich eine Nachbesserung durch den Gesetzgeber befürwortet.

⁶⁴¹ K. Schmidt, ZGR 2012, 566 (571); Urlaub, ZIP 2011, 1040 (1044).

⁶⁴² K. Schmidt, ZIP 2012, 2085 (2088); Urlaub, ZIP 2011, (1044).

B. Das Insolvenzplanverfahren nach dem ESUG

I. Verfahrensgang und Wirkungen des Plans

Der Insolvenzplan ist gegliedert in einen darstellenden und einen gestaltenden Teil. Im darstellenden Teil des Planes (§ 220 InsO) werden die Krisenursachen analysiert sowie das Vermögen und die Verbindlichkeiten festgehalten.⁶⁴³ Außerdem wird ein mögliches Sanierungsszenario dargestellt.⁶⁴⁴ Der darstellende Teil des Planes enthält auch diejenigen Leistungen, die von den Beteiligten erbracht werden müssen. Der gestaltende Teil regelt die Rechtswirkungen des Planes, legt also fest, wie sich die Rechtsstellung der Beteiligten durch den Plan ändern soll. Die Gläubigerversammlung hat das Initiativrecht zur Vorlage eines Insolvenzplans (§ 157 Satz 2 InsO), sie kann dem Insolvenzverwalter auch die Ziele des Plans vorgeben. Daneben hat der Schuldner gemäß § 218 Abs. 1 InsO ein Initiativrecht und nach ganz überwiegender Ansicht auch der Insolvenzverwalter.⁶⁴⁵ Der Insolvenzverwalter hat die Pflicht, einen Plan nach den Vorgaben der Gläubiger auszuarbeiten (§ 157 Satz 2 InsO) und diesen binnen angemessener Frist dem Insolvenzgericht vorzulegen (§ 218 Abs. 2 InsO). Nach der Vorlage des Planes bestimmt das Insolvenzgericht den Erörterungs- und Abstimmungstermin, in welchem über den Plan abgestimmt wird (§ 235 Abs. 1 Satz 1 InsO). Der Insolvenzplan ist angenommen, wenn in jeder Abstimmungsgruppe (§§ 237 ff. InsO) die erforderlichen Mehrheiten erzielt werden (§ 244 InsO). Werden diese Mehrheiten nicht erreicht, kann die Zustimmung der jeweiligen Gruppe nach § 245 InsO ersetzt werden. Zuletzt muss der Insolvenzplan durch das Insolvenzgericht bestätigt werden (§ 248 InsO). Das Insolvenzgericht prüft, ob die Vorschriften hinsichtlich des Inhaltes und des Zustandekommens des Planes beachtet wurden (vgl. § 250 InsO). Die Bestätigung ist von Amts wegen zu versagen, wenn die Verstöße wesentlich sind und der Mangel nicht behebbar ist (§ 250 Nr. 1 InsO) oder die Annahme des Planes unlauter herbeigeführt wurde (Nr. 2). Ein wesentlicher Verstoß im Sinne von § 250 Nr. 1 InsO liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn ein Mangel Einfluss auf die Annahme des Planes gehabt haben kann.⁶⁴⁶ Mit der gerichtlichen Bestätigung wird der Insolvenzplan wirksam (§§ 248, 254 Abs. 1 InsO).

Mit der rechtskräftigen Bestätigung des Insolvenzplans treten nach § 254 Abs. 1 Satz 1 InsO die gestaltenden Wirkungen des Planes für und gegen alle Beteiligten ein. Die in den Plan aufgenommenen gesellschaftsrechtlichen Reorganisationsmaßnahmen gelten als beschlossen.⁶⁴⁷ Der Plan ersetzt durch seine rechtskräftige Bestätigung die gesellschaftsrechtlich erforderlichen Beschlüsse und Willenserklärungen. Gemäß § 254a Abs. 1 InsO gelten die in den Insolvenzplan aufgenommenen Willenserklärungen der Beteiligten als in der vorgeschriebenen Form abgegeben. Dasselbe gilt gemäß Abs. 2 Satz 1 der Vorschrift für die in den Insolvenzplan aufgenommenen Beschlüsse der Anteilsinhaber. § 254b InsO erstreckt die Wirkun-

⁶⁴³ *Rattunde*, GmbHR 2012, 455 (456).

⁶⁴⁴ *Rattunde*, GmbHR 2012, 455 (456).

⁶⁴⁵ *Braun/Frank* in: *Braun InsO*, § 218 Rn. 1; a.A. *Andres* in: *Andres/Leithaus InsO*, 157 Rn. 13.

⁶⁴⁶ BGH NZI 2012, 140; BGH NZI 2010, 101; BGH NZI 2005, 337.

⁶⁴⁷ *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 632 (639).

gen des Planes auf Gläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben. Das gilt auch für Beteiligte, die dem Plan widersprochen haben.

Anmeldung und Eintragung ins Handelsregister müssen nach Maßgabe der §§ 54, 57 Abs. 1 und 57a GmbHG, 181 Abs. 1 Satz 1, 184 Abs. 1 Satz 1, 188 Abs. 1, 195 Abs. 1 Satz 1, 223, 227 AktG, 107, 143, 161 Abs. 2 iVm 107 sowie 175 HGB auch im Planverfahren erfolgen. Die gesellschaftsrechtlichen Publizitätsanforderungen werden nicht ersetzt. Der Insolvenzverwalter ist berechtigt, die erforderlichen Anmeldungen beim jeweiligen Registergericht vorzunehmen (§ 254 Abs. 2 Satz 3 InsO). Soweit im Plan nichts Gegenteiliges geregelt ist, wird der Schuldner gemäß § 227 Abs. 1 InsO durch die im Insolvenzplan vorgesehene Befriedigung der Gläubiger von den restlichen Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern frei. Dies gilt gemäß § 227 Abs. 2 auch für die persönlich haftenden Gesellschafter einer GbR, Personengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien sowie sonstiger Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO). Auch diese werden von der Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft befreit.

II. Die Einbeziehung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten in den Plan

1. Die Stimmrechte der Anteilsinhaber nach insolvenzrechtlichen Vorschriften

Die Insolvenzordnung regelt nach dem ESUG erstmals die Verfügung über die Mitgliedschaft nach insolvenzrechtlichen Regelungen. Die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften hinsichtlich Beschlussfassung, Stimmabgabe und Mehrheitserfordernissen werden durch die insolvenzrechtlichen Regelungen verdrängt.⁶⁴⁸ Voraussetzung hierfür ist, dass der Insolvenzplan die Mitgliedschaftsrechte tatsächlich regelt. Ohne Planregelung bleiben die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte gemäß § 225a Abs. 1 InsO unberührt.⁶⁴⁹

Die Einbeziehung der Anteilsinhaber in das Insolvenzverfahren wird überwiegend positiv bewertet.⁶⁵⁰ Hinsichtlich der praktischen Umsetzung bleiben jedoch Fragen offen. Die möglichen Regelungsgegenstände ergeben sich aus § 225a InsO, wobei die Reichweite dieser Norm ebenfalls umstritten ist. Dem Wortlaut nach ermöglicht § 225a Abs. 3 InsO jede gesellschaftsrechtlich zulässige Regelung im Insolvenzplan.⁶⁵¹ Beispielhaft genannt sind die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft sowie die Übertragung der Mitgliedschaftsrechte. Denkbar ist auch die Änderung des Gesellschaftszwecks, die Einführung und Abschaffung von Sonderrechten der Gesellschaft oder die Ab- oder Neubestellung der Organe der Gesellschaft und überhaupt jede ansonsten den Anteilsinhabern obliegende Satzungsänderung.⁶⁵²

⁶⁴⁸ Statt aller: *Haas*, NZG 2012, 961 (964).

⁶⁴⁹ § 225a Abs. 1 InsO ist deklaratorisch. Die rechtsgestaltende Wirkung des Insolvenzplans tritt selbstverständlich nur hinsichtlich der im Plan getroffenen Regelungsgegenstände ein. Es zeigt sich aber anhand dieser Formulierung des Gesetzgebers, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens an sich nicht zu einer automatischen Änderung der Rechtsstellung der Anteilsinhaber führt und ebenso zu keiner ungeschriebenen Kompetenzverlagerung.

⁶⁵⁰ Statt vieler: *Schäfer*, ZIP 2016, 1911 (1911).

⁶⁵¹ Zum Begriff der gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit und dessen Auslegung siehe unten 2.

⁶⁵² *Haas*, NZG 2012, 961 (965); *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (465).

§ 225a Abs. 3 InsO ist als Generalklausel zu bewerten.⁶⁵³ § 225a Abs. 2 InsO zählt als mögliche Regelungsinhalte den Debt-Equity-Swap sowie die Kapitalherabsetzung und -erhöhung auf. Die Norm hat deklaratorischen Charakter. Die Zulässigkeit dieser Maßnahmen ergibt sich bereits aus § 225a Abs. 3 InsO. Umstritten ist, ob der Verweis des Gesetzgebers auf das Gesellschaftsrecht die Regelungsmacht der Planbeteiligten beschränkt, der Gesetzgeber also gesellschaftsrechtliche Regelungen gewahrt wissen will. Dies ist die wohl strittigste Frage der ESUG-Reform. Ausgefochten wird der Streit insbesondere bei der Frage, ob den Anteilshabern ein Bezugsrecht bei insolvenzplanrechtlichen Kapitalmaßnahmen zustehen soll.⁶⁵⁴

Bei der Abstimmung über den Plan bilden die Anteilshaber nach § 222 Abs. 1 Nr. 4 InsO eine eigene Gruppe. Sie sind stimmberechtigt, soweit ihre Rechte in den Plan einbezogen sind (§ 235 Abs. 3 InsO).⁶⁵⁵ Ein Einbezug der Rechte der Anteilshaber liegt regelmäßig vor. Schon der Fortsetzungsbeschluss beeinträchtigt die Anteilshaber in ihrem Liquidationsrecht (§§ 274 Abs. 2 Nr. 1 iVm 246 ff. AktG, 60 Abs. 1 Nr. 4 iVm 69 ff. GmbHG) und erfordert daher ihre Beteiligung an der Abstimmung. Für die in § 244 InsO geforderten Abstimmungsmehrheiten ist nach § 238a Abs. 1 InsO der Gesellschaftsanteil entscheidend und zwar nach § 244 Abs. 3 iVm § 244 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Summenmehrheit, also die Mehrheit der Beteiligung an der Gesellschaft. Auf eine Kopfmehrheit kommt es nicht an, Stimmrechtsbeschränkungen, Sonder- und Mehrstimmrechte bleiben außer Betracht. Der ESUG-Gesetzgeber hat die Stimmrechte der Gesellschafter eingeschränkt. Auf die gesellschaftsrechtliche Abstimmung und die bei der werbenden Gesellschaft erforderlichen Mehrheiten kommt es nicht mehr an. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber gesellschaftsrechtliche Wertungen übernommen, da (anders als bei der Abstimmung der Gläubiger⁶⁵⁶) nicht die Kopfmehrheit entscheidend ist, sondern die Kapitalmehrheit. Entscheidend ist der Anteil am eingetragenen Haftkapital.⁶⁵⁷

2. Die Erstreckung des Obstruktionsverbotes

a. Grundsätzliches

Wird die erforderliche Mehrheit innerhalb einer Gruppe nicht erreicht, so kann die Zustimmung dieser Gruppe nach Maßgabe des § 245 InsO fingiert werden. Durch das ESUG wurde das Obstruktionsverbot auf die Anteilshaber erstreckt.⁶⁵⁸ Nach § 245 InsO ist eine Obstruktion von Anteilseignern gegen den Plan unzulässig, wenn die Anteilshaber durch den Insolvenzplan nicht schlechter gestellt werden als ohne ihn (Abs. 1 Nr. 1), sie angemessen am wirtschaftlichen Wert beteiligt werden (Abs. 1 Nr. 2) und die Mehrheit der Gruppen dem

⁶⁵³ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 39.

⁶⁵⁴ Vergleiche zum Bezugsrecht beim Kapitalschnitt unten C. III. 3 und zum Debt-Equity-Swap C. IV. 2.

⁶⁵⁵ Eine Ausnahme gilt für Aktionäre und Kommanditaktionäre (§ 235 Abs. 3 InsO a.E. und § 241 Abs. 2 InsO), da aufgrund der oft breiten Streuung der Aktien ansonsten erhebliche formelle Hürden der Planerstellung entgegenstünden.

⁶⁵⁶ Die Annahme der Gläubigergruppen liegt gemäß § 244 Abs. 1 InsO vor, wenn der Plan sowohl mit der Kopfmehrheit als auch mit der Mehrheit der Ansprüche angenommen wurde.

⁶⁵⁷ Begr. RegE ESUG, BRDrucks 127/11, S. 48.

⁶⁵⁸ In § 245 Abs. 1 InsO wurde dafür der Begriff „Gläubiger“ durch den Begriff „Angehöriger“ einer Gruppe ersetzt.

Plan zugestimmt hat (Abs. 1 Nr. 3). Eine angemessene Beteiligung liegt vor, wenn kein Gläubiger über seinen Anspruch hinausgehende wirtschaftliche Werte erhält (Abs. 3 Nr. 1) und kein gleichgestellter Anteilseigner besser gestellt wird (Abs. 3 Nr. 2). Für die Gruppe der Anteilseigner enthält § 246a InsO eine weitere Fiktion. Die Zustimmung einer Gruppe von Anteilseignern gilt als erteilt, wenn sich keines der Mitglieder dieser Gruppe an der Abstimmung beteiligt hat.

b. Auslegung des Merkmals der Schlechterstellung

Maßgeblich für das Eingreifen des Obstruktionsverbots ist die Auslegung des Merkmals der Schlechterstellung. Die übrigen Voraussetzungen des § 245 InsO sind regelmäßig unproblematisch erfüllt. In der Literatur wird überwiegend angenommen, die Voraussetzungen des Obstruktionsverbotes seien grundsätzlich erfüllt.⁶⁵⁹ Eine Schlechterstellung der Anteilseigner durch den Plan sei kaum denkbar,⁶⁶⁰ da die Beteiligung der Anteilseigner sowohl im Falle der übertragenden Sanierung als auch im Falle der Zerschlagung unterginge⁶⁶¹ und in aller Regel auch nicht finanziell kompensiert werde.⁶⁶² Unterbleibt eine Sanierung des Unternehmensträgers, bestehe lediglich ein Anspruch auf Herausgabe des Überschusses gemäß § 199 S. 2 InsO, wobei ein solcher Überschuss in den seltensten Fällen zu erwarten sei.⁶⁶³ Selbst wenn der Insolvenzplan einen Totalverlust sämtlicher Anteile vorsehe und keine finanzielle Kompensation geregelt sei, würden die Anteilseigner nicht schlechter gestellt als im Regelverfahren.⁶⁶⁴ Nach vorgenannter Ansicht käme eine Schlechterstellung ausnahmslos nur dann in Betracht, wenn die Anteile einen positiven Liquidationswert hätten.⁶⁶⁵ Die Zustimmung der Anteilseigner zum Plan könnte regelmäßig ersetzt werden. Das insolvenzrechtliche Stimmrecht der Anteilseigner liefe ins Leere und gewährte keinen effektiven Schutz der Anteilseigner.⁶⁶⁶ Selbst bei einem positiven Liquidationswert läge eine Schlechterstellung der Anteilseigner nicht vor, wenn der Insolvenzplan eine finanzielle Kompensation vorsähe.⁶⁶⁷ Die Beteiligung an der Gesellschaft wäre nach vorgenannter Ansicht regelmäßig verloren.

Bisweilen wird das Stimmrecht aus diesem Grund als bloße Formalie des Insolvenzplanverfahrens bezeichnet,⁶⁶⁸ die Beteiligung der Anteilseigner an der Abstimmung sei reine Far-

⁶⁵⁹ Hölzle, NZI 2011, 124 (128); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (425); Madaus, ZGR 2011, 749 (754 f.); F. Becker in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 41 Rn. 14; Römermann, NJW 2012, 645 (651); Spliedt, GmbHHR 2012, 462 (469); Schulz S. 121.

⁶⁶⁰ Eidenmüller in: MüKO InsO, § 225a Rn. 123; Hölzle, NZI 2011, 124 (128); Decher/Volland, ZIP 2013, 103 (104 ff.); Madaus, ZGR 2011, 749 (754 f.); K. Schmidt, BB 2011, 632 (641); Römermann, NJW 2012, 645 (651); Spliedt, GmbHHR 2012, 462 (469); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (424); Altmeyen in: FS Hommelhoff, 1 (9), Hölzle, NZI 2011, 124 (128); ders., KTS 2011, 291 (322).

⁶⁶¹ Madaus, ZGR 2011, 749 (754); Römermann, NJW 2012, 645 (651); Wuschek, ZinsO 2012, 1768 (1771); Stöber, ZinsO 2012, 1811 (1818); Spliedt, GmbHHR 2012, 462 (469).

⁶⁶² Hölzle, NZI 2011, 124 (128).

⁶⁶³ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (424); Noack in: FS Röhrich, S. 455 (S. 457).

⁶⁶⁴ Brinkmann, WM 2011, 97 (99).

⁶⁶⁵ Hirte/Knof/Mock, BB 2011, 632 (641).

⁶⁶⁶ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (424); Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125); Spee, S. 129.

⁶⁶⁷ Eidenmüller in: MüKO InsO, § 225a Rn. 44; Verse, ZGR 2010, 299 (310).

⁶⁶⁸ Madaus, ZGR 2011, 749 (754).

ce.⁶⁶⁹ Die bisherige Blockadeposition der Anteilsinhaber würde abgelöst durch die Herrschaft der Gläubiger über die Anteilsinhaber.⁶⁷⁰ Verbreitet wird diese Rechtsfolge als angemessen bewertet. Die Einschränkung oder der Verlust des Mitgliedschaftsrechts im Insolvenzplanverfahren sei unbedenklich, da die Anteilsinhaber nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohnehin nicht mehr mit dem Erhalt ihres Anteils- oder Mitgliedschaftsrechts rechnen könnten.⁶⁷¹ Bei der Liquidation gingen die Anteile der Gesellschafter inklusive der Mitgliedschaftsrechte vollständig unter.⁶⁷² Im Regelverfahren würde entweder sogleich die Liquidation der Gesellschaft eingeleitet oder es fände zunächst eine übertragende Sanierung statt, in deren Rahmen der Rechtsträger aber ebenfalls liquidiert würde.⁶⁷³ Die Anteilsinhaber verlieren ihr Anteilseigentum. Daher sei auch im Insolvenzplanverfahren ein Totalverlust der Anteile gerechtfertigt.⁶⁷⁴

Der Anteilsverlust werde im Regelverfahren auch nicht finanziell kompensiert. Nach den insolvenzrechtlichen Verteilungsregeln werden zunächst die Masse- und Verfahrenskosten beglichen und anschließend die Gläubiger befriedigt. Die Gläubigerforderungen sind vom erlangten Erlös mit ihrem Nominalwert abzuziehen.⁶⁷⁵ Erst wenn danach noch ein Überschuss verbleibt, partizipieren die Gesellschafter nach § 199 Satz 2 InsO. Ein solcher Überschuss ist in der Insolvenzpraxis die absolute Ausnahme.⁶⁷⁶ Die Summe der zum Nominalwert bewerteten Forderungen der Gläubiger übersteigt regelmäßig die Liquidationswerte des verwertbaren Schuldnervermögens.⁶⁷⁷ Eine an die Anteilsinhaber zu verteilende Masse verbleibt nicht, da in der Praxis schon die Gläubigerforderungen gewöhnlich nur zu geringen Prozentsätzen befriedigt werden können. Mit anderen Worten: Die Anteilsinhaber gehen leer aus und können schon aus diesem Grund gar nicht schlechter gestellt werden als sie ohne den Insolvenzplan stünden.

Fraglich ist jedoch, ob als Vergleichsmaßstab für eine Schlechterstellung stets die Liquidation der Gesellschaft im Regelverfahren herangezogen werden kann.⁶⁷⁸ Teilweise wird angenommen, es sei unzulässig, auf eine hypothetische Abwicklung als Vergleichsmaßstab abzustellen.⁶⁷⁹ Als Vergleichsmaßstab für die Schlechterstellung müsse zumindest auch der im

⁶⁶⁹ K. Schmidt, ZIP 2012, 2086 (2086); Bitter in: GmbHG, Vor § 64 Rn. 167.

⁶⁷⁰ K. Schmidt, BB 2011, 1603 (1607); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (425).

⁶⁷¹ Hölzle, NZI 2011, 124 (128).

⁶⁷² Braun/Heinrich, NZI 2011, 505 (508); Bitter, ZGR 2010, 147 (191); Hölzle, NZI 2011, 124 (128); Spliedt, GmbHR 2012, 463 (469).

⁶⁷³ Hölzle, KTS 2011, 291 (322).

⁶⁷⁴ Hölzle, NZI 2011, 124 (128); Brinkmann, WM 2011, 97 (99).

⁶⁷⁵ Drukarczyk, MüKo InsO, § 245 Rn. 95.

⁶⁷⁶ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (424); Madaus, ZGR 2011, 749 (754).

⁶⁷⁷ Drukarczyk, MüKo InsO, § 245 Rn. 95.

⁶⁷⁸ Eidenmüller in: MüKO InsO, § 225a Rn. 123; Hölzle, NZI 2011, 124 (128); Decher/Volland, ZIP 2013, 103 (104 ff.); Madaus, ZGR 2011, 749 (754 f.); K. Schmidt, BB 2011, 632 (641); Römermann, NJW 2012, 645 (651); Spliedt, GmbHR 2012, 462 (469); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (424); Spee, S. 120 f. und S. 129. Letztere geht davon aus, dass durch das ESUG damit nicht nur die Blockadepositionen der Gesellschafter beseitigt wurden, sondern ihnen eine Duldungspflicht auferlegt wurde.

⁶⁷⁹ Müller, DB 2014, 41 (42); Stöber, ZinsO, 1811 (1819).

Rahmen der übertragenden Sanierung erzielbare Erlös herangezogen werden.⁶⁸⁰ Bei der übertragenden Sanierung wird zwar der Rechtsträger zerschlagen; es ist jedoch nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass durch die Veräußerung des Unternehmens im Ganzen ein Erlös erzielt wird, der höher ist als die Summe der Gläubigerforderungen. Durch die übertragende Sanierung kann ein Fortführungswert des Unternehmens realisiert werden. Voraussetzung für die Heranziehung als Vergleichsmaßstab soll sein, dass konkrete Anhaltspunkte für die Durchführbarkeit einer übertragenden Sanierung vorliegen.⁶⁸¹ Der Nachweis von Verhandlungen genügen nicht, es müsse vielmehr das ernsthafte Angebot eines Investors vorliegen.⁶⁸² Die Beweislast für die fehlende Schlechterstellung liege beim Planverfasser.⁶⁸³

Außerdem stellt sich die Frage, ob ein reorganisationsbedingter Mehrwert zu berücksichtigen ist. Ein solcher Mehrwert ergibt sich daraus, dass an den Rechtsträger gebundene Werte für die Sanierung genutzt werden. Zu klären ist, ob die Anteilsinhaber von diesem Wert ausgeschlossen werden können. Dies ist insoweit problematisch als die Anteilsinhaber Eigentümer der Gesellschaft, mithin also des Rechtsträgers, sind.

c. Stellungnahme

Richtigerweise kann eine Schlechterstellung nicht per se mit dem Argument ausgeschlossen werden, der Rechtsträger ginge im Regelverfahren unter und die Anteilsinhaber würden ihre Beteiligung kompensationslos verlieren. Es ließe sich damit jede nur denkbare Planregelung gegen den Willen der Anteilsinhaber durchsetzen. Im Ergebnis hätte der Gesetzgeber dann den Anteilsinhaber insolvenzrechtliche Stimmrechte gleich komplett vorenthalten können. Der ESUG-Gesetzgeber hat jedoch Stimmrechte der Anteilsinhaber geregelt, woran sich zeigt, dass diese nicht vollständig wertlos sein können.

Soll die Gesellschaft nach dem Insolvenzplan zerschlagen werden, ist als Vergleichsszenario die Zerschlagung im Regelverfahren heranzuziehen. Da die Anteilsinhaber bei der Zerschlagung regelmäßig leer ausgehen, kann im absoluten Regelfall ihre Zustimmung zum Insolvenzplan ersetzt werden. Eine Schlechterstellung ist kaum je denkbar. Nach der Verteilungsfolge des § 199 Satz 2 InsO sind die Anteilsinhaber nachrangig. Ein an sie zu verteilender Erlös wird regelmäßig nicht erzielt. Soll die Gesellschaft zerschlagen, dass Unternehmen aber im gesamten auf einen neuen Rechtsträger übertragen werden, so ist Vergleichsmaßstab freilich der durch die Übertragung erzielt Erlös.

Soll die Gesellschaft nach dem Insolvenzplan saniert werden, kann nicht der im Regelverfahren erzielbare Erlös als Vergleichsmaßstab für die Schlechterstellung herangezogen werden. Eine geplante Sanierung der Gesellschaft kann nicht außer Betracht bleiben. Eine Schlechterstellung ist vielmehr abhängig von der jeweiligen Situation der insolventen Gesellschaft zu prüfen. Zu vergleichen ist die Sanierungssituation ohne den Insolvenzplan mit der Sanierung

⁶⁸⁰ F. Becker in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 41 Rn. 22.

⁶⁸¹ F. Becker in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 41 Rn. 22.

⁶⁸² F. Becker in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 41 Rn. 22.

⁶⁸³ F. Becker in: Kübler, Hdb. Restrukturierung in der Insolvenz, § 41 Rn. 41.

im Planverfahren. Für diese Betrachtungsweise spricht, dass die Anteilshaber andernfalls von Fortführungswerten ausgeschlossen werden können, die die Gesellschaft tatsächlich erzielt. Dies ist auch unter Berücksichtigung der finanziellen Lage der Gesellschaft kein sachgerechtes Ergebnis. Der Wert der Gesellschaft zeigt sich bei einer erhaltenden Sanierung darin, dass an den Rechtsträger gebundene Rechte genutzt werden. Mithin kann der Rechtsträger gar nicht komplett wertlos sein, wenn dies auch bilanziell der Fall sein mag. Der Ausschluss der Anteilshaber von diesen Fortführungswerten ist nicht gerechtfertigt. Sie sind die Eigentümer der Gesellschaft. Der Gesellschaft zuzuordnende Werte können den Anteilshaber grundsätzlich nicht entzogen werden.

Die Heranziehung der Sanierung als Vergleichsmaßstab führt nicht dazu, dass die Anteilshaber von Sanierungsbeiträgen Dritter profitieren. Innerhalb wie außerhalb der Insolvenz müssen sich aufgrund der finanziellen Situation der Gesellschaft einen Kapitalschnitt hinnehmen, welcher dazu führt, dass die wirklichen wirtschaftlichen Verhältnisse abgebildet werden. Der Insolvenzplan kann einen Kapitalschnitt regeln, ebenso wie der Insolvenzplan einen Bezugsrechtsausschluss⁶⁸⁴ vorsehen kann, wenn ein sachlicher Grund vorliegt. Eine Schlechterstellung der Anteilshaber liegt nicht vor. Die Zustimmung der Anteilshaber kann ersetzt werden. Die Gläubiger werden durch vorgenannte Auslegung des Merkmals der Schlechterstellung nicht benachteiligt. Sie profitieren von der erhaltenden Sanierung, da ihre Forderung wieder werthaltig werden. Ganz grundsätzlich werden die Gläubiger nicht dadurch benachteiligt, dass den Anteilshabern die Beteiligung an einer Sanierung ermöglicht wird. Dem Gläubigerschutz ist durch die Wahrung der finanziellen Interessen der Gläubiger genüge getan. Die finanziellen Interessen sind stets gewahrt, wenn der Gesellschaft Kapital zur Verfügung gestellt wird.

3. Gesellschaftsrechtlich zulässige Maßnahmen

a. Einführung und Meinungsstand

Lebhaft umstritten ist die Frage, ob die Rechte der Planbeteiligten sich ausschließlich nach den insolvenzrechtlichen Regelungen bestimmen oder daneben gesellschaftsrechtliche Vorgaben beachtet werden müssen. Der Streit ist bei der Regelung des § 225a Abs. 3 InsO zu verorten. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann im Insolvenzplan jede *gesellschaftsrechtlich zulässige* Regelung getroffen werden. Der Gesetzgeber verweist damit auf das Gesellschaftsrecht. Der Umfang der Verweisung ist derweil umstritten.

Teilweise wird angenommen, § 225a Abs. 3 InsO verweise im Sinne eines Gesamtverweises auf das Gesellschaftsrecht und setze damit die Einhaltung gesellschaftsrechtlicher Prüfungsmaßstäbe voraus.⁶⁸⁵ Demzufolge sollen sich die inhaltlichen Anforderungen an die in den

⁶⁸⁴ Vergleiche zum Bezugsrecht beim Kapitalschnitt unten C. III. 3 und zum Bezugsrecht beim Debt-Equity-Swap C. IV. 2.

⁶⁸⁵ Hirte in: Uhlenbruck InsO, § 225a Rn 41; Schäfer, ZIP 2016, 1911 (1913); ders., ZIP 2015, 1208 (1210); ders., ZIP 2014, 2417 (2419); ders., ZIP 2013, 2237 (2242); Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (442); Wertenbruch, ZIP 2013, 2237 (2242 f.). Annehmend, dass zumindest ein etwaiger Bezugs-

Insolvenzplan aufgenommenen Regelungen aus dem Gesellschaftsrecht ergeben.⁶⁸⁶ Die zwingenden gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen müssten erfüllt sein.⁶⁸⁷ Dies soll insbesondere für die gesellschaftsrechtlichen Minderheitenrechte und die Treuepflicht gelten.⁶⁸⁸ Zulässig seien also nur solche Planregelungen, die mit dem materiellen Gesellschaftsrecht vereinbar sind.⁶⁸⁹ Der Insolvenzplan müsse an den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben gemessen werden. Abweichendes gelte für die verfahrensrechtlichen Vorschriften, insbesondere die Vorschriften bezüglich der Abstimmung im Planverfahren. Diese würden durch die ausdrücklichen insolvenzrechtlichen Vorschriften überlagert und modifiziert.⁶⁹⁰ Die Einhaltung gesellschaftsrechtlicher Verfahrensvorschriften würde der Abschaffung der Blockadepositionen zuwiderlaufen. Dieser Auffassung hat sich das AG Charlottenburg angeschlossen.⁶⁹¹

Die Gegenauffassung geht davon aus, dass sowohl die verfahrensrechtlichen als auch die materiell-rechtlichen Vorschriften der Insolvenzordnung als Spezialvorschriften die gesellschaftsrechtlichen Regelungen verdrängen.⁶⁹² So würden die Schutzmechanismen des Gesellschaftsrechts wie der Einstimmigkeitsgrundsatz beziehungsweise das Mehrheitserfordernis bei Satzungsänderungen, das Bezugsrecht, die Kernbereichslehre und die Treuepflichten von den spezielleren Regelungen des Planverfahrens (Abstimmung im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens, neue Mehrheitserfordernisse, Gruppenbildung, gruppenbezogener Gleichbehandlungsgrundsatz, Obstruktionsverbot, Freigabeverfahren) verdrängt.⁶⁹³ Der Verweis auf das Gesellschaftsrecht sei nur insoweit relevant, als es um das zwingende Gesellschaftsrecht wie etwa den gesellschaftsrechtlichen Typenzwang oder die Begrenzung auf

rechtsausschluss nach den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts zu beurteilen sei: *Madaus*, ZIP 2012, 2133 (2137 Fn. 33).

⁶⁸⁶ *Schäfer*, ZIP 2016, 1911 (1913); ders., ZIP 2015, 1208 (1210); *ders.*, ZIP 2014, 2417 (2419); *ders.*, ZIP 2013, 2237 (2242); *Hirte* in: Uhlenbruck InsO, § 225a Rn 41; *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121 (125); *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (439).

⁶⁸⁷ *Schäfer*, ZIP 2014, 2417 (2419); *Hirte* in: Uhlenbruck InsO, § 225a Rn 41.

⁶⁸⁸ *Hirte* in: Uhlenbruck InsO, § 225a Rn 41.

⁶⁸⁹ *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (439); *Schäfer*, ZIP 2015, 1208 (1210); *ders.*, ZIP 2014, 2417 (2419); *ders.*, ZIP 2013, 2237 (2242); *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121 (125).

⁶⁹⁰ *Römermann/Praß*, S. 157.

⁶⁹¹ AG Charlottenburg, Beschl. v. 09.02.2015, NZG 2015, 1326 ff. Das Gericht wies mit Beschluss die Anmeldung mehrerer Tatsachen zur Eintragung in das Handelsregister durch eine Aktiengesellschaft zurück, nachdem die Aktiengesellschaft zuvor im Wege des Insolvenzplans saniert worden war. Das Amtsgericht entschied, dass eine im Insolvenzplan geregelte und durchgeführte Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien nicht im Sinne von § 225a Abs. 3 InsO gesellschaftsrechtlich zulässig gewesen sei, da eine solche Kapitalherabsetzung gemäß § 237 Abs. 1 Satz 2 AktG voraussetze, dass diese in der ursprünglichen Satzung angeordnet gewesen sei oder durch eine Satzungsänderung vor Übernahme oder Zeichnung der von der Einziehung betroffenen Aktien gestattet worden sei. Das Amtsgericht Charlottenburg prüfte damit die im Insolvenzplan geregelten Maßnahmen vollumfänglich anhand von gesellschaftsrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen.

⁶⁹² *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn 76 f.; *Spliedt* in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 35; *A. Schmidt* in: Hamb. Komm. InsolvenzR, § 225a Rn. 49; *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (106); *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (466); *Klausmann*, NZG 2015, 1300 (1304); *Madaus*, ZIP 2016, 1144; *Hölzle/Beyß*, ZIP 2016, 1461.

⁶⁹³ *Spliedt* in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 35; *Madaus*, ZIP 2016, 1141 (1144).

die gesellschaftsrechtlich zur Verfügung stehenden Instrumentarien gehe.⁶⁹⁴ Unabdingbare Prinzipien wie das Abspaltungsverbot⁶⁹⁵ oder die Selbstorganschaft gemäß § 709 BGB⁶⁹⁶ schränken die Plangestaltungsmöglichkeiten ein.⁶⁹⁷ § 225a Abs. 3 wolle verhindern, dass durch den Insolvenzplan Änderungen der Mitgliedschafts- und Anteilsrechte vorgenommen werden, die dem Gesellschaftsrecht fremd sind.⁶⁹⁸ Die Erfüllung der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben sei nicht erforderlich, da die Gläubigerversammlung an die Stelle der sonst zuständigen Gesellschafterversammlung trete und den Insolvenzplan mit der Abstimmung legitimiere. Gesellschaftsrechtliche Individual- und Minderheitsrechte müssten nicht gewahrt werden, die Insolvenzordnung regle diese Rechte abschließend.⁶⁹⁹ Außer Acht bleiben könnten auch alle Vorschriften, die entweder zur Disposition der Satzung stehen oder auf die die Gesellschafter wirksam verzichten können.⁷⁰⁰

Teilweise wird angenommen, es müsse eine allgemeine Missbrauchkontrolle vorgenommen werden.⁷⁰¹ Maßnahmen im Insolvenzplan seien dann missbräuchlich und dürften nicht Teil des Insolvenzplans sein, wenn sie den Insolvenzszweck nicht fördertern und ausschließlich andere, insolvenzfremde Zwecke verfolgten.⁷⁰² Legitimer Zweck des Eingriffs in die Mitgliedschaft sei in der Insolvenz allein die Befriedigung der Gläubiger, sodass die Planmaßnahmen nur soweit die Gesellschafterstellung beeinträchtigen dürften, wie dies den Befriedigungsinteressen der Gläubiger dient und dienen kann.⁷⁰³ Ein Missbrauch sei im Hinblick auf die Entscheidungsprärogative des Planstellers nur in Extremfällen anzunehmen, komme aber in Betracht, wenn Maßnahmen offensichtlich die Entmachtung einer störenden Gesellschafterminderheit oder den Ausschluss aus der Gesellschaft bezwecken, ohne dass dadurch zugleich die Befriedigungschancen der Gläubiger erhöht werden.⁷⁰⁴

b. Stellungnahme

(1) Vorrang des zwingenden Rechts

Soweit ersichtlich unstreitig, kann vom zwingenden Gesellschaftsrecht nicht durch Insolvenzplanregelungen abgewichen werden. Dies ergibt sich aus der Rechtsnatur des Insolvenzplans als mehrseitiger Vertrag über die Vewertung des haftenden Schuldnervermö-

⁶⁹⁴ *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (464); *Haas* in: Kayser/Thole, Heidelberger Komm. zur InsO, § 225a Rn 9; *ders*, NZG 2012, 961 (965); *Hölzle*, ZIP 2014, 1821 (1821); *Decher/Volland*, ZIP 2013, 103 (106); *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn 76 f.

⁶⁹⁵ Nach dem Abspaltungsverbot können von der Mitgliedschaft einzelne Befugnisse nicht abgetrennt werden, vgl hierzu Windbichler, GesR, § 7 Rn. 9.

⁶⁹⁶ Bei Personengesellschaften stehen nach dem Prinzip der Selbstorganschaft die Geschäftsführungsbefugnis sowie die Vertretungsmacht ausschließlich den Gesellschaftern zu.

⁶⁹⁷ *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362).

⁶⁹⁸ *Haas* in: Kayser/Thole, Heidelberger Komm. zur InsO, § 225a Rn 9.

⁶⁹⁹ *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (464); *Haas*, NZG 2012, 961 (965).

⁷⁰⁰ *Klausmann*, NZG 2015, 1300 (1304); *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362).

⁷⁰¹ *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362).

⁷⁰² *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362).

⁷⁰³ *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362).

⁷⁰⁴ *Andrianesis*, WM 2017, 362 (362).

gens.⁷⁰⁵ Privatautonom kann von dispositiven Rechtsvorschriften abgewichen werden; zwingendes Recht steht nicht zur Disposition der Planbeteiligten.⁷⁰⁶ Allgemeiner Meinung entspricht es, dass ausdrückliche insolvenzrechtliche Regelungen den gesellschaftsrechtlichen Regelungen vorgehen.⁷⁰⁷ Diese Betrachtungsweise überzeugt. Das Insolvenzrecht derogiert das Gesellschaftsrecht.⁷⁰⁸ Gesellschaftsrechtliche Grundsätze sind nicht heranzuziehen, wenn ausdrückliche insolvenzrechtliche Regelungen bestehen, wie dies beim Minderheitenschutz der Fall ist. Dieser hat in den §§ 245 Abs. 3, 251 und 253 InsO für das Planverfahren eine ausdrückliche Regelung gefunden, weshalb die gesellschaftsrechtlichen Minderheitenrechte daneben nicht anwendbar sind. Dasselbe gilt für den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser wird von der Regelung des 226 InsO verdrängt. Daneben werden auch die verfahrensrechtlichen Vorschriften verdrängt. Die Insolvenzordnung regelt Stimmrechte, welche die gesellschaftsrechtlichen Stimmrechte verdrängen. Die gesellschaftsrechtlichen Formvorschriften werden ebenso weitgehend ersetzt (§ 254a InsO).

Klärungsbedürftig ist, ob dispositive gesellschaftsrechtliche Grundsätze, die nicht durch ausdrückliche insolvenzrechtliche Regelungen verdrängt werden, im Insolvenzplanverfahren weiter gelten. Diese Frage stellt sich auch bei durch den Gesetzgeber teilweise geregelten Planinhalten, wie dies beim Debt-Equity-Swap oder beim Bezugsrechtsausschluss der Fall ist. Der Insolvenzgesetzgeber hat klargestellt, dass der Debt-Equity-Swap (§ 225a Abs. 2 InsO) sowie die Übertragung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten (§ 225a Abs. 3 InsO) im Insolvenzplan geregelt werden können. Zu den Voraussetzungen aber schweigt das Gesetz und begnügt sich mit dem Hinweis, die jeweilige Regelung müsse gesellschaftsrechtlich zulässig sein. Weder der Gesetzeswortlaut noch die Regierungsbegründung geben Aufschluss darüber, ob § 225a Abs. 3 InsO als Verweis auf das materielle Gesellschaftsrecht zu verstehen ist.⁷⁰⁹

(2) Verweis auf das materielle Gesellschaftsrecht

Nach Sinn und Zweck der Vorschriften ist von einem Verweis auf das materielle Gesellschaftsrecht auszugehen. Würde man das materielle Gesellschaftsrecht für unanwendbar halten, könnte jede beliebige Regelung in den Insolvenzplan aufgenommen werden; die Gesellschafterrechte würden dadurch vollständig ausgehöhlt. Die Stimmrechte der Gesellschafter sind wie gezeigt in der Insolvenz eingeschränkt. Die Regelung des § 245 InsO ist in ihrem Anwendungsbereich umstritten. Überwiegend wird, entgegen der hier vertretenen Ansicht, angenommen, dass die Zustimmung der Anteilsinhaber stets ersetzt werden kann. Folgt man dieser Annahme, ist das insolvenzrechtliche Stimmrecht nutzlos. Eine Überprüfung der Planregelungen findet somit nicht statt. Das Merkmal der Schlechterstellung stellt für die Anteilsinhaber nach überwiegender Meinung eine kaum zu überwindende Hürde dar. Der Rechts-

⁷⁰⁵ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 76.

⁷⁰⁶ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 76.

⁷⁰⁷ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 77.

⁷⁰⁸ So auch Spliedt in: K.Schmidt InsO, § 225a Rn 5; Hölzle/Beyß, ZIP 2016, 1461 (1461).

⁷⁰⁹ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2242); sowie ihm folgend: Spee, S. 134.

schutz gegen den Plan ist ebenso defizitär.⁷¹⁰ Der Schutz der Anteilsinhaber kann nicht über das Rechtsmittelverfahren gewährleistet werden. Die Anteilsinhaber könnten andernfalls vollständig ihrer Rechte enthoben werden. Diese Rechtsfolge ist vom Gesetzgeber nicht gewollt. Aus dem Gesetz selbst ergibt sich der Schutz werthaltiger Positionen (§§ 225a Abs. 5, 251 Abs. 3, 253 Abs. 2 InsO).⁷¹¹ Der Gesetzgeber hat Eingriffe in die Gesellschafterrechte in großem Umfang geregelt. Soweit keine ausdrückliche Regelung getroffen wurde, bestehen die Anteilsinhaberrechte fort. § 225a Abs. 3 InsO ist nicht als Generalklausel zur vollständigen Entmachtung der Anteilsinhaber zu begreifen. Das Gesellschaftsrecht wird verdrängt, soweit es durch ausdrückliche insolvenzrechtliche Regelungen überlagert wird, wie dies etwa bei den Stimmrechten oder beim Minderheitenschutz der Fall ist. Der ESUG-Gesetzgeber wollte Blockadepositionen beseitigen. Dies rechtfertigt aber noch keine vollständige Suspendierung der Gesellschafterrechte. Der ESUG-Gesetzgeber hat das Problem der Blockademacht der Gesellschafter gesehen und ausdrückliche Regelungen die Rechtsstellung der Gesellschafter betreffend in die Insolvenzordnung aufgenommen. Soweit eine solche Regelung unterblieben ist, bestimmen sich die Rechte der Gesellschafter weiter nach dem Gesellschaftsrecht.

(3) Keine Benachteiligung der Gläubiger

Die Gläubiger werden durch vorgenannte Auslegung des Verweises nicht unangemessen benachteiligt. Kapitalmaßnahmen können im Insolvenzplan geregelt werden. Die Einhaltung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze führt nicht dazu, dass die Blockadepositionen der Gesellschafter nach dem ESUG fortbestehen. Wie bereits bei der Auslegung des Merkmals der Schlechterstellung erläutert, müssen die Anteilsinhaber ihre Weiterbeteiligung an der Gesellschaft durch die Teilnahme an der Sanierung „erkaufen“. Andernfalls können sie aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden und partizipieren nicht an den Sanierungsbeiträgen Dritter.⁷¹² Auch unter Wahrung der gesellschaftsrechtlichen Grundsätze lassen sich damit sachgerechte Ergebnisse erzielen. Das Vermögensinteresse der Gläubiger wird gewahrt.

(4) Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe

Das gesellschaftsrechtliche Grundsätze eingehalten werden müssen, kann jedoch nicht zur Folge haben, dass diese Grundsätze ohne Berücksichtigung der Insolvenzsituation angewandt werden. Der Schutz der Gesellschafter würde in diesem Fall überspannt. Bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen sind die Interessen der Sanierungsbeteiligten angemessen zu gewichten. Relevant wird dies bei der Frage, ob ein sachlicher Grund für einen Bezugsrechtsausschluss vorliegt.⁷¹³ Ebenso sind die insolvenzrechtlichen Besonderheiten bei der Frage zu berücksichtigen, ob ein wichtiger Grund für den Ausschluss aus der Gesellschaft vorliegt.⁷¹⁴ Bei diesen Fragen können und müssen die Wertungen des Insolvenzrechts einfließen. Es ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Vermögenswerte regelmäßig

⁷¹⁰ Schäfer, ZIP 2016, 1911 (1911 ff.) sowie unten V.

⁷¹¹ Schäfer, ZIP 2016, 1911 (1911).

⁷¹² Siehe unter B. II. 2. c. (3).

⁷¹³ Siehe unten C. III. 3 sowie C. IV. 2; letzteres zum Debt-Equity-Swap.

⁷¹⁴ Siehe unten D. I.

komplett den Gläubigern zustehen. Bei der insolventen Gesellschaft sind folglich die Gläubigerinteressen im Rahmen der Interessenabwägung schwerer zu gewichten als bei der werbenden Gesellschaft. Beeinträchtigen Maßnahmen oder die Unterlassung von Maßnahmen in der konkreten Situation die Vermögensinteressen der Gläubiger, sind den Anteilshabern weitreichendere Eingriffe in ihre Rechte zuzumuten. Das Vorliegen eines sachlichen Grundes kann in diesem Fall unter erleichterten Voraussetzungen angenommen werden. Die vollständige Verdrängung des Gesellschaftsrechts ist zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung dagegen nicht nötig und aus diesem Grund auch nicht zu rechtfertigen.

Einer allgemeinen Missbrauchskontrolle bedarf es nach vorstehenden Erwägungen nicht, sodass darauf nicht weiter eingegangen werden soll, zumal fraglich ist, welche Maßstäbe für die Missbrauchskontrolle heranzuziehen sind. Ist eine Regelung des Insolvenzplans gesellschaftsrechtlich unzulässig, muss das Insolvenzgericht den Plan gem. § 231 Abs. 1 Nr. 1 zurückweisen bzw. ihm die Bestätigung gem. § 250 Nr. 1 versagen.⁷¹⁵

III. Kompetenzverteilung im Planverfahren

1. Einführung und Meinungsstand

Vor dem ESUG war die aus dem Regelverfahren bekannte Kompetenzverteilung⁷¹⁶ ohne weitere Besonderheiten auf das Planverfahren übertragbar. Entscheidend war demnach für die Verdrängung der Kompetenzen der Gesellschaftsorgane, ob es sich um eine Maßnahme mit oder ohne Massebezug handelte. Seit dem ESUG können nun im Insolvenzplanverfahren auch Regelungen ohne Massebezug der Entscheidungsbefugnis der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung entzogen werden. Die Zustimmung der Gesellschafter nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ist nicht erforderlich. Das Stimmrecht richtet sich nach den insolvenzrechtlichen Vorschriften. Durch diese ausdrücklichen insolvenzrechtlichen Regelungen wird der Schuldnerbereich zurückgedrängt und der Verdrängungsbereich erweitert.⁷¹⁷ Nicht ausdrücklich normiert ist dagegen die Kompetenzverteilung im Eröffnungsverfahren und während der Erstellung des Planes. Fraglich ist, ob in diesen Verfahrensstadien die Kom-

⁷¹⁵ Spliedt in: K.Schmidt InsO, § 225a Rn. 21, Haas, NZG 2012, 961 (967).

⁷¹⁶ Die bereits Anfang der siebziger Jahre begründete Verdrängungslehre bildet für die Kompetenzzuweisung im Insolvenzverfahren drei Bereiche (vgl hierzu Weber, KTS 1970, 77 ff. sowie Ott/Vuia in: MüKo InsO, § 80 Rn. 112). Unterteilt wird demnach in den Verdrängungsbereich, den Schuldnerbereich sowie den Überschneidungsbereich. In den Verdrängungsbereich fallen alle Maßnahmen mit Massebezug. Die Kompetenzen sind dem Insolvenzverwalter zugewiesen. Die Geschäftsleitung verliert ihre Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis. Die Überwachung obliegt nicht dem Aufsichtsrat oder der Gesellschafterversammlung, sondern dem Insolvenzgericht und den Gläubigern. Im Schuldnerbereich bleiben die Gesellschaftsorgane weiter zuständig. Dieser Bereich umfasst die innere Organisation der Gesellschaft sowie die Verwaltungs- und Verfügungskompetenz über das insolvenzfremde Vermögen und die Vornahme insolvenzneutraler Geschäfte. Im Überschneidungsbereich wirken die Gesellschaftsorgane und der Insolvenzverwalter zusammen. Der Überschneidungsbereich umfasst im Grundsatz Gegenstände des Schuldnerbereiches. Diesen sind aber im Einzelfall nachteilige Auswirkungen auf die Insolvenzmasse zu attestieren, sodass die Kompetenz nicht bei den Schuldnerorganen alleine liegen kann.

⁷¹⁷ Hölzle, ZIP 2012, 2427 (2429).

petenzen wie im Regelverfahren zu bestimmen sind oder ob sich durch die Neuregelungen des Planverfahrens auch hier Änderungen ergeben haben.

Teilweise wird in der Literatur vertreten, die Befugnisse der Gesellschafterversammlung seien bereits gesperrt, wenn mit der Ausarbeitung eines Insolvenzplans begonnen wurde, welcher Maßnahmen nach § 217 Satz 2, 225a InsO vorsehe.⁷¹⁸ Begründet wird dies mit der Vorwirkung des im Insolvenzplan neu entstandenen Verdrängungsbereichs. Dieser umfasse die gemäß §§ 217, 225a InsO nach neuer Rechtslage zulässigen Regelungsgegenstände. Eine Vorwirkung des insolvenzplanrechtlichen Verdrängungsbereiches ergebe sich aus einer Gesamtanalogie der §§ 233, 276a InsO und der Sicherung des Status quo.⁷¹⁹ Da die Beteiligten noch im Erörterungs- und Abstimmungstermin den Plan ändern und Maßnahmen gemäß der §§ 217 Satz 2, 225a InsO aufnehmen könnten, solle es den Gesellschaftern nicht ermöglicht werden, negativ Einfluss auf begonnene Sanierungsmaßnahmen zu nehmen, indem sie etwa die Geschäftsleitung noch während des Verfahrens austauschen.⁷²⁰ Gegen diese Ansicht wird eingewandt, dass den Gesellschaftern auch im Insolvenzplanverfahren ein verbandsautonomer insolvenzfrier Bereich verbleiben müsse, solange ein Plan mit einer entsprechenden Regelung noch nicht bestätigt wurde.⁷²¹ Hierfür spreche, dass gemäß § 225a Abs. 1 InsO die Rechtsstellung der am Schuldner beteiligten Personen unangetastet bleibe, wenn diese im Plan nicht ausdrücklich geregelt sei.⁷²²

2. Stellungnahme

Mit Verfahrenseröffnung werden die Kompetenzen der Gesellschaftsorgane bezüglich aller Maßnahmen mit Massebezug auf den Insolvenzverwalter übertragen (§ 80 Abs. 1 InsO). Die sonstigen Kompetenzen bleiben von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unberührt. Diese Kompetenzverteilung gilt auch im Planverfahren. Eine Vorwirkung von Planregelungen ist abzulehnen. Erst durch die Bestätigung eines Insolvenzplans, der entsprechende Regelungen vorsieht und der von allen Beteiligten angenommen wurde, werden den Gesellschaftsorganen gegebenenfalls weitere Kompetenzen entzogen. Ein Planentwurf genügt für eine Kompetenzverlagerung nicht. Das den Anteilshabern nach § 238a InsO zustehende Stimmrecht ist Ausgleich für den Verlust gesellschaftsrechtlicher Entscheidungsbefugnisse. An die Stelle der Entscheidung der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung tritt die insolvenzrechtliche Abstimmung. Erst durch einen von allen Beteiligungsgruppen angenommenen und gerichtlich bestätigten Insolvenzplan kann auch bei Maßnahmen ohne Massebezug in die Kompetenzen der Anteilshaber eingegriffen werden. Eine Vorwirkung etwaiger Planregelungen ist nicht gerechtfertigt, ein zeitlich vor der Bestätigung des Planes liegender Entzug der Kompetenzen der Anteilshaber ist abzulehnen.

⁷¹⁸ Hölzle, ZIP 2012, 2427 (2429).

⁷¹⁹ Hölzle ZIP 2012, 2427 (2430). Die Ausführungen beziehen sich zwar auf das Schutzschirmverfahren, sind aber vergleichbar, da auch im Schutzschirmverfahren ein Insolvenzplan ausgearbeitet wird.

⁷²⁰ Hölzle, ZIP 2012, 2427 (2428).

⁷²¹ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (430); wohl auch Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn 38.

⁷²² Vgl. auch Braun/Frank in: Braun InsO, § 225a Rn. 3; Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (122).

Hierfür wäre eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die gerade keinen Einzug in die Insolvenzordnung genommen hat. Es besteht keine gesetzliche Regelung, wonach die Gesellschaftsorgane von der Entscheidung über Strukturmaßnahmen ausgeschlossen werden sollen. Damit stellt sich die Lage anders dar als bei Maßnahmen mit Vermögensbezug, die nach § 80 InsO der Entscheidungsbefugnis der Gesellschaftsorgane entzogen sind. Der Gesetzgeber wollte den Gesellschaftsorganen im Insolvenzplanverfahren keine weiteren Kompetenzen entziehen. Diese Betrachtungsweise stützt § 225a Abs. 1 InsO. Die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bleiben vom Insolvenzplan grundsätzlich unberührt. Auch in der Gesetzesbegründung zum ESUG heißt es, dass Eingriffe in die Rechte der Anteilshaber (nur) aufgrund einer ausdrücklichen Planregelung möglich sind.⁷²³ Es ist nicht ersichtlich, wieso für die Kompetenzverteilung etwas Abweichendes gelten soll. Nicht zuletzt ist aus verfassungsrechtlichen Gründen ein Entzug von Mitgliedschaftsrechten nur möglich, wenn dies durch schutzwürdige Interessen der Gläubiger gerechtfertigt ist. Dies ist bei Strukturmaßnahmen nicht der Fall, soweit sie keinen Vermögensbezug aufweisen. Zwar mag die Gefahr bestehen, dass die Anteilshaber bis zur Bestätigung des Planes Einfluss auf die Gesellschaft nehmen; die Gläubiger sind aber in ihren finanziellen Interessen dadurch ausreichend geschützt, dass den Anteilshabern die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis über die Masse entzogen ist. Vor sonstigen Strukturänderungen sind sie nicht geschützt. Sie sind diesbezüglich auch nicht schutzwürdig. Den Gläubigern haftet das Kapital der Gesellschaft, nicht aber deren Organisationsstruktur.

Die analoge Anwendung der §§ 233, 276a InsO überzeugt nicht. § 276a InsO soll im Rahmen der Eigenverwaltung die Geschäftsleitung vor der Einflussnahme durch die Gesellschaftsorgane schützen. Es handelt sich hierbei zwar um eine Gläubigerschutznorm; jedoch lässt sich aus § 276a InsO keine allgemeingültige Aussage über die Kompetenzverteilung im Insolvenzplanverfahren ableiten. § 276a InsO regelt die gesellschaftsinterne Kompetenzverteilung. Auf die Übertragung von Kompetenzen auf gesellschaftsfremde Dritte ist die Vorschrift nicht anwendbar. Ein Antrag nach § 233 InsO setzt voraus, dass die Durchführung eines Insolvenzplans durch Einflussnahme auf die Insolvenzmasse gefährdet wird. § 233 InsO sichert die Durchsetzung des § 80 InsO. Eine analoge Anwendung auf Strukturmaßnahmen ist abzulehnen. Es fehlt an einer vergleichbaren Interessenslage. § 233 InsO soll den Schutz der Insolvenzmasse gewährleisten. Bezweckt ist der Schutz der reinen Vermögensinteressen. Die Insolvenzmasse soll im Interesse der Gläubiger gesichert werden.

IV. Rechtsschutz gegen den Plan und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens

1. Grundsätzliches

Vor dem ESUG war die Rechtsmittellastigkeit des Insolvenzplanverfahrens als zentrales Sanierungshindernis angesehen worden.⁷²⁴ Allein die Inanspruchnahme des Rechtsmittelver-

⁷²³ Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 31. Andernfalls soll die Rechtsstellung der Anteilseigner unberührt bleiben.

⁷²⁴ Jaffé/Friedrich, ZIP 2008, 1849 (1854).

fahrens konnte die Sanierung behindern oder komplett verhindern.⁷²⁵ Der Rechtsschutz schaffte (weitere) Blockadepositionen. Im Rahmen des ESUG wurden die Rechtsmittel gegen den Insolvenzplan den Neuregelungen angepasst. Die §§ 251 und 253 InsO wurden neu gefasst. Wie das Obstruktionsverbot wurde auch der Rechtsschutz gegen den Plan auf die Anteilseigner erstreckt. Im Folgenden sollen die Rechtsmittel gegen den Insolvenzplan sowie die Verfahrenseröffnung aus Sicht der Anteilshaber dargestellt und untersucht werden.

§ 34 InsO regelt den **Rechtsschutz gegen die Ablehnung der Verfahrenseröffnung** (Abs. 1) **sowie die Eröffnung des Verfahrens** (Abs. 2). Nach § 34 Abs. 2 InsO kann gegen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sofortige Beschwerde erhoben werden. Beschwerdebefugt ist jedoch nur der Schuldner selbst, also die Gesellschaft. Den Anteilshabern steht eine Beschwerdebefugnis nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu, sie können demgemäß nicht gegen den Eröffnungsbeschluss vorgehen. Fraglich ist, ob dies den Rechtsschutz der Anteilshaber unangemessen verkürzt. Teilweise wird eine analoge Anwendung des § 34 Abs. 2 InsO auf die Anteilshaber gefordert. Weitere Stimmen fordern eine Ergänzung des § 34 Abs. 2 InsO durch den Gesetzgeber.

Nach **§ 251 InsO** können die Anteilshaber zwischen der Abstimmung über den Insolvenzplan und der Planbestätigung beim Insolvenzgericht die **Versagung der Bestätigung des Planes** beantragen. § 251 InsO setzt voraus, dass der Antragsteller spätestens im Abstimmungstermin schriftlich oder zu Protokoll widersprochen hat (§ 251 Abs. 1 Nr. 1) und der Antragsteller durch den Plan voraussichtlich schlechter gestellt ist als ohne ihn (§ 251 Abs. 1 Nr. 2). Letzteres ist glaubhaft zu machen (§ 251 Abs. 2 InsO). **§ 253 InsO** regelt die **sofortige Beschwerde gegen die gerichtliche Bestätigung des Insolvenzplans**. Gegenstand der Beschwerde ist die Verletzung von Vorschriften über die Bestätigung des Insolvenzplans. Auch die sofortige Beschwerde setzt voraus, dass der Beschwerdeführer dem Plan spätestens im Abstimmungstermin widersprochen hat (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 InsO), er gegen den Plan gestimmt hat (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 InsO) und er glaubhaft macht, dass er durch den Plan wesentlich schlechter gestellt wird, als er ohne den Plan stünde (§ 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO). Eine wesentliche Schlechterstellung soll ausweislich der Gesetzesbegründung zum ESUG immer dann nicht vorliegen, wenn die Wertdifferenz geringer als 10 % ist.⁷²⁶

Beide Rechtsbehelfe sind voreinander unabhängig. Es soll für die sofortige Beschwerde nicht Voraussetzung sein, dass der Beschwerdeführer im Verfahren der Planbestätigung einen Antrag nach § 251 InsO gestellt hat.⁷²⁷

2. Rechtsschutz gegen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Es wird verschiedentlich als problematisch angesehen, dass die Anteilshaber nicht gegen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgehen können,⁷²⁸ sondern nach geltender Rechts-

⁷²⁵ Braun/Heinrich, NZI, 505 (506).

⁷²⁶ RegE-ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 35.

⁷²⁷ BGH NJW 2014, 2436 (2437).

⁷²⁸ Brinkmann, ZIP 2014, 197 (203); Marotzke, ZInsO 2015, 325 (331 ff.).

lage erst gegen den Planbestätigungsbeschluss Rechtsmittel einlegen können (§ 251 InsO). Teilweise wird angenommen, die Beschwerdebefugnis des Schuldners könne durch eine Analogie oder verfassungskonforme Auslegung des § 34 InsO begründet werden.⁷²⁹ Überwiegend wird dies jedoch abgelehnt. Es bedürfe einer Gesetzesänderung, de lege lata stehe den Gesellschaftern keine Beschwerdebefugnis zu.⁷³⁰

Streitig ist bereits, ob ein Beschwerderecht der Anteilsinhaber gegen den Eröffnungsbeschluss interessengerecht ist. Dagegen wird angeführt, der Gesetzgeber habe sich im Planverfahren bewusst für ein ex-post Verfahren und somit für die Anfechtbarkeit des Bestätigungsbeschlusses entschieden.⁷³¹ Ein Beschwerderecht gegen den Eröffnungsbeschluss würde die Anteilsinhaber besser stellen als die Gläubiger und damit den Gläubigervorrang umkehren.⁷³² Auch sei bei Antragstellung noch ungewiss, ob es überhaupt zu einem Planverfahren und damit zu einer möglichen Beeinträchtigung der Anteilsrechte komme.⁷³³ Es war wiederum der Suhrkamp-Fall, der das Problem der fehlenden Rechtsmittel gegen den Eröffnungsantrag aufdeckte. So hatte zunächst das LG Frankfurt am Main überzeugend begründet, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens grob treuwidrig gewesen sei und der Mehrheitsgesellschafterin per einstweiliger Verfügung verboten, für den Insolvenzplan zu stimmen.⁷³⁴ Diese Entscheidung wurde vom OLG Frankfurt aufgehoben.⁷³⁵ Das Insolvenzverfahren über die Gesellschaft wurde im Suhrkamp-Fall schließlich eröffnet, obwohl die Überschuldung allein auf einer Weigerung der Mehrheitsgesellschafterin beruhte, an der Sanierung mitzuwirken, die Mehrheitsgesellschafterin durch Fälligkeiten eigener Gewinnforderungen die drohende Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft selbst verursachte, vor Verfahrenseröffnung keine Verhandlungen mit externen Gläubigern stattfanden und diese nach dem Plan auch nicht auf Teile ihrer Forderungen verzichten sollten und obwohl der Insolvenzplan die Umwandlung in eine AG vorsah, was zur Entmachtung des Minderheitsgesellschafters führte.⁷³⁶ Kurzum: Der Minderheitsgesellschaftler konnte die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht verhindern, obwohl massive Bedenken bestanden, ob die Eröffnungsvoraussetzungen vorlagen und die Treuwidrigkeit des Vorgehens sich förmlich aufdrängte. Auch wegen der Erfahrungen mit dem Suhrkamp-Fall wird vertreten, dass § 34 Abs. 2 InsO geändert und auf die Anteilsinhaber erstreckt werden soll.⁷³⁷

3. Grenzen des Rechtsschutzes gegen den Insolvenzplan

Die §§ 251, 253 InsO wurden auf die Anteilsinhaber erstreckt. Dies ist folgerichtig, da die Anteilsinhaber seit dem ESUG erstmals Beteiligte des Insolvenzplanverfahrens sind. Es ist

⁷²⁹ *Brinkmann*, ZIP 2014, 197 (203); *Marotzke*, ZInsO 2015, 325 (331 ff.).

⁷³⁰ *Keller* in: K. Schmidt InsO, § 34 Rn. 9; *Mönning* in: Nerlich/Römermann InsO, § 23 Rn. 18; *Westermann*, NZG 2015, 134 (141); *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1945); *Meyer*, DB 2015, 538 (540).

⁷³¹ *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1945).

⁷³² *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1945).

⁷³³ *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1945).

⁷³⁴ LG Frankfurt am Main v. 13.08.2013 – 309 O 78/13, ZIP 2013, 1720 (1723 ff.).

⁷³⁵ OLG Frankfurt am Main v. 01.10.2013 – 5 U 145/13, ZIP 2013, 2018.

⁷³⁶ Vgl. hierzu *Schäfer*, ZIP 2015, 1208 (1209).

⁷³⁷ *Schäfer*, ZIP 2013, 2237 (2242).

indes fraglich, ob die Erstreckung der Rechtsmittel den Anteilshabern einen angemessenen Schutz bietet. Wie beim Obstruktionsverbot finden auch die Rechtsmittel ihre Grenzen beim Erfordernis der Schlechterstellung. Es muss glaubhaft gemacht werden, dass eine Schlechterstellung vorliegt. Zieht man mit der überwiegenden Meinung den Zerschlagungswert als Vergleichsmaßstab für die Schlechterstellung heran, so scheitert der Rechtsschutz regelmäßig. Doch auch unabhängig von der Glaubhaftmachung einer Schlechterstellung stehen der erfolgreichen Einlegung von Rechtsbehelfe nach dem ESUG weitere Hürden entgegen. So ist sowohl der Antrag nach § 251 InsO, als auch die Beschwerde gemäß § 253 InsO abzuweisen, wenn im gestaltenden Teil des Planes für den Fall des Nachweises einer Schlechterstellung Mittel bereitgestellt worden sind (§§ 251 Abs. 3 InsO bzw. 253 Abs. 2 Nr. 3, 251 Abs. 3 InsO). Der Beschwerdeführer wird in diesem Fall zur Klärung der Schlechterstellung auf den zivilrechtlichen Rechtsweg verwiesen (§ 251 Abs. 3 Satz 2 InsO). Er muss Leistungsklage erheben.⁷³⁸ Das laufende Insolvenzplanverfahren soll durch den Rechtsstreit nicht verzögert werden, da eben diese Verzögerung Blockadepotential beinhaltet. Das Insolvenzgericht prüft lediglich, ob die im Plan vorgesehen Mittel ausreichen, um eine etwaige Schlechterstellung des widersprechenden Beteiligten zu kompensieren.⁷³⁹ Eine Besicherung oder auch nur das tatsächliche Bereitstellen der Mittel ist indes nicht erforderlich, es genügt die planerische Rückstellung. Die Bereitstellung von Mitteln für den Fall der Schlechterstellung hat somit zur Folge, dass eine mögliche Schlechterstellung beseitigt wird und der Antrag abzuweisen ist.⁷⁴⁰ Durch die Regelung des § 251 Abs. 3 InsO wird möglichen Blockadepositionen vorgebeugt,⁷⁴¹ gleichzeitig läuft der Rechtsschutz aber häufig ins Leere.

Da nach § 254 Abs. 1 InsO die im gestaltenden Teil des Plans festgelegten Regelungen erst mit Rechtskraft der Bestätigung des Insolvenzplans für und gegen alle Beteiligten wirken, hat die Erhebung der sofortigen Beschwerde zur Folge, dass die Wirkungen des Insolvenzplans nicht eintreten und der Plan nicht umgesetzt werden kann. Neben der Hürde der Glaubhaftmachung einer wesentlichen Schlechterstellung sowie der Möglichkeit, für den Fall einer Schlechterstellung Mittel bereitzustellen (§ 253 Abs. 2 Nr. 3, § 251 Abs. 3 InsO), steht der erfolgreichen Einlegung der sofortigen Beschwerde ein weiteres Hindernis, nämlich das Freigabeverfahren gemäß § 253 Abs. 4 InsO entgegen, welches dem gesellschaftsrechtlichen Freigabeverfahren nach § 246a AktG nachgebildet wurde.⁷⁴² Gemäß § 253 Abs. 4 InsO kann das Gericht eine Beschwerde auf Antrag des Insolvenzverwalters unverzüglich zurückweisen, wenn nach seiner freien Überzeugung die Nachteile einer Verzögerung des Planvollzugs die individuellen Nachteile für den Beschwerdeführer überwiegen, das alsbaldige Wirksamwerden des Insolvenzplans also vorrangig erscheint. Voraussetzung ist, dass kein besonders schwerer Rechtsverstoß vorliegt. Der Beschwerdeführer wird dann auf mögliche Schadensersatzansprüche verwiesen (§ 253 Abs. 4 Satz 3, Satz 4 InsO). Das Freigabeverfahren dient

⁷³⁸ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (436 f.); Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (122).

⁷³⁹ Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 127/11, S. 50.

⁷⁴⁰ Spetzler, KTS 2010, 433 (450).

⁷⁴¹ Willemsen/Rechel, BB 2010, 2059 (2065).

⁷⁴² Eidenmüller, ZIP 2010, 649 (657).

ebenfalls der Beschleunigung des Planvollzugs und der Beseitigung von Blockadepositionen. Dem Insolvenzverwalter wird ein Instrument an die Hand gegeben, die Umsetzung des Insolvenzplans voranzutreiben.⁷⁴³ Von diesem Freigabeverfahren hat das LG Berlin im „Suhrkamp“-Fall Gebrauch gemacht,⁷⁴⁴ weshalb eine Entscheidung der materiell-rechtlichen Fragen letztlich unterblieb.

Der Rechtsschutz gegen den Insolvenzplan bleibt damit deutlich hinter dem gesellschaftsrechtlichen Rechtsschutz zurück. Bei der werbenden Gesellschaft kann jeder Gesellschafter ohne Nachweis einer persönlichen Schlechterstellung verlangen, dass nur rechtmäßige Beschlüsse gefasst werden. Die Verletzung eigener Rechte muss nicht geltend gemacht werden.⁷⁴⁵ Jeder Gesellschafter kann die in der Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse umfassend kontrollieren lassen.⁷⁴⁶ Bei der Aktiengesellschaft kann der Gesellschafter sich hierbei auf die §§ 241 ff. AktG stützen, die für die GmbH analog anzuwenden sind.⁷⁴⁷ Namentlich steht dem Gesellschafter damit die Anfechtungsklage zu, mittels derer der Gesellschafter Gesetzes- oder Satzungsverletzungen rügen kann, ohne eine Verletzung in eigenen Rechten geltend zu machen.⁷⁴⁸ Gegenstand der Anfechtungsklage kann die Verletzung formellen sowie die Verletzung materiellen Rechts sein. Der insolvenzrechtliche Rechtsschutz ist damit gegenüber dem gesellschaftsrechtlichen Rechtsschutz in zweierlei Hinsicht beschränkt. Geltend gemacht werden kann zum einen nur die Verletzung eigener Rechte; zum anderen gewährt die Insolvenzordnung einen reinen Vermögensschutz. Können individuelle Vermögensnachteile nicht glaubhaft gemacht werden, läuft der insolvenzrechtliche Rechtsschutz ins Leere. Die Anteilshaber können somit die Planregelungen inhaltlich nicht kontrollieren lassen. Strukturmaßnahmen können damit durch die Anteilshaber grundsätzlich nicht verhindert werden. Neben den insolvenzrechtlichen Rechtsmitteln kann auch nicht von den gesellschaftsrechtlichen Abwehrrechten der §§ 241 ff. AktG (analog) Gebrauch gemacht werden.⁷⁴⁹ Die insolvenzrechtlichen Rechtsmittel verdrängen den gesellschaftsrechtlichen Rechtsschutz. Nach § 6 InsO, welcher als Vorschrift des allgemeinen Teils für das gesamte Insolvenzverfahren gilt, sind Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Insolvenzgerichtes nur möglich, wenn „dieses Gesetz“, mithin also die Insolvenzordnung, die sofortige Beschwerde vorsieht. Das OLG Frankfurt am Main hat im Rahmen des Suhrkamp-Rechtsstreites des Weiteren entschieden, dass auch der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung unzulässig ist. Auf den Ablauf eines rechtsstaatlichen Verfahrens, vor allem wenn es eigene Rechtsmittel vorsieht, könne nicht dadurch Einfluss genommen und seinem Ergebnis vorgegriffen

⁷⁴³ Landfermann, WM 2012, 821 (827).

⁷⁴⁴ LG Berlin, Beschluss vom 20.10.2014 – 51 T 696/14.

⁷⁴⁵ BGHZ 43, 261 (265 f.); BGHZ 70, 117 (118); K. Schmidt, GesR, § 28 IV 5 e).

⁷⁴⁶ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (437).

⁷⁴⁷ K. Schmidt in: Scholz GmbHG, § 45 Rn 35 ff.

⁷⁴⁸ K. Schmidt, GesR, § 28 IV 5 e); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (437 ff.).

⁷⁴⁹ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (437 ff.); K. Schmidt, BB 2011, 1603 (1609); Haas, NZG 2012, 961 (965); Rattunde, GmbHR 2012, 455 (459).

werden, dass ein an diesem Verfahren Beteiligter durch Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche in seiner Äußerungsfreiheit eingeengt werde.⁷⁵⁰

Dem insolvenzrechtlichen Rechtsschutz liegt der Gedanke zu Grunde, Störungen und Verzögerungen des laufenden Verfahrens auf ein Minimum zu beschränken. Individualinteressen müssen nun im Insolvenzverfahren regelmäßig hinter dem Allgemeininteresse an einer Sanierung zurücktreten. Insbesondere das Freigabeverfahren ist auf Kritik gestoßen.⁷⁵¹ Im Fall Suhrkamp zeigten sich die Defizite des Rechtsschutzes deutlich, da gegen die erneute Freigabeentscheidung des LG Berlin kein Rechtsmittel mehr statthaft war und so der Rechtsstreit ohne Prüfung der Planinhalte entschieden war.⁷⁵² Die Klärung materiell-rechtlicher Fragen kann damit zurückgestellt werden, womit endgültige Zustände geschaffen werden können. Es ist fraglich, ob dieses Ergebnis interessensgerecht ist.

4. Stellungnahme

a. Rechtsschutz im insolvenzrechtlichen Eröffnungsverfahren

Die Beurteilung von Rechtsschutzmöglichkeiten der Anteilsinhaber gegen die Planeröffnung kann nicht von den Erfahrungen im Zusammenhang mit dem Suhrkamp-Verfahren abhängen. Es wird zu Recht angemerkt, der Suhrkamp-Fall sei zu speziell, um den Regelungsansatz des ESUG grundsätzlich in Frage zu stellen.⁷⁵³ Hätte es den Suhrkamp-Fall nicht gegeben, der Rechtsschutz der Anteilsinhaber im Insolvenzeröffnungsverfahren hätte möglicherweise über Jahre nicht in der Diskussion gestanden. Im Regelfall der Insolvenz liegt ein Insolvenzgrund unproblematisch vor. Die rechtsmissbräuchliche Nutzung des Insolvenzverfahrens durch die Mehrheitsgesellschafter dürfte schon deshalb in der Praxis der Ausnahmefall sein, weil das Insolvenzverfahren auch für Mehrheitsgesellschafter erhebliche Risiken birgt. Dies gilt nach dem ESUG umso mehr. Die Mehrheitsgesellschafter laufen Gefahr, ihre Beteiligung an der Gesellschaft zu verlieren. Der Suhrkamp-Fall zeigte, dass der fehlende Rechtsschutz gegen die Insolvenzeröffnung zumindest problematisch sein kann. Trotz erheblicher Bedenken hinsichtlich der Verfahrensvoraussetzungen war eine Überprüfung derselben nicht möglich. Das Insolvenzverfahren ist mit erheblichen Eingriffen in die Rechte der Anteilsinhaber verbunden; ein vollständiger Verlust der Rechtsstellung ist denkbar. Die Eröffnungsvoraussetzungen dienen dem Schutz der Anteilsinhaber. Es soll nur dann das Verfahren eröffnet werden, wenn ein Insolvenzgrund tatsächlich vorliegt. Die Entmachtung der Anteilsinhaber ist andernfalls nicht zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber sollte daher nachbessern und den Anteilseignern ein Beschwerderecht einräumen, welches jedoch von einer bestimmten Beteiligungsquote an der Gesellschaft abhängig gemacht werden sollte. Ein Beschwerderecht einzelner Gesellschafter birgt wiederum Blockadepotential. Der Ausschluss einer Gesellschafterminderheit vom Beschwerderecht ist hinzunehmen, da die Minderheit auch bei der werbenden Gesellschaft kaum Einflussnahmemöglichkeiten hat. Bei einer Gesetzesänderung

⁷⁵⁰ OLG Frankfurt am Main, ZIP 2013, 2018 (2019).

⁷⁵¹ Schäfer, ZIP 2015, 1208 (1209 ff.); Westermann, NZG 2015, 134 (140).

⁷⁵² Schäfer, ZIP 2015, 1208 (1209).

⁷⁵³ Schneider, S. 179 (§ 9 II. 4. d.).

muss zudem der maßgebliche Prüfungszeitpunkt verlagert werden. Nach derzeitiger Rechtslage ist für die Beschwerde nach § 34 InsO der Sach- und Streitstand zum Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung maßgeblich.⁷⁵⁴ Es kann also nicht geprüft werden, ob die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Antragsstellung insolvent war. Hierauf kommt es aber an, da zu kontrollieren ist, ob die Voraussetzungen der Insolvenzeröffnung zum Zeitpunkt der Antragstellung vorlagen.

Nach geltendem Recht steht den Anteilsinhabern keine Beschwerdemöglichkeit zu. Eine analoge Anwendung des § 34 Abs. 2 InsO auf die Gesellschafter ist abzulehnen. Eine Regelungslücke liegt nicht vor. Der Gesetzgeber hat sich im Sinne der Beschleunigung des Verfahrens bewusst gegen eine Anfechtbarkeit des Eröffnungsbeschlusses durch die Anteilseigner entschieden.⁷⁵⁵ Blockademöglichkeiten sollten reduziert werden. Der Gesetzgeber hat dafür bewusst Individualrechte der Anteilsinhaber geopfert.

Die Einräumung eines Beschwerderechts der Anteilsinhaber gegen die Insolvenzeröffnung würde diese nicht gegenüber den Gläubigern übervorteilen. Den Gläubigern steht kein Beschwerderecht gegen die Eröffnung des Verfahrens zu. Zum Schutz der berechtigten Interessen der Gläubiger ist ein Rechtsbehelf gegen die Verfahrenseröffnung aber auch nicht notwendig. Das Insolvenzverfahren dient der Befriedigung der Gläubiger. Etwaige partielle Nachteile der Gläubiger durch die Verfahrenseröffnung werden aufgewogen durch umfassende Gläubigerschutzvorschriften. Eingriffe in ihre Rechtsstellung haben die Gläubiger grundsätzlich nicht zu besorgen. Vor und nach Verfahrenseröffnung steht den Gläubigern die Forderung gegen die Gesellschaft zu. Eine etwaige Kürzung der Forderung ist der Werthaltigkeit derselben geschuldet und nicht der Verfahrenseröffnung. Eine neue Blockadeposition ist durch die Erstreckung des Beschwerderechts auf die Gesellschafter nicht zu befürchten, sofern dieses Beschwerderecht von einer bestimmten Quote abhängig gemacht wird. Schon nach geltendem Recht steht dem Schuldner das Beschwerderecht gegen die Eröffnungsentscheidung zu. Bei einem Gläubigerantrag hat die Schuldnergellschaft also schon jetzt die Möglichkeit, gegen die Eröffnung vorzugehen. Die Erstreckung auf eine Gesellschafterminderheit führt nur dazu, dass (wie im Suhrkamp-Verfahren) auch Eigenanträge der Gesellschaft überprüft werden können. Die Erweiterung des Rechtsschutzes wirkt sich damit nur bei Binnenkonflikten innerhalb der Gesellschaft aus. Es ist nicht zu besorgen, dass gegen die Gläubiger neue Blockaden in Stellung gebracht werden. Vielmehr wird lediglich der Treuepflichtgedanken auf das Eröffnungsverfahren erstreckt.

b. Rechtsschutz gegen die Planbestätigung

Blockadepositionen durch Einlegung von Rechtsmitteln, wie sie vor dem ESUG zu beklagen waren, sind nach dem ESUG nicht mehr zu befürchten.⁷⁵⁶ Nach alter Rechtslage war eine sofortige Beschwerde (§ 233 InsO a.F.) bereits zulässig, wenn der Insolvenzplan den Beschwerdeführer in seinen Rechten beeinträchtigte. Nach dem ESUG ist zur Abwendung der

⁷⁵⁴ Zipperer, ZIP 2015, 2002 (2003).

⁷⁵⁵ So auch Thole, ZIP 2013, 1937 (1945).

⁷⁵⁶ Willemsen/Rechel, BB 2010, 834 (840).

Rechtsmittel, selbst im Falle der Glaubhaftmachung einer Schlechterstellung, regelmäßig ausreichend, dass der Insolvenzplan die Bereitstellung von Mittel für den Fall einer Schlechterstellung regelt. Die Streitigkeiten sind damit außerhalb des Insolvenzverfahrens zu klären. Verzögerungen des Insolvenzverfahrens sind nicht zu besorgen. Sollten die Anteilsinhaber mit ihren Rechtsmitteln ausnahmsweise durchdringen, bleibt immer noch das Freigabeverfahren. Das Freigabeverfahren ist geeignet, dem Rechtsschutz auch das letzte Blockadepotential zu nehmen. Faktisch besteht damit aber auch kein wirksamer Rechtsschutz gegen den Plan. Der Gesellschaft ist es nicht mehr möglich, die Wirkungen des Planes zu beseitigen.⁷⁵⁷ Endgültige Zustände werden geschaffen. Der insolvenzrechtliche Rechtsschutz bleibt damit weit hinter dem gesellschaftsrechtlichen Rechtsschutz zurück.⁷⁵⁸

Ob dieser Zustand aus Gründen der Beschleunigung des Planverfahrens hinzunehmen ist, ist aus Sicht der Anteilsinhaber durchaus kritisch zu beurteilen. Eine Sanierung um jeden Preis kann nicht das Ziel des Verfahrens sein. Die berechtigten Interessen der Beteiligten sind zu wahren. Die Interessen der Gesellschafter sind auch verfassungsrechtlich geschützt. Ihre vollständige Suspendierung verstieße gegen das Grundgesetz. Das Eigentumsrecht umfasst auch den Anspruch auf faire Verfahrensführung, der die Gerichte verpflichtet, das jeweilige Rechtsschutzbegehren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu prüfen.⁷⁵⁹

Nach der hier vertretenen Ansicht muss zunächst Vergleichsmaßstab der Schlechterstellung die konkret angestrebte Sanierung sein, wie sie sich außerhalb des Planverfahrens darstellen würde.⁷⁶⁰ Der Rechtsschutz scheidet in diesem Fall nicht schon regelmäßig am Merkmal der Schlechterstellung, bleibt aber dennoch defizitär. Das Freigabeverfahren ermöglicht die Durchführung des Verfahrens trotz Zweifel an der Rechtmäßigkeit. Durch das Freigabeverfahren können endgültige Zustände geschaffen werden. Es sollte daher vom Gesetzgeber klargestellt werden, was unter einem besonders schweren Rechtsverstoß zu verstehen ist, der eine Freigabeentscheidung nach § 253 Abs. 4 InsO unzulässig macht. Insbesondere bei gesellschaftsrechtlich fragwürdigen Planregelungen sollte ein solcher Rechtsverstoß angenommen werden. Rechtfertigen ließe sich dies mit der direkten Betroffenheit verfassungsrechtlich geschützter Positionen, namentlich des Eigentumsrechts und der Vereinigungsfreiheit. Blockadepositionen der Anteilsinhaber sind nicht zu befürchten. Die Hürden des insolvenzrechtlichen Rechtsschutzes sind hoch. Er bietet den Anteilsinhabern nur ein Minimum an Schutz. Um den Rechtsschutz nicht völlig auszuhöhlen müsste außerdem ein Rechtsmittel gegen die Freigabeentscheidung eröffnet werden, damit materiell-rechliche Fragen nicht einfach durch die Freigabeentscheidung übergangen werden können.⁷⁶¹

⁷⁵⁷ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (437).

⁷⁵⁸ K. Schmidt, BB 2011, 1603 (1609); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (436); Haas, NZG 2012, 961 (965).

⁷⁵⁹ BVerfG v. 17.04.2015 – 2 BvR 1986/14, ZinsO 2015, 1496 (1497).

⁷⁶⁰ Vgl. hierzu oben unter III. 2. c).

⁷⁶¹ So auch Schäfer, ZIP 2015, 1208 (1212).

V. Vereinbarkeit der Neuregelungen mit der Verfassung

1. Einführung

Umstritten ist, ob die durch das ESUG neu eingeführten Normen mit der Verfassung in Einklang zu bringen sind. Die nach den §§ 217, 225a InsO möglichen, weitreichenden Eingriffsmöglichkeiten in gesellschaftsrechtliche Positionen verbunden mit der Zustimmungsfiktion des § 245 InsO stellen nach allgemeiner Ansicht einen Eingriff in Art. 9 und 14 GG dar.⁷⁶² Die Mitgliedschaft in der Gesellschaft sowie die Betätigung in dieser werden von Art. 9 GG geschützt.⁷⁶³ Das Anteilseigentum derweil fällt in den Schutzbereich des Art. 14 GG.⁷⁶⁴ In der Regierungsbegründung heißt es zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Neuregelungen schlicht, eine Verletzung von Art. 14 GG sei nicht gegeben, da sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die schützenswerte Rechtsposition der Anteilsinhaber auf den Vermögenswert reduziere, der dem Anteils- oder Mitgliedschaftsrecht zukomme.⁷⁶⁵ Weiter heißt es, es sei durch die Normen der Insolvenzordnung gesichert, dass die Anteilsinhaber diesen Wert nicht gegen ihren Willen verlören, da ihnen die Mitwirkung am Verfahren sowie der Minderheitenschutz garantiert sei.⁷⁶⁶ Im Übrigen seien sie für den Anteilsverlust zu entschädigen.

2. Eingriff in Art. 14 GG

a. Meinungsstand

In der Literatur wird teilweise vertreten, ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG liege nicht vor.⁷⁶⁷ Die vermögensrechtliche Komponente der Mitgliedschaft sei im Hinblick auf § 199 Satz 2 entwertet.⁷⁶⁸ Auch die Teilhabe- und Mitwirkungsrechte seien stark eingeschränkt, da die Gesellschaft durch die Insolvenzeröffnung aufgelöst werde.⁷⁶⁹ Es bestünden in der Insolvenz nur noch „wirkungsentkleidete Mitgliedschafts- und Teilhaberechte“⁷⁷⁰. Eine Beeinträchtigung derselben erreiche nicht die für die Annahme eines Eingriffs nötige Intensität und Zielgerichtetheit.⁷⁷¹ Die Alternative zum Planverfahren sei die Liquidation, welche zur Folge habe, dass der insolvente Rechtsträger im Register gelöscht werde. Die Anteile gingen auf diesem Weg ohnehin unter.⁷⁷² Die Gesellschafter könnten daher ab Eröffnung des Insol-

⁷⁶² Eidenmüller in: MüKo InsO, § 217 Rn. 76; Stöber, ZinsO 2012, 1811 (1819); Meyer/Degener, BB 2011, 846 (848); Uhlenbruck, NZI 2008, 201 (203); Verse, ZGR 2010, 299 (310 ff.); Simon/Merkelbach NZG 2012, 121 (126), jedenfalls im Hinblick auf einen Bezugsrechtsausschluss); Noack in: FS Röhrich, S. 459; Urlaub, ZIP 2011, 1040 (1044); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (425); Decher/Voland, ZIP 2013, 103 (108 f.); Bay/Seeburg/Böhmer, ZinsO 2011, 1927 (1927 ff.).

⁷⁶³ BVerfG NJW 1979, 706.

⁷⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.8.2000 – 1 BvR 68/95 und 1 BvR 147/97, NJW 2001, 279; BVerfG, Beschl. v. 30.5.2007 – 1 BrV 1267/06, NJW 2007, 3266; BVerfG, Beschl. v. 26.4.2011 – 1 BvR 2658/10, NJW 2011, 2498.

⁷⁶⁵ Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 18.

⁷⁶⁶ Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 18.

⁷⁶⁷ Hölzle, NZI 2011, 124 (127).

⁷⁶⁸ Hölzle, NZI 2011, 124 (127).

⁷⁶⁹ Hölzle, NZI 2011, 124 (127).

⁷⁷⁰ Hölzle, NZI 2011, 124 (127).

⁷⁷¹ Hölzle, NZI 2011, 124 (127).

⁷⁷² Gehrlein, NZI 2012, 257 (262).

venzverfahrens nicht mehr mit einem Erhalt ihrer Anteile rechnen.⁷⁷³ Teilweise werden die Anteilsinhaber ab Verfahrenseröffnung als bloße Treuhänder der Gläubiger angesehen.⁷⁷⁴

Nach überwiegender Ansicht liegt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG vor.⁷⁷⁵ Das im Gesellschaftsanteil verkörperte Anteilseigentum ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von Art. 14 GG geschützt.⁷⁷⁶ Der Gesellschaftsanteil sowie die Mitgliedschaftsrechte fallen in den Schutzbereich des Art. 14 GG.⁷⁷⁷ Insbesondere das Modell des Treuhänders wird als zu weitgehend empfunden.⁷⁷⁸ Vom Schutzgehalt erfasst sei nicht nur die vermögensrechtliche Komponente der Mitgliedschaft. Art. 14 GG gewähre vielmehr auch den Schutz der aus der Mitgliedschaft folgenden Teilhaberechte.⁷⁷⁹ Die teilhaberechtliche Komponente beinhaltet die Mitwirkung an der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks, die Ausübung von Leitungsbefugnissen über die Gesellschafter- oder Hauptversammlung sowie die Wahrung der Position des jeweiligen Anteilsinhabers in der Gesellschaft.⁷⁸⁰ Die Auflösung der Gesellschaft durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens stehe einem Eingriff in verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte nicht entgegen, solange noch die Chance auf Fortführung der Gesellschaft und somit auf Erhalt der Beteiligung bestehe.⁷⁸¹ Der Wert der Anteile sei nicht maßgebend für die Eröffnung des Schutzbereiches.⁷⁸² Unter den Eigentumsbegriff fielen auch völlig wert- und sogar nutzlose Positionen.⁷⁸³ Für die Annahme eines Eingriffes sei unbeachtlich, ob den Anteilsrechten in der Insolvenz noch ein Vermögenswert zukommt. Ebenso sei unbeachtlich, ob aus den Anteilsrechten tatsächlich noch Teilhabe- und Mitwirkungsrechte folgen.⁷⁸⁴ Die Regelungen der Insolvenzordnung seien derweil nicht als Enteignung einzustufen, sondern als bloße Inhalts- und Schrankenbestimmungen.⁷⁸⁵ Eine Enteignung liege nur dann vor, wenn sie vom Staat ausgehe oder von einem mit Zwangsrechten beliehenen Unternehmer und der staatliche Eingriff auf die zielgerichtete

⁷⁷³ Gehrlein, NZI 2012, 257 (262).

⁷⁷⁴ Bitter, ZGR 2010, 147 (191 f.).

⁷⁷⁵ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 217 Rn. 76; Stöber, ZinsO 2012, 1811 (1819); Meyer/Degener, BB 2011, 846 (848); Uhlenbruck, NZI 2008, 201 (203); Verse, ZGR 2010, 299 (310 ff.); Simon/Merkelbach NZG 2012, 121 (126, jedenfalls im Hinblick auf einen Bezugsrechtsausschluss); Noack in: FS Röhrich, S. 459; Urlaub, ZIP 2011, 1040 (1044); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (425); Decher/Voland, ZIP 2013, 103 (108 f.); zumindest mit Zweifeln hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit: Willemsen/Rechel, BB 2011, 834 (839).

⁷⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.8.2000 – 1 BvR 68/95 und 1 BvR 147/97, NJW 2001, 279; BVerfG, Beschl. v. 30.5.2007 – 1 BrV 1267/06, NJW 2007, 3266; BVerfG, Beschl. v. 26.4.2011 – 1 BvR 2658/10, NJW 2011, 2498.

⁷⁷⁷ BVerfG v. 07.08.1962 – 1 BvL 16/60; BVerfG v. 07.05.1969 – 2 BvL 15/67; BVerfGE 102, 197; Papier in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 14 Rn. 195 (Loseblatt: Stand Juli 2010, 59. EGL); Verse, ZGR 2010, 299 (310); Eidenmüller in: MüKo InsO, § 217 Rn. 76; Noack in: FS Röhrich, S. 459; Hölzle, NZI 2011, 124 (127); Decher/Voland, ZIP 2013, 103 (108 f.); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (425).

⁷⁷⁸ Brinkmann, WM 2011, 97 (100); K. Schmidt, BB 2011, 1603 (1607 und 1609).

⁷⁷⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.8.2000 – 1 BvR 68/95 und 1 BvR 147/97, NJW 2001, 279; BVerfG, Beschl. v. 26.4.2011 – 1 BvR 2658/10, NJW 2011, 2498; BVerfG, Beschl. v. 30.5.2007 – 1 BrV 1267/06, NJW 2007, 3266; Hölzle, NZI 2011, 124 (127); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (425); Decher/Voland, ZIP 2013, 103 (108 f.).

⁷⁸⁰ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (425).

⁷⁸¹ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (427).

⁷⁸² Willemsen/Rechel, BB 2011, 834 (839).

⁷⁸³ BVerfG v. 11.07.2012 – BvR 3142/07; BVerfGE 132, 99, 119; Willemsen/Rechel, Komm. ESUG, § 225a Rn. 17.

⁷⁸⁴ BVerfG v. 11.07.2012 – BvR 3142/07; BVerfGE 132, 99, 119.

⁷⁸⁵ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 217 Rn. 76; Verse, ZGR 2010, 299 (310); Noack in: FS Röhrich, S. 459; Decher/Voland, ZIP 2013, 103 (108 f.); Schmidt-Preuß, NJW 2016, 1269 (1271).

Entziehung einer durch Art. 14 GG geschützten, konkreten und subjektiven Rechtspositionen gerichtet sei.⁷⁸⁶ Im Insolvenzverfahren finde kein Hoheitakt statt, sondern eine durch das Gesetz geregelte Mehrheitsentscheidung der am Insolvenzplan Beteiligten.⁷⁸⁷ Durch die Planbestätigung des Insolvenzgerichts werde lediglich die privatautonom getroffene Entscheidung der Beteiligten überprüft.⁷⁸⁸ Der Eigentumsentzug diene zudem dem Ausgleich privater Interessen und damit keiner öffentlichen Aufgabe.⁷⁸⁹

Der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG ist nach überwiegender Ansicht durch die kollidierenden Verfassungsgüter der Gläubiger gerechtfertigt.⁷⁹⁰ Die Befriedigungsinteressen der Gläubiger fielen ebenfalls in den Schutzbereich.⁷⁹¹ Die Rechtmäßigkeit der Inhalts- und Schrankenbestimmung bestimme sich nach der Verhältnismäßigkeit der Regelung.⁷⁹² Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, die kollidierenden Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen und zu einem gerechten Ausgleich zu bringen.⁷⁹³ Die durch das ESUG eingeführten Neuregelungen seien geeignet, das Sanierungsziel zu erreichen und ebenso erforderlich, da keine weniger einschneidende Alternative ersichtlich sei.⁷⁹⁴ Im Übrigen seien sie auch verhältnismäßig im engeren Sinne.⁷⁹⁵ Überwiegend wird angenommen, den Befriedigungsinteressen der Gläubiger sei der Vorrang vor den Interessen der Anteilsinhaber einzuräumen.⁷⁹⁶ Dies gelte jedenfalls, soweit dies zur Wahrung der Rechte der Gläubiger erforderlich sei und die Anteilsinhaber wirtschaftlich voll entschädigt würden.⁷⁹⁷ Die Gläubigerinteressen seien schon deshalb als vorrangig zu bewerten, weil sie anders als die Gesellschafter nicht die Möglichkeit hätten, Einfluss auf das Schicksal des Unternehmens auszuüben.⁷⁹⁸ Zudem hätten sich die Gesellschafter durch die Teilnahme am Rechtsverkehr und durch die Aufnahme von Fremdkapital den insolvenzrechtlichen Regelungen unterworfen.⁷⁹⁹ Die Gesellschafter verlören durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihre Gestaltungsmacht (§ 157 InsO) und die Verfügungsbefugnis über das Vermögen (§ 80 InsO).⁸⁰⁰ Damit gehe ein Entzug der Leitungsmacht einher, der es auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten erlaube, Grundlagenentscheidun-

⁷⁸⁶ *Papier* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 14 Rn. 531 (Loseblatt: Stand Juli 2010, 59. EGL); *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 217 Rn. 76; *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (108 f.); *Schmidt-Preuß*, NJW 2016, 1269 (1271).

⁷⁸⁷ *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 217 Rn. 76; *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (848); *Urlaub*, ZIP 2011, 1040 (1044); *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (109).

⁷⁸⁸ *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (109).

⁷⁸⁹ *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (109).

⁷⁹⁰ *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (848); *Noack* in: FS Röhrich, S. 459; *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (109 f.); *Braun/Frank* in: Braun InsO, § 251 Rn. 2; *Landfermann*, WM 2012, 821 (829).

⁷⁹¹ *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (848); *Verse*, ZGR 2010, 299 (310); *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (428).

⁷⁹² *Schmidt-Preuß*, NJW 2016, 1269 (1271).

⁷⁹³ *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (428).

⁷⁹⁴ *Schmidt-Preuß*, NJW 2016, 1269 (1271).

⁷⁹⁵ *Schmidt-Preuß*, NJW 2016, 1269 (1271).

⁷⁹⁶ *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (848); *Verse*, ZGR 2010, 299 (310); *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (109).

⁷⁹⁷ *Verse*, ZGR 2010, 299 (310); *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 217 Rn. 76; *Gehrlein*, NZI 2012, 257 (262); *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (848).

⁷⁹⁸ *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (109).

⁷⁹⁹ *Willemsen/Rechel*, BB 2010, 2059 (2064).

⁸⁰⁰ *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (465).

gen in die Hand der Beteiligtenversammlung zu legen.⁸⁰¹ Der verfassungsrechtlichen Position der Anteilshaber sei hinreichend dadurch Rechnung getragen, dass sie am Verfahren beteiligt sind und ihnen Rechtsmittel zur Seite gestellt werden.⁸⁰² Die mitgliedschaftliche Komponente des Anteilseigentums sei nicht schützenswert, da diese im Regelverfahren ohnehin unterginge.⁸⁰³ Auch im Regelverfahren beschränke sich der Schutz der Anteilshaber auf die Auskehr eines etwaigen Überschusses nach § 199 Satz 2 InsO.⁸⁰⁴ An dem vollständigen Untergang der Anteile im Regelverfahren störe sich niemand.⁸⁰⁵ Der vermögensrechtlichen Komponente könne durch eine Abfindung Rechnung getragen werden.⁸⁰⁶ Es sei nicht einzusehen, warum im Planverfahren strengere Anforderungen als im Regelverfahren gelten sollten.⁸⁰⁷ Wertlose Gesellschafteranteile könnten darüber hinaus auch außerhalb des Insolvenzverfahrens entzogen werden.⁸⁰⁸ So habe das Bundesverfassungsgericht Eingriffe in Gesellschafterrechte beim Squeeze-Out für zulässig erklärt.⁸⁰⁹

Teilweise wird angenommen, die durch das ESUG eingeführten Regelungen seien unverhältnismäßig.⁸¹⁰ So müssten insbesondere im Blick auf § 245 InsO die Interessen der Anteilshaber nahezu vollständig zurücktreten. Der Vergleich mit dem Squeeze-Out trage nicht, da dieser auf einer Mehrheitsentscheidung der Gesellschafter beruhe und sich die Gesellschafter durch ihren Beitritt in die Gesellschaft freiwillig der Zwangswirkung von Mehrheitsentscheidungen innerhalb der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung unterworfen hätten.⁸¹¹ In der Insolvenz stehe dagegen ein Entzug durch Dritte in Rede. Ein Squeeze-Out durch einfachen Mehrheitsentscheid sei aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht darstellbar.⁸¹² Verhältnismäßig sei dieser Ausschluss nur deshalb, weil er sich auf eine 95 % Mehrheit beziehe und den verbleibenden Kleinbeteiligungen ein unverhältnismäßiges Blockadepotential zukomme.⁸¹³ Weiter wird argumentiert, die Beschränkung der Rechte der Anteilseigner auf den Schutz der vermögensrechtlichen Komponente der Mitgliedschaft könne nur überzeugen, wenn das Verfahren auf Abwicklung und Beendigung der Gesellschaft gerichtet sei.⁸¹⁴ Sollte die Gesellschaft dagegen reorganisiert und fortgeführt werden, lebe die mitverwaltungsrechtliche Komponente der Mitgliedschaft wieder auf.⁸¹⁵ Gegenstand der insolvenz-

⁸⁰¹ *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (465).

⁸⁰² *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (109).

⁸⁰³ *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (110); *Verse*, ZGR 2010, 299 (310).

⁸⁰⁴ *Verse*, ZGR 2010, (299) 310.

⁸⁰⁵ *Verse*, ZGR 2010, (299) 310.

⁸⁰⁶ *Decher/Voland*, ZIP 2013, (103) 110.

⁸⁰⁷ *Verse*, ZGR 2010, 299 (310).

⁸⁰⁸ *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (465).

⁸⁰⁹ Beschl. BVerfG vom 30.05.07 – 1 BvR 390/04 in NZG 2007, 587.

⁸¹⁰ *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (428); *Stöber*, ZinsO 2012, 1811 (1819).

⁸¹¹ *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (426).

⁸¹² *Schäfer*, ZIP 2013, 2237 (2242).

⁸¹³ *Schäfer*, ZIP 2013, 2237 (2242).

⁸¹⁴ *Stöber*, ZinsO 2012, 1811 (1819).

⁸¹⁵ *Stöber*, ZinsO 2012, 1811 (1819).

rechtlichen Haftung sei nicht die Organisation der Schuldnergesellschaft, sondern allein deren Vermögen.⁸¹⁶

b. Stellungnahme

Die durch das ESUG eingeführten Regelungen greifen in den Schutzbereich des Art. 14 GG ein; sie sind jedoch durch die kollidierenden Rechte der Gläubiger gerechtfertigt.⁸¹⁷ Wie das Anteilseigentum, fallen auch die Forderungen in den Schutzbereich des Art. 14 GG.⁸¹⁸ Den Gläubigerrechten ist der Vorrang einzuräumen, sofern im Einzelfall dem Anteilseigentum kein Wert mehr zukommt und auch wirksame Teilhaberechte nicht entzogen werden. Diesen Grundsätzen kann durch die verfassungskonforme Auslegung der insolvenzrechtlichen Vorschriften Rechnung getragen werden.

(1) Eingriff in den Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 14 GG ist unabhängig davon eröffnet, ob den Anteilen noch ein wirtschaftlicher Wert zukommt oder nicht. Auch die Entziehung wertloser Anteile stellt einen Eingriff dar. Art. 14 GG schützt nicht nur die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft, sondern auch die teilhaberechtliche. Zwar erfasst Art. 14 GG nicht bloße Chancen; mit dem Anteilseigentum haben die Anteilseigner jedoch eine konkrete Rechtsposition inne, die den Schutz von Art. 14 GG genießt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Gesellschaft personalistisch ausgestaltet ist oder sich die Mitgliedschaft im bloßen Halten von Aktien erschöpft. Durch die Regelung von Mitgliedschaftsrechten im Insolvenzplan in Verbindung mit den Abstimmungsregeln der Insolvenzordnung wird sowohl in die Teilhabe- als auch in die Vermögensrechte der Gesellschafter eingegriffen. Die rein vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft ist derweil durch die einfachgesetzlichen Regelungen der Insolvenzordnung selbst geschützt. Ein Wertentzug ist im Insolvenzverfahren zu kompensieren (vgl. §§ 199, 225a Abs. 5, 245 InsO). Nach § 225a Abs. 5 ist der ausscheidende Gesellschafter abzufinden, wenn dem Anteil noch ein Wert zukommt. Gemäß § 245 Abs. 1, Abs. 3 InsO wird die Zustimmung der Anteilsinhaber nur dann ersetzt, wenn sie nicht schlechter stehen als sie ohne den Insolvenzplan stünden. Im Regelverfahren sind die Anteile im Hinblick auf § 199 InsO regelmäßig nicht mehr werthaltig.⁸¹⁹ Ein Überschuss nach Schlussverteilung ist jedoch, was selbstverständlich ist, an die Gesellschafter auszukehren.⁸²⁰ Soweit die Anteile der Anteilsinhaber also noch werthaltig sind, kann den Anteilsinhabern dieser wirtschaftliche Wert auch im Insolvenzverfahren nicht entzogen werden.

⁸¹⁶ Stöber, ZinsO 2012, 1811 (1819).

⁸¹⁷ Meyer/Degener, BB 2011, 846 (848); Noack in: FS Röhricht, S. 459; Decher/Voland, ZIP 2013, 103 (109 f.); Braun/Frank in: Braun InsO, § 251 Rn. 2; Landfermann, WM 2012, 821 (829).

⁸¹⁸ BVerfG v. 23.09.1992 – 1 BvR 2530/04, BVerfGE 116, 1, 13; BVerfG v. 26.11.2009 – 1 BvR 339/09, ZIP 2010, 237 (238).

⁸¹⁹ Bitter, ZGR 2010, 147 (191); Thole, ZIP 2013, 1937 (1939).

⁸²⁰ Die Verfassungsmäßigkeit von 199 InsO selbst im Hinblick auf die Nachrangigkeit der Gesellschafter wird in der Literatur nicht hinterfragt. Pühl sieht den Grund hierfür darin, dass die Anteilsinhaber sich durch Aufnahme von Fremdkapital freiwillig dieser Haftungshierarchie unterworfen haben, vgl. Pühl, § 6 Rn. 293.

(2) Rechtfertigung

Zum Schwur kommt es daher nur, wenn es um den Schutz der teilhaberechtlichen Seite der Mitgliedschaft, etwa um einen Anspruch auf Weiterbeteiligung an der Gesellschaft geht. Durch Geld kann ein Eingriff in die teilhaberechtliche Seite der Mitgliedschaft nicht vollständig kompensiert werden. Die Neuregelungen der Insolvenzordnungen greifen auch in die teilhaberechtliche Seite der Mitgliedschaft ein. Die Anteilshaber werden von Entscheidungen weitgehend ausgeschlossen, da gemäß § 244 Abs. 3 InsO nur eine einfache Mehrheit zur Annahme des Planes erforderlich ist und die Zustimmung über § 245 Abs. 1, Abs. 3 InsO ersetzt werden kann. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 14 GG hängt von der Art des Eingriffs ab.⁸²¹ Durch die Regelungen der Insolvenzordnung werden die Anteilshaber nicht enteignet (Art. 14 Abs.3); es handelt sich um bloße Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG).⁸²² Der Staat greift nicht durch einen finalen hoheitlichen Rechtsakt zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in das Eigentum des Anteilshabers ein,⁸²³ sondern stellt ein kollektives Zwangsvollstreckungsverfahren zur Befriedigung privatrechtlicher Interessen der Gläubiger zur Verfügung. Eine Inhalts- und Schrankenbestimmung ist nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG gerechtfertigt, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen ist. Es obliegt dem Gesetzgeber Inhalt und Schranken des Eigentums auszugestalten.

Die Rechtfertigung eines Eingriffs sowie der Umfang des gegebenenfalls gerechtfertigten Eingriffs bemessen sich anhand der schutzwürdigen Gläubigerinteressen. Wie die Anteilsrechte sind auch die Gläubigerforderungen durch Art. 14 GG geschützt.⁸²⁴ Eine Unterscheidung zwischen Fremd- und Eigenkapital ist dem Verfassungsrecht fremd. Ein Eingriff in die Anteilsrechte ist gerechtfertigt, wenn er geeignet, erforderlich und angemessen ist, um die Befriedigung der Gläubiger zu gewährleisten.

Der teilweise Entzug von Teilhaberechten im Insolvenzverfahren ist **geeignet und erforderlich**, um die Gläubigerbefriedigung zu sichern. Die Angemessenheit des Eingriffs in die Mitgliedschaftsrechte bemisst sich an einer Abwägung der Interessen der Gesellschafter und der Gläubiger. Die Gläubiger müssen grundsätzlich über die Verwertung bestimmen können. Sie sind in der Insolvenzsituation vorrangig zu befriedigen und entscheiden im Hinblick auf die oftmalige Wertlosigkeit der Anteile regelmäßig ausschließlich über die ihnen zuzuordnenden Mittel. Es begegnet daher aufgrund der vorrangigen Interessen der Gläubiger keinen Bedenken, wenn die Anteilshaber zu zwangsweise Planunterworfenen werden und eine einfache Mehrheit zur Annahme des Planes genügt. Für die Minderheitsgesellschafter ergibt sich eine Legitimation des Eingriffs in die teilhaberechtliche Seite schon daraus, dass ihnen auch bei

⁸²¹ BVerGE v. 15.07.1981 – 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300, 330 ff.

⁸²² So auch: *Sassenrath*, ZIP 2003, 1517 (1523); *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn. 44; *Decher/Volland*, ZIP 2013, 103 (108 f.); im Anschluss daran auch Schulz, S. 162.

⁸²³ Vgl. zur Enteignung die ständige Rechtsprechung des BVerfG: BVerfG v. 07.08.1962 – 1 BvL 16/60, BVerfGE 14, 263, 276 f. (Feldmühle); BVerfG v. 15.07.1981 – 1 BvL 77/78, BVerfGE 58/300 (Nassauskiesung); Papier in: *Maunz/Dürig* GG, Art. 14 Rn 531 f.

⁸²⁴ So auch *Eidenmüller/Engert*, ZIP 2009, 541 (546); *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (848).

der werbenden Gesellschaft eine Leitungsmacht nicht zukommt.⁸²⁵ Auch der Mehrheitsgesellschafter hat einen Eingriff in die Teilhabe- und Mitbestimmungsrechte hinzunehmen. Im Regelverfahren ist das Teilhaberecht der Anteilsinhaber zurückgedrängt zu Gunsten der Gläubigerautonomie sowie der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters über die Insolvenzmasse. Nach § 157 InsO obliegt es der Gläubigerversammlung, über die Fortführung oder Stilllegung des Unternehmens zu unterscheiden. Als unvereinbar mit verfassungsrechtlichen Vorgaben werden die Vorschriften des Regelverfahrens deshalb aber nicht eingestuft. Sie sind auch notwendig, um die Haftung zu realisieren.

Um die Maximierung der Masse zu ermöglichen und (unbillige) Blockadepositionen zu verhindern, ist die **Erstreckung des Obstruktionsverbots** auf die Anteilsinhaber verhältnismäßig. Die Reichweite des Obstruktionsverbotes derweil ist unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Anteilsinhaber zu bestimmen. Der Gesetzgeber hat das Obstruktionsverbot inhaltlich begrenzt und die Entziehung oder Beschränkung von Mitgliedschaftsrechten von einer Einzelfallprüfung abhängig gemacht. Diese Einzelfallprüfung ist unter Beachtung der verfassungsrechtlich geschützten Positionen durchzuführen. Es kann nicht jede Insolvenzplanregelung mit dem Hinweis gerechtfertigt werden, dass die Anteile im Regelverfahren ohnehin untergingen. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Schlechterstellung durch den Plan vorliegt oder nicht. Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann dadurch Rechnung getragen werden, dass als Vergleichsmaßstab für eine Schlechterstellung die konkret angestrebte Sanierungsvariante außerhalb des Planverfahrens herangezogen wird. Eine unverhältnismäßige Benachteiligung der Anteilsinhaber kann dadurch ausgeschlossen werden. Den Anteilsinhabern werden die rechtsträgergebundenen Werte belassen.

Der **Entzug des Gesellschaftsanteils** ist grundsätzlich nicht möglich, wenn dem Gesellschaftsanteil noch ein Wert beizumessen ist. Dies gilt auch dann, wenn der Verlust des Anteils finanziell kompensiert würde. Folgende Erwägungen führen zu diesem Schluss: Wird die Gesellschaft liquidiert, ist nur deshalb der Untergang der Anteile gerechtfertigt, weil der gesamte Rechtsträger untergeht. Wird der Rechtsträger weitergenutzt, ist die Beteiligung am Rechtsträger schutzwürdig und werthaltig. Der Entzug werthaltiger Anteile kommt aus verfassungsrechtlicher Sicht nur unter engsten Voraussetzungen in Betracht.⁸²⁶ Die Gläubigerinteressen indes sind nicht vorrangig. Die Gläubiger sind nur in ihren finanziellen Interessen geschützt. Darüberhinaus kommt ein Wertentzug zu Lasten der Anteilsinhaber nicht in Betracht. Ein Ausschluss der Anteilsinhaber ist insbesondere, aber eben nicht nur dann problematisch, wenn die Gesellschafter Sanierungsbeiträge tatsächlich leisten wollen.⁸²⁷ Es beeinträchtigt die Gläubiger nicht in ihren schutzwürdigen Interessen, wenn die Anteilsinhaber für eine Weiterbeteiligung an der Gesellschaft „bezahlen“, also der Gesellschaft frische Mit-

⁸²⁵ Pühl, § 6 Rn 302.

⁸²⁶ Die Verfassungsmäßigkeit des Squeeze-Outs begegnete ebenfalls Bedenken; siehe Beschl. BVerfG vom 30.05.07 – 1 BvR 390/04 in NZG 2007, 587. Er rechtfertigt sich jedoch aufgrund der vorrangigen Interessen der Mehrheit.

⁸²⁷ Anderer Auffassung Schulz, S. 117.

tel zur Verfügung stellen. Die Gläubiger haben verfassungsrechtlich keinen Anspruch auf Beteiligung an der Gesellschaft, ihr Anspruch ist auf Geld gerichtet. Die Forderungen sind nicht gefährdet, wenn die Anteilsinhaber der Gesellschaft frische Mittel zur Verfügung stellen. Blockadepositionen sind ebenso wenig zu erwarten. Scheiterte die Sanierung, so wären auch die Nachschüsse der Anteilsinhaber verloren. Sanierungsunwillige Gesellschafter können durch einen Kapitalschnitt regelmäßig aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.

Es ist indes nicht überzeugend, den sanierungsunwilligen Gesellschaftern jeglichen Schutz zu versagen und Eingriffe in die Anteilsinhaberrechte schon damit zu rechtfertigen, dass die Anteilsinhaber ihrer Finanzierungsverantwortung nicht nachgekommen seien und sich überdies durch die Aufnahme von Fremdkapital freiwillig den insolvenzrechtlichen Vorschriften unterworfen haben.⁸²⁸ Zum einen trifft die Anteilsinhaber gesellschaftsrechtlich keine Pflicht, die Gesellschaft mit frischem Kapital zu stützen⁸²⁹; zum anderen können die Anteilsinhaber einer etwaigen Finanzierungsverantwortung nur kollektiv nachkommen. Eine Gesellschafterminderheit oder einzelne Anteilsinhaber sind regelmäßig nicht dazu in der Lage, die Gesellschaft zu finanzieren. Richtig ist zwar, dass die Anteilsinhaber die Insolvenz grundsätzlich verhindern können, wenn sie der Gesellschaft frisches Kapital zuführen. Sie können sogar nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Insolvenzgrund noch beseitigen und so das Insolvenzverfahren beenden. Es kann aber aus einer ausbleibenden Finanzierung nicht der Schluss gezogen werden, der einzelne Anteilsinhaber sei nicht willens, seiner Finanzierungsverantwortung nachzukommen und habe damit sein Interesse am Verbleib in der Gesellschaft verwirkt. Ein einzelner Anteilsinhaber kann die Insolvenz regelmäßig gerade nicht verhindern. Auch durch die Aufnahme von Fremdkapital haben die Anteilsinhaber den Schutz ihrer Beteiligung nicht verwirkt. Die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr mit überschaubarem Haftungsrisiko ist auch deshalb möglich, weil es im Wirtschaftsverkehr mitunter erforderlich ist, Risiken einzugehen. Hierfür ist die Nutzung von Fremdkapital regelmäßig Voraussetzung und kann den Anteilsinhabern nicht angelastet werden.

Der verfassungsrechtliche Konflikt ist unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen zu lösen. Ein Ausschluss sanierungswilliger Gesellschafter von Sanierungsmaßnahmen ist grundsätzlich nicht erforderlich, da die Sanierungsmaßnahmen auch unter Einbeziehung der Anteilsinhaber umgesetzt werden können. Einen Anspruch auf (ausschließliche) Beteiligung an der Gesellschaft haben die Gläubiger nicht. Sollen die Anteilsinhaber von Sanierungsmaßnahmen ausgeschlossen werden, muss es hierfür einen sachlichen Grund geben. Ein Eingriff in Anteilsinhaberrechte ist nur gerechtfertigt, wenn und soweit er zum Schutz der Gläubigerinteressen notwendig und unter Berücksichtigung der Eigentumsinteressen der Anteilsinhaber angemessen ist. Die Gläubigerrechte würden andernfalls überspannt. Eine Kapitalherabsetzung im Insolvenzplanverfahren bedarf keiner weiteren sachlichen Rechtfertigung. Es wird lediglich die tatsächliche finanzielle Lage der Gesellschaft abgebildet.

⁸²⁸ So aber *Sassenrath*, ZIP 2003, 1517 (1524); wohl auch *Schulz*, S. 116.

⁸²⁹ Dies ergibt sich bei den Personengesellschaften aus § 707 BGB.

Die Kapitalerhöhung oder Einbringung von Gläubigerforderungen unter Ausschluss der Gesellschafter bedarf dagegen einer sachlichen Rechtfertigung. Das Bezugsrecht kann grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden.⁸³⁰ Es dient der Wahrung der verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Anteilsinhaber. Der Ausschluss unterliegt engen Grenzen. Aus den gleichen Gründen ist auch ein Ausschluss des Gesellschafter ohne wichtigen Grund nicht möglich. Zuletzt kommt aus vorstehenden Erwägungen auch die Übertragung der Anteile der Gesellschafter nicht in Betracht. Die Mitgliedschaft ist schutzwürdig. Ihre Entziehung ist nur im Ausnahmefall gerechtfertigt. Dies gilt unterschiedslos für Kapital- und Personengesellschaften. Richtig ist zwar, dass bei Kapitalgesellschaften regelmäßig auch bei den Anteilsinhabern nur ein finanzielles Interesse besteht. Daraus ergibt sich jedoch nicht pauschal ein niedrigeres verfassungsrechtliches Schutzniveau, es kann allenfalls im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen sein.

3. Eingriff in Art. 9 GG

a. Einführung und Streitstand

Ein Eingriff der Neuregelungen durch das ESUG in Art. 9 GG wird teilweise verneint.⁸³¹ Bei Publikumsgesellschaften sei schon fraglich, ob Art. 9 GG überhaupt Anwendung finde, da der Anteil an einer Publikumsgesellschaft überwiegend als bloßes Vermögensrecht anzusehen ist.⁸³² Darüber hinaus stelle der Verlust der Verfügungsbefugnis nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur eine Ausgestaltung des Grundrechts aus Art. 9 GG dar und damit gerade keinen Eingriff.⁸³³ Aufgrund der Auflösung der Gesellschaft durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens seien die Anteilsrechte auf Abwicklung der Liquidationsgesellschaft beschränkt.⁸³⁴ Die wirkungsentkleideten Mitgliedschafts- und Teilhaberechte berechtigten nicht dazu, weiter Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen.⁸³⁵

Überwiegend wird angenommen, die zwangsweise Einbindung der Gesellschafter in das Insolvenzverfahren stelle einen Eingriff in die Vereinigungsfreiheit dar.⁸³⁶ Art. 9 GG gewähre der Vereinigung und deren Mitgliedern die Selbstbestimmung im Hinblick auf ihre eigene Organisation sowie die freie Willensbildung in der Vereinigung.⁸³⁷ Schon die Ersetzung von Beschlüssen begegne Bedenken, denn die Beschlüsse der nach dem Gesetz zuständigen oder durch die Satzung ermächtigten Organe seien Ausdruck der durch Art. 9 GG gewährleisteten Verbandsautonomie.⁸³⁸ Als Rechtfertigung des Eingriffs in die Vereinigungsfreiheit werden

⁸³⁰ Vergleiche zum Bezugsrecht unten C. III. 3 und Kapitel 5 C. IV. 2.

⁸³¹ *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (112); *Hölzle*, NZI 2011, 124 (127); *Bitter*, ZGR 2010, 147 (196 f.).

⁸³² *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (112).

⁸³³ *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (112).

⁸³⁴ *Hölzle*, NZI 2011, 124 (127).

⁸³⁵ *Hölzle*, NZI 2011, 124 (127).

⁸³⁶ *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (425 f.); *Madaus*, ZGR 2011, 749 (761 ff.); *Verse*, ZGR 2010, 299 (312); *Stöber*, ZinsO 2012, 1819.

⁸³⁷ BVerfG NJW 1979, 706; *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (426).

⁸³⁸ *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (426); *Madaus*, ZGR 2011, 749 (762).

wie bei Art. 14 GG die kollidierenden Eigentumsrechte der Gläubiger herangezogen.⁸³⁹ Das Recht auf organisatorische Selbstbestimmung einer auf wirtschaftliche Betätigung gerichteten Gesellschaft sei nur geschützt, solange die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten vollständig erfüllen könne.⁸⁴⁰ Andernfalls seien die Eigentumsrechte der Gläubiger prioritär. Teilweise wird dagegen angenommen, die Befriedigungsinteressen der Gläubiger könnten keinen Eingriff in die Gesellschafterrechte rechtfertigen.⁸⁴¹ Der Zugriff auf die von der Vereinigungsfreiheit geschützten Rechte sei zu keiner Zeit Teil der Forderungsrechte der Gläubiger, für welche diese ihrerseits den Schutz des Art. 14 GG beanspruchen können.⁸⁴² Es könne allenfalls ein Eingriff in die Vermögensrechte der Anteilseigner gerechtfertigt sein, nicht aber die Beseitigung der Mitverwaltungsrechte.⁸⁴³

b. Stellungnahme

Ein Eingriff in Art. 9 GG liegt vor, wenn der Insolvenzplan Rechte der Anteilsinhaber regelt. Vom Schutzbereich des Art. 9 GG erfasst ist nicht nur der Beitritt zu einer Koalition, sondern auch das Recht der Mitglieder, über deren Verfassung zu bestimmen. Die Entscheidungsbezugnis ist den Anteilsinhabern im eröffneten Verfahren weitgehend entzogen. Der Schutz von Art. 9 GG endet auch nicht mit der Auflösung der Gesellschaft, sondern besteht fort bis zu deren Vollbeendigung. Der bei der Abstimmung über den Plan angeordnete Mehrheitsentscheid sowie die Ersetzung der Zustimmung im Wege des Obstruktionsverbotes stellen Eingriffe in Art. 9 GG dar. Die Leistungsmacht der Anteilsinhaber ist durch diese Regelungen zumindest beeinträchtigt, wenn nicht sogar komplett aufgehoben.⁸⁴⁴

Art. 9 GG kennt keinen ausdrücklichen Eingriffsvorbehalt, weshalb nur eine Rechtfertigung durch verfassungsimmanente Schranken in Betracht kommt.⁸⁴⁵ Der Eingriff ist gerechtfertigt, soweit schützenswerte Interessen der Gläubiger den Interessen der Gesellschafter vorgehen. Unbeachtlich ist, dass die Gläubiger in der Insolvenz nur in finanzieller Hinsicht, also in Bezug auf die Befriedigung ihrer Forderungen schutzwürdig sind. Entscheidend ist vielmehr, dass sich die finanziellen Interessen der Gläubiger anders als durch Einflussnahme auf die Gesellschaft nicht realisieren lassen. Den Eigentumsrechten der Gläubiger ist im Hinblick auf den Entzug der Teilhabe- und Mitwirkungsrechte der Vorrang einzuräumen. Dies gilt unterschiedslos sowohl gegenüber dem Minderheitsgesellschafter als auch gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter. Der Minderheitsgesellschafter kann ohnehin nicht erwarten, unternehmerischen Einfluss auf die Gesellschaft auszuüben. Die Teilhabe- und Mitwirkungsrechte des Mehrheitsgesellschafter sind in der Insolvenz zu Gunsten der Gläubiger einzuschränken, damit die maximale Haftungsmasse erzielt werden kann. Der Gesetzgeber hat eine Interessensabwägung vorgenommen und im Rahmen der durch das ESUG neu einge-

⁸³⁹ So *Verse*, ZGR 2010, 299 (312); *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (112); *Hölzle* in: Hdb Restrukturierung in der Insolvenz, § 31 Rn. 8.

⁸⁴⁰ *Schulz*, S. 173.

⁸⁴¹ *Madaus*, ZGR 2011, 749 (765); *Stöber*, ZinsO 2012, 1811 (1819).

⁸⁴² *Madaus*, ZGR 2011, 749 (765).

⁸⁴³ *Stöber*, ZinsO 2012, 1811 (1819).

⁸⁴⁴ So etwa im Hinblick auf Maßnahmen mit Vermögensbezug, § 80 InsO.

⁸⁴⁵ *Scholz* in: *Maunz/Dürig GG*, Art. 9 Rn 112 und 148.

fürten Regelungen den Gläubigerinteressen den Vorrang insoweit gegeben, als die Zustimmung der Gesellschafter zu verbandsrechtlichen Maßnahmen ersetzt wird durch die Abstimmung über den Insolvenzplan.

Die Übertragung verbandsrechtlicher Kompetenzen ist nicht grundsätzlich zu beanstanden; jedoch zugleich wegen der schutzwürdigen Rechte der Anteilsinhaber zu begrenzen. Die Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 9 GG unterliegt den gleichen Einschränkungen wie ein Eingriff in Art. 14 GG. Somit sind dem Ausschluss der Anteilsinhaber aus der Gesellschaft enge Grenzen gesetzt. Es besteht insbesondere kein schutzwürdiges Interesse der Gläubiger auf (ausschließliche) Beteiligung an der Gesellschaft. Sanierungswillige und -fähige Gesellschafter haben grundsätzlich das Recht auf Partizipation an der Sanierung und darüber die Möglichkeit, ihre Beteiligung an der Gesellschaft zu sichern. Besteht kein sachlicher Grund für einen Bezugsrechtsausschluss oder ein wichtiger Grund für den Ausschluss aus der Gesellschaft, so kann den Anteilsinhabern durch den Insolvenzplan eine Beteiligung an der Gesellschaft nicht versagt werden.

C. Voraussetzungen und Grenzen insolvenzplanrechtlicher Kapitalmaßnahmen

I. Einführung

Kapitalschnitt und Debt-Equity-Swap sind im Insolvenzplanverfahren beliebte Sanierungsinstrumente. Ihre Zulässigkeit innerhalb des eröffneten Insolvenzverfahrens war schon vor dem ESUG allgemein anerkannt.⁸⁴⁶ Nach dem ESUG ist die Zulässigkeit ausdrücklich in der Insolvenzordnung geregelt (§ 225a Abs. 2 Satz 3 InsO). Der Kapitalschnitt besteht aus einer nominellen Kapitalherabsetzung und einer sich anschließenden Kapitalerhöhung. Die Kapitalerhöhung erfolgt entweder aus Gesellschaftsmitteln (nominelle Kapitalerhöhung) oder durch Übernahme neuer Anteile (effektive Kapitalerhöhung). In der Insolvenz kommt nur die zweite Variante in Betracht, da der Gesellschaft regelmäßig keine Mittel mehr zur Verfügung stehen. Die Kapitalherabsetzung dient dazu, die wahre Vermögenslage der Gesellschaft abzubilden. Dabei findet lediglich eine Buchsanierung statt, die Eigenkapitalsituation der Gesellschaft wird nicht verbessert. Grundsätzlich muss das in den §§ 58 GmbHG, 229 AktG normierte Verfahren durchlaufen werden.⁸⁴⁷ Sollen Wertminderungen ausgeglichen oder sonstige Verluste gedeckt werden, was in der Insolvenz regelmäßig der Fall ist, genügt dagegen eine vereinfachte Kapitalherabsetzung gemäß § 58a GmbHG beziehungsweise 229 AktG. Die vereinfachte Kapitalherabsetzung ist möglich, wenn kein Gewinnvortrag vorhanden ist und vorab bestehende Kapital- und Gewinnrücklagen, die 10 % des herabgesetzten Stammkapitals überschreiten, aufgelöst worden sind (§§ 58a Abs. 2, 229 Abs. 2 AktG). In der Insol-

⁸⁴⁶ Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn. 5, Altmeppen in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 55 Rn. 51.

⁸⁴⁷ So ist die Kapitalerhöhung gemäß §§ 58 I Nr. 1 GmbHG, 229 AktG bekannt zu machen. Mit der Bekanntmachung sind die Gläubiger aufzufordern, sich zu melden und der Kapitalherabsetzung gegebenenfalls zu widersprechen. Im Falle des Widerspruchs, sind die Gläubiger gemäß §§ 58 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, 229 Abs. 1 S. 1 AktG zunächst vollends zu befriedigen oder für ihre Forderung ist Sicherheit zu leisten. Nach § 58 Abs. 1 Nr. 3 kann die Kapitalerhöhung frühestens nach einem Jahr eingetragen werden.

venzsituation stellen diese Anforderungen keine Hürde dar. Bei der vereinfachten Kapitalerhöhung ist kein Gläubigeraufruf nötig, es muss keine Sicherheitsleistung an die Gläubiger erfolgen und das Sperrjahr muss nicht eingehalten werden. Die §§ 58a Abs. 4 GmbHG, 228 Abs. 1 AktG ermöglichen zudem eine Kapitalherabsetzung auf einen Betrag unterhalb des Mindestkapitals, sofern eine Kapitalerhöhung erfolgt. Beim Debt-Equity-Swap wird das Kapital zunächst ebenso herabgesetzt; bei der sich anschließenden Kapitalerhöhung wird die Einbringung von Forderungen zugelassen. Nach allgemeiner Meinung handelt es sich bei Forderungen um Sacheinlagen.⁸⁴⁸ Die Gläubiger können ihre Forderungen gegen die Gesellschaft in Anteile an derselben umzuwandeln.

Das Stamm- bzw. Grundkapital ist Inhalt des Gesellschaftsvertrages beziehungsweise der Satzung (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG, 23 Abs. 3 Nr. 3 AktG). Somit sind sowohl die Kapitalherabsetzung als auch die Kapitalerhöhung Satzungsänderungen und müssen von den Gesellschaftern mit $\frac{3}{4}$ Mehrheit (§§ 53 Abs. 2 1 GmbHG, 222 Abs. 1 AktG), bei den Personengesellschaften sogar einstimmig⁸⁴⁹ beschlossen werden. Zuständig ist die Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung. Bei der GmbH ist gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG die Mehrheit der abgegebenen Stimmen entscheidend, bei der Aktiengesellschaft die Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals (§ 222 Abs. 1 AktG). Das Stamm- und Grundkapital darf grundsätzlich nicht unter den in § 5 Abs. 1 GmbHG bzw. § 7 Abs. 1 AktG bestimmten Mindestbetrag herabgesetzt werden. Nach §§ 58a Abs. 4 GmbHG, 228 Abs. 1 AktG ist eine Kapitalherabsetzung unter den Mindestbetrag zulässig, wenn die Kapitalherabsetzung mit einer Kapitalerhöhung verbunden wird und hierdurch der Mindestbetrag des Stamm- bzw. Grundkapitals wieder erreicht wird. Nach Beschlussfassung bedarf die Kapitalerhöhung der Durchführung. Die neuen Gesellschaftsanteile müssen übernommen (§ 55 GmbHG) beziehungsweise die neuen Aktien gezeichnet werden (§ 185 AktG). Die Übernahme geschieht durch den Übernahmevertrag (§ 55 Abs. 1 GmbHG), welcher ein körperschaftliches Rechtsgeschäft zwischen GmbH und Übernehmer darstellt.⁸⁵⁰ Im Aktiengesetz ist zwar nur von einer Zeichnung der Aktien mittels einseitiger Erklärung die Rede (§ 185 Abs. 1 Satz 1 AktG), jedoch besteht Einigkeit darüber, dass die Erklärung gemäß § 185 Abs. 1 Satz 1 AktG von der Gesellschaft angenommen werden muss.⁸⁵¹ Zeichner und Übernehmer erhalten durch den Abschluss des Zeichnungs- bzw. Übernahmevertrages einen schuldrechtlichen Anspruch.⁸⁵² Die neuen Anteile und Aktien entstehen mit Wirksamwerden der Kapitalerhöhung durch die Eintragung im Handelsregister (§§ 54 Abs. 3 GmbHG, 189 AktG). Die Ausgabe neuer Aktien vor der Eintragung der Kapitalerhöhung ist verboten (§ 191 AktG). Nach der Zeichnung bzw. Übernahme muss die Einlage auf die übernommenen Geschäftsanteile und Aktien geleistet werden.⁸⁵³ Die Kapitalerhöhung darf angemeldet werden, sobald mindestens ein Viertel des Nennbetrags jedes neuen Gesellschaftsanteils zur freien Verfügung des Geschäftsführers

⁸⁴⁸ Spliedt in: Schmidt InsO, § 225a Rn. 20.

⁸⁴⁹ Wenn nicht, wie es in der Praxis regelmäßig der Fall ist, dass Einstimmigkeitsprinzip abbedungen ist.

⁸⁵⁰ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 15 Rn 20.

⁸⁵¹ *Koch* in: Hüffer AktG, § 185 Rn. 4; *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 25 Rn. 11.

⁸⁵² *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 25 Rn. 11.

⁸⁵³ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 15 Rn 22.

eingezahlt wurde (§§ 56 a, 7 Abs. 2 Satz 1, 57 GmbHG) beziehungsweise ein Viertel des Ausgabebetrags auf jede Aktie (§§ 188 Abs. 2 Satz 1, 36 Abs. 2, 36 a Abs. 1 AktG). Sacheinlagen müssen vollständig geleistet sein (§§ 56a, 7 Abs. 3 GmbHG, 188 Abs. 2, 36 Abs. 2, 36a Abs. 2 Satz 1 AktG). Mit der im Handelsregister erfolgten Eintragung der Kapitalerhöhung wird diese wirksam (§§ 54 Abs. 3 GmbHG, 189 AktG).

Auch bei Personengesellschaften sind sämtliche Kapitalmaßnahmen zulässig. In Literatur⁸⁵⁴ und Rechtsprechung⁸⁵⁵ ist dies anerkannt. Die sich grundsätzlich ständig verändernden Kapitalanteile können im Gesellschaftsvertrag „fixiert“ werden durch die Führung fester Kapitalkonten.⁸⁵⁶ Die Verbuchung von Gewinnen, Verlusten, Einlagen und Entnahmen erfolgt nur auf den beweglichen Kapitalkonten. Die Festkapitalkonten werden durch Verlust und Gewinn nicht verändert und spiegeln in ihrer Summe eine Art „Grundkapital“ der Gesellschaft wider.⁸⁵⁷ Das Verhältnis der einzelnen Kapitalanteile zu diesem Grundkapital gibt an, in welchem Verhältnis ein Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist.⁸⁵⁸ Die Technik der Festkapitalkonten ist letztlich nichts anderes als die Schaffung eines vom Gesetz nicht vorgesehenen „Grund“- oder „Stammkapitals“ bei Personengesellschaften. Durch die Konten wird das Kapital in die Anteile der Gesellschafter zerlegt.⁸⁵⁹ Indes ist diese Technik ein sachgerechtes Mittel, um die aus dem Kapitalgesellschaftsrecht bekannten Kapitalmaßnahmen für die Personengesellschaft nachzuzeichnen. Beim Kapitalschnitt werden folglich zunächst die Festkapitalkonten aller Gesellschafter gemindert und damit der eingetretene Verlust anteilig auf die Gesellschafter umgesetzt.⁸⁶⁰ Im Anschluss daran werden die Festkapitalkonten erhöht und zwar im Verhältnis der von den Gesellschaftern geleisteten Nachschüsse.⁸⁶¹ Leistet ein Gesellschafter keine Nachschüsse, die dem Verhältnis seiner bisherigen Kapitalanteile entsprechen, so vermindert sich sein Festkapitalkonto und er ist in einem geringeren Umfang am Gesellschaftsvermögen beteiligt.⁸⁶² Die beweglichen Kapitalkonten laufen normal weiter, es sei denn, es wurde eine hiervon abweichende Regelung getroffen.⁸⁶³

Müssen Gesellschafter einer Personengesellschaft in Folge von Kapitalmaßnahmen ausscheiden, so hat dies weitreichendere Konsequenzen als bei Kapitalgesellschaften. Während bei den Kapitalgesellschaften die Gesellschafter in jedem Fall „kostenlos“ ausscheiden, also im schlimmsten Fall ihren Anteil an der Gesellschaft verlieren, müssen die persönlich haftenden Gesellschafter den Auseinandersetzungsfehlbetrag leisten (§ 739 BGB). Auf den Stichtag des Ausscheidens wird eine Auseinandersetzungsbilanz erstellt und der Fehlbetrag ermit-

⁸⁵⁴ Statt vieler: *K. Schmidt*, ZGR 2012, 566 (569); *ders.* ZGR 1982, 519 (535 ff.).

⁸⁵⁵ BGH NJW 2010, 65.

⁸⁵⁶ *Thielemann* in: *Recht der Sanierungsfinanzierung*, § 13 Rn. 11.

⁸⁵⁷ *K. Schmidt*, ZGR 1982, 519 (537).

⁸⁵⁸ *K. Schmidt*, ZGR 1982, 519 (537); *Thielemann* in: *Recht der Sanierungsfinanzierung*, § 13 Rn. 11.

⁸⁵⁹ *K. Schmidt*, ZGR 2012, 519 (569 f.).

⁸⁶⁰ *Schäfer*, FS Ganter, S. 37 f.; *K. Schmidt*, ZGR 2012, 566 (572).

⁸⁶¹ *Schäfer*, FS Ganter, S. 38; *K. Schmidt*, JZ 2010, 127; *ders.* in ZGR 2012, 566 (572).

⁸⁶² *K. Schmidt*, ZGR 1982, 537 (537 f.).

⁸⁶³ *K. Schmidt*, JZ 2010, 125 (127).

telt.⁸⁶⁴ Jeder Gesellschafter haftet seinem Anteil entsprechend für den Fehlbetrag.⁸⁶⁵ Maßgebend für den auf den Ausgeschiedenen entfallenden Anteil ist der Verlustverteilungsschlüssel.⁸⁶⁶ Eine Zahlungsverpflichtung des Ausgeschiedenen besteht, wenn der auf ihn entfallende Fehlbetrag einschließlich sonstiger, der Gesellschaft noch geschuldeter Beträge höher ist als die ihm im Rahmen der Abfindung zurückzugewährende Einlage sowie etwaige weitere ihm noch zustehende Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis.⁸⁶⁷ Bei Kapitalgesellschaften sind die Stimmrechte (§§ 12 AktG, § 47 Abs. 2 GmbHG) und der Gewinn (§§ 60 Abs. 1 AktG, 29 Abs. 3 S. 1 GmbHG) vom Gesellschaftsanteil abhängig. Dies ist im Personengesellschaftsrecht nicht der Fall (§§ 722 Abs. 1 BGB, 121 Abs. 3 HGB). Verwässert die Beteiligung, so hat dies bei Kapitalgesellschaften direkten Einfluss auf die vom Gesellschaftsanteil abhängigen Gesellschafterrechte. Schon die Verwässerung der Anteile stellt bei Kapitalgesellschaften daher eine Sanktion für die mangelnde Sanierungsbeteiligung dar.

II. Schutz der Anteilsinhaber durch Einräumung eines Bezugsrechts

Die Kapitalherabsetzung muss nicht zwingend mit einer Erhöhung verbunden werden,⁸⁶⁸ es sei denn das Grund- oder Stammkapital wird unter den gesetzlichen Mindestbetrag abgesenkt (§§ 228 AktG, 58a Abs. 4 GmbHG). Der Mindestbetrag muss durch sich anschließende Kapitalerhöhung wieder erreicht werden. Erfolgt keine Herabsetzung unter den Mindestnennbetrag, so bedarf die isolierte Kapitalherabsetzung keiner sachlichen Rechtfertigung⁸⁶⁹ und es muss auch kein sachlicher Grund dafür vorliegen, dass die Kapitalherabsetzung nicht mit einer Erhöhung verbunden wird.⁸⁷⁰ Die Anteilsinhaber sind folglich vor einer Kapitalherabsetzung nicht geschützt. Nur zuweilen wird eine Kapitalerhöhung unter Gewährung eines Bezugsrechts auch dann für erforderlich gehalten, wenn die Herabsetzungsverhältnisse so extrem sind, dass Kleinaktionäre völlig aus der Gesellschaft hinausgedrängt würden.⁸⁷¹

Bei einer Kapitalerhöhung steht den Anteilsinhabern grundsätzlich ein Bezugsrecht zu (§ 186 Abs. 1 AktG). Im GmbH-Recht ist ein solches zwar nicht ausdrücklich normiert, es wird jedoch (wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen⁸⁷²) allgemein anerkannt.⁸⁷³ Die Interes-

⁸⁶⁴ Koller in: Koller/Roth/Morck HGB, § 131 Rn. 12.

⁸⁶⁵ Schäfer in: MüKo BGB, § 739 Rn. 1.

⁸⁶⁶ Schäfer in: MüKo BGB, § 739 Rn. 1 f.

⁸⁶⁷ Schäfer in: MüKo BGB, § 739 Rn. 1 f.

⁸⁶⁸ BGHZ 138, 79.

⁸⁶⁹ BGHZ 138, 76; Hüffer in: Hüffer AktG, § 222 Rn. 14; Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 25 Rn. 83. Eine Rechtfertigung ergibt sich schon aus der gesetzlichen Regelung selbst, denn diese ist das Ergebnis einer Abwägung zwischen den Aktionärsbelangen und des Interesses der Gesellschaft an der Maßnahme.

⁸⁷⁰ BGHZ 138, 78.

⁸⁷¹ Schäfer, FS Hommelhoff, S. 950 sowie Geißler, NZG 2009, 724 (für den Fall einer die Überschuldung nicht vollständig beseitigenden Kapitalherabsetzung); ebenso Hüffer in: Hüffer AktG § 222 Rn. 14 (Letzterer noch unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass die Mitwirkung der Gesellschafter auch wirtschaftlich realistisch zu einer Sanierung der Gesellschaft führen könne).

⁸⁷² Ein Teil der Literatur zieht § 186 AktG analog heran und bejaht damit ein gesetzliches Bezugsrecht auch bei der GmbH: Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn. 20; Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 15 Rn. 14. Eine weitere Teilauffassung in der Literatur geht davon aus, dass kein gesetzliches Bezugsrecht besteht, verlangt aber aus Treuepflichtgesichtspunkten, dass den Gesellschaftern im Regelfall ein Bezugsrecht eingeräumt wird: Schnorbus in: Rowedder/Schmidt/Leithoff GmbHG, § 55 Rn. 36.

senslage bei der GmbH ist vergleichbar. Auch den GmbH-Gesellschaftern droht ohne Bezugsrecht die Verwässerung ihrer Beteiligung bis hin zum Verlust der Mitgliedschaft. Hinzu kommt, dass die GmbH regelmäßig personalistischer ausgestaltet ist als die Aktiengesellschaft und die Beteiligung daher sogar schutzwürdiger erscheint. Anders als bei der Aktiengesellschaft kann jedoch das Bezugsrecht in der ursprünglichen Satzung ausgeschlossen werden.⁸⁷⁴ § 186 Abs. 3 S. 1 AktG ist nicht analog auf die GmbH anzuwenden.⁸⁷⁵

Das Bezugsrecht ermöglicht den Anteilsinhabern, entsprechend ihrer bisherigen Beteiligung an der Gesellschaft neue Aktien zu zeichnen bzw. Geschäftsanteile zu übernehmen.⁸⁷⁶ Damit können sie ihre bisherige Beteiligungsquote an der Gesellschaft aufrechterhalten. Es handelt sich dabei um ein Privileg der Altgesellschafter. Sie sind die ersten, die in „ihre“ Gesellschaft investieren dürfen. Das Bezugsrecht kann ausgeschlossen werden (§ 186 Abs. 3 AktG). Von besonderer Brisanz ist der Bezugsrechtsausschluss, wenn durch die Verwässerung Mehrheitsrechte oder Sperrminoritäten verloren gehen, wie bei der überschuldeten Gesellschaft. Bei der überschuldeten Gesellschaft reduziert sich das Stamm- bzw. Grundkapital bei einem Kapitalschnitt regelmäßig „auf Null“. Damit liegt auch der Gesellschaftsanteil bei „Null“. Dies wiederum führt bei Kapitalgesellschaften zum automatischen Ausscheiden der Anteilsinhaber aus der Gesellschaft.⁸⁷⁷ Eine Gesellschafterstellung ohne Vermögensanteil ist bei der GmbH sowie der Aktiengesellschaft nicht möglich (§§ 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG, 8 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 3 AktG). Durch die Kapitalherabsetzung auf Null werden sämtliche Mitgliedschaften beseitigt. Bei den Personengesellschaften sind hingegen auch Beteiligungen ohne oder sogar mit einem negativen Kapitalanteil denkbar.⁸⁷⁸ Damit ist der Verbleib eines Gesellschafters zwar möglich, aber zumindest bei Anlagegesellschaften offensichtlich sinnlos.⁸⁷⁹ Der betroffene Gesellschafter kann daher mittels eines Beschlusses aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Der Bezugsrechtsausschluss bei einer Kapitalherabsetzung auf Null ist aus diesen Gründen besonders problematisch.

Das Aktiengesetz regelt lediglich formelle Voraussetzungen für einen Bezugsrechtsausschluss (§ 186 Abs. 3, Abs. 4 AktG). Es ist aber anerkannt, dass mit Blick auf den Minderheitenschutz auch materielle Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluss zu stellen sind.⁸⁸⁰ Erforderlich ist nach allgemeiner Meinung ein Sachgrund, welcher den Bezugsrechtsausschluss recht-

⁸⁷³ K. Schmidt, JZ 2010, 125 (126); Gummert in: Henssler/Strohn GesR, § 55a Rn. 14; Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 67; Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn. 20; BGH NZG 2005, 551; Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 15 Rn. 14; Roth in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 55 Rn. 23.

⁸⁷⁴ Lutter in: Lutter/Hommelhoff, § 55 Rn. 17.

⁸⁷⁵ Lutter in: Lutter/Hommelhoff, § 55 Rn. 20.

⁸⁷⁶ A. Schmidt in: Hamb. Komm. zum Insolvenrecht, § 225a Rn. 26; Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 25 Rn. 14.

⁸⁷⁷ Schäfer, FS Ganter, S. 38.

⁸⁷⁸ Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 16; K. Schmidt, GesR, § 47 Abs. 3 S. 1 b), S. 1381 f.; Hopt in: Baumbach/Hopt HGB, § 120 Rn. 23.

⁸⁷⁹ Schäfer, FS Ganter, S. 38.

⁸⁸⁰ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 15 Rn. 17 sowie § 25 Rn. 19.

fertigt.⁸⁸¹ Daneben muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt sein, der Bezugsrechtsausschluss muss also der Erreichung eines legitimen Zieles dienen, zur Erreichung des Zieles geeignet sein, das mildeste Mittel darstellen und im Übrigen angemessen sein.⁸⁸² Es ist zu prüfen, ob im Hinblick auf die Gesellschafterrechte mildere Maßnahmen in Betracht kommen. Das mit der Kapitalerhöhung verfolgte Ziel darf nicht auf dem normalen gesetzlichen Weg, also unter Gewährung eines Bezugsrechts für alle Aktionäre zu erreichen sein.⁸⁸³ Angemessen ist der Bezugsrechtsausschluss, wenn der Nachteil der Gesellschafter nicht außer Verhältnis zum erstrebten Erfolg steht. Abzuwägen ist also das Interesse der Gesellschaft an der Kapitalmaßnahme mit den Nachteilen, die den Anteilseignern durch Verwässerung und gegebenenfalls Entzug ihrer Anteile entstehen. Die Anforderungen an den Ausschluss des Bezugsrechts sind umso strenger, je schwerwiegender der Eingriff in die mitgliedschafts- und vermögensrechtliche Stellung der Gesellschafter ist.⁸⁸⁴

Nach herrschender Meinung ist bei einer Barkapitalerhöhung ein Bezugsrechtsausschluss im Zweifel unzulässig.⁸⁸⁵ Jedenfalls aber wird ein Sachgrund nur sehr restriktiv angenommen.⁸⁸⁶ Sofern die Altgesellschafter liquide und sanierungswillig sind, sei für einen Ausschluss kein Sachgrund anzuerkennen, da die von der Gesellschaft benötigten Mittel ebenso gut von den Gesellschaftern bereitgestellt werden könnten.⁸⁸⁷ Der vollständige Ausschluss des Bezugsrechts solle die Ausnahme sein, da das Gesetz durch die Einräumung eines Bezugsrechts gerade das Bestandsinteresse der Gesellschafter schützen wolle.⁸⁸⁸ Dieser Schutz liefe leer, wenn der Bezugsrechtsausschluss zum Regelfall würde. Den Gesellschaftern drohte dann ein „kalter Squeeze-Out“⁸⁸⁹. Teilweise wird vertreten, ein Sachgrund liege schon bei einer Sanierung mit Übernahmecharakter vor, wenn dies die einzige Sanierungsalternative darstelle, also ein großer Investor seine Beteiligung von einem Bezugsrechtsausschluss abhängig mache und die Sanierung ohne diesen Investor nicht erfolversprechend sei.⁸⁹⁰

⁸⁸¹ K. Schmidt, JZ 2010, 125 (126); Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn. 26; Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 15 Rn. 18; Koch in: Hüffer AktG, § 186 Rn. 25; Roth in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 55 Rn. 23.

⁸⁸² BGHZ 83, 319, 321; BGHZ 125, 239, 244; Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn. 26; Gummert in: Henssler/Strohn GesR, § 55a Rn. 16; Hermanns in: Henssler/Strohn GesR, § 186 Rn. 12; Koch in: Hüffer AktG, § 186 Rn. 26-28; Servatius in: Spindler/Stilz AktG, § 186 Rn. 44-50; Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 15 Rn. 18 und § 25 Rn. 20.

⁸⁸³ BGHZ 71, 40 (44).

⁸⁸⁴ BGHZ 71, 40 (45).

⁸⁸⁵ BGH NJW 1982, 2444, 2446 (Holzmann); Pfeifer in: MüKo AktG, § 186 Rn. 91.

⁸⁸⁶ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 15 Rn. 18; Oechsler in: MüKo AktG, § 228 Rn. 5.

⁸⁸⁷ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 15 Rn. 18.

⁸⁸⁸ Oechsler in: MüKo AktG, § 228 Rn. 5.

⁸⁸⁹ Oechsler in: MüKo AktG, § 228 Rn. 5.

⁸⁹⁰ K. Schmidt, JZ 2010, 125 (126); Zöllner in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 55 Rn. 26; Gummert in: Henssler/Strohn GesR, § 55a Rn. 16; Koch in: Hüffer AktG, § 186 Rn. 31.

III. Der Kapitalschnitt im Insolvenzplanverfahren nach dem ESUG

1. Einführung

Vor dem ESUG folgte der Kapitalschnitt im Insolvenzverfahren gesellschaftsrechtlichen Regeln.⁸⁹¹ Nach neuer Rechtslage richtet sich die Abstimmung über den Insolvenzplan nach insolvenzrechtlichen Vorschriften, was insbesondere bedeutet, dass eine einfache Mehrheit für die Annahme genügt (§ 244 InsO) und die erforderliche Zustimmung jeder Gruppe nach Maßgabe des § 245 InsO ersetzt werden kann. Kapitalmaßnahmen können damit gegen den Willen einzelner Gesellschafter durchgeführt werden. Es stellen sich bei der Umsetzung von Kapitalmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren jedoch eine Reihe von Problemen.

Zunächst stellt sich die Frage, wie das Unternehmen zu bewerten ist. Vom Wert des Unternehmens ist der Wert der insolventen Gesellschaft sowie der Anteile an derselben abzuleiten. Der Unternehmenswert ist Ansatzpunkt für die Kapitalherabsetzung. Darüber hinaus hängt vom Unternehmenswert die Bewertung der Gläubigerforderungen ab. In Betracht kommt eine Heranziehung des Liquidations- oder des Fortführungswertes. Der Wert der Anteile bemisst sich demgemäß entweder nach dem anteiligen Liquidationswert des Unternehmens oder nach dem anteiligen Fortführungswert. In der Literatur wird die Bewertungsfrage uneinheitlich beurteilt (unten 2.). Uneinheitlich beurteilt wird außerdem das den Anteilsinhabern zu gewährende Bezugsrecht. Wird dieses wirksam ausgeschlossen, müssen die Gesellschafter beim Kapitalschnitt auf Null gegen ihren Willen ausscheiden oder können jedenfalls ausgeschlossen werden. Konkurrenten, Gläubiger oder Mitgesellschafter könnten die Gesellschaft übernehmen. Selbst wenn eine Kapitalherabsetzung auf Null nicht in Betracht käme, würden die Gesellschafter durch die Verwässerung ihrer Anteile Nachteile erleiden. So könnten Sperrminoritäten aufgebrochen und die Beteiligungsverhältnisse an der Gesellschaft geändert werden. Die Gesellschafter können vor einem Ausschluss aus der Gesellschaft und der Verwässerung ihrer Anteile, soweit sie sanierungswillig und -fähig sind, durch Einräumung eines Bezugsrechtes geschützt werden. Ob ein Solches den Gesellschaftern in der Insolvenz zustehen soll, ist jedoch umstritten (unten 3.). Außerhalb des Insolvenzverfahrens muss ein Bezugsrechtsausschluss sachlich gerechtfertigt sein. Eine sachliche Rechtfertigung liegt grundsätzlich vor, wenn der Bezugsrechtsausschluss dem Interesse der Gesellschaft dient und zur Erreichung des beabsichtigten Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist.⁸⁹²

2. Bewertung des Unternehmens und der Anteile

a. Meinungsstand

Vielfach wird vertreten, die Gesellschaftsanteile seien im Insolvenzverfahren mit dem **Liquidationswert** zu bewerten und damit in der Regel mit „Null“.⁸⁹³ Bei dem Liquidationswert

⁸⁹¹ Mit wenigen Ausnahmen, wie der Anmeldebefugnis des Insolvenzverwalters.

⁸⁹² Grundlegend BGH, Urt. v. 13.3.1978 - II ZR 142/76, BGHZ 71, 40 („Kali und Salz“).

⁸⁹³ A. Schmidt in: Hamb. Komm. zum InsR, § 225a Rn 16; Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (124); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (441); Altmeppen, FS Hommelhoff, S. 15; Bitter, ZGR 2010, 147 (186 ff.); Eidenmüller, ZIP 2010, 649 (657); Eidenmüller/Engert, ZIP 2009, 541 (544 f.).

handelt es sich um den Barwert der Veräußerungserlöse abzüglich der Kosten der Liquidation und der Schulden. Jeder Vermögensgegenstand wird zu seinem am Markt erzielbaren Veräußerungspreis angesetzt, wobei auch eine Gesamtveräußerung des Unternehmens in Betracht kommt.⁸⁹⁴ Angeführt wird, dass die Anteile an der Gesellschaft in der Insolvenz regelmäßig wertlos seien.⁸⁹⁵ Dies folge aus der finanziellen Situation der insolventen Gesellschaft und dem durch § 199 Satz 2 InsO angeordneten Nachrang der Gesellschafter.⁸⁹⁶ Regelmäßig würden im Insolvenzverfahren nicht einmal die Gläubigerforderungen befriedigt. Ein nach § 199 Satz 2 InsO an die Anteilsinhaber zu verteilender Restwert sei die absolute Ausnahme. Auch der Gesetzgeber gehe augenscheinlich von einer Heranziehung des Liquidationswertes aus.⁸⁹⁷ Im Regierungsentwurf heißt es, die Anteile an der Schuldnergesellschaft seien regelmäßig wertlos.⁸⁹⁸ Auch aus § 225a Abs. 5 InsO wird geschlossen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Anteile der Altgesellschafter mit dem Liquidationswert zu bewerten seien.⁸⁹⁹ Zwar regle § 225a Abs. 5 InsO lediglich die Abfindung des aufgrund gesellschaftsrechtlicher Restrukturierungsmaßnahmen ausscheidenden Gesellschafters; es sei aber auch darüberhinaus kein abweichender Wertersatz heranzuziehen.⁹⁰⁰ Fortführungswerte seien des Weiteren nicht heranzuziehen, weil die Gesellschaft mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst werde.⁹⁰¹

Dagegen wird vertreten, der Unternehmenswert sei nach der **Fortführungsprämisse** zu bewerten, wenn eine solche Fortführung im Insolvenzplan angestrebt werde.⁹⁰² Die Anteile seien dann regelmäßig nicht wertlos.⁹⁰³ Wenn sich die höchste Haftungsmasse durch die Reorganisation des Unternehmensträgers selbst erzielen lasse, so zeige sich daran der Wert der Anteile der Altgesellschafter.⁹⁰⁴ Bei der Fortführungsprämisse wird der Unternehmenswert über den Barwert des Zukunftserfolgs bestimmt.⁹⁰⁵ Ein Unternehmen ist so viel wert, wie sich in Zukunft mit ihm erwirtschaften lässt.⁹⁰⁶ In der Insolvenz soll sich dieser Fortführungswert auf Grundlage der nach dem Insolvenzplan vorgesehenen Sanierung bestimmen.⁹⁰⁷ Die Anteile seien in der Insolvenz nicht automatisch wertlos. Bei § 199 Satz 2 InsO handele es sich um Spezialregelung für den Fall der Liquidation. Diese Regelung könne daher

⁸⁹⁴ Frieß, DStR 2004, 654 (656).

⁸⁹⁵ A. Schmidt in: Hamb. Komm. zum InsR, § 225a Rn 16; Altmeyden, FS Hommelhoff, S. 15; Bitter, ZGR 2010, 147 (191).

⁸⁹⁶ Bitter, ZGR 2010, 147 (191).

⁸⁹⁷ Vgl. hierzu auch: Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (124).

⁸⁹⁸ Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 1757/12, S. 32.

⁸⁹⁹ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (124).

⁹⁰⁰ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (124).

⁹⁰¹ Decher/Volland, ZIP 2013, 103 (108).

⁹⁰² Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1758 f.); Eidenmüller/Engert, ZIP 2009, 541 (543); Verse, ZGR 2010, 299 (311); Madaus, ZGR 2011, 756.

⁹⁰³ Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1758 f.); Eidenmüller/Engert, ZIP 2009, 541 (543); Verse, ZGR 2010, 299 (311); Madaus, ZGR 2011, 749 (756).

⁹⁰⁴ Verse, ZGR 2010, 299 (311).

⁹⁰⁵ Frieß, DStR 2004, 654 (656).

⁹⁰⁶ Frieß, DStR 2004, 654 (656).

⁹⁰⁷ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (124).

bei einer Sanierung keinen Aufschluss über die Rechtsstellung der Anteilsinhaber geben.⁹⁰⁸ Bei der Heranziehung von § 199 Satz 2 InsO handele es sich um ein „dogmatisches Scheinargument“, da sich die dort zum Ausdruck kommende Verteilungsordnung nur auf die dem materiellen Vollstreckungszugriff unterliegende Insolvenzmasse beziehe.⁹⁰⁹ Kritisch zu sehen sei eine Bewertung der Gesellschaftsanteile mit dem Zerschlagungswert in jedem Fall, wenn man die einzubringenden Gläubigerforderungen mit Fortführungswerten bemesse.⁹¹⁰ Dann müsse gleiches auch für die Anteile der Gesellschafter gelten, da auch diese wieder werthaltig werden könnten.⁹¹¹ Dass auch der Gesetzgeber nicht von der prinzipiellen Wertlosigkeit der Gesellschaftsanteile ausgehe, zeige sich daran, dass andernfalls die in § 251 Abs. 3 InsO geregelte Ausgleichspflicht komplett leerliefe.⁹¹² In der Gesetzesbegründung zum ESUG treffe der Gesetzgeber lediglich eine empirische Aussage zum Regelfall der Insolvenz. Ob die Anteile tatsächlich wertlos sind, sei im konkreten Einzelfall festzustellen.⁹¹³ § 225a Abs. 5 InsO könne ebenfalls nicht verallgemeinert werden. Der Ausschluss eines freiwillig ausscheidenden Gesellschafters vom Reorganisationswert stelle einen Sonderfall dar und sei gerechtfertigt, da der ausscheidende Gesellschafter keine aktiven Beiträge zur Sanierung leiste und auch seinen vorhandenen Beteiligungswert vom Sanierungsrisiko ausnehme.⁹¹⁴ Die Heranziehung des Fortführungswertes bei einer nach dem Insolvenzplan fortzuführenden Gesellschaft entspreche allgemeinen Bewertungsgrundsätzen.⁹¹⁵ Demnach habe die Bewertung bei der Fortführung des Unternehmens vom Ertragswert auszugehen und nach dem Stichtagsprinzip sei ein zum Bewertungszeitpunkt vorliegendes Sanierungskonzept zu berücksichtigen, sofern dessen Umsetzung hinreichend konkretisiert sei.⁹¹⁶ Zu erwartende ertragssteigernde Maßnahmen seien auch bei einer am Bewertungsstichtag noch nicht tätigen Gesellschaft im Rahmen der Prognose zu berücksichtigen.⁹¹⁷

Es sei nicht zu rechtfertigen den Altgesellschaftern einen Teil des so ermittelten Unternehmenswertes vorzuenthalten.⁹¹⁸ Könnten die Anteilsinhaber aus der Gesellschaft gedrängt werden, obwohl der Unternehmenswert höher sei als der Nominalwert der Verbindlichkeiten, so würden die Gläubiger überproportional am Unternehmenswert beteiligt. Geboten und ausreichend sei es unter Gläubigerschutzgesichtspunkten, wenn bei der Berechnung des den Anteilsinhabern zuzuordnenden Unternehmenswertes die Gläubigerforderungen zum Nominalbetrag abgezogen würden.⁹¹⁹ Da die Gläubigerforderungen in der Insolvenz oftmals, aber eben nicht immer, den Unternehmenswert überstiegen, könne sich hieraus durchaus

⁹⁰⁸ *Madaus*, ZGR 2011, 749 (756).

⁹⁰⁹ *Hölzle/Beiß*, ZIP 2016, 1461 (1463).

⁹¹⁰ *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (849).

⁹¹¹ *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (849).

⁹¹² *Schäfer/Wüstemann*, ZIP 2014, 1757 (1758).

⁹¹³ *Schäfer/Wüstemann*, ZIP 2014, 1757 (1758).

⁹¹⁴ *Schäfer/Wüstemann*, ZIP 2014, 1757 (1759).

⁹¹⁵ *Schäfer/Wüstemann*, ZIP 2014, 1757 (1759); *Stute* in: Kölner Handb. Handels- und GesellschaftsR, Teil 7, Kapital 22 Rn. 674.

⁹¹⁶ *Stute* in: Kölner Handb. Handels- und GesellschaftsR, Teil 7, Kapital 22 Rn. 674.

⁹¹⁷ *Schäfer/Wüstemann*, ZIP 2014, 1757 (1760).

⁹¹⁸ *Schäfer/Wüstemann*, ZIP 2014, 1757 (1762).

⁹¹⁹ *Schäfer/Wüstemann*, ZIP 2014, 1757 (1762).

ergeben, dass der den Gesellschaftern zuzuweisende Unternehmenswert „Null“ sei. Der Gläubigervorrang könne dann durch eine Kapitalherabsetzung „zu Null“ verwirklicht werden. Verbliebe aber nach dem Abzug aller Forderungen zum Nominalwert noch ein positiver Unternehmenswert, müsse dieser zwingend den Gesellschaftern zugewiesen werden und zwar unabhängig davon, ob diese sanierungswillig seien oder nicht.⁹²⁰ Zu beachten sei indes, dass es bei einer Kapitalherabsetzung auf Null nicht darauf ankomme, dass sich aus der Handelsbilanz eine Unterbilanz oder Überschuldung ergebe, vielmehr sei allein die wirtschaftliche Unterbilanz oder Überschuldung maßgeblich.⁹²¹ Eine solche liege vor, wenn der ermittelte Unternehmenswert die Summe der Gläubigerforderungen unterschreite. Der wirtschaftliche Unternehmenswert sei regelmäßig höher als in der Handelsbilanz ausgewiesen.⁹²² So würden etwa schwebende Geschäfte, wie vorteilhafte Mietverträge, nicht bilanziert. Für das wirtschaftliche Unternehmensvermögen seien sie aber durchaus relevant.

Bei der Heranziehung des Fortführungswertes ist weiter umstritten, ob der **rechtsträgerspezifische Mehrwert** berücksichtigt werden muss. Letztlich geht es um die Frage, wem dieser Wert zustehen soll. Teilweise wird dieser Wert den Gläubigern zugeordnet,⁹²³ weshalb er bei der Bewertung des Unternehmens außer Betracht bleiben sollte. Argumentiert wird mit der durch § 199 S. 2 InsO angeordneten Befriedigungsreihenfolge⁹²⁴ sowie mit der Regelung des § 1 S. 1 InsO. Außerdem sei der Verdienst für eine Sanierung des Rechtsträgers den Gläubigern zuzuschreiben.⁹²⁵ Den Anteilseignern stehe der Fortführungswert nur zu, wenn sie den Insolvenzgrund beseitigten.⁹²⁶ Sobald die Gläubiger einen Beitrag leisteten (und sei es nur im Wege der Stundung ihrer Forderung), stehe ihnen der reorganisationsbedingte Wertzuwachs zu. Die Gläubiger ermöglichten durch ihren Beitrag die Sanierung erst.⁹²⁷ § 199 S. 2 InsO ordne den Vorrang der Gläubigerinteressen an. Zur Erreichung des in § 1 S. 1 InsO niedergelegten Zieles der besten Haftungsverwirklichung und zur Maximierung der Haftungsmasse müsse den Gläubigern der rechtsträgerspezifische Mehrwert zugeordnet werden.⁹²⁸ Den Gläubigern müsse der vollständige Haftungsfonds zur Befriedigung zur Verfügung stehen.⁹²⁹ Dies sei unabhängig von einer Kooperationsbereitschaft der Anteilseigner zu beurteilen.⁹³⁰ Erst die Gläubiger hätten es der Gesellschaft durch die Bereitstellung von Kapital ermöglicht, rechtsträgerbezogene Berechtigungen, Genehmigungen und Lizenzen zu erwerben.⁹³¹ Dass diese Werte nicht lediglich in das Unternehmensvermögen fallen, ergibt sich einzig aufgrund

⁹²⁰ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 47.

⁹²¹ Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1765).

⁹²² Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1765).

⁹²³ Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 7; Bitter, ZGR 2010, 147 (191 ff.); Sassenrath, ZIP 2003, 1517 (1526); Möhlenkamp, BB 2013, 2828 (2830); Marotzke, JZ 2009, 763 (767); Schulz, S. 117.

⁹²⁴ Eidenmüller/Engert, ZIP 2009, 541 (543).

⁹²⁵ Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 7.

⁹²⁶ Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 7.

⁹²⁷ Spliedt, GmbHR 2012, 462 (464).

⁹²⁸ Braun in: FS Fischer, S. 53 f.; Schulz, S. 117.

⁹²⁹ Schulz, S. 116.

⁹³⁰ Schulz, S. 116.

⁹³¹ Bitter, ZGR 2010, 147 (196).

der Trennung von Rechtsträger und Vermögen.⁹³² Auch außerhalb der Insolvenz gehe der Verteilung an die Gesellschafter die Befriedigung der Gläubigerforderungen nach Maßgabe der §§ 267, 268 Abs. 1, 272 AktG, 70, 73 GmbHG vor.⁹³³ Erfordere es die Gläubigerbefriedigung, so seien auch die Willensbildung innerhalb des Verbandes sowie die privaten Rechte der Gesellschafter den Gläubigern als Haftungsmasse zuzuweisen.⁹³⁴

Die Gegenauffassung geht davon aus, dass der reorganisationsbedingte Mehrwert den Anteilseignern zustehen müsse.⁹³⁵ Würden rechtsträgerspezifische Werte nach dem Insolvenzplan genutzt, so dürften sie für die Bewertung nach allgemeinen Bewertungsgrundsätzen nicht außer Betracht bleiben.⁹³⁶ Die Anteile der Gesellschafter seien Vermögen der Gesellschafter.⁹³⁷ Sie seien nicht Gegenstand der Haftungsmasse,⁹³⁸ weshalb ein ihnen innewohnender Wert auch nicht entzogen werden könne. Die Anteilsinhaber hätten eine Gesellschaft geschaffen, deren Wert sich aus der Nutzung rechtsträgergebundener Rechte ergebe. Würde man den Anteilsinhabern diesen Wert entziehen, liefe dies auf eine überproportionale Befriedigung der Gläubiger hinaus.⁹³⁹

b. Stellungnahme

Sofern das Unternehmen in der Insolvenz nicht zerschlagen wird, ist der Bewertung des Unternehmens der Fortführungswert zu Grunde zu legen. Dieser Wert bemisst sich nach der konkret angestrebten Sanierung. Eine Bewertung mit dem Zerschlagungswert kommt nicht in Betracht, wenn eine Zerschlagung tatsächlich nicht stattfindet. Richtig ist, dass sich im Insolvenzverfahren zunächst nur ein Wert erzielen lässt, der dem Verkauf des gesamten Unternehmens oder dessen werthaltiger Teile entspricht. Die Entscheidung das Unternehmen fortzuführen zeigt aber, dass die Fortführung gegenüber der Zerschlagung ökonomisch vorteilhafter erscheint, d.h. längerfristig einen höheren Gewinn erwarten lässt. Ein im Insolvenzplan geregeltes Sanierungskonzept ist für die Wertermittlung zu berücksichtigen. Von diesem (zusätzlichen) Wert können die Gesellschafter nicht ausgeschlossen werden. Die Anteilsinhaber sind Eigentümer der Gesellschaft. Sie können von werthaltigen Positionen grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden. Ihnen steht der Unternehmenswert zu, der nach Abzug der Gläubigerforderungen verbleibt. Wird der Rechtsträger genutzt, so ist schon darin ein Vermögenswert zu sehen. Ein Ausschluss der Anteilsinhaber von diesem Wert entbehrt jeder insolvenzrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Legitimation.⁹⁴⁰ Freilich kann eine Bewertung nur vom status quo aus erfolgen. Es kann sich also durchaus herausstellen, dass

⁹³² *Bitter*, ZGR 2010, 147 (196).

⁹³³ *Schulz*, S. 117.

⁹³⁴ *Schulz*, S. 117.

⁹³⁵ *K. Schmidt*, ZIP 2012, 2085 (2088); wohl auch: *Noack*: in FS Röhrich, S. 455 (S. 457); *Stöber*, ZinsO 2012, 1811 (1813).

⁹³⁶ *Schäfer*, ZIP 2016, 1911 (1913).

⁹³⁷ *Schäfer*, ZIP 2016, 1911 (1913); *Noack*: in FS Röhrich, S. 455 (S. 457); *Stöber*, ZinsO 2012, 1811 (1813).

⁹³⁸ *Noack*: in FS Röhrich, S. 455 (S. 457); *Stöber*, ZinsO 2012, 1811 (1813).

⁹³⁹ *Schäfer*, ZIP 2016, 1911 (1913).

⁹⁴⁰ *Schäfer*, ZIP 2016, 1911 (1913).

der angesetzte Fortführungswert sich tatsächlich gar nicht realisieren lässt. Nach dem Stichtagsprinzip sind spätere Änderungen jedoch nicht zu berücksichtigen.

An dem nach Fortführungswerten bemessenen Unternehmenswert partizipieren die Anteilhaber gemäß ihrer Beteiligung an der Gesellschaft. Sie sind von diesem Wert nicht auszuschließen. Die Anteilhaber sind in der Insolvenz nicht als generell nachrangig zu behandeln. Richtig ist, dass die Insolvenzordnung eine Nachrangigkeit der Interessen der Gesellschafter teilweise anordnet. Diese Nachrangigkeit ist jedoch auf den jeweils geregelten Spezialfall beschränkt. § 199 S. 2 InsO regelt den Spezialfall der Verteilung der erzielten Insolvenzmasse.⁹⁴¹ Die Verteilungsmasse beinhaltet nicht den rechtsträgerspezifischen Mehrwert. Da dieser nicht in die Verteilungsmasse fällt, greift auch der Gläubigervorrang nicht. Der Gläubigervorrang bezieht sich auf die Insolvenzmasse (§§ 1, 199 InsO). Bei der Sanierung kann der Grundgedanke des § 199 S. 2 nicht herangezogen werden. Das Vermögen wird bei der Sanierung gerade nicht verteilt, sondern für die Fortführung der Gesellschaft genutzt. Die Befriedigungsreihenfolge ist bei der Fortführung unerheblich. Der Zerschlagungswert ist nur für die Frage von Bedeutung, ob die Sanierung betriebswirtschaftlich sinnvoll ist.⁹⁴² Eine weitere Bedeutung kommt dem Zerschlagungswert für die fortgeführte Gesellschaft nicht zu. Gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind Gesellschafterdarlehen und Forderungen aus gleichgestellten Rechtshandlungen nachrangig zu behandeln. Auch hieraus lässt sich kein allgemeiner Nachrang der Rechte der Gesellschafter ableiten. § 225a Abs. 5 InsO indes regelt die Heranziehung des Zerschlagungswertes, stellt aber ebenfalls eine Spezialregelung dar, nämlich für den ausscheidenden Gesellschafter, der an der fortgeführten Gesellschaft überhaupt nicht mehr beteiligt ist. Die Heranziehung des Zerschlagungswertes ist gerechtfertigt, da der ausscheidende Gesellschafter sich nicht an der Sanierung beteiligt. Eine Partizipation des ausscheidenden Gesellschafters am Fortführungswert wäre unangemessen. Es zeigt sich auch gerade anhand der Tatsache, dass der Gesetzgeber die Nachrangigkeit der Gesellschafter durch Spezialvorschriften geregelt hat, dass nicht von einem generellen Nachrang der Gesellschafterrechte auszugehen ist. Aus der Systematik der Insolvenzordnung ergibt sich somit kein Ausschluss der Gesellschafter vom Fortführungswert.

Ein Vergleich mit dem Regelverfahren führt zu keiner anderen Betrachtung. Das Unternehmen als Gesamtheit der Vermögenswerte der Gesellschaft fällt nach § 35 InsO in die Haftungsmasse. Haftungsobjekt ist das schuldnerische Vermögen.⁹⁴³ Die Beteiligung am Schuldner, also dem Rechtsträger, ist dagegen nicht Bestandteil des Schuldnervermögens und fällt nicht in die Haftungsmasse.⁹⁴⁴ Die Anteilsrechte sind Bestandteil des Vermögens der Gesellschafter; der Zugriff auf das Vermögen der Gesellschafter ist mit dem Grundsatz der Haftungsbeschränkung bei Kapitalgesellschaften unvereinbar.⁹⁴⁵ Demgemäß ist der Wert, den

⁹⁴¹ Anderer Auffassung *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1939) mit dem Argument, dass die InsO dem Konzept des Einheitsverfahrens folge.

⁹⁴² Vgl. hierzu ausführlich *Frieß*, DStR 2004, 654 (656 ff.).

⁹⁴³ *Noack*: in FS Röhrich, S. 455 (S. 457); *Stöber*, ZinsO 2012, 1811 (1813).

⁹⁴⁴ *Madaus*, ZGR 2011, 749 (752); *Thole*, ZIP 2013, 1937 (1940).

⁹⁴⁵ *Noack*: in FS Röhrich, S. 455 (S. 457); *Stöber*, ZinsO 2012, 1811 (1813).

die Beteiligung am Rechtsträger vermittelt, auch im Regelverfahren nicht den Gläubigern zugeordnet.⁹⁴⁶

In schutzwürdige Rechte der Gläubiger wird durch die Bewertung der Anteile mit dem Fortführungswert nicht eingegriffen. Die Gläubigerforderungen sind zum Nominalwert von dem Unternehmenswert abzuziehen. Übersteigen die Forderungen den Unternehmenswert, so liegt dieser bei Null und rechtfertigt einen Kapitalschnitt zu Null. Ein den Anteilsinhabern zuzurechnender Unternehmenswert verbleibt dann nicht mehr. Da die Gläubiger nur in ihren Vermögensinteressen geschützt sind, sind durch den Abzug der Forderungen zum Nominalwert ihre schutzwürdigen Interessen stets ausreichend gewahrt. Jede darüber hinausgehende Bewertung zu Gunsten der Gläubiger würde diese überproportional befriedigen.

Bei der Bewertung des Unternehmens mit dem Fortführungswert ist entgegen der Auffassung von Schulz⁹⁴⁷ auch ein rechtsträgerspezifischer Mehrwert zu berücksichtigen, wenn nach dem Insolvenzplan der Rechtsträger saniert werden soll. Der Wert des Unternehmens zeigt sich in diesem Fall gerade in der Notwendigkeit der Nutzung rechtsträgergebundener Rechte. Die Gläubiger können im Regelverfahren ohne Zustimmung der Anteilsinhaber nicht auf die rechtsträgergebundenen Rechte zugreifen. Der Gesetzgeber hat eine Grundentscheidung getroffen, wonach nur das Unternehmen und nicht der Rechtsträger in die Insolvenzmasse fällt. Die an der Gesellschaft bestehenden Rechte stehen den Anteilsinhabern als Eigentümer der Gesellschaft zu. Soweit die Gläubiger auf diese Rechte zugreifen wollen, müssen sie dies im Insolvenzplan regeln. Der Plan muss von den Anteilsinhabern angenommen werden oder ihre Zustimmung muss wirksam ersetzt werden. Den Gläubigern kann der Wert der rechtsträgerbezogenen Rechte nicht einfach über eine Bewertung zu Lasten der Anteilsinhaber zugewandt werden. Der Gläubigervorrang wird hierdurch nicht in Frage gestellt, wenn und soweit die Gläubigerforderungen zum Nominalwert abgezogen werden.

Fraglich ist, wie die Bewertung erfolgen soll. In Betracht kommt die Anknüpfung an die Handelsbilanz oder die Einholung eines Bewertungsgutachtens. Die Anknüpfung an die Handelsbilanz würde indes zu unbilligen Ergebnissen führen, da der wirtschaftliche Wert den in der Handelsbilanz ausgewiesenen Wert regelmäßig überschreitet.⁹⁴⁸ Maßgebend für die Bewertung ist der wirtschaftliche Wert des Unternehmens, da sich hieraus die Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft ableiten lässt. Es wird daher trotz des in der Insolvenz bestehenden Zeitmangels ein Bewertungsgutachten einzuholen sein. Im besten Fall wird dieses Gutachten schon vor Erstellung eines Insolvenzplans oder zumindest parallel in Auftrag gegeben. Dies

⁹⁴⁶ Anders *Spliedt* und *Bitter*, die auch den reorganisationsbedingten Mehrwert entsprechend der in § 199 InsO angeordneten Verteilungsfolge realisieren wollen, mit anderen Worten also den Gläubigern zuordnen wollen; vgl. hierzu *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (464); *Bitter*, ZGR 2010, 147 (150 f.). Als Argument angeführt wird, dass die Gläubiger mit ihrer Entscheidung zugunsten der Reorganisation die erforderlichen Sanierungsbeiträge erbringen, die eine Fortführung erst ermöglichen und das Weiterführungsrisiko tragen. Zum selben Ergebnis kommt auch *Schulz*, S. 116 ff.

⁹⁴⁷ *Schulz*, S. 117

⁹⁴⁸ *Schäfer/Wüstemann*, ZIP 2014, 1757 (1765).

hätte den Vorteil, dass das Gutachten auch zur Klärung der Frage der Sanierungsfähigkeit herangezogen werden könnte.

3. Bezugsrecht der Gesellschafter

a. Meinungsstand

(1) Bezugsrecht im Insolvenzverfahren

Ein Bezugsrecht der Gesellschafter ist in der Insolvenzordnung nicht ausdrücklich normiert. Die Normierung eines Bezugsrechts war im Vorfeld des ESUG teilweise begrüßt worden⁹⁴⁹, erfolgte aber letztlich nicht. Es ist umstritten, ob den Anteilshabern im eröffneten Verfahren ein Bezugsrecht zustehen soll.

Ein Bezugsrecht der Anteilshaber wird teilweise verneint.⁹⁵⁰ Die Einräumung eines solchen sei aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht erforderlich.⁹⁵¹ Der Ausschluss der Anteilshaber von Sanierungsmaßnahmen stehe nicht in Konflikt mit dem durch Art. 14 GG gewährten Eigentumsrecht. Sofern die Sanierungsbeteiligten den Anteilshabern ein Bezugsrecht einräumen wollen, sei dies auszuhandeln.⁹⁵² Nach allgemeiner Auffassung⁹⁵³ besteht im Insolvenzverfahren grundsätzlich ein Bezugsrecht nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften.⁹⁵⁴ Hoch umstritten ist aber, ob und unter welchen Voraussetzungen der Ausschluss des Bezugsrechts möglich ist.

(2) Bezugsrechtsausschluss grundsätzlich möglich

Teilweise wird ein Bezugsrechtsausschluss im Insolvenzverfahren ohne jegliche materielle Voraussetzung als zulässig angesehen.⁹⁵⁵ Der Anspruch der Anteilshaber sei im eröffneten Verfahren in jedem Fall nur auf Geld gerichtet, nicht auf Beteiligung an der Gesellschaft.⁹⁵⁶ Aus § 199 S. 2 InsO ergebe sich, dass die Anteilshaber im eröffneten Verfahren nur noch mit einer finanziellen Kompensation ihrer Anteile rechnen könnten. Der ESUG-Gesetzgeber gehe davon aus, dass ein Entzug der Anteile ohne weitere Voraussetzungen möglich sein soll. In der Gesetzesbegründung heißt es: „Eine Einschränkung oder der Verlust des Mitgliedschaftsrechts im Insolvenzplanverfahren ist unbedenklich, weil der Anteilshaber nach Eröffnung eines Insolvenzplanverfahrens, das ohne Plan zu einer Abwicklung und damit Löschung des insolventen Rechtsträgers führte, ohnehin nicht mehr mit dem Erhalt seines An-

⁹⁴⁹ *Brinkmann*, WM 2011, 97 (101).

⁹⁵⁰ *Pühl*, S. 240.

⁹⁵¹ *Pühl*, S. 240.

⁹⁵² *Pühl*, S. 240.

⁹⁵³ *Schäfer/Wüstemann*, ZIP 2014, 1757 (1767); *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121 (125); *Altmeppen*, FS Hommelhoff, S. 18 f.; *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (441 f.); *A. Schmidt* in: Hamb. Komm. zum InsR, § 225a Rn. 28; *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn 50; *Schmidt-Preuß*, NJW 2016, 1269 (1272); *Hölzle*, NZI 2011, 124 (128); *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (847).

⁹⁵⁴ 186 AktG sowie der allgemeinen Anerkennung auch bei der GmbH. Vgl. hierzu *Lutter* in: *Lutter/Hommelhof GmbHG*, § 55 Rn. 17.

⁹⁵⁵ *A. Schmidt* in: Hamb. Komm. zum InsR, § 225a Rn. 28; *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn 50; *Schmidt-Preuß*, NJW 2016, 1269 (1272); *Hölzle*, NZI 2011, 124 (128); *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (847); *Bitter*, ZGR 2010, 147 (191); letztere de lege ferenda.

⁹⁵⁶ *Bitter*, ZGR 2010, 147 (193).

teils- und Mitgliedschaftsrechts rechnen kann“.⁹⁵⁷ Mit der Insolvenzeröffnung sei offenbar, dass es für die Gesellschaft nicht mehr schlimmer kommen könne.⁹⁵⁸ Hänge die Gewinnung neuer Kapitalgeber von einem Bezugsrechtsausschluss ab, sei dieser zulässig.⁹⁵⁹ Dies soll auch dann gelten, wenn der Kapitalgeber kein Dritter, sondern ein Altgesellschafter ist.⁹⁶⁰ Sei dieser im Gegensatz zu den restlichen Gesellschaftern zur schnellen Bereitstellung von Kapital willens und in der Lage, könne das Bezugsrecht zu Lasten der Mitgesellschafter ausgeschlossen werden.⁹⁶¹ Die Gesellschafter seien nicht schutzwürdig. Sie hätten es in der Hand, durch eine Sanierung der Gesellschaft die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu verhindern⁹⁶² oder aber den Insolvenzgrund noch im eröffneten Verfahren durch Nachschüsse zu beseitigen und die Einstellung des Verfahrens gemäß § 212 InsO zu erzwingen.⁹⁶³ Durch ihre Untätigkeit hätten die Gesellschafter ihre Chance auf Beteiligung an der Sanierung verwirkt.⁹⁶⁴ Für den Bezugsrechtsausschluss wird weiter angeführt, dass sich das Mitgliedschaftsrecht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens in ein „aliud“ umwandle.⁹⁶⁵ Dieses „aliud“ vermittele nur noch ein Teilhaberecht am Liquidationsüberschuss, der aber praktisch irrelevant sei.⁹⁶⁶

Soweit eine Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses verlangt wird, wird teilweise angenommen, dass eine solche Rechtfertigung in der Insolvenz grundsätzlich vorliege.⁹⁶⁷ Der Ausschluss des Bezugsrechts sei möglich, da die Gesellschaftsanteile in der Insolvenz regelmäßig wirtschaftlich wertlos seien und verbleibende Vermögenspositionen der Gesellschafter durch die Schutzmechanismen des Insolvenzrechts abgesichert seien.⁹⁶⁸ So beinhalte die Insolvenzordnung den Gleichbehandlungsgrundsatz (§§ 226, 245 Abs. 3 Nr. 2) und würde sicherstellen, dass die Anteilsinhaber durch den Insolvenzplan nicht gegen ihren Willen schlechtergestellt werden als im Regelinsolvenzverfahren (§§ 245 Abs. 1 Nr. 1, 251).⁹⁶⁹ Das Bezugsrecht könne jedenfalls ausgeschlossen werden, wenn die sanierungswillige Mehrheit der Gläubiger dies im Interesse der Sanierung verlange und die Sanierung andernfalls gefährdet wäre.⁹⁷⁰

⁹⁵⁷ Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 34 f.

⁹⁵⁸ Noack, FS Zöllner, S. 411 (423).

⁹⁵⁹ Noack, FS Zöllner, S. 411 (423).

⁹⁶⁰ Noack, FS Zöllner, S. 411 (423 f.).

⁹⁶¹ Noack, FS Zöllner, S. 411 (423 f.).

⁹⁶² Decher/Voland, ZIP 2013, 101 (106).

⁹⁶³ Altmeyden, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 19).; Spahlinger in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a Rn. 29; Decher/Voland, ZIP 2013, 103 (106).

⁹⁶⁴ Decher/Voland, ZIP 2013, 103 (106).

⁹⁶⁵ Altmeyden, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 19).

⁹⁶⁶ Altmeyden, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 19).

⁹⁶⁷ Spahlinger in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a InsO Rn. 24a.

⁹⁶⁸ Spahlinger in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a InsO Rn. 24a.

⁹⁶⁹ Spahlinger in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a InsO Rn. 24a.

⁹⁷⁰ Altmeyden, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 19).

(3) sachliche Rechtfertigung nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen

Verbreitet wird angenommen, der Bezugsrechtsausschluss im Insolvenzplanverfahren müsse gesellschaftsrechtlichen Anforderungen entsprechen.⁹⁷¹ Dies folge aus § 225a Abs. 3 InsO, welcher auf gesellschaftsrechtliche Prüfungsmaßstäbe verweise.⁹⁷² Zwar würden die formellen Voraussetzungen (§ 186 Abs. 3, Abs. 4 AktG) an den gesellschaftsrechtlichen Bezugsrechtsausschluss durch die insolvenzrechtlichen Vorschriften verdrängt, in materieller Hinsicht sei aber wie im Gesellschaftsrecht eine sachliche Rechtfertigung erforderlich.⁹⁷³ Der Bezugsrechtsausschluss müsse demgemäß im Interesse der Gesellschaft liegen, geeignet und erforderlich sowie im Hinblick auf die Rechte der Anteilsinhaber angemessen sein.⁹⁷⁴ Die Anteilseigner könnten im Hinblick auf Art. 14 GG nicht ohne Weiteres aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.⁹⁷⁵ Das Bezugsrecht gehöre zu den zentralen Mitgliedschaftsrechten und sei durch Art. 14 GG verfassungsrechtlich abgesichert.⁹⁷⁶ Selbst wenn der Vermögenswert der Anteile mit Null bemessen würde, vermittelten die Anteile doch weiterhin ein Mitgliedschaftsrecht an der Gesellschaft.⁹⁷⁷ Aus diesem folge das Recht, sich mit eigenen Beiträgen an der Sanierung zu beteiligen.⁹⁷⁸ Insbesondere bei einem Kapitalschnitt auf Null sei der Bezugsrechtsausschluss mit Art. 14 GG nicht vereinbar, da die Anteilsinhaber in diesem Fall kompensationslos gegen ihren Willen aus der Gesellschaft ausscheiden müssten.⁹⁷⁹

Gegen den Ausschluss des Bezugsrechts spreche auch, dass dies aus rechtsökonomischer Sicht für die Gläubiger den Anreiz setzen könne, in der Krise der Gesellschaft auf die Insolvenz hinzuwirken, um dann im Verfahren die Gesellschaft samt Unternehmen zu übernehmen.⁹⁸⁰ Denkbar sei, dass ein Investor mehrere Forderungen einsammelt und damit ein neues Übernahmeargument an die Hand bekomme.⁹⁸¹ Konkurrenten könnten unter Aushöhlung des Mitgliedschaftsrechts der Anteilsinhaber an Patente oder Lizenzen der Gesellschaft gelangen.⁹⁸²

⁹⁷¹ Hirte in: Uhlenbruck InsO, § 225a Rn. 41; Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1767); Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125); Altmeyden, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 18 f.); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (441 f.); Segmiller, S. 137, Spee, S. 195.

⁹⁷² Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (441 f.).

⁹⁷³ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (441 f.).

⁹⁷⁴ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125).

⁹⁷⁵ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125); Brinkmann, WM 2011, 97 (100); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (441 f.), zumindest im Hinblick auf geschlossenen Gesellschaften kritisch: K. Schmidt, ZIP 2012, 2085 (2088); ders. ZGR 2012, 566 (580).

⁹⁷⁶ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (441).

⁹⁷⁷ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125); Brinkmann, WM 2011, 97 (100).

⁹⁷⁸ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125).

⁹⁷⁹ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (126); Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1767; so auch A. Schmidt in: Hamb. Komm. zum InsR, § 225a Rn. 17, der ansonsten einen Bezugsrechtsausschluss ohne weitere Voraussetzungen für zulässig erachtet.

⁹⁸⁰ Simon, CFL 2010, 448 (456); K. Schmidt, ZIP 2012, 2085 (2088); ders. ZGR 2012, 566 (578); Brinkmann, WM 2011, 97 (101).

⁹⁸¹ K. Schmidt, ZIP 2012, 2085 (2088); ders. ZGR 2012, 566 (578).

⁹⁸² Heinrich, NZI 2012, 235 (241).

(4) Auslegung des Merkmals des wichtigen Grundes

Soweit ein sachlicher Grund für den Ausschluss des Bezugsrechts verlangt wird, ist fraglich, welche Anforderungen an den sachlichen Grund zu stellen sind. Ob ein sachlicher Grund für einen Bezugsrechtsausschluss vorliegt, muss grundsätzlich durch Abwägung der Gläubiger- und Gesellschafterinteressen ermittelt werden.⁹⁸³ Die Beurteilung ist indes uneinheitlich. Teilweise wird angenommen, es liege in der Insolvenz eine Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses vor, wenn der oder die investitionsbereiten Gläubiger oder externe Investoren diesen zur Voraussetzung ihrer Sanierungsbeteiligung machten und eine Sanierungsalternative nicht in Sicht sei.⁹⁸⁴ Weiter wird vertreten, dass zwar kein sachlicher Grund nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen erforderlich sei, wohl aber ein sachlicher Grund nach insolvenzrechtlichen Grundsätzen.⁹⁸⁵ Das Interesse der Gläubiger an einer bestimmten Beteiligung solle daher als sachlicher Grund für den Bezugsrechtsausschluss genügen.⁹⁸⁶

Verbreitet wird angenommen, das Vorliegen eines sachlichen Grundes sei nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewerten.⁹⁸⁷ Bei Sacheinlagen könne eine sachliche Rechtfertigung schon darin liegen, dass die Gesellschaft ein hinreichendes Interesse am Erwerb des jeweiligen Gegenstandes habe.⁹⁸⁸ Bei Barkapitalerhöhungen sei eine sachliche Rechtfertigung für einen Bezugsrechtsausschluss nur unter engen Voraussetzungen zulässig und abzulehnen, wenn die Gesellschafter bereit seien, der Gesellschaft neue Mittel zuzuführen.⁹⁸⁹ Aus Sicht der Gesellschaft sei unerheblich, wer die notwendigen Mittel zur Verfügung stelle, sodass kein Grund ersichtlich sei, sanierungswillige Gesellschafter von der Barkapitalerhöhung auszuschließen.⁹⁹⁰

Bisweilen wird darauf abgestellt, ob die Anteilsinhaber im Vorfeld der Insolvenz sanierungswillig waren.⁹⁹¹ Ein Erhaltungsinteresse sei nur den Anteilsinhabern zuzusprechen, die sich im Vorfeld der Insolvenz aktiv für eine Sanierung eingesetzt hätten und zum Einsatz neuer Mittel bereit gewesen seien.⁹⁹² Teilweise wird die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Vereinbarkeit des Ausschlusses von Minderheitsaktionären mit Art. 14 GG⁹⁹³

⁹⁸³ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (442).

⁹⁸⁴ Altmeyden, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 19).

⁹⁸⁵ Spahlinger in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a Rn. 24.

⁹⁸⁶ Spahlinger in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a Rn. 28.

⁹⁸⁷ Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1767); Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125); Altmeyden, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 18 f.).

⁹⁸⁸ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125).

⁹⁸⁹ Segmiller, S. 137.

⁹⁹⁰ Segmiller, S. 137, der außerdem darauf hinweist, dass die Gesellschafter mit der Bereitstellung von neuem Kapital ihrer Sanierungsverantwortung nachkommen.

⁹⁹¹ Spee, S. 174 ff.

⁹⁹² Spee, S. 174 ff. Nach Ansicht von Spee sind sanierungswillig damit nur diejenigen Gesellschafter, die sowohl zum Zeitpunkt der gerichtlichen Sanierung willens und in der Lage sind, neue Mittel für die Sanierung aufzuwenden als auch zum Zeitpunkt außergerichtlicher Sanierungsversuchen. Nur wer sich aktiv für eine außergerichtliche Sanierung eingesetzt und sich sanierungswillig gezeigt habe, könne für das Scheitern der Sanierung und die sich anschließende Insolvenz nicht verantwortlich gemacht werden.

⁹⁹³ BVerfGE 14, 263, 376 ff.; BVerfGE 100, 289, 303 f.

auf die Insolvenzsituation übertragen.⁹⁹⁴ Demgemäß sei ein Ausschluss zulässig, wenn und soweit den Anteilsinhabern ein unternehmerisches Interesse abzusprechen sei. Dies sei beim Minderheitsgesellschafter schon deshalb der Fall, weil dieser ohnehin keinen Einfluss auf die Gesellschaft nehmen könne. Die schutzwürdigen Interessen der Minderheitsgesellschafter seien bereits durch eine vollständige wirtschaftliche Kompensation gewahrt.⁹⁹⁵ Ausweislich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes sei aber auch den Mehrheitsgesellschaftern ein unternehmerisches Interesse abzusprechen, wenn sie nicht zu Investitionen bereit seien.⁹⁹⁶

b. Stellungnahme

(1) Bezugsrecht im Insolvenzplanverfahren

Den Anteilsinhabern steht auch in der Insolvenz grundsätzlich ein Bezugsrecht nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regelungen zu. Dies folgt zu einem aus Art. 14 GG,⁹⁹⁷ zum anderen geht auch der Gesetzgeber der Insolvenzordnung offensichtlich davon aus, dass das Bezugsrecht der Anteilsinhaber im Insolvenzplanverfahren besteht.

Das Mitgliedschaftsrecht und die aus der Mitgliedschaft resultierenden Rechte genießen den Schutz von Art. 14 GG und Art 9 GG. Die Gesellschafterstellung muss daher auch dann aufrechterhalten werden können, wenn den Anteilen kein Vermögenswert zukommt.⁹⁹⁸ Die Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes⁹⁹⁹ zur Vereinbarkeit des Ausschlusses von Minderheitsaktionären mit Art. 14 GG überzeugt nicht. Schon bei Begründung der Mitgliedschaft haben sich die Anteilsinhaber der Mehrheitsmacht unterworfen. Mehrheitsentscheide sind daher der Mitgliedschaft immanent. Im Insolvenzverfahren jedoch geht es nicht um die Kollision von Minderheiten- und Mehrheitsrechten, sondern maßgeblich um die Gewichtung von Gläubiger- und Gesellschafterinteressen. Ein Mehrheitsentscheid der Gesellschafter findet nicht statt. Die Gläubiger sind nicht legitimiert, über die Rechte der Gesellschafter zu bestimmen. Soweit dies ausnahmsweise der Fall ist, bedarf es hierfür einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, welche die Interessen der Anteilsinhaber ausreichend berücksichtigt.

Wortlaut des Gesetzes und Wille des Gesetzgebers weisen ebenfalls auf ein grundsätzlich bestehendes Bezugsrecht hin. § 225a Abs. 2 Satz 3 Var. 3 InsO regelt die Möglichkeit eines Bezugsrechtsausschlusses. Ein solcher setzt voraus, dass ein Bezugsrecht grundsätzlich besteht. In der Regierungsbegründung zum ESUG heißt es, ein Bezugsrechtsausschluss zu Las-

⁹⁹⁴ Spetzler, KTS 2010, 433 (444).

⁹⁹⁵ BVerfGE 100, 289, 303 f.

⁹⁹⁶ Spetzler, KTS 2010, 433 (444).

⁹⁹⁷ Vgl. hierzu oben IV. 2.

⁹⁹⁸ Für die sanierungswilligen Gesellschafter: *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121 (125); *Wertenbruch*, ZIP 2013, 1693 (1696) sowie diesen folgende *Spee*, S. 177. Anderer Auffassung: *Altmeyen* in: FS-Hommelhoff, S. 1 (S. 19); *Spliedt*, GmbHR, 2012, 562 (565); *Hölzle*, KTS 2011, 291 (318 f.), *ders.*, NZI, 2011, 124 (127); *Verse*, ZGR 2010, 299 (310), die davon ausgehen, dass die verwaltungsrechtliche Komponente der Mitgliedschaft in der Insolvenz nicht von Bedeutung sei und es ausreiche, wenn eine wirtschaftliche Entschädigung erfolge.

⁹⁹⁹ BVerfGE 14, 263, 376 ff.; 100, 289, 303 f.

ten der Anteilshaber müsse im Plan geregelt werden.¹⁰⁰⁰ Auch hieraus lässt sich ableiten, dass es andernfalls beim Bezugsrecht bleiben soll.¹⁰⁰¹ Zu beachten ist des Weiteren, dass das Bezugsrecht bei Barkapitalerhöhungen durch Art. 29 I der Kapitalrichtlinie europarechtlich abgesichert ist und aus diesen Gründen durch den Gesetzgeber nicht komplett abgeschafft werden kann. Sofern der Plan also keinen Bezugsrechtsausschluss beinhaltet, steht den Anteilshabern ein Bezugsrecht zu. Nicht zuletzt folgt dies auch aus § 225a Abs. 3 InsO, der auf gesellschaftsrechtliche Prüfungsmaßstäbe verweist.¹⁰⁰² Bei der werbenden Gesellschaft steht den Anteilshabern ein Bezugsrecht zu. Anders ist dies nur bei der GmbH zu beurteilen, wenn das Bezugsrecht in der Satzung ausgeschlossen wurde. Die Anteilshaber sind in ihrem Bestandsinteresse nicht schutzwürdig, wenn sie bereits in der ursprünglichen Satzung den Ausschluss des Bezugsrechts geregelt haben.

(2) Bezugsrechtsausschluss

Die eigentlich streitige Frage ist, unter welchen Voraussetzungen das in der Insolvenz grundsätzlich bestehende Bezugsrecht ausgeschlossen werden kann. Für die Beurteilung dieser Frage sind gesellschaftsrechtliche Grundsätze heranzuziehen; es sind indes auch die Besonderheiten des Insolvenzverfahrens zu berücksichtigen, weshalb sich eine unterschiedliche Bewertung ergeben kann. So ist im Insolvenzplanverfahren der Bezugsrechtsausschluss nicht durch eine $\frac{3}{4}$ Mehrheit legitimiert. Bei der werbenden Gesellschaft kann aufgrund des schweren Eingriffs in die Mitgliedschaft ein Bezugsrechtsausschluss nur mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ des Grundkapitals beschlossen werden; eine geringere Mehrheit kann auch nicht durch die Satzung festgelegt werden (§ 186 Abs. 3 Satz 3 AktG). Bei der Abstimmung über den Insolvenzplan genügt eine einfache Mehrheit. Die Zustimmung zum Plan kann außerdem über § 245 InsO ersetzt werden. Eine Legitimation des Bezugsrechtsausschlusses durch die Anteilshaber kann in Folge dessen nicht angenommen werden. Der Bezugsrechtsausschluss kann im Insolvenzplanverfahren gegebenenfalls auch gegen die ablehnende Haltung der Anteilshaber durchgesetzt werden.¹⁰⁰³ Aufgrund vorstehender Erwägungen erscheint es problematisch, an den Bezugsrechtsausschluss im Insolvenzverfahren geringere materielle Anforderungen zu stellen als bei der werbenden Gesellschaft.

(3) Anforderungen an den Sachgrund unter Berücksichtigung der Gläubigerinteressen

Zu den materiellen Voraussetzungen des Bezugsrechtsausschlusses schweigt die Insolvenzordnung ebenso wie das Aktiengesetz. Das Vorliegen eines sachlichen Grundes bestimmt sich anhand einer Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Gesellschafter und der

¹⁰⁰⁰ Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 32.

¹⁰⁰¹ *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121 (125).

¹⁰⁰² *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121 (125); *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (441 f.).

¹⁰⁰³ Eine Ersetzung der Zustimmung ist begrenzt durch das Merkmal der Schlechterstellung. Ohne den Insolvenzplan stünde den Anteilshabern bei Kapitalmaßnahmen und der Nutzung des alten Rechtsträgers grundsätzlich ein Bezugsrecht nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu, welches nur unter engen Voraussetzungen ausgeschlossen werden könnte. Die Gläubiger könnten ohne den Insolvenzplan nur dann den Rechtsträger nutzen, wenn die Gesellschafter nach Maßgabe der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zustimmen oder durch Gewährung eines Bezugsrechts daran beteiligt würden.

Gläubiger. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zu beachten. Es muss dargetan werden, aus welchem Grund für einen Investor der Bezugsrechtsausschluss zwingend notwendig ist und die Gewährung eines Bezugsrechts für den Investor nachteilig sein soll. Ein Bezugsrechtsausschluss kommt nur in Betracht, wenn sich sachgerechte Ergebnisse nicht auch durch die Gewährung eines Bezugsrechts erreichen lassen. Die schutzwürdigen Interessen der Anteilsinhaber sind zu berücksichtigen. Demgemäß ist ein Bezugsrechtsausschluss nicht damit zu rechtfertigen, dass ein Investor die Übernahme der Gesellschaft oder die Übernahme der Mehrheitsmacht anstrebt. Die Gläubiger haben kein Recht auf Beteiligung an der Schuldnergesellschaft in einer bestimmten Höhe. Eine Beteiligung der Anteilsinhaber an der Sanierung benachteiligt die Gläubiger grundsätzlich nicht. Blockadepositionen der Anteilsinhaber bestehen nach dem ESUG nicht mehr. Die Gesellschafter müssen sich ihre Weiterbeteiligung durch Zufuhr von frischem Kapital verdienen. Dies ist sachgerecht, da das Kapital der Gesellschaft verwirtschaftet ist. Gleichzeitig ist es aber sachgerecht, den Gesellschaftern eine Beteiligung an der Gesellschaft zu ermöglichen, soweit sie zu Sanierungsbeiträgen bereit sind. Der Zufluss von frischem Kapital entspricht dem objektiven Interesse der Gläubiger. Sofern die Anteilsinhaber also willens und in der Lage sind, ausreichende Mittel für die Sanierung nachzuschießen, kann ihnen dies grundsätzlich nicht mit Verweis auf die Rechte der Gläubiger verwehrt werden. Das Bezugsrecht kann nur insoweit ausgeschlossen werden, wie dieser Ausschluss unmittelbar von den schützenswerten Interessen der Gläubiger gedeckt ist. Er muss ultima ratio sein. Dies folgt zwingend aus der Verfassung.¹⁰⁰⁴ Art. 14 GG schützt nicht nur die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft, welche schon durch finanzielle Kompensation des Anteilsverlustes gewahrt werden kann. Vielmehr erstreckt sich der Schutz des Art. 14 GG auch auf die teilhaberechtliche Seite der Mitgliedschaft. Dies fordert den Schutz der Beteiligung an einer Gesellschaft, wenn nicht verfassungsrechtlich geschützte Interessen Dritter zwingend vorgehen.

Hierbei wird nicht verkannt, dass das Befriedigungsinteresse der Gläubiger von Art. 14 GG geschützt ist. Der Vorrang der Gläubiger gilt aber nur, soweit dies zum Schutz der vermögensrechtlichen Interessen der Gläubiger notwendig ist. Der Anspruch der Gläubiger ist auf Geld gerichtet. Im Hinblick auf die reinen Vermögenspositionen sind die Interessen der Gläubiger von der Insolvenzordnung privilegiert. Auch im Rahmen der praktischen Konkordanz ergibt sich diesbezüglich ein Vorrang der Gläubigerinteressen. Ein Recht der Gläubiger auf Beteiligung folgt aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen aber gerade nicht. Die Gläubiger stehen als externe Geldgeber außerhalb der Gesellschaft. Soweit die Insolvenzordnung nun den Debt-Equity-Swap ausdrücklich zulässt, können die Gläubiger zwar ihre Forderung in eine Beteiligung umwandeln, auch darin ist aber kein originärer Beteiligungsanspruch zu sehen, der über den Einzelfall der Einbringung der Forderungen hinausgeht. Die Gläubiger müssen nachweisen, dass ihnen durch die Einräumung des Bezugsrechts ein *finanzieller* Nachteil entsteht. Dies wird kaum gelingen können.

¹⁰⁰⁴ Anderer Auffassung: Pühl, S. 162.

Die Gesellschafter erhalten durch die Einräumung des Bezugsrechts keinen wirtschaftlichen Wert im Sinne des § 245 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Wäre dies der Fall, so würden die Gläubiger nicht angemessen am wirtschaftlichen Wert beteiligt. Die Anteilsinhaber bringen für den Erhalt ihrer Beteiligung in voller Höhe frisches Barkapital auf. Die bessere Kapitalausstattung der Gesellschaft kommt den Gläubigern zugute. Da die Anteilsinhaber für ihre Beteiligung an der Gesellschaft eine äquivalente Gegenleistung erbringen, wird ihnen kein wirtschaftlicher Wert zugewandt.¹⁰⁰⁵

(4) Schutzwürdigkeit und –bedürftigkeit der Anteilsinhaber

Die Rechtsposition der Anteilsinhaber ist schutzwürdig. Wird der Rechtsträger weiter genutzt, ist die Beteiligung am Rechtsträger werthaltig und schutzwürdig. Der Gesellschaft selbst und nicht nur dem von der Gesellschaft abtrennbaren Unternehmen kommt in diesem Fall ein Wert zu. Dieser Wert kann den Anteilsinhaber nicht über einen Bezugsrechtsausschluss entzogen werden, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre. Die Anteilsinhaber haben ein Unternehmen geschaffen, bei dem aufgrund seiner rechtsträgerbezogenen Berechtigungen eine optimale Gläubigerbefriedigung nicht über den Verkauf, sondern über die Reorganisation erreicht wird. Die Anteilsinhaber haben sich eine Weiterbeteiligung verdient. Dies gilt umso mehr, als sie für diese Weiterbeteiligung bezahlen.

Besonders problematisch im Hinblick auf Art. 14 GG ist der Bezugsrechtsausschluss bei einer Kapitalherabsetzung auf Null, da die Gesellschafter nach dem Kapitalschnitt aufgrund der Wertlosigkeit ihrer Anteile aus der Gesellschaft ausscheiden müssen. Der Bezugsrechtsausschluss ist regelmäßig nicht zulässig, wenn das Kapital unter den Mindestnennbetrag herabgesetzt wird (§§ 228 Abs. 1 AktG, 58a Abs. 4 GmbHG). Bei der dann notwendigen Barkapitalerhöhung bis zur Erreichung des Mindestkapitals kommt ein Bezugsrechtsausschluss nicht in Betracht.¹⁰⁰⁶ Barkapital kann von den Gesellschaftern ebenso aufgebracht werden wie von den Gläubigern. Sind die Anteilsinhaber willens und in der Lage, den geforderten Kapitalbetrag aufzubringen, so ist ein sachlicher Grund für den Bezugsrechtsausschluss bei einer Barkapitalerhöhung kaum denkbar. Mit Blick auf das wohlverstandene Gesellschaftsinteresse ist die Herkunft des Kapitals unerheblich.

Die Anteilsinhaber sind in ihrem Beteiligungsinteresse auch dann schutzwürdig, wenn der Ausschluss finanziell kompensiert würde. Dies gilt unabhängig von der Gesellschaftsform. Es mag richtig sein, dass bei Kapitalgesellschaften regelmäßig der finanzielle Aspekt in den Vordergrund tritt, sodass die Anteilsinhaberinteressen regelmäßig schon dann gewahrt sind, wenn sie für den Verlust ihrer Anteile entschädigt werden; dies ist aber nicht zwingend der Fall. Auch Kapitalgesellschaften können ein über den rein wirtschaftlichen Wert ihres Anteils hinausgehendes Interesse am Verbleib in der Gesellschaft haben. Eine pauschale Differenzierung zwischen Kapital- und Personengesellschaften ist nicht angezeigt. Allenfalls kann eine rein kapitalistische Ausgestaltung der Beteiligung an der Gesellschaft im Rahmen der Inte-

¹⁰⁰⁵ Pühl, S. 224.

¹⁰⁰⁶ Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1767); A. Schmidt in: Hamb. Komm. zum InsR, § 225a Rn. 17.

ressensabwägung bei Prüfung des Sachgrundes berücksichtigt werden. Ein grundsätzlicher Ausschluss des Bezugsrechts lässt sich damit nicht rechtfertigen.

Den Gesellschaftern kann auch nicht entgegengehalten werden, dass sie Sanierungsmaßnahmen nicht bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens getroffen haben. Die sanierungswilligen Gesellschafter sind häufig in der Minderheit und außerhalb des Insolvenzverfahrens daher gar nicht zu einer Sanierung in der Lage. Es kann darüber hinaus auch nicht pauschal geurteilt werden, die Gesellschaftermehrheit jedenfalls habe die Sanierung nicht gewollt. Die Sanierung dürfte in vielen Fällen erst dann erfolgversprechend sein, wenn auch die Gläubiger sich, etwa durch den Verzicht auf Teile ihrer Forderungen, daran beteiligen. Die Anteilsinhaber haben daher ihr Bezugsrecht selbst dann nicht verwirkt, wenn sie vor Einleitung des Insolvenzverfahrens Sanierungsmaßnahmen unterlassen haben. Dies gilt selbst dann, wenn die Möglichkeit einer vorinsolvenzlichen Sanierung tatsächlich bestanden hätte.¹⁰⁰⁷ Der Gesetzgeber eröffnet die Möglichkeit, bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Auch strategische Insolvenzen sind grundsätzlich zulässig.¹⁰⁰⁸ Die Nutzung des Insolvenzverfahrens als Sanierungsinstrument kann den Anteilsinhabern nicht angelastet werden, sofern ein Insolvenzgrund tatsächlich vorlag. Eine Unterscheidung zwischen sanierungswilligen und sanierungsunwilligen Gesellschaftern kommt nicht in Betracht¹⁰⁰⁹ beziehungsweise erübrigt sich. Unbeachtlich ist demnach auch, ob die Anteilsinhaber sich vor Eröffnung des Verfahrens aktiv für ein außergerichtliches Sanierungskonzept eingesetzt haben. Zum einen steht den Anteilsinhabern, wie bereits erörtert, bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes die Wahl offen, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen; zum anderen ist auch nicht einsichtig, warum dem Insolvenzverfahren ein erzieherischer Effekt beigemessen werden soll. Das Insolvenzverfahren dient dem objektiven Zweck der Maximierung der Masse zu Gunsten der Gläubiger. Die Anteilsinhaber sind nicht für ein Fehlverhalten im Vorfeld der Insolvenz zu bestrafen. Es ließe sich daraus kein direkter Vorteil für die Gläubiger ableiten. Eine Sanktionierung der Anteilsinhaber ist aus diesem Grund auch nicht zu rechtfertigen. Vielmehr steigen die Sanierungschancen, wenn sich möglichst viele an der Sanierung beteiligen. Soweit man der Meinung ist, dem Insolvenzverfahren solle ein erzieherischer Effekt zukommen, damit die Gesellschafter angehalten sind, die Sanierung möglichst zu verhindern, ist dieser erzieherischer Effekt durch das ESUG ohnehin schon erreicht. Die Anteilsinhaber müssen den Verlust ihrer Anteile fürchten oder jedenfalls den Verlust der Mehrheitsmacht. Der Kapitalschnitt sowie der Debt-Equity-Swap stellen aus Sicht der Anteilsinhaber harte Einschnitte dar, da aufgrund der finanziellen Situation der Gesellschaft das Kapital regelmäßig auf Null herabgesetzt werden kann.

¹⁰⁰⁷ Anderer Auffassung *Spee*, S. 174 ff.

¹⁰⁰⁸ Zu strategischen Insolvenzen ausführlich *Seibt/Bulgrin*, ZIP 2017, 353 (353 ff.). Von strategischen Insolvenzen spricht man, wenn eine konkrete Bestandsgefahr für ein Unternehmen überwunden werden soll, indem ein Insolvenzplanverfahren freiwillig eingeleitet wird. Die Regelung des bestandsgefährdenden Umstandes steht damit im Vordergrund und nicht die vom Insolvenzverfahren bezweckte Gläubigerbefriedigung. Vgl hierzu auch: *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197 (1197 ff.).

¹⁰⁰⁹ Anderer Auffassung *Spee*, S. 174 ff.

Erübrigt hat sich auch die Differenzierung bezüglich der Sanierungswilligkeit und -fähigkeit der Anteilsinhaber nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Um ihre Beteiligung aufrechtzuerhalten, müssen die Anteilsinhaber sich durch Zuführung von frischem Kapital an der Sanierung beteiligen. Sie müssen daher zwangsläufig sanierungsfähig und -willig sein. Beteiligen sie sich nicht an der Kapitalerhöhung, so können sie durch einen Kapitalschnitt zu null regelmäßig ausgeschlossen werden. Nur wenn die Gesellschaft ausnahmsweise nicht überschuldet ist, behalten sie einen Bruchteil der ursprünglichen Beteiligung, ohne weitere Sanierungsbeiträge zu leisten. In diesem Fall ist ihre Beteiligung aber gerade nicht wertlos.¹⁰¹⁰ Aus vorstehender Argumentation zur Unbeachtlichkeit einer Sanierungswilligkeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergibt sich auch, dass den Anteilsinhabern nicht entgegengehalten werden kann, sie könnten eine Einstellung des Verfahrens nach § 212 InsO erreichen, wenn sie frisches Kapital aufbrächten und so den Insolvenzgrund beseitigten.¹⁰¹¹ Regelmäßig wird dies den Anteilsinhabern ohne Mitwirkung der Gläubiger nicht gelingen. Es kann daraus nicht geschlossen werden, die Anteilsinhaber hätten ihr Schicksal stets selbst in der Hand.

Die Anteilsinhaber sind indes auch tatsächlich schutzbedürftig. Lässt man einen Bezugsrechtsausschluss ohne Sachgrund zu, können Gläubiger oder Mitgesellschafter das Insolvenzverfahren zur Verdrängung der Altgesellschafter benutzen.¹⁰¹² Derartige (Übernahme-)Interessen sind, wie gezeigt, nicht schutzwürdig. Der Suhrkamp-Fall derweil belegt, dass die Gefahr einer Übernahme der Gesellschaft im Insolvenzverfahren tatsächlich besteht und ein Insolvenzgrund auch treuwidrig herbeigeführt werden kann. Selbst wenn man berücksichtigt, dass es sich beim Suhrkamp-Fall um einen Einzelfall handelt, können jedenfalls die Gläubiger die Eröffnung des Verfahrens forcieren, indem sie etwa Forderungen fällig stellen. Erhöht wird die Gefahr der Übernahme noch dadurch, dass der den Anteilsinhabern im Insolvenzverfahren gewährte Rechtsschutz erhebliche Defizite aufweist.¹⁰¹³

(5) Zusammenfassung der Anforderungen an einen sachlichen Grund

Ein sachlicher Grund für den Bezugsrechtsausschluss ist gemäß vorstehenden Erwägungen allenfalls denkbar, wenn die Beteiligung der Altgesellschafter sich negativ auf die *finanzielle* Situation der Gesellschaft auswirkt und die Befriedigungsaussichten der Gläubiger hierdurch voraussichtlich beeinträchtigt werden. Negative Auswirkungen lassen sich zumindest beim sanierungswilligen Gesellschafter kaum begründen. Der Gesellschaft wird neues Barkapital zur Verfügung gestellt. Die finanzielle Position der Gesellschaft wird verbessert, die Befriedigungsaussichten der Gläubiger steigen. Die Forderungen der Gläubiger werden werthaltiger. Die Gläubiger sind grundsätzlich nur im Hinblick auf ihre finanziellen Interessen geschützt, sodass die Zufuhr frischen Kapitals ihre schutzwürdigen Interessen grundsätzlich wahrt.

¹⁰¹⁰ So auch Schneider, S. 104 (§ 6 III. 1.).

¹⁰¹¹ *Altmeppen*, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 19).; *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a Rn. 29; *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103 (106).

¹⁰¹² *K. Schmidt*, ZIP 2012, 2085 (2086 f.); *Brinkmann*, WM 2011, 97 (101); *Urlaub*, ZIP 2011, 1040 (1044).

¹⁰¹³ Vergleiche hierzu *Schäfer*, ZIP 2015, 1208 (1211 f.) sowie *Zipperer*, ZIP 2015, 2002 (2002 ff.).

Anders kann der Fall liegen, wenn die Gesellschafter eine Sperrminorität erreichen und absehbar ist, dass weitere Sanierungsbemühungen durch die Anteilsinhaber behindert werden oder diese ihre Blockadeposition im operativen Geschäft in Stellung bringen. Dieser Fall dürfte jedoch in der Praxis die absolute Ausnahme sein. Zudem dürfte sich der Beweis kaum führen lassen. Die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzung trägt derjenige, der einen Bezugsrechtsausschluss durchsetzen möchte, somit also die Gläubiger. Sie können einen Bezugsrechtsausschluss zwar in den Insolvenzplan aufnehmen. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes muss aber bewiesen werden. Anders als vor dem ESUG ist die Blockade von Sanierungsmaßnahmen für den jeweiligen Gesellschafter nicht (mehr) lukrativ. Um sein Bezugsrecht auszuüben, muss jeder Gesellschafter zunächst einmal Geld nachschießen. Es scheinen kaum sinnvolle Gründe denkbar, warum der sich mit einem Nachschuss an der Sanierung beteiligende Gesellschafter weitere Sanierungsmaßnahmen blockieren sollte. Im Falle des Scheiterns der Sanierung sind auch seine Nachschüsse verloren. Mit anderen Worten: die Missbrauchsgefahr durch Einräumung eines Bezugsrechts ist gering. Das berechtigte Interesse der Gläubiger an einer möglichst optimalen Sanierung zum Ziele der bestmöglichen Befriedigung ihrer Forderungen ist regelmäßig nicht in Gefahr. Ein schutzwürdiges Interesse auf Beteiligung an der Gesellschaft ist den Gläubigern auch nach der Reform durch das ESUG nicht zuzusprechen. Ein Bezugsrechtsausschluss ist regelmäßig nicht gerechtfertigt.

4. Ausschluss sanierungsunwilliger Anteilsinhaber

Während nach vorstehenden Ausführungen diejenigen Anteilsinhaber nicht ausgeschlossen werden können, die von ihrem Bezugsrecht Gebrauch machen, ist ein Ausschluss der nicht vom Bezugsrecht Gebrauch machenden Anteilsinhaber bei einem Kapitalschnitt auf Null¹⁰¹⁴ zulässig, insbesondere *gesellschaftsrechtlich zulässig* im Sinne von § 225a Abs. 3 InsO.¹⁰¹⁵ Dasselbe gilt, wenn das Bezugsrecht ausnahmsweise einmal wirksam ausgeschlossen wurde.

Dies folgt aus gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, welche mangels vorrangiger insolvenzrechtlicher Regelungen im Planverfahren Anwendung finden. Ist die Beteiligung nach einem Kapitalschnitt auf Null nicht mehr werthaltig, müssen die Anteilsinhaber ausscheiden. Eine Gesellschafterstellung ohne Vermögensanteil ist bei der GmbH sowie der Aktiengesellschaft nicht möglich (§§ 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG, 8 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 3 AktG). Durch die Kapitalherabsetzung auf Null werden sämtliche Mitgliedschaften beseitigt. Die Gesellschafter scheiden automatisch aus. Bei den Personengesellschaften sind Beteiligungen ohne oder sogar mit einem negativen Kapitalanteil denkbar.¹⁰¹⁶ Damit ist der Verbleib eines Gesellschafters zwar grundsätzlich möglich, die nicht schon anfängliche kapitallose Beteiligung ist aber nicht schutzwürdig. Der betroffene Gesellschafter kann aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.

¹⁰¹⁴ Vergleiche zum Ausschluss außerhalb des Kapitalschnitts auf Null unten unter D. I.

¹⁰¹⁵ K. Schmidt, ZGR 2012, 566 (568) sowie diesem folgend Spee, S. 190.

¹⁰¹⁶ Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 16; K. Schmidt, GesR, § 47 Abs. 3 S. 1 b), S. 1381 f.; Hopt in: Baumbach/Hopt HGB, § 120 Rn. 23.

Eine Insolvenzplanregelung, die den Ausschluss der sich nicht beteiligenden Anteilsinhaber regelt, widerspricht weder gesellschaftsrechtlichen noch insolvenzrechtlichen Wertungen. Bei der werbenden Gesellschaft kann ein solcher Ausschluss nach Maßgabe der „Sanieren oder Ausscheiden“ - Rechtsprechung des BGH¹⁰¹⁷ vereinbart werden. Die im Fall „Sanieren oder Ausscheiden“ nachträglich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommene Klausel verknüpfte die Nichtbeteiligung eines Gesellschafters an der Sanierungskapitalerhöhung mit der Rechtsfolge des automatischen Ausscheidens aus der Gesellschaft. Zudem war die Gesellschaft im vorliegenden Fall überschuldet, sodass der Beteiligung nach der Kapitalherabsetzung kein positiver Wert mehr zukam.

Die Sach- und Interessenslage ist mit der Sach- und Interessenslage beim Kapitalschnitt im Insolvenzverfahren vergleichbar.¹⁰¹⁸ Der BGH begründete die Wirksamkeit der „Sanieren oder Ausscheiden“ - Klausel damit, dass die Sanierungsbeteiligten nicht hinnehmen müssen, dass Anteilsinhaber, die keine Sanierungsbeiträge erbringen, an dem durch die Sanierung erlangten Wertsteigerungen partizipieren.¹⁰¹⁹ Das gilt auch, wenn die Anteilsinhaber von ihrem Bezugsrecht keinen Gebrauch machen können, weil sie zur Leistung der Mittel nicht in der Lage sind. Die Rechtsordnung fragt nicht danach, ob die finanziellen Mittel zur Nutzung der eingeräumten Rechte zur Verfügung stehen. Diese Wertung ist auf das Insolvenzverfahren übertragbar. Richtig ist, dass der BGH bei seiner Entscheidung „Sanieren oder Ausscheiden“ die Zustimmungspflicht aus den Treuepflichten ableitete und zwischen Gesellschaftern und Gläubigern gerade keine Treuepflichtbindung besteht.¹⁰²⁰ Weiterhin ist zu sehen, dass eine Insolvenzplanregelung nicht von der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung legitimiert ist, da sich die Abstimmung nach insolvenzrechtlichen Vorschriften richtet. Wie bei der werbenden Gesellschaft stehen sich aber sanierungswillige und -sanierungsunwillige Beteiligte gegenüber. Ein Ausschluss der sanierungsunwilligen Beteiligten ist aufgrund der schutzwürdigen Interessen der sanierungsbereiten Beteiligten angezeigt. Wer nicht bereit ist, an der Sanierung mitzuwirken, soll auch nicht von dieser profitieren können. Diese vom BGH getroffene Wertung ist bei der insolvenzplanrechtlichen Sanierung ebenso heranzuziehen wie bei der außergerichtlichen Sanierung. Gleichzeitig kann dieses Dogma nur umgesetzt werden, wenn die sanierungsunwilligen Gesellschafter ausgeschlossen werden können. Der Schutz der Anteilsinhaber im Insolvenzverfahren darf nicht weiter gehen als bei außergerichtlichen Sanierungen.¹⁰²¹ Die Gläubigerinteressen treten unstreitig nach Insolvenzeröffnung in den Vordergrund. Vor Eröffnung des Verfahrens können Eingriffe in die Rechte der Anteilsinhaber nicht mit dem Gläubigerschutz gerechtfertigt werden.¹⁰²²

¹⁰¹⁷ BGHZ 183, 1, NJW 2010, 65.

¹⁰¹⁸ Zur Vergleichbarkeit der außergerichtlichen und der gerichtlichen Sanierung ausführlich *Schneider*, S. 185 f. (§ 9 IV. 1.).

¹⁰¹⁹ BGHZ 183, 1, 10.

¹⁰²⁰ Vergleich hierzu *Brinkmann*, WM 2011, 97 (99) sowie *Schneider*, S. 186 (§ 9 IV. 1.).

¹⁰²¹ So auch *Schneider*, S. 186 (§ 9 IV. 1.).

¹⁰²² *Schneider*, S. 187 (§ 9 IV. 3.).

Der Schutz der Anteilsinhaber ist gewährleistet. Die Anteilsinhaber dürfen nicht schlechter gestellt werden als im Falle der Liquidation der Gesellschaft.¹⁰²³ Dies prüfte der BGH im Fall „Sanieren oder Ausscheiden“.¹⁰²⁴ Im Insolvenzverfahren bemisst sich der Schutz anhand von § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Auch im eröffneten Verfahren darf keine Schlechterstellung anzunehmen sein. Ob im Hinblick auf die sanierungsunwilligen Anteilsinhaber ein Eingriff in die durch Art. 14 und 9 GG geschützte Mitgliedschaft tatsächlich mit dem Argument gerechtfertigt werden kann, die sanierungsunwilligen Gesellschafter hätten kein unternehmerisches Interesse mehr,¹⁰²⁵ kann dahinstehen. Jedenfalls gehen die Gläubigerinteressen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dem Erhaltungsinteresse der sanierungsunwilligen Anteilsinhaber vor. Es kann den Gläubigern nicht zugemutet werden, dass sie Gewinnanteile, die durch ihren Einsatz erwirtschaftet wurden, an Anteilsinhaber abgeben, die nach der Kapitalherabsetzung keinen werthaltigen Anteil an der Gesellschaft halten und auch keinerlei Sanierungsbeiträge geleistet haben. Es bestehen daher keine Bedenken, die vom BGH getroffenen Wertungen trotz des Fehlens einer Treuepflichtbindung zwischen Gesellschaftern und Gläubigern auch auf das eröffneten Verfahren zu übertragen.

Vorgenannte Erwägungen gelten für Personen- und Kapitalgesellschaften gleichermaßen, werden aber bei beiden Gesellschaftsformen nicht in gleichem Maße relevant. Während im Fall „Sanieren oder Ausscheiden“, die persönliche Haftung eine Rolle spielte und der BGH daher prüfte, ob der von den ausscheidenden Gesellschaftern zu leistende Auseinandersetzungsfehlbetrag im Falle des Ausscheidens die Kosten einer sofortigen Liquidation der Gesellschaft überstiegen hätte, scheiden die nicht persönlich haftenden Gesellschafter schlimmstenfalls zu Null aus, sodass sie regelmäßig nicht schlechter stehen als im Falle der Liquidation der Gesellschaft.

Die Kapitalherabsetzung auf Null selbst bedarf indes keiner sachlichen Rechtfertigung.¹⁰²⁶ Die Anteilsinhaber müssen die Kapitalherabsetzung auf Null hinnehmen, welche im Ergebnis erst dazu führt, dass ihre Anteile mit Null zu bewerten und damit nicht mehr schutzwürdig sind. In die mitgliedschaftliche Stellung der Anteilseigner wird nicht eingegriffen, da zum einen die Beteiligungsquote unverändert bleibt und zum anderen der Nennbetrag des Anteils lediglich dem tatsächlichen Anteilswert angepasst wird. Die Anteilsinhaber sind daher vor einer Kapitalherabsetzung auf Null nicht geschützt. Zu beachten ist aber, dass die Legitimation der Kapitalherabsetzung auf Null auch darin liegt, dass die Anteilsinhaber im Rahmen der nachfolgenden Kapitalerhöhung grundsätzlich die Möglichkeit haben, den Verlust der Mitgliedschaft anzuwenden. Es zeigt sich daher auch an dieser Stelle, welcher Stellenwert dem Bezugsrecht im Gesellschaftsrecht zukommt.

¹⁰²³ BGHZ 183, 1, 11.

¹⁰²⁴ BGHZ 183, 1, 11. Der Gesellschafter darf mit Zustimmungspflicht nicht schlechter stehen als ohne.

¹⁰²⁵ So *Spee*, S. 191 f.

¹⁰²⁶ BGH, Urt. v. 09.02.1998 – II ZR 278/96, BGHZ 138, 71, 76 f. („Sachsenmilch“).

5. Zwischenergebnis

Nach vorstehenden Erwägungen ist für das Bestandsinteresse der Anteilsinhaber die Werthaltigkeit der Anteile sowie das ihnen grundsätzlich zustehende Bezugsrecht von entscheidender Bedeutung. Sind die **Anteile** an der Gesellschaft **nicht werthaltig**, kann das Kapital auf Null herabgesetzt werden. Bei Vorliegen eines Sachgrundes kann das Bezugsrecht ausgeschlossen werden und die Anteilsinhaber müssen aus der Gesellschaft ausscheiden. Stimmen die Anteilsinhaber einem Plan, der dieses Sanierungskonzept vorsieht nicht zu, wird ihre Zustimmung ersetzt. Die Anteilsinhaber stehen nicht schlechter als ohne den Plan, denn auch außerhalb des Planverfahrens müssen sie einen Kapitalschnitt auf Null hinnehmen. Ein Bezugsrechtsausschluss ist bei Vorliegen eines Sachgrundes ebenfalls möglich.

Sind die **Anteile** noch **werthaltig**, kann das Kapital nicht auf Null herabgesetzt werden und die Anteilsinhaber behalten auch nach der Kapitalherabsetzung ihre (verwässerte) Beteiligung an der Gesellschaft. Dasselbe gilt, wenn das Kapital zwar auf null herabgesetzt wird, die Gesellschafter aber von ihrem Bezugsrecht Gebrauch machen. Die Zustimmung zu einem Insolvenzplan, welcher den Verlust der Anteile vorsieht, kann in diesem Fall auch nicht über § 245 InsO ersetzt werden. Die Anteilsinhaber stünden andernfalls schlechter als ohne den Insolvenzplan.

Das vorgenannte Konzept gilt sowohl für Kapital- als auch für Personengesellschaften. Eine Differenzierung ist nicht angezeigt. Die Mitgliedschaft in einer Gesellschaft ist schutzwürdig, wenn nicht aufgrund des Kapitalschnittes auf Null die Anteile untergehen. Bei einem Kapitalschnitt auf Null ist der Anteilsverlust aufgrund der Wertlosigkeit der Anteile gerechtfertigt, wenn und soweit die Anteilsinhaber nicht von einem Bezugsrecht Gebrauch machen. In allen anderen Fällen ist ein Ausschluss der Anteilsinhaber nicht möglich und kann auch nicht über eine Insolvenzplanregelung erzwungen werden. Die Beteiligung an der jeweiligen Gesellschaft ist schutzwürdig.

Schutzwürdige Interessen Dritter stehen nicht entgegen. Die vor dem ESUG bestehenden Blockadepositionen leben nicht wieder auf. Aufgrund der finanziellen Situation der insolventen Gesellschaft ist regelmäßig ein Kapitalschnitt auf Null möglich. Die Gesellschafter müssen daher für den Erhalt ihrer Beteiligung „bezahlen“. Leisten die Anteilsinhaber Nachschüsse, ist die Blockade von Sanierungsmaßnahmen für die Anteilsinhaber nicht mehr lukrativ. Leisten sie keine Nachschüsse, so können sie ausgeschlossen werden. Auch die Trittbrettfahrerproblematik besteht nicht. Die Anteilsinhaber können nicht die Sanierungsbeiträge Dritter abwarten. Sie müssen sich entscheiden, ob sie der Gesellschaft frisches Kapital zuführen und dieses riskieren. Beteiligen sie sich nicht an der Sanierung, so geht ihre Beteiligung bei einem Kapitalschnitt auf Null verloren. Für die Rechtsposition der Anteilsinhaber kommt es ganz maßgeblich darauf an, ob das Bezugsrecht ausgeschlossen werden kann. Ist dies der Fall, können die Anteilsinhaber über einen Kapitalschnitt regelmäßig aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Andernfalls haben die Anteilsinhaber stets die Möglichkeit, ihre Beteiligung an der Gesellschaft aufrechtzuerhalten.

Schutzwürdige Gläubigerinteressen stehen nicht entgegen. Schutzwürdig sind die Gläubiger nur in ihrem Befriedigungsinteresse. Das Befriedigungsinteresse ist indes gewahrt, da die Anteilsinhaber zum Erhalt ihrer Beteiligung der Gesellschaft Kapital zuführen müssen. Dieses Kapital steht als Haftungsmasse für die Gläubiger zur Verfügung. Die Gläubiger haben, außer bei der Einbringung ihrer Forderung im Wege des Debt-Equity-Swaps, kein Recht auf Beteiligung an der Gesellschaft. Sie sind Fremdkapitalgeber und haben als solche auch außerhalb des eröffneten Verfahrens keinen Einfluss auf die Verwendung der zur Verfügung gestellten Mittel. Ein Beteiligungsinteresse der Gläubiger ist nicht anzuerkennen. Sinn und Zweck des Verfahrens ist es, die Gläubiger aus dem verbleibenden Schuldnervermögen (anteilig) zu befriedigen.

IV. Der insolvenzrechtliche Debt-Equity-Swap gemäß § 225a Abs. 2 InsO

1. Einführung

Der Debt-Equity Swap ermöglicht die Umwandlung von Forderungen gegen die Gesellschaft in Gesellschaftsanteile und setzt außerhalb der Insolvenz eine den gesellschaftsrechtlichen Regelungen folgende Satzungs- bzw. Vertragsänderung durch die Gesellschafter voraus.¹⁰²⁷ Dies galt nach alter Rechtslage auch für das Insolvenzverfahren. Nach neuer Rechtslage bestimmt § 225a Abs. 2 InsO nun ausdrücklich, dass der Debt-Equity-Swap im Insolvenzplan geregelt werden kann. Dies stellt einen erheblichen Eingriff in die Rechte der Anteilsinhaber dar, da gesellschaftsfremde Dritte eine Beteiligung an der Gesellschaft erlangen können, ohne dass es auf die Zustimmung der Anteilsinhaber ankommt.

Die Normierung des Debt-Equity-Swaps als Instrument des Insolvenzplans wurde schon vor dem ESUG in der Literatur gefordert, um die Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Insolvenzrechts im internationalen Vergleich zu verbessern.¹⁰²⁸ Eine ausdrückliche Regelung wurde aber erstmals im Rahmen des ESUG in die Insolvenzordnung aufgenommen. Dem Debt-Equity-Swap wird als Sanierungsinstrument hohe Bedeutung beigemessen.¹⁰²⁹ Durch die Umwandlung von Gläubigerforderungen in Eigenkapital werden die Gläubiger von Fremd- zu Eigenkapitalgebern oder anders gewendet: von Kreditgebern zu Gesellschaftern.¹⁰³⁰ Damit entfallen Zinsen und Tilgungsverpflichtungen der Gesellschaft, deren Wegfall die Liquiditätssituation der Gesellschaft verbessert. Außerdem wird die Eigenkapitalquote erhöht.¹⁰³¹ Die Beseitigung einer Überschuldung kann die Folge sein.¹⁰³² Gerade die Erhöhung des Eigenkapitals wird als zentraler Punkt einer aussichtsreichen Sanierung angesehen.¹⁰³³ Für die Gläubiger hat der Debt-Equity-Swap den Vorteil, dass sie künftig Einfluss auf die Unternehmensent-

¹⁰²⁷ K. Schmidt, ZGR 2012, 566 (568); Meyer/Degener, BB 2011, 846 (847); Cahn/Simon/Theiselmann, DB 2012, 501 (503).

¹⁰²⁸ Jaffé/Friedrich, ZIP 2008, 1849 (1854).

¹⁰²⁹ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (440); Bork, ZIP 2010, 397 (407) sowie Hölzle, NZI 2011, 124 (127), der den DES als „Kernstück“ der durch das ESUG neu eingeführten Regelungen bezeichnet.

¹⁰³⁰ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 15 Rn. 12; Brinkmann, WM 2011, 97 (97).

¹⁰³¹ Braun/Frank in: Braun InsO, § 225a Rn. 8; H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (440); Simon, CFL 2010, 448 (448); Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (123); Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 18.

¹⁰³² Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 18; Braun/Frank in: Braun InsO, § 225a Rn. 8.

¹⁰³³ Meyer/Degener, BB 2011, 846 (847).

scheidungen nehmen können.¹⁰³⁴ Zudem gehen sie ein geringes Risiko ein, da im Falle der Zerschlagung die Forderungen regelmäßig nur zu geringen Prozentsätzen ausgeglichen werden. Der Debt-Equity-Swap wirkt sich zugunsten der Anteilhaber positiv aus, da die Gesellschaft von einem Teil ihrer Schulden befreit wird. Zu bedenken ist aber, dass der Tausch von Forderungen gegen Gesellschaftsanteile die quotale Beteiligung der Altgesellschafter an der Schuldnergesellschaft verändert,¹⁰³⁵ was zur Verschiebung der Machtverhältnisse führen kann. Im schlimmsten Fall könnten die Anteilhaber sogar komplett aus ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung verdrängt werden.¹⁰³⁶ Die Grenzen des Debt-Equity-Swaps als Sanierungsinstrument zeigen sich auch daran, dass der Gesellschaft durch den Debt-Equity-Swap keine neuen liquiden Mittel zugeführt werden.¹⁰³⁷ Es handelt sich lediglich um eine bilanzielle Maßnahme. Eine effektive Vermögenszuführung findet nicht statt. Es entsteht zwar neues Grund- bzw. Stammkapital, dieses ist jedoch nicht durch Aktivvermögen gedeckt.¹⁰³⁸

Ausdrücklich gesetzlich normiert ist der Debt-Equity-Swap weder im Gesellschafts- noch im Insolvenzrecht. Er ist vielmehr eine allgemein anerkannte Verbindung aus mehreren Beschlüssen bzw. Beschlussinhalten¹⁰³⁹ und setzt sich zusammen aus einer nominellen Kapitalherabsetzung in Verbindung mit einer effektiven Kapitalerhöhung.¹⁰⁴⁰ Bei der Kapitalerhöhung werden Sacheinlagen zugelassen, die Gläubiger werden zur Kapitalerhöhung zugelassen.¹⁰⁴¹ Nach allgemeiner Auffassung ist die Einbringung einer Forderung als Sacheinlage einzuordnen.¹⁰⁴² Folglich haftet der Inferent grundsätzlich dafür, dass seine Einlage den Nennwert auch tatsächlich erreicht (§§ 9 Abs. 1, 19 Abs. 4 GmbHG). Die sanierungswilligen Gläubiger können folglich ihre Insolvenzforderungen als Sacheinlage in die Gesellschaft einbringen und erhalten als Ausgleich dafür Anteile an der Gesellschaft.¹⁰⁴³ Die Einbringung der Forderung geschieht entweder im Wege der Abtretung derselben oder im Wege des Verzichts mittels eines Erlassvertrages.¹⁰⁴⁴ Die Abtretung der Forderung hat zur Folge, dass diese im Wege der Konfusion erlischt. Die vorgeschaltete Kapitalherabsetzung ist in der Praxis die Regel.¹⁰⁴⁵ Die Eigenkapitalziffer wird dem Wert des tatsächlich noch vorhandenen Eigenkapitals angepasst¹⁰⁴⁶, die einzubringende Forderung wird in ein angemessenes Verhältnis zum

¹⁰³⁴ *Braun/Frank* in: *Braun InsO*, § 225a Rn. 4.

¹⁰³⁵ *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121 (124).

¹⁰³⁶ *K. Schmidt*, ZGR 2012, 566 (571); *Verse*, ZGR 2010, 299 (319); a.A. *Madaus*, ZGR 2011, 749 (755 ff.).

¹⁰³⁷ *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2012, 501 (503).

¹⁰³⁸ *Ekkenga*, DB 2012, 331 (332).

¹⁰³⁹ Die Regelungen zum DES können in einem Beschluss zusammengefasst werden. Dies ist in der Praxis auch die Regel.

¹⁰⁴⁰ *K. Schmidt*, ZGR 2012, 566 (572).

¹⁰⁴¹ *K. Schmidt*, ZGR 2012, 566 (572).

¹⁰⁴² *Lutter/Bayer* in: *Lutter/Hommelhof*, § 56 Rn. 9; *Pentz* in: *MüKo AktG*, § 27 Rn. 9; *Spliedt* in: *Schmidt InsO*, § 225a Rn. 20; *Ekkenga*, ZGR 2009, 581 (589); *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2012, 501 (502).

¹⁰⁴³ *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (847); *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (440); *Braun/Frank* in: *Braun InsO*, § 225a Rn. 7.

¹⁰⁴⁴ *Braun/Frank* in: *Braun InsO*, § 225a Rn. 6; *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (847); *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (440); *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121 (123).

¹⁰⁴⁵ *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (847); *Hölzle*, NZI 2011, 124 (128); *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (440); *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 123.

¹⁰⁴⁶ *Hölzle*, NZI 2011, 124 (128); *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (440).

aktuellen tatsächlichen Wert der Gesellschaft gesetzt.¹⁰⁴⁷ Hierdurch kann den Investoren eine angemessene Beteiligungsquote gesichert werden.¹⁰⁴⁸ Bei überschuldeten Gesellschaften ist ein Kapitalschnitt auf Null möglich,¹⁰⁴⁹ was nach §§ 228 Abs. 1 AktG, 58a Abs. 4 S. 1 GmbHG eine reine Sachkapitalerhöhung ausschließt.

Wie beim Kapitalschnitt ist auch beim Debt-Equity-Swap umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen das Bezugsrecht ausgeschlossen werden kann (unten 2.). Die Besonderheit beim Debt-Equity-Swap liegt darin, dass bei einer Sacheinlage ein Bezugsrechtsausschluss nach allgemeiner Auffassung regelmäßig gerechtfertigt werden kann. Fraglich ist, ob dies auf die insolvenzrechtliche Situation übertragbar ist.

Der Debt-Equity-Swap ist mit Bewertungsschwierigkeiten verbunden. Nachdem bereits dargestellt wurde, dass das Unternehmen nach hier vertretener Ansicht unter Heranziehung der Fortführungsprämisse zu bewerten ist, ist weiter zu untersuchen, wie die einzubringenden Forderungen zu bewerten sind (unten 3.). Zuletzt ist der Frage nachzugehen, ob auch etwaige Gesellschafterforderungen im Zuge des Debt-Equity-Swaps in die Gesellschaft eingebracht werden können oder ob die Anteilsinhaber von der Teilnahme am Debt-Equity-Swap ausgeschlossen sind (unten 4.).

2. Bezugsrecht der Anteilsinhaber

a. Meinungsstand

Teilweise wird ein Bezugsrechtsausschluss im Rahmen des insolvenzplanrechtlichen Debt-Equity-Swaps ohne jede Rechtfertigung als zulässig angesehen.¹⁰⁵⁰ Verbreitet wird dagegen angenommen, ein Bezugsrechtsausschluss müsse an gesellschaftsrechtlichen Maßstäben gemessen werden, weshalb es einer sachlichen Rechtfertigung bedürfe.¹⁰⁵¹ Fehle diese, so liege keine gesellschaftsrechtlich zulässige Maßnahme im Sinne des § 225a Abs. 3 InsO vor.¹⁰⁵² Der in Art. 14 GG verankerte Eigentumsschutz gebiete es, den Anteilsinhabern zu ermöglichen, ihre Beteiligung an der Gesellschaft zu erhalten.¹⁰⁵³ Der Schutz des Mitgliedschaftsrechts sei wertunabhängig und insbesondere auch von Art. 9 GG erfasst.¹⁰⁵⁴

Nach überwiegender Ansicht ist bei der Sachkapitalerhöhung ein Bezugsrechtsausschluss regelmäßig **sachlich gerechtfertigt**.¹⁰⁵⁵ So soll bereits genügen, dass die Gesellschaft ein Interesse am Erwerb des jeweiligen Gegenstandes hat und der Debt-Equity-Swap der Sanierung

¹⁰⁴⁷ Meyer/Degener, BB 2011, 846 (847).

¹⁰⁴⁸ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (440).

¹⁰⁴⁹ Meyer/Degener, BB 2011, 846 (847); Braun/Frank in: Braun InsO, § 225a Rn. 6.

¹⁰⁵⁰ Hölzle, NZI 2011, 124 (128); Meyer/Degener, BB 2011, 846 (847); Hirte/Knof/Mock, DB 2011, 632 (632 f.).

¹⁰⁵¹ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125 f.); Brinkmann, WM 2011, 97 (111).

¹⁰⁵² Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (441 f.).

¹⁰⁵³ Schäfer, ZIP 2013, 2237 (2242); Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125 f.); Stöber, ZinsO 2012, 1811 (1819); Brinkmann, WM 2011, 97 (111); H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (441 f.).

¹⁰⁵⁴ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125 f.); Brinkmann, WM 2011, 97 (111).

¹⁰⁵⁵ Spahlinger in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a Rn. 25; Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 50; Spliedt, GmbHR 2012, 462 (468); Haas, NZG 2012, 961 (965); Altmeyen in: FS Hommelhoff S. 1 (S. 19); Madaus, ZIP 2012, 2133 (2137); Segmiller, S. 137.

dient.¹⁰⁵⁶ Im Insolvenzverfahren wird man ohne weiteres annehmen können, dass die Gesellschaft zu Sanierungszwecken ein Interesse an der Einbringung der Forderungen habe.¹⁰⁵⁷ Die sachliche Rechtfertigung liege auch darin, dass nur die Gläubiger Forderungen innehätten, die im Rahmen des Debt-Equity-Swaps eingebracht werden könnten.¹⁰⁵⁸

Nach teilweise vertretener Ansicht muss im Einzelfall geprüft werden, ob der nachteilige Effekt eines Bezugsrechtsausschlusses durch eine gleichzeitige Barkapitalerhöhung zugunsten der bisherigen Gesellschafter abgemildert werden könne und müsse.¹⁰⁵⁹ Das Bezugsrecht der Gesellschafter sei eines der zentralen Mitgliedschaftsrechte und zudem verfassungsrechtlich abgesichert.¹⁰⁶⁰ Die Gesellschaft habe ein objektives Interesse an der Zuführung neuer Mittel.¹⁰⁶¹ Der Debt-Equity-Swap führe der Gesellschaft als rein bilanzielle Maßnahme keine neuen Mittel zu. Solche würden aber für eine nachhaltige Sanierung benötigt.¹⁰⁶² Die Einhaltung der Kapitalaufbringungs- und Erhaltungsvorschriften, welche auch im Insolvenzverfahren zu beachten seien,¹⁰⁶³ sei problematisch. Ohne Zuführung von Barkapital bestehe die Gefahr, dass überschuldete Gesellschaften stamm- bzw. haftkapitallos, aber gleichwohl mit beschränkter Haftung aus dem Insolvenzverfahren in den Markt entlassen würden.¹⁰⁶⁴ Die Neugläubiger seien in ihrem Vertrauen auf eine entsprechende Kapitalausstattung der Gesellschaft als Ausgleich für die fehlende persönliche Haftung zu schützen. Letztlich seien auch die Interessen der Gläubiger nicht beeinträchtigt, wenn die Anteilsinhaber bereit seien, für einen Verbleib in der Gesellschaft einen angemessenen Preis zu zahlen.¹⁰⁶⁵ Bei einem Kapitalschnitt „zu Null“ werde außerdem das gesetzlich vorgegebene Mindestkapital unterschritten, was eine anschließende Barkapitalerhöhung bis zur Höhe des Mindestkapitals nach Maßgabe der §§ 228 Abs. 1 AktG, 58a Abs. 4 GmbHG voraussetze.¹⁰⁶⁶ Bei der Barkapitalerhöhung wiederum sei ein Bezugsrechtsausschluss nur unter engen Voraussetzungen möglich.¹⁰⁶⁷

Teilweise wird vertreten, die Erforderlichkeit des Bezugsrechtsausschlusses sei zu verneinen, wenn das gleiche Ergebnis durch eine Barkapitalerhöhung erreicht werden könne, wie etwa durch einen späteren Kauf des Gegenstandes.¹⁰⁶⁸ Die Einbringung einer Forderung sei nicht ohne Einschränkungen mit einer echten Sacheinlage vergleichbar. Bei einer echten Sacheinlage bestehe ein Interesse der Gesellschaft am konkreten Gegenstand. Bei der Einbringung

¹⁰⁵⁶ Spahlinger in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a Rn. 25.

¹⁰⁵⁷ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (442).

¹⁰⁵⁸ Segmiller, S. 138.

¹⁰⁵⁹ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 15 Rn. 18; H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (442); K. Schmidt, ZGR 2012, 566 (581); Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125 f.) sowie ihnen folgend Spee, S. 198.

¹⁰⁶⁰ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (442).

¹⁰⁶¹ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (442).

¹⁰⁶² H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (442).

¹⁰⁶³ Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1767); A. Schmidt in: Hamb. Komm. zum InsR, § 225a Rn. 17; so wohl auch Haas in: Kayser/Thole, Heidelberger Komm. zur InsO, § 225a Rn. 24.

¹⁰⁶⁴ A. Schmidt in: Hamb. Komm. zum InsR, § 225a Rn. 17.

¹⁰⁶⁵ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (442).

¹⁰⁶⁶ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (442).

¹⁰⁶⁷ H.-F. Müller, KTS 2012, 419 (442).

¹⁰⁶⁸ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (125 f.).

einer Forderung, die auf Geldzahlung laute, bestehe dagegen lediglich ein Interesse an einer Finanzierung, die grundsätzlich auch durch eine Barkapitalerhöhung zu erzielen wäre.¹⁰⁶⁹ Mit den daraus erlangten Mitteln könnten die Gläubiger ebenso befriedigt werden. Aus eben diesem Grund vertritt die herrschende Meinung beim Debt-Equity-Swap außerhalb des Insolvenzverfahrens, dass der Bezugsrechtsausschluss auch bei der Sachkapitalerhöhung unzulässig ist, wenn und soweit die Mittel auch durch Barkapital beschafft werden können.¹⁰⁷⁰

b. Stellungnahme

Ein Bezugsrechtsausschluss ist auch beim Debt-Equity-Swap grundsätzlich unzulässig. Richtig ist, dass das Interesse der Gesellschaft an der Einbringung der Forderung zu Sanierungszwecken im Insolvenzverfahren regelmäßig bejaht werden kann, da die Verbindlichkeiten der Gesellschaft reduziert werden und sich die finanzielle Lage der Gesellschaft verbessert. Hier von profitieren alle Sanierungsbeteiligten. Die unbeteiligten Gläubiger verlieren Konkurrenten, da die mitwirkenden Gläubiger fortan als Eigenkapitalgeber in der Befriedigungsreihenfolge nachrangig sind. Die Altgesellschafter profitieren von der Reduzierung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die partizipierenden Gläubiger erhalten im Ausgleich für ihre Forderung eine Beteiligung an der Gesellschaft. Ihr Risiko ist gleichsam gering, da sie regelmäßig eine größtenteils entwertete Forderung einbringen.

Ein Bezugsrechtsausschluss ist zum Schutz der Gläubiger aber nicht erforderlich und daher regelmäßig sachlich nicht gerechtfertigt. Die Anteilsinhaber sind in ihrem Beteiligungsinteresse schutzwürdig. Der Debt-Equity-Swap kann mit einer Barkapitalerhöhung verknüpft werden. Bei einem Kapitalschnitt auf Null muss zwingend eine Barkapitalerhöhung erfolgen. Bis zur Erreichung des Mindestkapitalwertes muss das Kapital in bar aufgebracht werden mit der Folge, dass ein Bezugsrechtsausschluss regelmäßig unzulässig ist. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Anteilsinhaber sich nicht auch beim Debt-Equity-Swap beteiligen können sollen,¹⁰⁷¹ wenn sie willens und in der Lage sind, hierfür frisches Kapital aufzubringen. Die Partizipation an Sanierungsmaßnahmen ist grundsätzlich nicht unbillig, wenn die Anteilsinhaber Sanierungsbeiträge leisten. Nur durch Sanierungsbeiträge haben die Anteilsinhaber die Möglichkeit, ihre Beteiligung an der Gesellschaft aufrechtzuerhalten, da in der Insolvenz regelmäßig ein Kapitalschnitt auf Null in Betracht kommt.

Eine parallel durchgeführte Barkapitalerhöhung entspricht dem objektiven Interesse der Gesellschaft sowie dem objektiven Interesse der Gläubiger. Durch die Barkapitalerhöhung werden der Gesellschaft Barmittel zur Verfügung gestellt. Die finanzielle Lage der Gesellschaft verbessert sich. Die Einbringung von Forderungen indes stellt nur eine bilanzielle Maßnahme dar. Eine effektive Vermögenszufuhr findet nicht statt. Der Bezugsrechtsausschluss benachteiligt die Gläubiger nicht. Die Gläubiger haben keinen originären Anspruch auf Beteiligung an der Gesellschaft und erst recht nicht auf Beteiligung in einer bestimmten

¹⁰⁶⁹ Pühl, S. 190 (Rn 382) sowie für den Debt-Equity-Swap außerhalb der Insolvenz: *Wiedemann* in: Großkomm. AktG, § 186 Rn. 169.

¹⁰⁷⁰ Koch in: Hüffer AktG, § 186 Rn. 35; Peifer in: MüKo AktG, § 183 Rn. 39.

¹⁰⁷¹ Anderer Auffassung Schulz, S. 212 f.

Höhe. Die im Rahmen des Kapitalschnitts angeführten Erwägungen sind entsprechend auch auf den Debt-Equity-Swap zu übertragen. Die verbesserte finanzielle Lage kommt den Gläubigern zugute. Zuletzt werden auch die Anteilsinhaber nicht übervorteilt, da sie Barmittel aufbringen, während die Gläubiger überwiegend entwertete Forderungen einbringen und hierdurch eine Beteiligung an der Gesellschaft quasi zum „Sonderpreis“ erhalten.¹⁰⁷²

Die Einbringung einer Forderung ist nicht mit der Einbringung eines sonstigen Gegenstandes vergleichbar. Das Gesellschaftsinteresse ist nicht auf die Einbringung einer konkreten Sache gerichtet, welche nur vom Eigentümer dieser Sache eingebracht werden kann. Das Gesellschaftsinteresse ist vielmehr auf Finanzierung gerichtet, die auch durch Bareinlagen erreicht werden kann.

3. Bewertung der eingebrachten Forderung

a. Meinungsstand

Hoch umstritten ist, wie die von den Gläubigern im Rahmen des Debt-Equity-Swaps einzubringenden Forderungen zu bewerten sind. Davon hängen die Beteiligungsverhältnisse der Gesellschaft nach Durchführung des Debt-Equity-Swaps ab. Die Bewertung der eingebrachten Forderung ist derweil nicht nur innerhalb, sondern auch außerhalb der Insolvenz umstritten.¹⁰⁷³ Denkbar ist eine Bewertung mittels des **Buch- bzw. Nennwertes** der Forderung oder mittels des **Verkehrswertes**, also dem (geschätzten) tatsächlichen Wert der Forderung. Bei der Bemessung des Verkehrswertes können wiederum zwei Maßstäbe herangezogen werden, nämlich der Wert der Forderung bei Liquidation der Gesellschaft (= **Zerschlagungswert**) oder der Wert der Forderung bei einer unterstellten Sanierung (= **Fortführungswert**).

Teilweise wird in der Literatur die Heranziehung des **Nennwertes** gefordert.¹⁰⁷⁴ Dies solle selbst dann gelten, wenn Zweifel an der Bonität der Gesellschaft bestehen.¹⁰⁷⁵ Die alternativen Bewertungsmethoden überzeugen nicht. Gegen die Heranziehung des Verkehrswertes spreche, dass es schlicht unmöglich sei, den tatsächlichen Wert der Forderung gegen eine insolvente Gesellschaft zu bestimmen.¹⁰⁷⁶ Dies sei schon außerhalb des Insolvenzverfahrens schwierig. Insbesondere die Bestimmung des hypothetischen Fortführungswertes könne kaum zu seriösen Ergebnissen führen.¹⁰⁷⁷ Der Vorschlag des ESUG-Gesetzgebers, ein externes Gutachten einzuholen, sei praxisfern.¹⁰⁷⁸ Hierfür sei in der Eile der Insolvenzsituation keine Zeit.¹⁰⁷⁹ Gegen eine Bewertung mit dem Zerschlagungswert spreche, dass für die Gläu-

¹⁰⁷² Dies freilich nur, wenn die Forderungen mit Fortführungswerten bemessen werden. Zöge man den Zerschlagungswert heran, wäre die hierdurch zu erlangende Beteiligungsquote an der Gesellschaft minimal. Anreize zur Beteiligung am Debt-Equity-Swap dürften hiervor nicht ausgehen.

¹⁰⁷³ Für eine Bewertung mit dem Nennwert etwa: *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2010, 1629 (1629); für eine Heranziehung des Verkehrswertes: *Drygala/Staake/Szalaj*, § 15 Rn. 12 sowie *Priester*, DB 2010, 1445 (1445).

¹⁰⁷⁴ *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (464); *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2010, 1629 (1629 ff.); *dies.* DB 2012, 501 (501 ff.); *Simon*, CFL 2010, 448 (451 f.).

¹⁰⁷⁵ *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2012, 501 (501).

¹⁰⁷⁶ *Simon*, CFL 2010, 448 (456).

¹⁰⁷⁷ *Simon*, CFL 2010, 448 (456).

¹⁰⁷⁸ BR-Drucks. 127/11, S. 45.

¹⁰⁷⁹ *Willemsen/Rechel*, Komm. ESUG, § 225a Rn. 55.

biger ein Anreiz geschaffen werden müsse, durch Sanierungshilfe Verantwortung zu übernehmen.¹⁰⁸⁰ Dieser Anreiz wäre gering, wenn die Gläubiger durch den Debt-Equity-Swap nur einen Anteil bekämen, der dem Zerschlagungswert ihrer Forderung entspräche. Die Bewertung mit dem Nennwert übervorteile die mitwirkenden Gläubiger nicht, da der Gesellschaft ein Wert zugeführt werde, der dem Nominalwert der Forderung tatsächlich entspreche. Im Umfang des Nennwertes reduzierten sich nämlich die Verbindlichkeiten der Gesellschaft und der Wert des Eigenkapitals stiege.¹⁰⁸¹ Die nicht beteiligten Gläubiger erhöhten ihre Befriedigungsaussichten, da die ihre Forderung einbringenden Gläubiger in der Befriedigungsreihenfolge zurückträten.¹⁰⁸² Auch eine Benachteiligung der Neugläubiger läge nicht vor. Ihre Interessen seien dadurch geschützt, dass die Gesellschaft nach der Durchführung des Debt-Equity-Swaps einen deutlich verbesserten Verbindlichkeitsstatus aufweise.¹⁰⁸³ Ebenso wenig sei eine Benachteiligung der Altgesellschafter zu besorgen. Ihre Anteile hätten in der Insolvenz ohnehin meist keinen Wert mehr.¹⁰⁸⁴ Käme den Anteilen ausnahmsweise einmal doch ein Wert zu, so sei dies beim Ausgabebetrag der Gesellschaftsanteile zu berücksichtigen.¹⁰⁸⁵ Dieser sei demgemäß höher zu bestimmen, nicht dagegen seien Abschläge beim Wert der Forderung zu machen.¹⁰⁸⁶ Die Kapitalerhaltungsvorschriften seien derweil nicht maßgeblich, da sie nicht davor schützten, dass das Kapital aufgebraucht werde, sondern nur davor, dass das Kapital an die Gesellschafter zurückfließe. Die Gläubiger seien nicht davor geschützt, dass das Kapital verwirtschaftet werde.¹⁰⁸⁷ Der Debt-Equity-Swap sei eine rein bilanzielle Maßnahme, welche der Gesellschaft weder Kapital zuführt noch entzieht.

Nach überwiegender Ansicht ist für die Bewertung der Forderung der tatsächliche Vermögensstatus der Gesellschaft maßgeblich.¹⁰⁸⁸ Eine Wertminderung der Forderung müsse berücksichtigt werden.¹⁰⁸⁹ Damit verbundene Bewertungsschwierigkeiten seien hinzunehmen.¹⁰⁹⁰ Bewertungsprobleme gehörten zum Alltag des Wirtschaftsrechts.¹⁰⁹¹ Zwar sei für das Verhältnis der Inferenten untereinander eine Bewertung mit dem Nennwert der Forderung unproblematisch, dies gelte aber nur für Forderungen gleichen Ranges.¹⁰⁹² Bei nach-

¹⁰⁸⁰ *Willemsen/Rechel*, Komm. ESUG, § 225a Rn. 59 f.

¹⁰⁸¹ *Simon*, CFL 2010, 448 (452).

¹⁰⁸² *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2012, 501 (502); *Simon*, CFL 2010, 448 (452).

¹⁰⁸³ *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (849 f.).

¹⁰⁸⁴ *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2012, 501 (501); *Simon*, CFL 2010, 448 (452).

¹⁰⁸⁵ *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2012, 501 (501).

¹⁰⁸⁶ *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2012, 501 (501).

¹⁰⁸⁷ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 25 Rn. 86.

¹⁰⁸⁸ *Spahlinger* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, § 225a Rn. 22; *Ekkenga*, DB 2012, 331 (336); *Brinkmann*, WM 2011, 97 (101); *K. Schmidt*, ZGR 2012, 566 (573 f.); *Altmeyen*, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 13 ff.); *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (849); *Urlaub*, ZIP 2011, 1040 (1044 f.); *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (447 f.); *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121 (124); *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 642; *Landfermann*, WM 2012, 830; *Segmiller*, S. 203.

¹⁰⁸⁹ *Ekkenga*, DB 2012, 331 (336); *Brinkmann*, WM 2011, 97 (101); *K. Schmidt*, ZGR 2012, 566 (573 f.); *Altmeyen*, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 13 ff.); *Meyer/Degener*, BB 2011, 846 (849); *Urlaub*, ZIP 2011, 1040 (1044 f.); *H.-F. Müller*, KTS 2012, 419 (447 f.); *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121 (124); *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 632 (642); *Landfermann*, WM 2012, 821 (830).

¹⁰⁹⁰ *Altmeyen*, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 16).

¹⁰⁹¹ *Altmeyen*, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 16).

¹⁰⁹² *Müller*, KTS 2012, 419 (447).

rangigen Forderungen würde eine einheitliche Einbringung zum Nennwert zu ungerechten Ergebnissen führen.¹⁰⁹³ Dasselbe gelte, wenn für eine der Forderungen eine Sicherheit bestehe.¹⁰⁹⁴ Auch bei einer parallel durchgeführten Barkapitalerhöhung sei die Einbringung zum Nennwert unbillig, da dann die Barmittel aufbringenden (Neu-)Gesellschafter fast das komplette Reinvermögen der Gesellschaft zur Verfügung stellten, am ausgeweiteten Grundkapital aber aufgrund der Bewertung der Forderungen mit dem Nennwert nur zu einem Bruchteil beteiligt seien.¹⁰⁹⁵ Weiterhin wird angeführt, es läge ein Verstoß gegen den Grundsatz der Kapitalaufbringung vor. Der Grundsatz der Kapitalaufbringung verlange, dass der gezeichnete Kapitalbetrag einmal tatsächlich aufgebracht worden sei.¹⁰⁹⁶ Zuletzt wird eingewandt, die Einbringung mit dem Nennwert sei vom Gesetzgeber offensichtlich nicht vorgesehen. Dies zeige sich am Ausschluss der Differenzhaftung gemäß § 254 Abs. 4 InsO. Wäre eine Einbringung mit dem Nennwert nach der gesetzgeberischen Intention vorgesehen, so würde die Gefahr einer Überbewertung der Forderung gar nicht bestehen und § 254 Abs. 4 InsO wäre überflüssig.¹⁰⁹⁷ Durch den Ausschluss der Differenzhaftung solle gerade verhindert werden, dass Unsicherheiten bei der Bewertung zu Lasten der Gläubiger gingen.¹⁰⁹⁸ § 254 Abs. 4 InsO setzt daher eine Bewertung der Forderung voraus.

Umstritten ist weiter, wie die Bewertung erfolgen soll. Teilweise wird angenommen, eine Bestimmung des tatsächlichen Wertes müsse unter Berücksichtigung des **Zerschlagungswertes** erfolgen.¹⁰⁹⁹ Aus der Gesetzesbegründung ergebe sich, dass der ESUG-Gesetzgeber die zu erwartende Quote als maßgeblich angesehen habe.¹¹⁰⁰ Im Regierungsentwurf heißt es zur Frage der Bewertung der Forderung: „Die Werthaltigkeit der Forderung wird aufgrund der Insolvenz des Schuldners regelmäßig reduziert sein und der Wert wird nicht dem buchmäßigen Nennwert entsprechen, sondern deutlich darunter liegen. Hierbei kann auch die Quotenerwartung berücksichtigt werden.“¹¹⁰¹ Die Heranziehung des Zerschlagungswertes stehe zudem in Einklang mit den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen. Danach sei für die Bewertung der Forderung der Zeitpunkt der Anmeldung beim Registergericht maßgeblich.¹¹⁰² Entscheidend sei die Ertragskraft am Bewertungsstichtag.¹¹⁰³ Zum Zeitpunkt der Einbringung sei die Forderung nicht mehr wert als die Quote, die sie bei der Verwertung der

¹⁰⁹³ Müller, KTS 2012, 419 (447).

¹⁰⁹⁴ Müller, KTS 2012, 419 (447).

¹⁰⁹⁵ Müller, KTS 2012, 419 (447 f.).

¹⁰⁹⁶ Altmeyden, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 15).

¹⁰⁹⁷ Müller, KTS 2012, 419 (448); Weber/Schneider, ZinsO 2012, 374 (379).

¹⁰⁹⁸ Müller, KTS 2012, 419 (448); Weber/Schneider, ZinsO 2012, 374 (379).

¹⁰⁹⁹ Haas in: Kayser/Thole, Heidelberger Komm. zur InsO, § 225a Rn. 26; Kebekus/Wehler in: Graf-Schlicker InsO, § 225a Rn 6; Altmeyden, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 13 ff.); Hirte/Knof/Mock, DB 2011, 632 (642); Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (124); Müller, KTS 2012, 419 (448); Fuhst, DStR 2012, 418 (423); wohl auch: Meyer/Degener, BB 2011, 846 (849).

¹¹⁰⁰ Vgl. Müller, KTS 2012, 419 (448).

¹¹⁰¹ Begr. RegE ESUG, Drucks. 17/5712, S. 32.

¹¹⁰² Hirte/Knof/Mock, DB 2011, 632 (642); Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 9 Rn. 4; Simon, CFL 2010, 448 (451); Altmeyden, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 15); vgl. auch Heidinger/Benz in: Spindler/Stilz AktG, § 27 Rn. 34.

¹¹⁰³ Schäfer, FS Ganter, S. 33 (S. 47).

Masse im Regelverfahren erzielen würde.¹¹⁰⁴ Ein höherer Wert der Forderung trete erst durch die Sanierungsbemühungen ein, für welche die Einbringung der Gläubigerforderung gerade Voraussetzung sei. Nur die Einbringung mit dem Zerschlagungswert sei mit dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung zu vereinbaren.¹¹⁰⁵ Eine Benachteiligung der am Debt-Equity-Swap beteiligten Gläubiger durch die Heranziehung des Zerschlagungswertes sei nicht zu besorgen. Vor der Umwandlung seien die Gläubiger Inhaber einer entwerteten Forderung, sodass eine Bewertung mit dem Zerschlagungswert ihre Rechte nicht verletze.¹¹⁰⁶ Bei der Bewertung mit dem Zerschlagungswert könne der Verkauf des Unternehmens als Ganzes herangezogen werden. Ein über die Einzelteile hinausgehender Wert des Unternehmens werde daher auch beim Zerschlagungsszenario berücksichtigt.

Die Gegenauffassung sieht die **Fortführungsprognose** als maßgeblich für die Bewertung der Forderung an.¹¹⁰⁷ Bei der Bewertung sei entscheidend, was planmäßig mit dem Unternehmen geschehen solle. Der Insolvenzplan sähe regelmäßig eine Fortführung des zu reorganisierenden Unternehmens vor, sodass die eingelegten Forderungen auch auf dieser Basis zu bewerten seien.¹¹⁰⁸ Der Wert der Anteile zeige sich gerade daran, dass die Weiternutzung des Rechtsträgers gegenüber der Liquidation einen größeren Gewinn verspreche.¹¹⁰⁹ Auch würden die nicht am Debt-Equity-Swap beteiligten Gläubiger sowie die Neugläubiger hierdurch nicht benachteiligt.¹¹¹⁰ Beide Gruppen profitierten vielmehr davon, dass die am Debt-Equity-Swap beteiligten Gläubiger im Rang freiwillig zurückträten.

Teilweise wird auch angenommen, die Bewertung der Forderungen ergebe sich schlicht aus dem **Unternehmenswert**. Entspreche dieser den Verbindlichkeiten, so können diese mit dem Nominalwert eingebracht werden.¹¹¹¹ Beliefe sich der Unternehmenswert nur auf einen gewissen Prozentsatz der Verbindlichkeiten, so seien die einzubringenden Forderungen mit eben diesem Prozentsatz zu bewerten.¹¹¹²

Zuletzt wird teilweise vorgeschlagen, die Bewertung der Anteile sowie der Forderungen könne beliebig vorgenommen werden.¹¹¹³ Es bestünde diesbezüglich Gestaltungsfreiheit.¹¹¹⁴ Einzige Voraussetzung sei, dass im Rahmen der Abstimmung über den Insolvenzplan die erforderlichen Mehrheiten erzielt würden.¹¹¹⁵

¹¹⁰⁴ Müller, KTS 2012, 419 (448).

¹¹⁰⁵ Fuhst, DStR 2012, 418 (423).

¹¹⁰⁶ Meyer/Degener, BB 2011, 846 (849).

¹¹⁰⁷ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 52; Spahlinger in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a Rn. 22; Verse, ZGR 2010, 299 (311); K. Schmidt, ZIP 2012, 2085 (2087); Segmiller, S. 205.

¹¹⁰⁸ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 52; Spahlinger in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a Rn. 22.

¹¹⁰⁹ Verse, ZGR 2010, 299 (311).

¹¹¹⁰ Wirsch, NZG 2010, 1131 (1133).

¹¹¹¹ Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1768); Spliedt in: K.Schmidt InsO, § 225a Rn. 24.

¹¹¹² Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1768).

¹¹¹³ Römermann, NJW 2012, 645 (651), für eine freie Wahl zumindest zwischen Fortführungs- und Zerschlagungswert wohl auch: Spliedt, GmbHR 2012, 462 (467).

¹¹¹⁴ Römermann, NJW 2012, 645 (651).

¹¹¹⁵ Römermann, NJW 2012, 645 (651).

b. Stellungnahme

Der Wert der Anteile der Altgesellschafter bestimmt sich nach dem wirtschaftlichen Wert des Unternehmens, wobei bei der Bewertung des Unternehmens von der Fortführungsprämisse auszugehen ist, wenn das Unternehmen nach dem Insolvenzplan fortgeführt werden soll.

Soweit der so ermittelte Unternehmenswert ausnahmsweise sämtliche Forderungen deckt, sind diese mit dem Nominalwert einzubringen. Deckt der Unternehmenswert, wie regelmäßig in der Insolvenz, nur zu einer bestimmten Quote die Forderungen, sind die Forderungen der Gläubiger unter Heranziehung eben dieser Quote zu bewerten.

Die pauschale Bewertung der Forderung mit deren Nennwert ist offensichtlich vom ESUG-Gesetzgeber nicht gewollt. Dies folgt nicht nur aus der Regierungsbegründung, sondern zeigt sich auch anhand des Ausschlusses der Differenzhaftung (§ 254 Abs. 4 InsO). Würde man den Nennwert heranziehen, wäre eine Überbewertung gar nicht denkbar, weshalb auch der Ausschluss der Differenzhaftung überflüssig wäre. § 254 Abs. 4 InsO dient gerade dazu, den Inferenten davor zu schützen, dass bei der Bestimmung des tatsächlichen Werts der Forderung eine Fehlbewertung eintritt. Würde man die Forderungen zum Nennwert einbringen, könnten Unterschiede zwischen den Forderungen, wie etwa der Nachrang oder die Besicherung einer Forderung, nicht ausgeglichen werden. Gleichzeitig führen solche Unterschiede zu einem erheblichen Auseinanderfallen der Befriedigungsaussichten. Die nicht nachrangigen oder gesicherten Gläubiger würden benachteiligt. Auch im Falle einer parallel verlaufenden Barkapitalerhöhung führt die Bewertung mit dem Nennwert zu unsachgemäßen Beteiligungsquoten. Während die am Debt-Equity-Swap beteiligten Gläubiger eine entwertete Forderung einbringen, opfern die Barkapitaleinleger neue, von der Insolvenz nicht betroffene Mittel. Zuletzt liegt aufgrund der offensichtlichen Entwertung der Forderungen im Insolvenzverfahren auch ein Verstoß gegen die Vorschriften zur Kapitalaufbringung vor, wenn die Forderungen mit ihrem Nominalwert berücksichtigt werden.¹¹¹⁶ Das Kapital muss einmal tatsächlich aufgebracht worden sein.

Die Bewertung der Forderungen anhand des Unternehmenswerts wahrt die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten und entspricht allgemeinen Grundsätzen. Der Rechtsprechung des BGH zufolge ist die Werthaltigkeit einer Forderung gegen eine Gesellschaft abhängig von der Bonität der konkreten Gesellschaft.¹¹¹⁷ Beim gesellschaftsrechtlichen Debt-Equity-Swap wird der tatsächliche Wert der Forderung herangezogen.¹¹¹⁸ Abzustellen ist dabei auf die Zahlungsfähigkeit des konkreten Schuldners, wie sie sich aus der Sicht eines objektiven Dritten darstellt.¹¹¹⁹ Eine Benachteiligung der sich am Debt-Equity-Swap beteiligenden Gläubiger liegt nicht vor. Sie würden auch ohne Einbringung ihrer Forderung keine höhere Befriedi-

¹¹¹⁶ *Altmeyden*, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 15).

¹¹¹⁷ BGH NJW 1990, 982 (Urt. v. 15.1.1990 – II ZR 164/88).

¹¹¹⁸ BGHZ 113,335, 441 f. sowie BGHZ 90, 370. In BGHZ 61,59 führt der BGH hinsichtlich der Bewertung einer in die Gesellschaft eingebrachten Forderung aus: „bei begründeten Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist nach kaufmännischen Grundsätzen ein Abschlag vorzunehmen“.

¹¹¹⁹ BGHZ 113,335, 441 f.; BGHZ 90, 370; BGHZ 61,59.

gungsquote erlangen, da der Wert einer Forderung im Rechtsverkehr nur so hoch ist, wie diese Forderung durch den Unternehmenswert gedeckt ist. Ein originärer Anspruch auf Beteiligung steht den Gläubigern schon grundsätzlich nicht zu. Der Gläubigerschutz erschöpft sich in der Wahrung der finanziellen Interessen der Gläubiger. Eine Übervorteilung der Anteilshaber liegt nicht vor, da auch der Wert ihrer Anteile aus dem Unternehmenswert abgeleitet wird. Zuletzt werden auch die am Debt-Equity-Swap nicht teilnehmenden Gläubiger nicht bevorzugt. Regelmäßig werden auch sie auf Teile ihrer Forderung verzichten müssen, da andernfalls eine Sanierung kaum denkbar ist. Im Insolvenzplan sind Forderungsverzichte regelmäßig vorgesehen. Dies gilt umso mehr beim Debt-Equity-Swap. Die Gläubiger können nicht gezwungen werden, sich am Debt-Equity-Swap zu beteiligen. Folglich würde kein Gläubiger seine Forderung einbringen, wenn gleichzeitig der Insolvenzplan die volle Befriedigung der nicht partizipierenden Gläubiger vorsehen würde.

c. Prüfungskompetenz des Gerichts

Die Bewertung der eingebrachten Forderung unterliegt in vollem Umfang der insolvenzgerichtlichen Überprüfung gemäß § 248 InsO.¹¹²⁰ Aus § 254 Abs. 4 InsO ergibt sich nicht, dass die Werthaltigkeit der eingebrachten Forderung einer Überprüfung durch das Insolvenzgericht entzogen ist. § 254 Abs. 4 InsO bestimmt lediglich, dass der Schuldner bei einem Debt-Equity-Swap gegen den bisherigen Gläubiger keine Ansprüche wegen einer Überbewertung der eingebrachten Forderung geltend machen kann. Daraus folgt jedoch nicht, dass die Bewertung der Forderung jeglicher Überprüfung entzogen ist. Vielmehr ist umso sorgfältiger zu prüfen, da eine Überbewertung der Forderung nicht mehr ausgeglichen werden kann. § 254 Abs. 4 InsO regelt ein Haftungsprivileg der am Debt-Equity-Swap beteiligten Gläubiger.¹¹²¹

4. Die Zulassung von Gesellschafterdarlehen zum Debt-Equity-Swap

a. Einführung und Meinungsstand

Nicht einheitlich beurteilt wird die Frage, ob die Gesellschafter mit eigenen Forderungen gegen die Gesellschaft am Debt-Equity-Swap teilnehmen dürfen und auf diese Weise eine Beteiligung an der reorganisierten Gesellschaft erlangen können. Grundsätzlich sind auch Gesellschafterforderungen für den Debt-Equity-Swap geeignet.¹¹²² Problematisch sei nach teilweise vertretener Ansicht der sich aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ergebende Nachrang der Gesellschafterforderung.¹¹²³ Die Gesellschafterforderungen könnten daher nicht den Gläubigerforderungen gleichgestellt werden.¹¹²⁴ Der Ausschluss könne darüber ausgeglichen werden, dass die Anteilshaber zeitgleich mit einer effektiven Einlageleistung an der Kapitalerhöhung teilnehmen dürfen.¹¹²⁵ Die Gegenansicht will auch Gesellschafterforderungen zum Debt-Equity-Swap zulassen.¹¹²⁶ Daraus resultiere keine Gleichstellung von Gläubiger- und

¹¹²⁰ So auch *K. Schmidt*, ZGR 2012, 566 (573 f.).

¹¹²¹ *K. Schmidt*, ZGR 2012, 566 (573 f.).

¹¹²² *K. Schmidt*, ZGR 2012, 566 (580).

¹¹²³ *Hölzle*, NZI 2011, 124 (128).

¹¹²⁴ *Hölzle*, NZI 2011, 124 (128).

¹¹²⁵ *Hölzle*, NZI 2011, 124 (128).

¹¹²⁶ *Spliedt* in: *K. Schmidt* InsO, § 225a Rn. 20; *K. Schmidt*, ZGR 2012, 566 (581).

Gesellschafterforderungen, welche unstreitig nicht gerechtfertigt sei.¹¹²⁷ Für die Gesellschafterforderungen sei schlicht ein niedrigerer Umwandlungsschlüssel anzuwenden.¹¹²⁸ Gegen eine Umwandlung von Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital bestünden in diesem Fall keine Bedenken.

b. Stellungnahme

Soweit die Gesellschafter Forderungen gegen die Gesellschaft haben, sind auch diese zum Debt-Equity-Swap zuzulassen. Aus verfassungsrechtlichen Gründen wäre für den Ausschluss von Gesellschafterforderungen ein sachlicher Grund erforderlich. Ein Sachgrund für eine Differenzierung zwischen Gesellschafterforderung und Gläubigerforderung besteht indes nicht, soweit die Gesellschafterforderungen entsprechend ihres Nachrangs bewertet werden. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO führt zu keiner anderen Betrachtung. Geregelt ist der Nachrang der Gesellschafterforderungen bei der Verteilung der Insolvenzmasse. Diesem Nachrang kann durch eine niedrigere Bewertung der Gesellschafterforderungen Rechnung getragen werden. Weitere Einschränkungen hat der Gesetzgeber Gesellschafterforderungen nicht unterworfen. Eine darüberhinausgehende Differenzierung ergibt sich weder aus dem Gesetz noch zwingt der Gläubigerschutz zu einer solchen. Eine Benachteiligung der Gläubiger ist nicht zu besorgen. Die Gesellschaft wird auch bei der Einbringung von Gesellschafterforderungen in Höhe des Nominalwertes dieser Forderungen von ihren Schulden befreit. Zwar wären die Gesellschafter bei der Verteilung der Masse nach den Gläubigern zu befriedigen, eine Verteilung der Masse findet aber gerade nicht statt. Es geht um die Frage, wer in welchem Umfang an der fortgeführten Gesellschaft beteiligt ist. Die Beteiligungsverhältnisse werden sachgerecht abgebildet, wenn die Gesellschafterforderung auf ihre Vollwertigkeit geprüft wird.¹¹²⁹ Die Forderung ist vollwertig, wenn nach Befriedigung aller im Rang vorgehender Gläubiger ein Unternehmenswert verbleiben würde, der den Gesellschafterforderungen entspricht.¹¹³⁰ Ist dies nicht der Fall, so ist die Forderung entsprechend niedriger zu bewerten bis hin zur vollständigen Wertlosigkeit. Entscheidend ist also der Verkehrswert der Forderung, der sich nach dem Wert der Gesellschaft bemisst, welcher wiederum wie bereits erläutert mit Fortführungswerten zu bemessen ist. Eine weitere Abwertung der Forderung aufgrund ihres Nachrangs ist nicht erforderlich¹¹³¹ und aus diesem Grund auch nicht zu rechtfertigen. Durch die Bewertung der Forderungen mit dem Verkehrswert wird der Nachrangigkeit Rechnung getragen. Ein Ausschluss der Forderungen vom Debt-Equity-Swap ist nicht gerechtfertigt. Ersichtlich sind auch hiermit Bewertungsschwierigkeiten verbunden. Jedoch kann dies nicht zu Lasten der Anteilsinhaber gehen. Sämtliche Bewertungen und insbesondere solche im Rahmen des Insolvenzverfahrens sind mit Schwierigkeiten verbunden. Als Argument kann dies nicht ins Feld geführt werden.

¹¹²⁷ Hölzle, NZI 2011, 124 (128); K.Schmidt, ZGR 2012, 566 (581).

¹¹²⁸ K. Schmidt, ZGR 2012, 566 (581).

¹¹²⁹ Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 20.

¹¹³⁰ Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 20.

¹¹³¹ Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 20.

D. Ausschluss und Ausscheiden der Anteilsinhaber aus der Gesellschaft

I. Ausschluss der Anteilsinhaber

1. Einführung und Meinungsstand

Umstritten ist, ob die Anteilsinhaber aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden können, wenn kein Kapitalschnitt „zu Null“ erfolgen kann.¹¹³² Nachdem oben unter C. III. 4. bereits erläutert wurde, dass eine vollständig entwertete Position nicht schutzwürdig ist, stellt sich weiter die Frage, ob den Anteilsinhabern im Interesse der Sanierungsbeteiligten auch werthaltige Anteile entzogen werden können.

Ein Ausschluss nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen kommt auch im Insolvenzverfahren in Betracht. Die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften gelten, soweit sie nicht durch insolvenzrechtliche Vorschriften überlagert und verdrängt werden. Bei allen Gesellschaftsformen ist ein Ausschluss aus wichtigem Grund zulässig.¹¹³³ Daneben sind je nach Gesellschaftsform weitere Ausschlussmöglichkeiten gegeben. Ein GmbH-Gesellschafter kann ausgeschlossen werden, wenn eine Ausschlussklausel im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist. Außerdem können die Geschäftsanteile eingezogen werden (§ 34 Abs. 2 GmbHG). Ein Aktionär kann außer beim Vorliegen eines wichtigen Grundes durch Einziehung seiner Aktien (§ 237 AktG) oder durch „Squeeze out“ (§ 327a AktG) ausgeschlossen werden. Bei den Personengesellschaften ergibt sich der Ausschluss aus wichtigem Grund bei der GbR aus § 737 BGB, bei der OHG aus § 140 Abs. 1 HGB und bei der KG aus den §§ 161 Abs. 2, 140 Abs. 1 HGB.

Darüber hinaus wird vertreten, dass die Anteile der Anteilsinhaber auch außerhalb des Spezialfalls des Kapitalschnittes auf Null und ohne wichtigen Grund entzogen werden können.¹¹³⁴ Die Anteile könnten auch im Falle ihrer Werthaltigkeit gegen den Willen der Anteilsinhaber **übertragen**¹¹³⁵ und die Gesellschafter durch den Plan aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.¹¹³⁶ Die Zulässigkeit einer solchen Planregelung ergebe sich aus § 225a Abs. 2 InsO. Geregelt würde zwar ausweislich der Gesetzesbegründung¹¹³⁷ nur die Übertragung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten, die der Schuldner an Drittgesellschaften halte, jedoch sei im Kontext mit § 225a Abs. 3 InsO die Übertragung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte am Schuldner als gesellschaftsrechtliche Maßnahme zulässig.¹¹³⁸ Auch die Anteile an der Schuldnergesellschaft könnten mit Zwangswirkung gegen widersprechende An-

¹¹³² Vgl. zum Ausschluss der Anteilsinhaber beim Kapitalschnitt auf Null oben unter C. III. 4.

¹¹³³ Vergleiche für die GbR § 737 BGB, für die OHG § 140 Abs. 1 HGB, für die KG §§ 161 Abs. 2, 140 Abs. 1 HGB, für die GmbH BGH, Urt. v. 01.04.1953 – II ZR 235/52, für die AG *Schmidt* in: K. Schmidt GesR § 28 Abs. 1 S. 5, S. 803.

¹¹³⁴ *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a InsO Rn. 71; *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn. 92.

¹¹³⁵ *Spahlinger* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a InsO Rn. 71; *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn. 87; *Haas* in: Kayser/Thole, Heidelberger Komm. zur InsO, § 225a Rn. 35; *A. Schmidt* in: Hamb. Komm. zum InsR, § 225a Rn. 49; *Klausmann*, NZG 2015, 1300 (1302).

¹¹³⁶ *Haas* in: Kayser/Thole, Heidelberger Komm. zur InsO, § 225a Rn. 35; *Schmidt-Preuß*, NJW 2016, 1269 (1272); *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn. 92.

¹¹³⁷ Vgl. Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 1757/12, S. 32.

¹¹³⁸ *Haas* in: Kayser/Thole, Heidelberger Komm. zur InsO, § 225a Rn. 35; *A. Schmidt* in: Hamb. Komm. zum InsR, § 225a Rn. 49.

teilsinhaber auf Dritte oder Mitgesellschafter übertragen werden.¹¹³⁹ Die Altgesellschafter hätten selbst dann keinen Anspruch darauf, dass eine Übertragung unterbleibt, wenn sie sanierungswillig und leistungsfähig seien.¹¹⁴⁰ Die Rede ist von einem „insolvenzrechtlichen Squeeze-Out“.¹¹⁴¹ Der Insolvenzplan solle auch die Zwangseinziehung von Aktien nach Maßgabe von § 237 Abs. 1 AktG vorsehen können.¹¹⁴² Unbeachtlich sei, dass dies außerhalb des Insolvenzverfahrens nur zulässig sei, wenn dies in der Satzung vor Übernahme oder Zeichnung der Aktien gestattet war.¹¹⁴³ Auch diesbezüglich gingen die Planregelungen den gesellschaftsrechtlichen Regelungen vor.¹¹⁴⁴ Eine gesellschaftsrechtliche Inhaltskontrolle finde im Insolvenzverfahren nicht statt.¹¹⁴⁵ Zu wahren seien die Gleichbehandlungsgebote der §§ 226, 245 Abs. 3 Nr. 2 InsO, weshalb die Übertragung einzelner Anteile regelmäßig nicht in Betracht komme.¹¹⁴⁶

Teilweise wird vertreten, die Anteilsinhaber müssten jedenfalls dann aus der Gesellschaft ausscheiden, wenn sie **nicht bereit oder in der Lage seien, Sanierungsbeiträge zu leisten**.¹¹⁴⁷ Die Anteilsinhaber würden andernfalls ohne eigene Beiträge von den Sanierungsbemühungen Dritter profitieren. Der zwangsweise Ausschluss sanierungswilliger Anteilsinhaber sei dagegen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Gesellschafter unverhältnismäßig und verstieße gegen Art. 14 GG.¹¹⁴⁸ Zwar würde auch bei einem Insolvenzplan, der die Übertragung der Anteile sanierungswilliger Gesellschafter vorsähe, die Zustimmung der Anteilsinhaber nach Maßgabe des § 245 InsO grundsätzlich ersetzt, da eine Schlechterstellung im Vergleich zur Situation ohne Insolvenzplan nicht vorläge.¹¹⁴⁹ Der Insolvenzplan sei aber inhaltlich fehlerhaft und daher je nach Verfahrensstadium entweder von Amts wegen durch das Gericht gemäß § 231 Abs. Nr. 1 InsO zurückzuweisen oder die gerichtliche Bestätigung sei gemäß § 250 Nr. 1 InsO zu versagen.¹¹⁵⁰ Folglich sei eine zwangsweise Übertragung aller Gesellschaftsanteile nur zulässig, wenn kein Gesellschafter willens und in der Lage sei, sich durch weitere Beiträge an der geplanten Sanierung zu beteiligen.¹¹⁵¹

¹¹³⁹ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 87.

¹¹⁴⁰ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 87.

¹¹⁴¹ Haas in: Kayser/Thole, Heidelberger Komm. zur InsO, § 225a Rn. 35; Schmidt-Preuß, NJW 2016, 1269 (1272).

¹¹⁴² Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 37.

¹¹⁴³ Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 37. Damit soll den Aktionären beim Erwerb der Beteiligung das Risiko des Verlusts vor Augen geführt werden (vgl. Marsch-Barner in: Spindler/Stilz AktG § 237 Rn. 1).

¹¹⁴⁴ Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 38 (Dies soll aber nur dann gelten, wenn die Anteilsrechte noch einen nach vollständiger Befriedigung der Gläubiger verbleibenden Wert haben könnten).

¹¹⁴⁵ Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn. 35.

¹¹⁴⁶ Spahlinger in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 225a InsO Rn. 71 sowie A. Schmidt in: Hamb. Komm. zum InsR, § 225a Rn. 49. Der Gleichbehandlungsgrundsatz könne aber durch Gruppenbildung möglicherweise umgangen werden.

¹¹⁴⁷ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (126); a.A. Schneider, § 6 I. (S. 94).

¹¹⁴⁸ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (127).

¹¹⁴⁹ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (127).

¹¹⁵⁰ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (127).

¹¹⁵¹ Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121 (127).

2. Stellungnahme

a. Kein Ausschluss ohne wichtigen Grund und keine Übertragbarkeit der Anteile

Die Anteilsinhaber können nach Maßgabe der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Mangels vorrangiger insolvenzrechtlicher Regelungen sind die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften uneingeschränkt anzuwenden. Liegt kein gesellschaftsrechtlicher Ausschlussgrund vor, können die Anteilsinhaber im eröffneten Verfahren nicht gegen ihren Willen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn die Beteiligung an der Gesellschaft noch werthaltig ist.¹¹⁵² Freilich dürfte dieser Fall in der Praxis selten sein, da das Gesellschaftskapital regelmäßig aufgezehrt ist. Es kann demgemäß im Insolvenzplan weder die Übertragung der Anteile noch der Ausschluss von Anteilsinhabern (ohne wichtigen Grund) zwangsweise geregelt werden. Auch ein Ausschluss sanierungsunwilliger Gesellschafter kommt nicht in Betracht. Die werthaltige Position der Anteilsinhaber ist schutzwürdig. Die Anteilsinhaber müssen die Verwässerung ihrer Anteile hinnehmen; in der reduzierten Höhe sind aber auch Anteilsinhaber, die sich nicht an der Sanierung beteiligen, zur Teilnahme an der Gewinnverteilung berechtigt. Dies rechtfertigt sich daraus, dass das Alt- und Neukapital nach einer Kapitalherabsetzung im richtigen Verhältnis abgebildet ist.¹¹⁵³ Soweit die Alteinlagen nicht durch Verluste aufgezehrt wurden, sind sie für die Erzielung zukünftiger Erträge mitursächlich.¹¹⁵⁴ Ein Ausschluss der sanierungsunwilligen Anteilsinhaber ist aus diesem Grund nicht angezeigt.

Schutzwürdige Gläubigerinteressen stehen nicht entgegen. Es mögen die Anteilsinhaber von den Sanierungsbeiträgen der Gläubiger profitieren, ohne eigene Beiträge geleistet zu haben; sie partizipieren allerdings nur in dem Umfang, in dem sie gerechtfertigterweise an der Gesellschaft beteiligt sind. Nach Abbildung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft verbleibt ein Restwert der Beteiligung. Ist dies nicht der Fall, kann das Kapital auf Null herabgesetzt werden. Ein Ausschluss der Anteilsinhaber begegnet in diesem Fall keinen Bedenken, wenn das Bezugsrecht wirksam ausgeschlossen wurde oder die Anteilsinhaber von ihrem Bezugsrecht keinen Gebrauch machen. Ein Entzug werthaltiger Beteiligung ist dagegen nicht gerechtfertigt. Ein Ausschluss sanierungswilliger Anteilsinhaber ist erst recht nicht angezeigt. Die Gläubiger haben vorbehaltlich des Debt-Equity-Swaps kein Recht auf Beteiligung an der Gesellschaft und ebenso wenig ein Recht darauf, eine bestimmte Beteiligungsquote zu erlangen oder die Gesellschaft unter Ausschluss der Anteilsinhaber komplett zu übernehmen. Die Gläubigerinteressen sind (nur) in finanzieller Hinsicht schutzwürdig. Leisten die Anteilsinhaber Sanierungsbeiträge, erhöht dies die Befriedigungschancen der Gläubiger.

Ein Ausschluss werthaltiger Positionen scheidet auch dann aus, wenn das Ausscheiden finanziell kompensiert wird. Die Beteiligung selbst (und nicht nur deren finanzieller Wert) ist

¹¹⁵² Dieses Ergebnis für die außergerichtliche Sanierung befürwortend: *Schneider*, § 4 VII. 3. (S. 60).

¹¹⁵³ *Schneider*, § 4 VII. 3. (S. 60).

¹¹⁵⁴ *Schneider*, § 4 VII. 3. (S. 60).

durch die Verfassung geschützt und nur aufgrund vorrangiger Drittinteressen entziehbar. Vorrangige Drittinteressen bestehen nicht, da den Anteilsinhabern nach dem Kapitalschnitt nur noch der tatsächlich werthaltige Gesellschaftsanteil verbleibt. Regelmäßig kommt im eröffneten Verfahren ein Kapitalschnitt auf Null in Betracht. Damit können die Anteilsinhaber vor die Wahl gestellt werden, entweder aus der Gesellschaft auszuschneiden oder sich mit frischem Kapital an der Sanierung zu beteiligen. Außerhalb des Insolvenzverfahrens wie auch im eröffneten Verfahren ist dies eine interessensgerechte Lösung. Wie bereits gezeigt, sind Blockadepositionen nicht zu besorgen, da die Anteilsinhaber neues Kapital investieren müssen, um ihre Beteiligung an der Gesellschaft aufrechtzuerhalten. Sie partizipieren auch nicht ohne eigenen Beitrag von den Sanierungsbeiträgen Dritter, weshalb sich auch das Trittbrettfahrerproblem erübrigt hat.

Soweit man Parallelen zu der „Sanieren oder Ausscheiden“-Rechtsprechung¹¹⁵⁵ des BGH zieht, ergibt sich hieraus keine anderweitige Wertung. Zwar liest sich das Urteil zunächst dergestalt, dass sanierungsunwillige Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden können, damit sie nicht zu Lasten der sanierungsbereiten Beteiligten ohne eigene Beiträge an den sanierungsbedingten Wertsteigerungen partizipieren; jedoch war auch im Fall „Sanieren oder Ausscheiden“ die Gesellschaft überschuldet mit der Folge, dass der Wert der Anteile nach der Kapitalherabsetzung bei Null lag. Nur für den Fall der Überschuldung gilt daher die vom BGH getroffene Wertung zum Ausschluss sanierungsunwilliger Gesellschafter.¹¹⁵⁶ Der Ausschluss der Gesellschafter ist gerechtfertigt, da ihren Anteilen ein wirtschaftlicher Wert nicht mehr zukommt, sie eine Sanierungsbeteiligung verweigern und es unter Abwägung der Interessen der Sanierungsbeteiligten unbillig wäre, wenn sie ohne eigene Beiträge an der Sanierung teilhaben.¹¹⁵⁷ Zu diesem Ergebnis gelangt man im Rahmen einer sachgerechten Abwägung der verfassungsrechtlich geschützten Rechte der Sanierungsbeteiligten und unter Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Dies gilt unterschiedslos für Kapital- und Personengesellschaften. Für die (werbende) Personengesellschaft hat der BGH dies im Fall „Sanieren oder Ausscheiden“ entschieden.¹¹⁵⁸ Die diesbezüglich vom BGH angestellten Wertungen sind auf die Kapitalgesellschaften übertragbar. Bei den Kapitalgesellschaften steht das finanzielle Interesse der Anteilsinhaber regelmäßig sogar noch weiter im Vordergrund, sodass erst recht die Anteile entzogen werden können, wenn sie nicht mehr werthaltig sind und die Anteilsinhaber nicht an der Sanierung teilnehmen.

¹¹⁵⁵ BHZ 183, 1.

¹¹⁵⁶ So auch Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1763).

¹¹⁵⁷ Kritisch Schneider, § 14 I. 2 b) (S. 306 ff.). Schneider ist der Ansicht, dass zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung der sanierungsunwilligen Anteilsinhaber stets ausreichend ist, dass eine nominelle Kapitalherabsetzung durchgeführt wird. Ein Ausschluss der Gesellschafter aus der Gesellschaft sei daneben nicht erforderlich und daher nicht verhältnismäßig. Der Ausschluss könne nach Ansicht Schneiders allenfalls damit gerechtfertigt werden, dass ein positiver Sanierungsanreiz für die Gesellschafter gesetzt werde. Diese müssten den Ausschluss aus der Gesellschaft fürchten, wenn sie zu Sanierungsbeiträgen nicht bereit sind.

¹¹⁵⁸ BGH NJW 2010, 65.

Aufgrund vorstehender Erwägungen ist auch die zwangsweise **Übertragung** des Gesellschaftsanteils nicht möglich.¹¹⁵⁹ Eine Übertragung der Anteile am Schuldner wäre zwar vom Wortlaut des § 225a Abs. 3 InsO gedeckt; sie scheitert jedoch daran, dass eine Übertragung der Anteile gesellschaftsrechtlich nicht ohne Zustimmung des Anteilsinhabers möglich ist und die Übertragung auch nicht mit schutzwürdigen Interessen der Insolvenzbeteiligten gerechtfertigt werden kann. Wie darlegt ist ein Entzug werthaltiger Positionen grundsätzlich nicht sachgerecht. Es kann auch nicht mit Verweis auf den Gesetzeswortlaut argumentiert werden, dass der ESUG-Gesetzgeber dies anders gesehen hat. In der Gesetzesbegründung wird nur die Übertragung der Beteiligung des Schuldners an Drittgesellschaften erwähnt.¹¹⁶⁰ Nicht die Anteile der Gesellschafter sind Teil der Insolvenzmasse, Haftungsobjekt ist nur das schuldnerische Vermögen.¹¹⁶¹ Eine Verwertung des Rechtsträgers ist nur bei Wertlosigkeit der Anteile gegen den Willen der Gesellschafter möglich. Eine „Enteignung“¹¹⁶² der Anteilsinhaber im Wege des Ausschlusses oder der Übertragung von Anteilen ist auch nach dem ESUG nicht möglich. Die Anteilsrechte sind Bestandteil des Eigentums der Gesellschafter. Da das Vermögen der Anteilsinhaber nicht Gegenstand des Insolvenzverfahrens ist, ist ein Zugriff auf die Anteile grundsätzlich nicht möglich, soweit diese noch einen Wert haben.

Vorstehende Grundsätze gelten unabhängig von der jeweiligen Gesellschaftsform. Richtig ist, dass der Beteiligung an Kapitalgesellschaften regelmäßig nur ein finanzielles Interesse zu Grunde liegt. Die Beteiligung an Kapitalgesellschaften ist aber ebenso schutzwürdig wie die Beteiligung an Personengesellschaften. Jede Form der Beteiligung an einer Gesellschaft genießt verfassungsrechtlichen Schutz. Eine Differenzierung zwischen den Gesellschaftsformen hat der Verfassungsgeber nicht vorgesehen. Soweit eine Differenzierung sachgerecht ist, ist dem durch die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften Rechnung getragen. Beteiligungen an Kapitalgesellschaften sind verfassungsrechtlich nicht weniger schutzwürdig. Zu sehen ist außerdem, dass ein Zugriff auf das Gesellschaftervermögen bei Kapitalgesellschaften mit dem Grundsatz der Haftungsbeschränkung unvereinbar ist.¹¹⁶³ Mithin ist auch bei Kapitalgesellschaften ein Ausschluss der Anteilsinhaber nicht unter mildereren Voraussetzungen möglich. Die finanzielle Kompensation ist nicht ausreichend.

b. Definition des wichtigen Grundes

Wie bei der werbenden Gesellschaft kommt im eröffneten Verfahren ein Ausschluss aus wichtigem Grund in Betracht. Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen im Insolvenzverfahren ein wichtiger Grund angenommen werden kann. Insolvenzzrechtliche Wertungen sind bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe heranzuziehen. Die veränderte Situation der Gesellschaft kann nicht außer Betracht bleiben. Es können daher nicht pauschal die gesell-

¹¹⁵⁹ Anderer Auffassung *Eidenmüller* in: MüKo InsO, § 225a Rn. 87, wonach die Anteilsinhaber auch dann keinen Anspruch darauf haben, dass die Anteilsübertragung unterbleibt, wenn sie sanierungswillig und leistungsfähig sind; *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121 (127); *Wieneke/Hoffmann*, ZIP 2013, 697 (704).

¹¹⁶⁰ RegE-ESUG, BT-Drucks. 1757/12, S. 32.

¹¹⁶¹ *Noack*: in FS Röhrich, S. 455 (S. 457); *Stöber*, ZinsO 2012, 1811 (1813); *Pühl*, S. 135.

¹¹⁶² Verfassungsrechtlich würde es sich nicht um eine Enteignung, sondern um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung handeln.

¹¹⁶³ *Noack*: in FS Röhrich, S. 455 (S. 457); *Stöber*, ZinsO 2012, 1811 (1813).

schaftsrechtlichen Grundsätze übertragen werden. Es ist vielmehr zu prüfen, ob die Interessenlage vergleichbar ist. Bei der werbenden Gesellschaft muss der wichtige Grund, der den Ausschluss legitimiert, in der Person des Auszuschließenden vorliegen und den übrigen Gesellschaftern die Fortsetzung mit gerade diesem Gesellschafter unzumutbar machen.¹¹⁶⁴ Der Ausschluss muss ultima ratio sein und scheidet aus, sofern mildere Mittel zur Bewältigung des Konflikts in Betracht kommen.¹¹⁶⁵

Die Insolvenzsituation an sich stellt freilich keinen wichtigen Grund dar. Das Mitgliedschaftsrecht der Gesellschafter würde andernfalls vollständig ausgehöhlt. Der wichtige Grund muss auch im eröffneten Verfahren gerade in der Person des auszuschließenden Gesellschafter vorliegen. Ein Grund, welcher in der Person des Anteilsinhabers begründet ist, kann aber ebenso wenig mit dem Argument gerechtfertigt werden, der jeweilige Anteilsinhaber habe die Verfahrenseröffnung nicht abgewendet oder abzuwenden versucht. Regelmäßig kann eine unterbliebene Sanierung nicht einzelnen Anteilsinhabern zugerechnet werden. Außerdem sind auch die Gesellschafter nicht verpflichtet, die Gesellschaft außergerichtlich zu sanieren. Bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes kann vom Insolvenzverfahren als Sanierungsinstrument Gebrauch gemacht werden. Der Gesetzgeber stellt beim Vorliegen eines Insolvenzgrundes ein gerichtliches Verfahren zur Verfügung. Die Nutzung desselben kann den Anteilsinhabern nicht angelastet werden.¹¹⁶⁶ Ein wichtiger Grund ergibt sich auch nicht aus der finanziellen Lage der Gesellschaft. Es kann nicht pauschal geurteilt werden, die Anteilsinhaber hätten die Krise verschuldet. Mithin ließe sich der Vorwurf ebenfalls regelmäßig nicht auf eine einzelne Person konkretisieren, was aber Voraussetzung für einen Ausschluss wäre.

Der Entzug der Mitgliedschaft kommt auch im eröffneten Verfahren nur in Betracht, wenn dies zur Wahrung der berechtigten Interessen der Insolvenzbeteiligten erforderlich ist. Ein Ausschluss der Anteilsinhaber ist regelmäßig nicht erforderlich, da das Insolvenzverfahren nach dem ESUG sachgerechte Lösungen parat hält. Zu verweisen ist einmal mehr auf den Kapitalschnitt und die Notwendigkeit zum Erhalt der Beteiligung Sanierungsbeiträge zu leisten.

Demgemäß stellt auch die Verweigerung einer Sanierungsbeteiligung keinen wichtigen Grund dar, der zum Ausschluss des sanierungsunwilligen Gesellschafter berechtigen würde.¹¹⁶⁷ Die Anteilsinhaber sind zu Sanierungsbeiträgen nicht verpflichtet. Die Sanierungsverweigerung kann nicht Ausschlussgrund sein, da andernfalls eine mittelbare Sanierungspflicht bestehen würde. Bei Personengesellschaften steht schon § 707 BGB einer solchen Bewertung entgegen.¹¹⁶⁸ Grundsätzlich können die Anteilsinhaber nicht zu Sanierungsbeiträgen verpflichtet werden. Zuletzt ist zu sehen, dass das Ausschlussrecht auf die Treuepflichten

¹¹⁶⁴ Schmidt in: MüKo HGB, § 140 Rn. 16.

¹¹⁶⁵ Schmidt in: MüKo HGB, § 140 Rn. 31.

¹¹⁶⁶ So auch Schneider, S. 105.

¹¹⁶⁷ Schneider, § 6 I. (S. 96).

¹¹⁶⁸ Schneider, § 6 I. (S. 96).

zurückzuführen ist,¹¹⁶⁹ welche zwischen Gläubigern und Gesellschaftern mangels Gesellschaftsvertrag nicht bestehen. Ein Ausschluss könnte daher nur im Interesse der Mitgesellschafter gerechtfertigt werden, also von Seiten der Gläubiger erst und nur dann, wenn sie nach der Teilnahme an einem Debt-Equity-Swap oder einer Barkapitalerhöhung zu Gesellschaftern geworden sind. Wie bei der werbenden Gesellschaft ist somit ein Ausschluss nur möglich, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem auszuschließenden Gesellschafter unzumutbar ist und keine mildereren Mittel zur Lösung des Konflikts ersichtlich sind.

II. Austrittsrecht der Anteilsinhaber

1. Einführung und Meinungsstand

Nachdem geklärt ist, dass ein Ausschluss der Anteilsinhaber grundsätzlich nicht in Betracht kommt, ist umgekehrt ein Austrittsrecht der Gesellschafter zu thematisieren. Ein solches käme in Betracht, wenn durch den Insolvenzplan die Struktur der Gesellschaft geändert wird. Die Altgesellschafter finden sich dann als Anteilseigner einer Gesellschaft wieder, deren Gesellschaftsvertrag sie nicht privatautonom geschlossen oder durch den Beitritt zu der Gesellschaft akzeptiert haben. Dies ist im Hinblick auf die negative Vereinigungsfreiheit zumindest problematisch.¹¹⁷⁰ Im Gesellschaftsrecht ist das Austrittsrecht aus wichtigem Grund als Ausprägung der negativen Vereinigungsfreiheit allgemein anerkannt.¹¹⁷¹ Als Grundprinzip des Verbandsrechts zählt es zu den zwingenden, unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechten.¹¹⁷² Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn Umstände gegeben sind, die dem austrittswilligen Gesellschafter unter Gesamtabwägung aller Beteiligteninteressen den weiteren Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar machen.¹¹⁷³ Ein solcher Grund kann in der Änderung der rechtlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschafter liegen.¹¹⁷⁴ Außerdem kann der Gesellschaftsvertrag weitere Austrittsrechte vorsehen.

In der Insolvenzordnung ist ein Austrittsrecht nicht normiert. § 225a Abs. 5 InsO regelt jedoch die Höhe des Abfindungsanspruchs infolge des Austritts eines Gesellschafters beziehungsweise beschränkt die Höhe des Abfindungsanspruches auf den Zerschlagungswert. Ein Abfindungsanspruch besteht, wenn eine Maßnahme nach § 225a Abs. 2 oder 3 InsO für eine am Schuldner beteiligte Person bei einer juristischen Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit einen wichtigen Grund darstellt und von diesem Austrittsrecht Gebrauch gemacht wird.¹¹⁷⁵ § 225a InsO setzt also ein bestehendes Antrittsrecht voraus. Wann ein solches vorliegen soll, ist derweil umstritten. Ebenso ist fraglich, ob gesellschaftsvertragliche Austrittsrechte fortgelten sollen.

¹¹⁶⁹ *Schneider*, S. 95.

¹¹⁷⁰ *Hölzle*, NZI 2011, 124 (128); *Verse*, ZGR 2010, 299 (312).

¹¹⁷¹ BGH v. 16.12.1991 – II ZR 58/19, BGHZ 116 359, 369.

¹¹⁷² BGH v. 16.12.1991 – II ZR 58/19, BGHZ 116 359, 369.

¹¹⁷³ *Lutter* in: *Lutter/Hommelhoff GmbHG*, § 34 Rn. 70.

¹¹⁷⁴ *Haas*, NZG 2012, 961 (965 f.).

¹¹⁷⁵ *Eidenmüller* in: *MüKo InsO*, § 225a Rn. 115.

Beständen im Gesellschaftsvertrag erleichterte Austrittsrechte, dürfe der Insolvenzplan den Anteilseigner nicht stärker als bisher binden.¹¹⁷⁶ Diese Austrittsrechte beständen im Planverfahren fort. Teilweise wird dagegen vertreten, gesellschaftsrechtliche Austrittsrechte seien in der Insolvenz nicht zu beachten.¹¹⁷⁷ § 225a Abs. 5 InsO sei abschließend und versperre einen Rückgriff auf die gesellschaftsrechtlichen Kündigungsrechte.¹¹⁷⁸

In der Literatur wird teilweise angenommen, dass ein Austrittsrecht schon dann besteht, wenn ein von den Gesellschaftern nicht ausgewählter Dritter Anteile an der Gesellschaft erlangt¹¹⁷⁹ oder sonstige Strukturmaßnahmen aufgrund des Planes vorgenommen werden.¹¹⁸⁰ Begründet wird dies damit, dass niemand fremde Dritte in der Gesellschaft dulden müsse.¹¹⁸¹ Jeder Gesellschafter müsse rechtsgeschäftlich darüber entscheiden dürfen, mit wem er sich in eine Gesellschaft begibt und dadurch unter Umständen auch durch erb- oder schuldvertragliche Nachfolge bindet.¹¹⁸² Ein Austrittsrecht soll darüber hinaus jedenfalls dann bestehen, wenn der Plan Gesellschafter zu weiteren Leistungen verpflichte, die über das Halten der Mitgliedschaft hinausgingen.¹¹⁸³ Teilweise wird angenommen, ein wichtiger Grund setze voraus, dass Aspekte betroffen sind, die über das Wertinteresse hinausgehen und denen nicht im Rahmen des Minderheitenschutzes nach § 251 Abs. 1 InsO Rechnung getragen werden kann.¹¹⁸⁴ Ein über das Wertinteresse hinausgehender Aspekt könne etwa vorliegen, wenn die Gesellschaft stark personalistisch strukturiert sei oder ein Mehrheitsgesellschafter seine Leitungsmacht verlöre.¹¹⁸⁵ Teilweise wird hinsichtlich des Austrittsrechtes zwischen den einzelnen Gesellschaftsformen differenziert.¹¹⁸⁶ Demnach sei bei Personengesellschaften ein Austrittsrecht weit zu fassen, wohingegen bei Aktiengesellschaften ein dringender Grund bestehen müsse, da Strukturmaßnahmen per se keine negativen Folgen für die Aktionäre nach sich zögen.¹¹⁸⁷ Auch bei der GmbH sei ein Austrittsrecht eher anzunehmen, weil die Altgesellschafter aufgrund von § 24 GmbHG erheblichen Haftungsrisiken ausgesetzt seien.¹¹⁸⁸

Weiter wird vertreten, es sei nach Maßgabe der gesellschaftsrechtlichen Grundsätze zu beurteilen, ob eine im Insolvenzplan vorgesehene Strukturänderung ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund begründe.¹¹⁸⁹ Die gesellschaftsrechtlichen Maßstäbe seien im Planverfah-

¹¹⁷⁶ *Spliedt* in: K.Schmidt InsO § 225a Rn. 43.

¹¹⁷⁷ *Haas*, NZG 2012, 961 (966).

¹¹⁷⁸ *Haas*, NZG 2012, 961 (966); *Urlaub*, ZIP 2011, 1044; *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (466); *Hölzle*, NZI 2011, 124 (128).

¹¹⁷⁹ *Braun/Frank* in: *Braun InsO*, § 225 a Rn. 26, dafür plädierend auch: *Hölzle*, NZI 2011, 128.

¹¹⁸⁰ *Müller*, KTS 2012, 419 (425); *Sassenrath*, ZIP 2003, 1517 (1529); *Verse*, ZGR 2010, 299 (312); *Brinkmann*, WM 2011, 97 (100).

¹¹⁸¹ *Braun/Frank* in: *Braun InsO*, § 225a Rn. 26.

¹¹⁸² *Braun/Frank* in: *Braun InsO*, § 225a Rn. 26.

¹¹⁸³ *Haas* in: *Kayser/Thole, Heidelberger Komm. InsO*, § 225a Rn. 38; *Braun/Frank* in: *Braun InsO*, § 225a Rn. 27.

¹¹⁸⁴ *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (466).

¹¹⁸⁵ *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (466).

¹¹⁸⁶ *Verse*, ZGR 2010, 299 (323).

¹¹⁸⁷ *Verse*, ZGR 2010, 299 (323).

¹¹⁸⁸ *Verse*, ZGR 2010, 299 (323).

¹¹⁸⁹ *Spliedt* in: *K.Schmidt InsO* § 225a Rn. 43; *K. Schmidt* ZIP 2012, 2085 (2085).

ren heranzuziehen.¹¹⁹⁰ In die Beurteilung einzubeziehen sei damit etwa die personalistische Verfassung oder der Verlust einer gesicherten Mehrheit.

2. Stellungnahme

§ 225a Abs. 5 InsO regelt lediglich den Abfindungsanspruch im Falle des Austrittes eines Gesellschafters aufgrund einer im Insolvenzplan geregelten gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen.¹¹⁹¹ Ein weitergehender Regelungsinhalt liegt der Vorschrift nicht zu Grunde. Austritte aus anderen Gründen erfasst § 225a Abs. 5 nicht.¹¹⁹² Mit Blick auf Art. 9 GG besteht jedoch grundsätzlich ein Austrittsrecht, wenn die Verfassung der Gesellschaft durch den Insolvenzplan geändert werden soll. Die Gesellschafter können nicht gezwungen werden, an einer Gesellschaft beteiligt zu sein, deren Verfassung sie nicht bestimmt oder akzeptiert haben. Jede im Insolvenzplan geregelte Strukturregelung stellt daher einen wichtigen Grund dar und führt zu einem Austrittsrecht. Es ist nicht Voraussetzung für ein Austrittsrecht, dass der Insolvenzplan die Anteilsinhaber zu Sanierungsbeiträgen verpflichtet. Jeder Gesellschafter muss darüber entscheiden dürfen, ob und wie er sich rechtsgeschäftlich bindet. Die Beteiligung an einer Gesellschaft hat weitreichende Folgen. Der Insolvenzplan würde sich andernfalls als unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter auswirken. Die Gesellschafter können schon aus diesem Grund nicht gegen ihren Willen in der umstrukturierten Gesellschaft gehalten werden.

Darüber hinaus sind keine Sachgründe denkbar, den Anteilsinhabern den Austritt zu versagen. Schutzwürdige Interessen Dritter sind durch den Austritt eines oder mehrere Anteilsinhaber nicht betroffen. Zur Leistung von Sanierungsbeiträgen können die Gesellschafter ohnehin nicht gezwungen werden. Ihr Verbleib in der Gesellschaft ist aus diesem Grund für die Gläubiger nicht vorteilhaft. § 225a Abs. 5 InsO sichert die Gläubiger gegen nachteilige Folgen des Austritts ab. Für eine etwaige Abfindung ist der Zerschlagungswert heranzuziehen. Dies gilt selbst dann, wenn die Gesellschaft fortgeführt wird. Die Anteilsinhaber scheiden damit im Regelfall der Insolvenz kompensationslos aus. Es werden mithin der Gesellschaft keine Werte zu Lasten der Anteilsinhaber entzogen.

§ 225a InsO verdrängt nicht etwaige gesellschaftsrechtlich bestehende Austrittsrechte. Der Gesellschafter kann in der Insolvenz nicht stärker an die Gesellschaft gebunden werden als dies außerhalb des Insolvenzverfahrens der Fall ist. Gesellschaftsrechtliche Austrittsrechte sind aber regelmäßig nicht relevant, da nach hier vertretener Ansicht ein Austrittsrecht bei Strukturänderungen schon grundsätzlich besteht.

III. Folgen des Ausscheidens

Scheidet ein Anteilsinhaber aus der Gesellschaft aus, ist er abzufinden. Die ausscheidenden Anteilsinhaber müssen grundsätzlich für den vollen wirtschaftlichen Wert ihrer Beteiligung

¹¹⁹⁰ Spliedt in: K. Schmidt InsO, § 225a Rn 40; Hirte in: Uhlenbruck InsO, § 225a Rn. 51.

¹¹⁹¹ Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 116.

¹¹⁹² Eidenmüller in: MüKo InsO, § 225a Rn. 116.

entschädigt werden.¹¹⁹³ Dies gilt für Personen- und Kapitalgesellschaften ohne Differenzierung. Die Höhe der Abfindung bemisst sich nach dem Zerschlagungswert. Dies folgt ausdrücklich aus § 225a Abs. 5 S. 1 InsO. Diese Regelung war notwendig, da sich außerhalb des Insolvenzverfahrens die Höhe des Abfindungsanspruches nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrags richtet und beim Fehlen einer ausdrücklichen Regelung in (analoger) Anwendung des § 738 Abs. 1 S. 2 BGB der Verkehrswert heranzuziehen ist.¹¹⁹⁴ Maßgeblich ist außerhalb des Insolvenzverfahrens also der Fortführungswert.¹¹⁹⁵

Zwar ist in der Insolvenzordnung ausdrücklich kein Abfindungs- bzw. Entschädigungsanspruch geregelt, ein solcher ergibt sich aber aus Art. 14 GG, wenn der Anteil des Gesellschafters noch werthaltig ist. In der Regierungsbegründung wird auf das Erfordernis einer Entschädigung verwiesen.¹¹⁹⁶ Dort heißt es, dass eine Entschädigung in der Regel aufgrund der Wertlosigkeit der Anteile nicht gezahlt werden müsse.¹¹⁹⁷ Im Diskussionsentwurf zum ESUG hatte § 225a Abs. 4 InsO noch eine Pflicht zur angemessenen Entschädigung vorgesehen. Diese Regelung wurde jedoch nicht in die endgültige Fassung der Insolvenzordnung übernommen. In § 225a Abs. 5 InsO ist nun ausdrücklich nur von der Höhe eines etwaigen Abfindungsanspruches die Rede. Auch aus § 225a Abs. 3 Var. 4 InsO folgt lediglich, dass eine Abfindung im Plan geregelt werden *kann*. Dennoch ist an den Anteilseigner, der seinen Anteil an der Gesellschaft verliert, zwingend eine Entschädigung zu zahlen. Als Ausgleich für den Entzug oder die Beschränkung des Gesellschaftsanteils muss der Anteilsinhaber wirtschaftlich voll entschädigt werden.¹¹⁹⁸ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts soll die Entschädigung den wahren Wert des Anteilseigentums widerspiegeln.¹¹⁹⁹ Auch nach der Konzeption der Insolvenzordnung ist der Anteilsverlust zu kompensieren. Ohne Abfindung stünde der Anteilsinhaber schlechter als ohne den Insolvenzplan. Das Insolvenzgericht hätte gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Bestätigung des Insolvenzplans zu versagen. Der Insolvenzplan muss also eine Abfindung vorsehen, wenn der Gesellschaftsanteil noch einen Wert hat.

Die Bewertungsfrage hat der Gesetzgeber entschieden. Es ist für die Abfindung nach dem klaren Wortlaut des § 225a Abs. 5 InsO der Liquidationswert heranzuziehen. Die Zerschlagung des Rechtsträgers ist auch dann zu unterstellen, wenn das Unternehmen tatsächlich fortgeführt wird. Die Anteilseigner scheiden in der Insolvenz folglich aufgrund der finanziellen Situation der Gesellschaft regelmäßig kompensationslos aus der Gesellschaft aus.¹²⁰⁰ Allerdings weicht oftmals der Liquidationswert nicht wesentlich vom Fortführungswert

¹¹⁹³ BVerfG, Urt. vom 07.08.1962 – 1 BvL 16/60, BVerfGE 14, 263, 283 f.; BVerfG, Beschl. v. 27.04.1999 – 1 BvR 1613/94, BVerfGE 100, 289, 303.

¹¹⁹⁴ BGH v. 01.04.1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 168; BGH v. 16.12.1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 370.

¹¹⁹⁵ BGH v. 16.12.1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 370.

¹¹⁹⁶ Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 1757/12, S. 32.

¹¹⁹⁷ Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 1757/12, S. 32.

¹¹⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 30.5.2007 – 1 BrV 1267/06, NJW 2007, 3266; BVerfG, Beschl. v. 26.4.2011 – 1 BvR 2658/10, NJW 2011, 2498.

¹¹⁹⁹ BVerfG, Beschl. v. 26.4.2011 – 1 BvR 2658/10, NJW 2011, 2498.

¹²⁰⁰ Decher/Volland, ZIP 2013, 103 (108); Altmeppen, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 17) sowie Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 32.

ab.¹²⁰¹ Nach ordnungsgemäßer Unternehmensbewertung ist nämlich auch im Rahmen der Bestimmung des Liquidationswertes die vorteilhafteste Verwertungsalternative zu unterstellen. Es muss also nicht jede Vermögenskomponente mit ihrem Einzelwert berücksichtigt werden, es kann auch auf größere Unternehmensanteile bis hin zu einer Gesamtveräußerung abgestellt werden, wenn diese lukrativer erscheint.

Der Ausschluss des freiwillig ausscheidenden Gesellschafters von einem etwaigen Fortführungswert wird allgemein hingenommen.¹²⁰² Dem ist zuzustimmen. Der Ausschluss des sanierungsunwilligen Gesellschafters vom Fortführungswert begegnet keinen Bedenken. Den sanierungsunwilligen Anteilsinhabern werden hierdurch keine bereits bestehenden Werte entzogen. An zukünftigen Wertsteigerungen sind sie nicht zu beteiligen, da sie keine Sanierungsbeiträge geleistet haben und auch ihren vorhandenen Anteil vom Sanierungsrisiko ausgenommen haben.¹²⁰³

E. Wesentliches Ergebnis der vorstehenden Untersuchung

Die **Anteilsinhaber** können auch nach der Reform durch das ESUG grundsätzlich nicht aus der Gesellschaft **ausgeschlossen** werden. Ihr Bestandsinteresse ist verfassungsrechtlich geschützt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Gesellschafter im Vorfeld der Insolvenz Sanierungsbemühungen unternommen haben oder nicht. Auch strategische Insolvenzen sind zulässig. Der Gesetzgeber eröffnet die Wahl zwischen mehreren Sanierungsvarianten. Die Anteilsinhaber können bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes das Insolvenzverfahren wählen, ohne dass ihnen dies später zum Nachteil gereicht. Maßgeblich für die Gewichtung der Interessen in der Insolvenz ist, dass den Gläubigern nur ein vermögensrechtlicher Anspruch zusteht und gerade kein Anspruch auf (ausschließliche) Beteiligung an der Gesellschaft. Ein Ausschluss der Anteilsinhaber aus der Gesellschaft kommt demnach nur in Betracht, wenn ein Kapitalschnitt auf Null erfolgt und das Bezugsrecht zulässigerweise ausgeschlossen wird, was wiederum einen wichtigen Grund voraussetzt.

Bei einer **Kapitalherabsetzung auf null** sind die Anteile tatsächlich, wie vielfach pauschal schon aufgrund der Insolvenzeröffnung angenommen, wertlos. Außerhalb des Insolvenzverfahrens scheiden die Gesellschafter bei der Aktiengesellschaft und GmbH automatisch aus; die persönlich haftenden Gesellschafter können ausgeschlossen werden. Im Insolvenzverfahren gelten diese Grundsätze entsprechend. Die Anteilsinhaber sind nicht schutzwürdiger als vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Kapitalschnitt auf Null bedarf auch keiner Rechtfertigung, da das Kapital der Gesellschaft aufgezehrt ist.

Der Verbleib der Anteilsinhaber in der Gesellschaft hängt somit davon ab, ob das Bezugsrecht wirksam ausgeschlossen wird. Die **sachliche Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses** ist unter Abwägung der schutzwürdigen Gläubiger- und Anteilsinhaberinteressen

¹²⁰¹ So auch Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1763).

¹²⁰² Müller, KTS 2012, 419 (432); Decher/Volland, ZIP 2013, 103 (108); Altmeyden, FS Hommelhoff, S. 1 (S. 17); Simon, CFL 2010, 448 (456); Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1759).

¹²⁰³ Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757 (1763).

zu prüfen. Regelmäßig liegt weder bei der Sach- noch bei der Barkapitalerhöhung ein Sachgrund für einen Bezugsrechtsausschluss vor, wenn die Anteilsinhaber willens und in der Lage sind, Sanierungsbeiträge zu leisten. Eine Benachteiligung der Gläubiger ist nicht zu befürchten. Entweder wird der Gesellschaft durch die Beteiligung der Anteilsinhaber frisches Kapital zugeführt, was wiederum zur Befriedigung der Gläubiger genutzt werden kann oder die Anteilsinhaber können ausgeschlossen werden, sodass sie nicht an der Sanierung ohne eigene Beiträge partizipieren. Durch dieses Konzept wird allen schutzwürdigen Interessen Rechnung getragen. Die Gläubiger sind in ihren finanziellen Rechten geschützt; die Anteilsinhaber in ihrem Beteiligungsinteresse. Sind finanzielle Einbußen seitens der Gläubiger ernsthaft zu befürchten, kommt ein Bezugsrechtsausschluss ausnahmsweise in Betracht. Es sind aber konkrete Anhaltspunkte dafür erforderlich, dass die Anteilsinhaber durch ihr Verhalten die Befriedigungsaussichten der Gläubiger beeinträchtigen. Ohne Einräumung eines Bezugsrechts würde man den **Gläubigern** im Ergebnis einen Anspruch auf Beteiligung an der Gesellschaft bis hin zu deren **Übernahme** zusprechen. Ein solcher Anspruch besteht gerade nicht, da die Forderung auf Geld gerichtet ist und schutzwürdige Belange der Anteilsinhaber entgegenstehen. Die Gläubiger würden im Insolvenzverfahren zu Lasten der Anteilsinhaber übervorteilt.

Insgesamt hat das ESUG sachgerechte Lösungen gefunden, um sanierungshindernde **Blockadepositionen** zu beseitigen. Es obliegt jetzt der Insolvenzpraxis und den Gerichten, dafür Sorge zu tragen, dass der Gläubigerschutz nicht zu Lasten der Anteilsinhaber überspannt wird. Blockadepositionen der Anteilsinhaber bestehen nicht mehr. Anders als vor dem ESUG ist die Blockade von Sanierungsmaßnahmen für die Gesellschafter nicht lukrativ. Um das Bezugsrecht auszuüben, muss jeder Gesellschafter zunächst Geld nachschießen. Die Anteilsinhaber können nicht die Sanierungsbeiträge Dritter abwarten, sie sind zum Handeln gezwungen. Entweder sie nehmen an der Sanierung durch eigene Beiträge teil oder können regelmäßig aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Das **Trittbrettfahrerproblem** ist damit ebenfalls gelöst.

Die Regelungsgegenstände des Insolvenzplans sind an ihrer **gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit** zu messen. § 225a Abs. 3 InsO verweist auf das materielle Gesellschaftsrecht. Soweit ausdrückliche insolvenzrechtliche Regelungen bestehen, wie es beim Minderheitenschutz sowie dem Gleichbehandlungsgebot der Fall ist, gehen diese den gesellschaftsrechtlichen Regelungen vor und verdrängen diese. Soweit jedoch keine Spezialregelungen bestehen, sind die gesellschaftsrechtlichen Regelungen weiterhin maßgeblich. Bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ist jedoch der Insolvenzsituation Rechnung zu tragen. Die Gläubigerinteressen sind bei der Interessenabwägung schwerer zu gewichten als bei der werbenden Gesellschaft.

Thesen

Kapitel 1: Bedeutung der Anteilsinhaberrechte für die Verfahrenseröffnung und das eröffnete Verfahren

1. Die **Antragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit** stellt ein **Grundlagengeschäft** dar und bedarf eines vorherigen Gesellschafterbeschlusses. Die Insolvenzeröffnung berührt die Verfassung der Gesellschaft. Weitreichende Kompetenzverluste der Anteilsinhaber sind die Folge; die Gesellschaft wird aufgelöst. Der Gesellschafterbeschluss bedarf als satzungsändernde Maßnahme einer qualifizierten Mehrheit. Bei Personengesellschaften ist er einstimmig zu fassen, wenn die Auflösung der Gesellschaft nicht in eine Mehrheitsklausel einbezogen ist. Die Anteilsinhaber können nicht verhindern, dass die Vertretungsorgane den Antrag stellen, denn diese handeln mit **Vertretungsmacht im Außenverhältnis**. Die Verfahrenseröffnung ist wirksam.

Kapitel 2: Schuldnerschutz und Pflichtenbindung im eröffneten Verfahren

2. Der Erhalt des Unternehmens ist ebenso wie der Schutz des Schuldners kein eigenständiges **Ziel des Insolvenzverfahrens**. Die Gläubigerversammlung kann **frei** über die jeweilige **Verfahrensart entscheiden**. Das Insolvenzverfahren ist geleitet vom Grundsatz der Gläubigerautonomie. Die Anteilsinhaber haben bei der Wahl der jeweiligen Verfahrensart kein Mitspracherecht.
3. Wählt die Gläubigerversammlung eine ökonomisch nicht sinnvolle Verfahrensart, so ist der **Insolvenzverwalter nicht verpflichtet** und auch nicht berechtigt, sich diesem Beschluss entgegenzustellen. Er kommt seiner gegenüber allen Verfahrensbeteiligten bestehenden Pflicht nach, wenn er den Gläubigern die erfolgversprechendste Verfahrensart nahelegt. Es gilt der Grundsatz der Gläubigerautonomie, die Gläubiger tragen auch die Folgen ihrer Entscheidung. **Evident missbräuchliche Entscheidungen** der Gläubigerversammlung darf der Insolvenzverwalter jedoch nicht umsetzen.
4. **Im Rahmen der** von der Gläubigerversammlung **gewählten Verfahrensart** darf sich der Insolvenzverwalter nicht damit begnügen, einen Erlös zu erzielen, der den Gläubigerforderungen gerade entspricht. Bietet sich die Möglichkeit, einen Überschuss zu erwirtschaften, so muss diese Möglichkeit (auch) im Interesse der Anteilsinhaber genutzt werden. Es besteht ein **Gebot der schonendsten Verwertung**. Den Insolvenzverwalter treffen Rücksichtnahmepflichten gegenüber den Anteilsinhabern. Verletzt er diese schuldhaft, kann er sich den Anteilsinhabern gegenüber gemäß § 60 InsO schadensersatzpflichtig machen. Wenn und soweit die Anteile der Gesellschafter

noch werthaltig sind, muss dieser Wert im Insolvenzverfahren zu Gunsten der Anteilshaber erhalten werden.

5. Der Insolvenzverwalter kann aufgrund von **§ 58 InsO** vom **Gericht** aufgefordert werden, evident rechtsmissbräuchliche Entscheidungen der Gläubigerversammlung nicht umzusetzen. § 58 InsO ermöglicht jedoch lediglich eine Rechtsaufsicht, nicht aber eine konkrete Fachaufsicht. Das Gericht prüft demgemäß **nicht die Zweckmäßigkeit, sondern nur die Rechtmäßigkeit**. Innerhalb der gewählten Verfahrensart können Entscheidungen rechtswidrig und damit kontrollpflichtig sein, wenn sich eine Maßnahme objektiv masseschädigend auswirkt.

Kapitel 3: Aufopferungs- und Treuepflichten

6. **Treuepflichten** bestehen im Insolvenzverfahren fort. Häufig wird es auf sie nach der ESUG-Reform aber nicht mehr ankommen, da es im Insolvenzplanverfahren an der Einwirkungsmacht der Gesellschafter fehlt und die Treuepflichtbindung als Korrelat der Einwirkungsmacht auf fremde Rechte und Interessen nicht relevant wird. Dies führt nicht zu einer Suspendierung des Treuepflichtgedankens, drängt ihn jedoch in seinem Anwendungsbereich zurück.
7. Aus den Treuepflichten erwachsen im eröffneten Verfahren keine positiven **Stimmpflichten**. Das Obstruktionsverbot gemäß § 245 InsO führt unter nahezu den gleichen Voraussetzungen wie die Treuepflichten zu einer Ersetzung der Zustimmung der Anteilshaber. Aus den Treuepflichten abgeleitete Stimmpflichten sind daneben nicht mehr relevant. Unschädlich ist, dass der Gesetzgeber durch das Obstruktionsverbot das Verhältnis zwischen Gläubigern und Anteilshabern regeln wollte. Als Rechtsreflex erfasst das Obstruktionsverbot das Verhältnis der Anteilshaber, denn die Zustimmungsersetzung wirkt sich auch im Innenverhältnis der Anteilshaber aus.
8. Um die entgegengesetzte Schutzrichtung der Treuepflichten geht es bei der Frage möglicher **Stimmverbote**, wie sie im Suhrkamp-Verfahren in Rede standen. Auch aus den Treuepflichten abgeleitete Stimmverbote sind im Insolvenzverfahren nicht (mehr) relevant. Der Gesetzgeber hat die Abstimmung über den Plan abschließend geregelt. Die insolvenzrechtlichen Vorschriften verdrängen die aus dem Treuepflichtgedanken hergeleiteten Stimmverbote.
9. **Treuepflichtverletzungen** kommen dennoch auch nach Verfahrenseröffnung in Betracht und sind seitens des Insolvenzgerichts zu sanktionieren. Treuwidrige Insolvenzanträge sind abzulehnen; treuwidrigen Insolvenzplänen ist die Bestätigung zu versagen. Zudem können als Rechtsfolge der Treuepflichtverletzung Schadensersatzansprüche entstehen. Schadensersatzansprüche regelt das ESUG nicht.

10. Der **Aufopferungsgedanke** ermöglicht die sachgerechte Lösung von Interessenskonflikten zwischen vertraglich nicht gebundenen Personen. Der ESUG-Gesetzgeber hat den Aufopferungsgedanken in Gesetzesform gegossen, sodass ungeschriebene Aufopferungspflichten nicht mehr relevant sind. Soweit die Anteile der Gesellschafter wertlos sind, haben die Gläubiger die Möglichkeit, die Gesellschaft nach ihrer Vorstellung umzustrukturieren oder zu verwerfen, ohne dass es auf die Mitwirkung der Gesellschafter ankommt (§§ 225a, 245 InsO). Die Gesellschafter sind gezwungen, die eigene Rechtsposition zu Gunsten der Gläubiger aufzuopfern. Die Neuregelungen der InsO tragen den Aufopferungsgedanken in sich. Der ESUG-Gesetzgeber hat den **Aufopferungsgedanken auf das Insolvenzplanverfahren beschränkt** und damit zugleich die Grenzen desselben aufgezeigt.

Kapitel 4: Schicksal von vor Insolvenzeröffnung getroffenen Sanierungsbeschlüssen

11. Ein **vor Verfahrenseröffnung gefasster Kapitalerhöhungsbeschluss bleibt wirksam**. Die Gesellschafter können diesen jedoch aufheben. Auch eine Bedingung des Beschlusses durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist möglich, da der Beschluss vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gefasst wird und daher in den gesellschaftsrechtlichen Bereich fällt. Durch den Beschluss ist **noch kein Anspruch auf Leistung der Einlage entstanden**. Die Aufhebung des Beschlusses hat daher keinen Massebezug.
12. Wurden die **Zeichnungs- bzw. Übernahmeverträge bereits geschlossen**, können die Zeichner bzw. Übernehmer sich nach Eröffnung des Verfahrens davon nicht mehr einseitig lösen. Mit Abschluss der Verträge ist **ein in die Insolvenzmasse fallender Anspruch** (§ 35 InsO) bereits **entstanden**. Eine Verkürzung der Masse zu Lasten der Gläubiger darf durch die Anteilsinhaber nicht erfolgen können. Durch § 80 InsO soll dies verhindert werden. Die Verträge entfallen jedoch, wenn nicht binnen angemessener Zeit die Eintragung der Kapitalmaßnahme erfolgt.
13. Die **Anmeldung der Eintragung der Kapitalmaßnahme** fällt ebenso in die Kompetenz des Insolvenzverwalters wie das **Recht zur Geltendmachung der Forderung**. Es handelt sich sowohl bei der Eintragung als auch bei der Geltendmachung der Forderung um Maßnahmen mit unmittelbarem Massebezug. Diese sind über § 80 InsO dem Insolvenzverwalter zugewiesen. Die Gesellschaftsorgane sind von der Mitwirkung ausgeschlossen.

Kapitel 5: Anteilseigner im Insolvenzplanverfahren

14. Als **Vergleichsmaßstab** für das Merkmal der **Schlechterstellung** in § 245 InsO kann nicht, wie verbreitet angenommen, stets die Liquidation der Gesellschaft herangezogen werden. Vielmehr ist ein Vergleich zur tatsächlichen Situation der insolventen Gesellschaft zu ziehen. Soll der Rechtsträger saniert werden, ist die Sanierung als Vergleichsmaßstab heranzuziehen. Bei einer erhaltenden Sanierung zeigt sich der Wert der Gesellschaft daran, dass an die Gesellschaft gebundene Rechte genutzt werden. Es ist nicht sachgerecht, die Gesellschafter von diesem Wert auszuschließen.
15. Die Inhalte des Insolvenzplans sind an ihrer **gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit** zu messen. § 225a Abs. 3 InsO verweist auf das materielle Gesellschaftsrecht. Soweit **ausdrückliche insolvenzrechtliche Regelungen** bestehen, wie es beim Minderheitenschutz sowie dem Gleichbehandlungsgebot der Fall ist, **gehen** diese den gesellschaftsrechtlichen Regelungen **vor** und verdrängen diese. Soweit keine Spezialregelungen bestehen, sind die gesellschaftsrechtlichen Regelungen maßgeblich. Bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ist der Insolvenzsituation Rechnung zu tragen. Die Gläubigerinteressen sind bei der Interessenabwägung schwerer zu gewichten als bei der werbenden Gesellschaft.
16. Im Insolvenzplanverfahren gilt die gleiche **Kompetenzverteilung** wie im Regelverfahren. Eine Vorwirkung etwaiger Planregelungen ist nicht gerechtfertigt; ein zeitlich vor der Bestätigung des Planes liegender Entzug der Kompetenzen der Anteilsinhaber ist abzulehnen. Erst durch einen von allen Beteiligungsgruppen angenommenen und gerichtlich bestätigten Insolvenzplan kann auch bei Maßnahmen ohne Massebezug in die Kompetenzen der Anteilsinhaber eingegriffen werden.
17. Den **Anteilsinhabern** steht nach geltendem Recht **kein Rechtsbehelf gegen die Eröffnung des Verfahrens** zur Verfügung. Eine analoge Anwendung des **§ 34 Abs. 2 InsO** ist mangels Regelungslücke abzulehnen. Der Gesetzgeber sollte aber nachbessern und den § 34 Abs. 2 InsO (unter Festlegung einer bestimmten Quote) auf die Anteilsinhaber erstrecken. Das Insolvenzverfahren ist mit erheblichen Eingriffen in die Rechte der Anteilsinhaber verbunden, sodass den Anteilsinhabern eine Überprüfung der Eröffnungsvoraussetzungen ermöglicht werden sollte.
18. Der **Rechtsschutz im Insolvenzplanverfahren** ist defizitär. Das **Freigabeverfahren** ermöglicht die Durchführung des Verfahrens trotz Zweifel an der Rechtmäßigkeit. Dadurch werden endgültige Zustände geschaffen. Es sollte seitens des Gesetzgebers klargestellt werden, was unter einem besonders schweren Rechtsverstoß zu verstehen ist, der eine Freigabeentscheidung nach § 253 Abs. 4 InsO unzulässig macht. Insbesondere bei gesellschaftsrechtlich fragwürdigen Planregelungen sollte ein solcher

Rechtsverstoß angenommen werden. Um den Rechtsschutz nicht völlig auszuhöhlen, müsste außerdem ein Rechtsmittel gegen die Freigabeentscheidung eröffnet werden, damit materiell-rechtliche Fragen nicht durch die Freigabeentscheidung übergangen werden können.

19. Der **Wert der Anteile** der Altgesellschafter bestimmt sich nach dem wirtschaftlichen Wert des Unternehmens. Bei der **Bewertung des Unternehmens** ist von der **Fortführungsprämisse** auszugehen, wenn das Unternehmen nach dem Insolvenzplan fortgeführt werden soll. Dies entspricht allgemeinen Bewertungsregeln, wonach absehbare Entwicklungen zu berücksichtigen sind. Der Fortführungsmehrwert ist den Anteilsinhabern und nicht den Gläubigern zuzuweisen. Die Gläubiger sind ausreichend geschützt, da von dem ermittelnden Unternehmenswert die Forderungen mit dem Nominalwert abzuziehen sind. Damit kommt den Anteilen an der Gesellschaft nur dann ein Wert zu, wenn der Fortführungswert des Unternehmens höher ist als die Summe der Forderungen.
20. Der **Wert der Gläubigerforderungen** bemisst sich ebenfalls nach dem Fortführungswert des Unternehmens. Soweit der nach Fortführungswerten bestimmte Unternehmenswert die Forderungen deckt, sind diese beim Debt-Equity-Swap mit dem Nominalwert einzubringen. Deckt der Unternehmenswert, wie regelmäßig in der Insolvenz, nur zu einer bestimmten Quote die Forderungen, sind die Forderungen der Gläubiger mit eben dieser Quote zu bewerten.
21. Der **Ausschluss des Bezugsrechts** im Insolvenzplan bedarf eines sachlichen Grundes. Ein Sachgrund liegt in der Insolvenz, wie vielfach angenommen, nicht schon dann vor, wenn ein Investor den Bezugsrechtsausschluss zur Voraussetzung seiner Beteiligung an der Sanierung macht. Ein sachlicher Grund liegt vielmehr regelmäßig nicht vor, da die Anteilsinhaber ein schutzwürdiges Beteiligungsinteresse an der Gesellschaft haben. Sind sie zur Leistung von Sanierungsbeiträgen willens und in der Lage, ist ihnen auch unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Gläubigerinteressen ein Bezugsrecht einzuräumen. Die Gläubiger haben kein schutzwürdiges Beteiligungsinteresse, sie sind nur in finanzieller Hinsicht schutzwürdig.
22. Anteilsinhaber, die **von ihrem Bezugsrecht keinen Gebrauch machen**, können bei einem **Kapitalschnitt auf Null ausgeschlossen** werden. Ihre Beteiligung ist nicht mehr werthaltig und auch nicht schutzwürdig. Die (sanierungsunwilligen) Anteilsinhaber würden andernfalls von den Sanierungsbeiträgen Dritter profitieren, ohne selbst Sanierungsbeiträge geleistet zu haben. Dies wäre unter Abwägung der schutzwürdigen Interessen unbillig.
23. Beim **Debt-Equity-Swap** ist ein **Bezugsrechtsausschluss** ebenfalls regelmäßig sachlich nicht gerechtfertigt. Die Einbringung einer Forderung ist nicht mit der Einbringung ei-

nes sonstigen Gegenstandes vergleichbar. Die Gesellschaft hat kein Interesse an der Einbringung eines konkreten Gegenstandes, sondern lediglich ein Finanzierungsinteresse, welchem auch durch Bareinlagen Genüge getan werden kann. Es ist daher regelmäßig erforderlich, dass der Debt-Equity-Swap **mit einer Barkapitalerhöhung verbunden** wird.

24. Neben Gläubigerforderungen können beim **Debt-Equity-Swap** auch **Gesellschafterforderungen** eingebracht werden. Diese sind nur dann vollwertig, wenn nach Befriedigung aller im Rang vorgehender Gläubiger ein Überschuss in Höhe der Gesellschafterforderung verbleibt.
25. Liegt der **Wert der Anteile nach dem Kapitalschnitt über Null**, können die **Anteilsinhaber nicht** gegen ihren Willen aus der Gesellschaft **ausgeschlossen werden**. Das Eigentumsrecht der Anteilsinhaber muss nicht hinter den Gläubigerinteressen zurücktreten, da die Anteile noch werthaltig sind. Ein Ausschluss ist wie bei der werbenden Gesellschaft nur möglich, wenn ein **wichtiger Grund** vorliegt. Die Anforderungen an den wichtigen Grund ergeben sich aus dem Gesellschaftsrecht. Den Gesellschaftern muss die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem auszuschließenden Gesellschafter unzumutbar sein und es darf kein milderer Mittel zur Lösung des Konflikts geben.
26. Eine zwangsweise **Übertragung von Gesellschaftsanteilen** kommt nicht in Betracht, wenn die Anteile der Gesellschafter noch werthaltig sind. § 225a Abs. 3 InsO bezieht sich nur auf die Übertragung von Anteilen, welche die Schuldnergesellschaft an Dritten hält. Die Übertragung der Anteile am Schuldner ist gesellschaftsrechtlich nicht gegen den Willen der Anteilsinhaber möglich.
27. Ein **Austrittsrecht** aus der Gesellschaft besteht bei jeder im Insolvenzplan geregelten Kapitalmaßnahme. Jeder Anteilsinhaber muss selbst darüber bestimmen dürfen, wie er sich rechtsgeschäftlich bindet. Die Beteiligung an einer Gesellschaft hat weitreichende Folgen. Diese können den Anteilsinhabern nicht aufgebürdet werden, wenn sie die Verfassung der Gesellschaft nicht selbst geregelt oder durch ihren Beitritt akzeptiert haben.
28. Der **Abfindungsanspruch** des ausscheidenden Gesellschafters bemisst sich nach dem Zerschlagungswert seines Anteils. Dies hat der Gesetzgeber in § 225a Abs. 5 InsO ausdrücklich geregelt. Diese Regelung ist sachgerecht, da der ausscheidende Anteilsinhaber keine Sanierungsbeiträge leistet und seinen Anteil vom Sanierungsrisiko ausnimmt. Für zukünftig zu erwartende Gewinne setzt der ausscheidende Gesellschafter keine Ursache.

Literaturverzeichnis

Aufsätze

Anders/Möhlenkamp

Konzerne in der Insolvenz- Chance auf Sanierung?
BB 2013, 579-587

Andrianesis, Anastasios

Zur Dogmatik der Einbeziehung der Gesellschafterrechte in den Insolvenzplan
WM 2017, 362-370

Altmeyden, Holger

Zur Rechtsstellung der Gläubiger im Konkurs gestern und heute
Festschrift Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag

Altmeyden, Holger

Anmerkungen zum BGH, Urt. v. 20. März 1995 – II ZR 205/94
NJW 1995, 1739-1740

Arends/Hofert-von Weiss

Distressed M&A – Unternehmenskauf aus der Insolvenz
BB 2009, 1538-1544

Becher, Hans

Wettbewerbsverbot und gesellschaftsmäßige Treuepflicht
NJW 1961, 1998-2000

Berger/Frege

Business Judgment Rule bei Unternehmensfortführung in der Insolvenz –
Haftungsprivileg des Verwalters
ZIP 2008, 204-210

Bitter, Georg

Sanierung in der Insolvenz-
Der Beitrag von Treue- und Aufopferungspflichten zum Sanierungserfolg
ZGR 2010, 147-200

Bitter/Laspeyres

Rechtsträgerspezifische Berechtigungen als Hindernis übertragender Sanierung
ZIP 2010, 1157-1165

Böcker, Philipp

Gesellschaftsrecht versus Insolvenzrecht oder Suhrkamp: Verfall eines Verlages
DZWIR 2014, 331-337

Bork, Reinhard

Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung
ZIP 2011, 101-109

Bork, Reinhard
Grundfragen des Restrukturierungsgesetzes
Prolegomena zu einer Reform des deutschen Insolvenzrechts
ZIP 2010, 397-413

Bormann, Jens
Kreditorganisationsgesetz, ESUG und Scheme of Arrangement
Insolvenzrechtliche Neuerungen im Spannungsverhältnis zwischen erleichterter Unternehmenssanierung und Beschneidung von Gläubiger- und Gesellschaftsrechten
NZI 2011, 892- 898

Braun/Heinrich
Auf dem Weg zu einer (neuen) Insolvenzplankultur in Deutschland – Ein Beitrag zum Reg-ESUG
NZI 2011, 505

Brinkmann, Moritz
Wege aus der Insolvenz eines Unternehmens oder:
Die Gesellschafter als Sanierungshindernis
WM 2011, 97-103

Brinkmann/Zipperer
Die Eigenverwaltung nach dem ESUG aus Sicht von Wissenschaft und Praxis
ZIP 2011, 1337-1347

Cahn/Simon/Theiselmann
Debt Equity Swap zum Nennwert!
DB 2010, 1629-1632

Cahn/Simon/Theiselmann
Nennwertanrechnung beim Debt-Equity-Swap!
DB 2012, 501-504

Decher/Voland
Kapitalschnitt und Bezugsrechtsausschluss im Insolvenzplan
ZIP 2013, 103-114

Droege Gagnier/Dust
Der Debt-to-Equity Swap in französischen Insolvenzverfahren – Ein Rechtsvergleich
NZI 2014, 942-947

Ehlers, Harald
Insolvenzplanverfahren – die Alternative
DStR 2010, 2523-2528

Eidenmüller, Horst
Strategische Insolvenzen: Möglichkeiten, Grenzen, Rechtsvergleichung
ZIP 2014, 1197-1204

Eidenmüller, Horst
Der Insolvenzplan als gesellschaftsrechtliches Universalwerkzeug
NJW 2014, 17-19

Eidenmüller, Horst

Die Eigenverwaltung im System des Restrukturierungsrechts
ZHR 175 (2011) 11-37

Eidenmüller, Horst

Reformperspektiven im Restrukturierungsrecht
ZIP 2010, 649-660

Eidenmüller/Engert

Reformperspektiven einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (Debt-Equity Swap) im Insolvenzverfahren
ZIP 2009, 541-553

Eidenmüller, Horst

Gesellschafterstellung und Insolvenzplan
ZGR 2001, 680-711

Ekkenga, Jens

Neuerliche Vorschläge zur Nennwertanrechnung beim Debt-Equity-Swap – Erkenntnisfortschritt oder Wiederbelebungsversuche am untauglichen Objekt?
DB 2012, 331-337

Ekkenga, Jens

Sachkapitalerhöhung gegen Schuldbefreiung
ZGR 2009, 581-622

Fischer, Roderich

Der Übernahme-Swap durch Insolvenzplan-
Investitionsentscheidung im Wettbewerb
NZI 2013, 823-830

Fleischer, Holger

Vertragsschlussbezogene Aufklärungspflichten zwischen Personengeschaftern
Zugleich ein Beitrag zur culpa in contrahendo im Gesellschaftsrecht
NZG 2000, 561-567

Flöther, Lucs

Die aktuelle Reform des Insolvenzrechts durch das ESUG – Mehr Schein als Sein?
ZIP 2012, 1833-1842

Flume, Werner

Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zur Treuepflicht des GmbH-Gesellschafters und des Aktionärs
Zugleich Besprechung des Girmes-Urteils des BGH vom 20. März 1995 – II ZR 205/94, ZIP 1995, 819
ZIP 1996, 161-167

Frieß, Rüdiger

Die Sanierungsentscheidung im Insolvenzfall - eine Frage der Unternehmensbewertung?
DStR 2004, 654-660

Fuhst, Christian

Das neue Insolvenzrecht – Ein Überblick
DStR 2012, 418-423

Ganter, Gerhard
Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht im Jahr 2010
NZI 2011, 209

Gehrlein, Markus
Banken – vom Kreditgeber zum Gesellschafter – neue Haftungsfallen? (Debt-Equity-Swap nach ESUG)
NZI 2012, 257-262

Gehrlein, Markus
Aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Unternehmensinsolvenz: Eröffnungsverfahren und Verfügungsbeschränkungen
NZI 2009, 457

Geißler, Markus
Rechtliche und unternehmenspolitische Aspekte der vereinfachten Kapitalherabsetzung bei der AG
NZG 2000, 719-726

Goette, Wulf
„Sanieren oder Ausscheiden“ – Zur Treupflicht des Gesellschafters in der Sanierungssituation
GWR 2010, 1

Göb, Marc Alexander
Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)
NZG 2012, 371-377

Göb, Marc Alexander
Aktuelle gesellschaftsrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz
NZI 2011, 244-246

Götze, Thomas
Die Auswirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf die Durchführung einer zuvor beschlossenen Kapitalerhöhung
ZIP 2002, 2204-2209

Gundlach/Frenzel/Schmidt
Die Kapitalerhöhung in der Insolvenz
NZI 2007, 692-695

Gundlach/Frenzel/Schmidt
Die Kapitalerhöhung in der Insolvenz –
Eine Erwiderung auf den Beitrag von Thilo Kuntz (DStR 2006, 519)
DStR 2006, 1048-1050

Günther, Thomas
Auswirkungen des EUSG auf das Insolvenzplanverfahren
Mehr Entscheidungsfreiheit für die Gläubiger?
ZInsO 2012, 2037-2043

Haas, Matthias

Keine Trittbrettfahrten für Sanierungsmuffel
NJW 2010, 984-985

Haas, Ulrich
Mehr Gesellschaftsrecht im Insolvenzplanverfahren
Die Einbeziehung der Anteilsrechte in das Insolvenzplanverfahren
NZG 2012, 961-968

Häsemeyer, Ludwig
Obstruktion gegen Sanierungen und gesellschaftsrechtliche Treuepflichten
ZHR 160 (1996), 109-132

Heinrich, Jens
Insolvenzplan „reloaded“ – Zu den Änderungen im Insolvenzplanverfahren durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
NZI 2012, 235-243

Henze, Hartwig
Die Treuepflicht im Aktienrecht
Gedanken zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes von „Kali und Salz“ über „Linotype“ und „Kochs Adler“ bis zu „Girmes“
BB 1996, 489-499

Heuer, Carl-Heinz
Wer kontrolliert die „Kontrolleure“?
Anmerkungen zur Kochs-Adler-Entscheidung des Bundesgerichtshofes
WM 1989, 1401-1408

Hirte/Knof/Mock
Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
DB 2011, 632-643

Hirte, Heribert
Restrukturierung nach der InsO: Gesetzesplan, Fehlstellen und Reformansätze innerhalb einer umfassenden InsO-Novellierung
ZGR 2010, 224-247

Hölzle, Gerrit
Überlagerung des Gesellschaftsrechts durch das Insolvenzrecht und die Schlechterstellungsprüfung zu Lasten des (Minderheits-)Gesellschafter
ZIP 2014, 1819-1823

Hölzle, Gerrit
Der Insolvenzantrag als Sanierungsoption-
auch gegen den Willen der Gesellschafter?
ZIP 2013, 1846-1851

Hölzle, Gerrit
Gesellschaftsrechtliche Veränderungssperre im Schutzschirmverfahren
ZIP 2012, 2427-2431

Hölzle, Gerrit

Die „erleichterte Sanierung von Unternehmen“ in der Nomenklatur der InsO – ein hehres Regelungsziel des RefE-ESUG
NZI 2011, 124-131

Hölzle, Gerrit

Unternehmenssanierung außerhalb der Insolvenz – Überlegungen zu einem Sanierungsvergleichsgesetz
NZI 2010, 207-214

Hölzle/Beyß

Gesellschaftsrechtliche Zweifelsfragen im Insolvenzplanverfahren
ZIP 2016, 1461-1468

Hüffer, Uwe

Zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht als richterrechtliche Generalklausel
Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990
S. 59-78

Jacoby, Florian

Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren
ZGR 2010, 359-384

Jaffé/Friedrich

Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Insolvenzstandorts Deutschland
ZIP 2008, 1849-1858

Klausmann, Alexander

Gesellschaftsrechtlich zulässige Regelungen im Insolvenzplan im Sinne von 225 a III InsO
NZG 2015, 1300-1306

Klöhn, Lars

Gesellschaftsrecht in der Eigenverwaltung: Die Grenzen des Einflusses auf die Geschäftsführung gemäß § 276 a Satz 1 InsO
ZIP 2013, 81-87

Kort, Michael

Zur Treuepflicht des Aktionärs
ZIP 1990, 294-297

Kuntz, Thilo

Die Kapitalerhöhung in der Insolvenz
DStR 2006, 519-524

Kuntz, Thilo

Nochmals: Die Kapitalerhöhung in der Insolvenz
Antwort auf Gundlach/Frenzel/Schmidt in DStR 2006, 1048
DStR 2006, 1050

Landfermann, Hans-Georg

Das neue Unternehmenssanierungsgesetz (ESUG)
Überblick und Schwerpunkte Teil 1
WM 2012, 821-831

Leinekugel/Skauradszun

Geschäftsführerhaftung bei eigenmächtig gestelltem Insolvenzantrag wegen bloß drohender Zahlungsunfähigkeit

Das Spannungsfeld zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht

GmbHR 2011, 1121-1128

Lürken, Sacha

Totgesagte leben länger – Neuer Anstoß aus Brüssel für die Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens

NZI 2015, 3-9

Lutter, Marcus

Das Girmes-Urteil

JZ 1995, 1053-1056

Lutter, Marcus

Die Treuepflicht des Aktionärs

ZHR 153 (1989), 446-471

Lutter, Marcus

Theorie der Mitgliedschaft

Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts

AcP 180 (1980), 84-159

Lutter, Marcus

Zur Treuepflicht des Großaktionärs

JZ 1976, 223-233

Madaus, Stephan

Möglichkeiten und Grenzen von Insolvenzplanregelungen

ZIP 2016, 1141-1151

Madaus, Stephan

Umwandlungen als Gegenstand eines Insolvenzplans nach dem ESUG

ZIP 2012, 2133-2139

Madaus, Stephan

Die Rechtsbehelfe gegen die Planbestätigung nach dem ESUG

NZI 2012, 597-601

Madaus, Stephan

Keine Reorganisation ohne die Gesellschafter

ZGR 2011, 749-775

Marotzke, Wolfgang

Rechtliches Gehör opponierender Gesellschafter im insolvenzrechtlichen Eröffnungsverfahren

ZinsO 2015, 325-334

Marsch-Barner, Reinhard

Treuepflicht und Sanierung

ZIP 1996, 853-857

Meilicke, Wienand

Zur Verfassungsmäßigkeit der Squeeze-out-Regelungen-
Insbesondere in der Insolvenz des Hauptaktionärs
AG 2007, 261-271

Meyer/Degener

Debt-Equity-Swap nach dem RegE-ESUG
BB 2011, 846-850

Mückl, Patrick

Effektive Bindung von Leistungs- und Know-How-Trägern in Krise und Insolvenz
ZIP 2012, 1642-1649

Müller, Hans-Friedrich

Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen im Insolvenzplan
KTS 2012 (Heft 4), 419-452

Müller, Hans-Friedrich

Die Kapitalerhöhung in der Insolvenz
ZGR 2004, 843-860

Noack, Ulrich

Das Aktienrecht in der Krise?
AG 2009, 227-236

Noack, Ulrich

Unternehmensinsolvenz: Reorganisation des Rechtsträgers oder Vertragsnachfolge bei übertragender Sanierung
In: Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag 2005
S. 455-466

Noack, Ulrich

„Holzmüller“ in der Eigenverwaltung – Zur Stellung von Vorstand und Hauptversammlung im Insolvenzverfahren
ZIP 2002, 1873-1879

Noack, Ulrich

Reorganisation der Schuldnergesellschaft nach neuem Insolvenzrecht
In: Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag (1998)
S. 411-428

Paulus, Christoph

Deutschlands langer Weg in die insolvenzrechtliche Moderne
Auf der Suche nach einer Sanierungskultur (Rescue Culture)
WM 2011, 2205-2210

Pleister/Kindler

Kapitalmaßnahmen in der Insolvenz börsennotierter Gesellschaften
ZIP 2010, 503-513

Priester, Hans-Joachim

Debt-Equity-Swap zum Nennwert?
DB 2010, 1445-1450

Prütting/Huhn

Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht bei der Eigenverwaltung?
ZIP 2002, 777-782

Undritz, Sven-Holger

Restrukturierung in der Insolvenz
ZGR 2010, 201-217

Rattunde, Rolf

Das neue Insolvenzplanverfahren nach ESUG
GmbHR 2012, 455-462

Rattunde, Rolf

Die Sanierung von Kapitalgesellschaften
Anwaltsblatt 2007, 241-246

Rattunde, Rolf

Sanierung von Großunternehmen durch Insolvenzplan-Der Fall Herlitz
ZIP 2003, 596-600

Richter/Pernegger

Betriebswirtschaftliche Aspekte des RegE-ESUG
BB 2011, 876-882

Riethmüller, Tobias

Das Restrukturierungsgesetz im ökonomischen und internationalen Kontext
WM 2010, 2295-2304

Römermann, Volker

Neues Insolvenz- und Sanierungsrecht durch das ESUG
NJW 2012, 645-652

Römermann, Volker

Neue Herausforderungen durch das ESUG – ein Überblick
GmbHR 2012, 421-425

Sassenrath, Gerd

Der Eingriff in Anteilseignerrechte durch den Insolvenzplan
ZIP 2003, 1517-1530

Schäfer, Carsten

Zur Einbeziehung der Anteilshaber in den Insolvenzplan
Warum das ESUG seine Bewährungsprobe nicht bestanden hat
ZIP 2016, 1911-1914

Schäfer, Carsten

Suhrkamp und die Folgen – Konsequenzen aus dem vorläufigen Abschluss des Suhrkamp-
Insolvenzverfahrens
ZIP 2015, 1208-1213

Schäfer, Carsten

Gesellschafterrechte in der „strategischen Insolvenz“

Festschrift Müller-Graff 2015 zum 70. Geburtstag am 29. September 2015

S. 241-252

Schäfer, Carsten

Unzulässige Umgestaltung von Gesellschaftsanteilen im Insolvenzplan

ZIP 2014, 2417-2420

Schäfer, Carsten

Insolvenzplan als Lösungsmittel für Mehrheits-/Minderheitskonflikte?

ZIP 2013, 2237-2244

Schäfer, Carsten

„Girmes“ wiedergelesen: Zur Treuepflicht des Aktionärs im Sanierungsfall

In: Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag (2012)

S. 939 -959

Schäfer, Carsten

Sanieren oder Ausscheiden?

In: Festschrift für Hans Gerhard Ganter zum 65. Geburtstag (2010)

Sanierung, Insolvenz, Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare

S. 33-50

Schäfer/Wüstemann

Unternehmensbewertung, Kapitalmaßnahmen und Insolvenzplan

ZIP 2014, 1757-1768

Schmidt/Bitter

Doppelberücksichtigung, Ausfallprinzip und Gesellschafterhaftung in der Insolvenz

Eine Analyse der §§ 43, 52, 93 InsO und § 32 a II GmbHG

ZIP 2000, 1077-1089

Schmidt, Jens

Der Debt-Equity-Swap als Sanierungsinstrument im Fokus des Gesetzgebers

GWR 2010, 568-572

Schmidt, Karsten

Schöne neue Sanierungswelt: Die Gläubiger okkupieren die Burg

Recht und Realität der ESUG Reform

ZIP 2012, 2085-2088

Schmidt, Karsten

Debt-to-Equity-Swap bei der (GmbH & Co.-) Kommanditgesellschaft

ESUG, „Sanieren oder Ausscheiden“ und vor allem: Fragen über Fragen!

ZGR 2012, 566-584

Schmidt, Karsten

Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht im ESUG-Entwurf

BB 2011, 1603-1610

Schmidt, Karsten
Persönliche Gesellschafterhaftung in der Insolvenz
ZHR 2010, 163-191

Schmidt, Karsten
Das Insolvenzrecht mischt sich ein
ZHR 2010, 243-250

Schmidt, Karsten
Sanieren oder Ausscheiden
Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 19.10.2009 – II ZR 240/08
JZ 2010, 125-130

Schmidt, Karsten
Organisationsprobleme bei insolventen Aktiengesellschaften
AG 2006, 597-605

Schmidt, Karsten
Die sanierende Kapitalerhöhung im Recht der Aktiengesellschaft, GmbH und Personengesellschaft
ZGR 1982, 519-538

Schmidt-Preuß
Entschädigungspflicht für den Verlust von Anteilseigentum in der Insolvenz
NJW 2016, 1269-1273

Schuster, Gunnar
Zur Stellung der Anteilseigner in der Sanierung
ZGR 2010, 325-355

Schwalme, Sebastian
Die Stellung des Anteilseigners in der Unternehmensinsolvenz
DZWIR 2004, 230-233

Schlitt, Michael
Die GmbH & Co. KG in der Insolvenz nach neuem Recht (1. Teil)
NZG 1998, 701-709

Schlitt, Michael
Die GmbH & Co. KG in der Insolvenz nach neuem Recht (2. Teil)
NZG 1998, 755-762

Seibt/Bulgrin
Strategische Insolvenz: Insolvenzplanverfahren als Gestaltungsinstrument zur Überwindung bestandsgefährdender Umstände
ZIP 2017, 353-366

Simon, Stefan
Der Debt-Equity-Swap nach dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)
CFL 2010, 448-459

Simon/Merkelbach

Gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren nach dem ESUG
NZG 2012, 121-129

Smid, Stefan

Große Reform oder Beseitigung der Insolvenzordnung durch ein neues Konkursverfahren?
DZWIR 2010, 397-408

Spetzler, Sophie

Insolvenzrechtsreform und Bankenreorganisation
KTS 2010, 433-461

Spliedt, Jürgen

Debt-Equity-Swap und weitere Strukturänderungen nach dem ESUG
GmbHR 2012, 462-471

Stöber, Michael

Die Kompetenzverteilung bei Kapitalerhöhungen im Insolvenzverfahren
ZInsO 2012, 1811- 1821

Paulus, Christoph

Deutschlands langer Weg in die insolvenzrechtliche Moderne
Auf der Suche nach einer Sanierungskultur (Rescue Culture)
WM 2011, 2205-2210

Thole, Christoph

Treuepflicht-Torpedo?
Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Insolvenzverfahren
ZIP 2013, 1937-1945

Thole, Christoph

Vom Totengräber zum Heilsbringer?
Insolvenzkultur und Insolvenzrecht im Wandel
JZ 2011, 765-774

Timm, Wolfram

Treuepflichten im Aktienrecht
WM 1991, 481-494

Uhlenbruck, Wilhelm

Von der Notwendigkeit eines eigenständigen Sanierungsgesetzes
NZI 2008, 201-206

Uhlenbruck, Wilhelm

Insolvenz als Umverteilungstatbestand?
WM 1196, 811-823

Ulmer, Peter

Die Kompetenz zur Bildung einer Ersatzfirma bei Firmenveräußerung im Konkurs der GmbH –
Bemerkungen zum Verhältnis von GmbH- und Konkursrecht
NJW 1983, 1697-1702

Undritz, Sven-Holger

Restrukturierung in der Insolvenz
ZG 2010, 201-217

Urlaub, Jasmin

Notwendige Änderungen im Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) zur Verhinderung von Missbräuchen
ZIP 2011, 1040-1045

Vallender, Heinz

Auflösung und Löschung der GmbH –Veränderungen aufgrund des neuen Insolvenzrechts
NZG 1998, 249-252

Vallender, Heinz

Insolvenzkultur gestern, heute und morgen
NZI 2010, 838-844

Verse, Dirk

Anteilseigner im Insolvenzverfahren
ZGR 2010, 299-324

Wagner, Klaus-R.

Notleidende geschlossene Fonds: Sanieren oder Ausscheiden
NZG 2009, 1378-1381

Weber, Christoph

Sanieren oder Ausscheiden –
Treuebindungen bei der Sanierung von Personengesellschaften
DStR 2009, 701-706

Weber, Friedrich

KTS 1970, 73-89
Die Funktionsteilung zwischen Konkursverwalter und Gesellschaftsorganen im Konkurs der Kapitalgesellschaft

Werner, Winfried

Zur Treuepflicht des Kleinaktionärs
Festschrift Semler 1993
S. 419-437

Wertenbruch, Johannes

Die Personengesellschaft im Vergleich zur AG und GmbH im Insolvenzplanverfahren
ZIP 2013, 1693-1704

Wiedemann, Herbert

Verantwortung in der Gesellschaft – Gedanken zur Haftung der Geschäftsleiter und der Gesellschafter in der Kapitalgesellschaft
ZGR 2011, 183-217

Wiedemann, Herbert

Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht
In: Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991
Hrsg. Kübler/Mertens/Werner

Seite 949-966

Wiedemann, Herbert

Die Bedeutung der ITT-Entscheidung
JZ 1976, 392-397

Wiedemann, Herbert

Der Kapitalanlegerschutz im deutschen Gesellschaftsrecht
BB 1975, 1591-1598

Willemsen/Rechel

Die Reform des Insolvenzplanverfahrens-
Ein Zwischenstandsbericht: Anmerkungen zu den vorgeschlagenen Änderungen
BB 2010, 2059-2068

Willemsen/Rechel

Insolvenzrecht im Umbruch-
Ein Überblick über den RegE-ESUG
BB 2011, 834-840

Wimmer, Klaus

Der Gesetzesentwurf zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
jurisPR-InsR 5/2011

Wirsch, Stefan

Debt-Equity-Swap und Risiko der Insolvenzanfechtung
NZG 2010, 1131-1133

Wuschek, Thomas

Debt-Equity-Swap – Gestaltung von Anteilsrechten im Insolvenzplanverfahren
ZinsO 2012, 1768-1772

Zipperer, Helmut

Rechtsschutzmöglichkeiten des Gesellschafters im Insolvenzeröffnungs- und eröffneten Verfahren
ZIP 2015, 2002-2010

Kommentare

Andres/Leithaus

Insolvenzordnung
3. Auflage 2014

Baumbach/Hueck

Kommentar GmbHG
21. Auflage 2017

Braun, Eberhard

Insolvenzordnung Kommentar
7. Auflage 2017

Drygala/Staake/Szalai

Kapitalgesellschaftsrecht
1. Auflage 2012

Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
mit EInsVO, InsVV und weiteren Nebengesetzen
Hrsg. Wimmer
9. Auflage 2018

Gottwald
Insolvenzrechts-Handbuch
5. Auflage 2015

Graf-Schlicker
Insolvenzordnung
4. Auflage 2014

Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht
InsO, EInsVO, InsVV, VbrInsVV, Insolvenzstrafrecht
6. Auflage 2017

Häsemeyer Insolvenzrecht
4. Auflage 2007

Heidel
Aktienrecht und Kapitalmarktrecht Kommentar
4. Auflage 2014

Hensler/Strohn
Gesellschaftsrecht
3. Auflage 2016

Hölters
Aktiengesetz Kommentar
3. Auflage 2017

Hüffer/Koch
Aktiengesetz Kommentar
12. Auflage 2016

Jauernig/Berger
Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht
23. Auflage 2010

Kayser/Thole
Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung
8. Aufl. 2016

Knops/Bamberger/Maier-Reimer
Recht der Sanierungsfinanzierung
2005

Koller/Kindler/Roth/Morck

Handelsgesetzbuch Kommentar
8. Auflage 2015

Kübler/Prütting/Bork
Kommentar zur Insolvenzordnung
73. Ergänzungslieferung 2017

Lutter/Hommelhoff
GmbH-Gesetz
19. Auflage 2016

Maunz/Dürig
Grundgesetz Kommentar
Band II Art. 6-15
81. Ergänzungslieferung 2017

Müller, Hans-Friedrich
Der Verband in der Insolvenz
Auflage 2002

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
Band 1
4. Auflage 2014

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
Band 2
4. Auflage 2014

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
Band 4
4. Auflage 2015

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
Band 1 (§§ 1-75)
4. Auflage 2016

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
Band 4 (§§ 179-277)
4. Auflage 2016

Münchener Kommentar zum GmbHG
Band 1 (§§ 1-34)
3. Auflage 2018

Münchener Kommentar zum GmbHG
Band 2 (§§ 35-52)
2. Auflage 2016

Münchener Kommentar zum GmbHG
Band 3 (§§ 53-85)
3. Auflage 2018

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
Band 2 (§§ 105-160)
4. Auflage 2016

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
Band 3 (§§ 161-237)
3. Auflage 2012

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
Band 1 (§§ 1-79)
3. Auflage 2013

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
Band 2 (§§ 80-216)
3. Auflage 2013

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
Band 3 (§§ 217-359)
3. Auflage 2014

Nerlich/Römermann
Insolvenzordnung Kommentar
33. Auflage 2017

Oetker, Hartmut
Kommentar zum Handelsgesetzbuch
5. Auflage 2017

Roth/Altmeyen
GmbHG Kommentar
8. Auflage 2015

Rowedder/Schmidt-Leithoff
GmbHG Kommentar
6. Auflage 2017

Schluck-Amend/Meyding
Der Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz
1. Auflage 2012

Scholz GmbHG
Kommentar zum GmbH-Gesetz
Band 3, §§ 53-85
11. Auflage 2015

Saenger/Inhexter
GmbHG Handkommentar
3. Auflage 2016

Schmidt, Karsten
Insolvenzordnung
19. Auflage 2016

Schmidt, Karsten
Gesellschaftsrecht
4. Auflage 2002

Schmidt/Uhlenbruck
Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz
5. Auflage 2016

Spindler/Stilz
Aktiengesetz
Band 1 (§§ 1-149)
3. Auflage 2015

Spindler/Stilz
Aktiengesetz
Band 2 (§§ 150-410)
3. Auflage 2015

Leonhardt/Smid/Zeuner
Insolvenzordnung
3. Auflage 2010

Staub
Handelsgesetzbuch: HGB
Band 3: §§ 105-160
5. Auflage 2009

Uhlenbruck
Kommentar Insolvenzordnung
14. Auflage 2015

Wicke, Hartmut
GmbH Kommentar
3. Auflage 2016

Willemsen/Rechel
Kommentar zum ESUG
Die Änderungen der InsO
1. Auflage 2012

Dissertationen, Habilitationen, Lehrbücher

Eidenmüller, Horst
Unternehmenssanierungen zwischen Markt und Gesetz
Mechanismen der Unternehmensreorganisation und Kooperationspflichten im Reorganisationsrecht
1. Februar 1999

Klöhn, Lars
Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche
Habilitationsschrift Universität Göttingen 2007

Nodoushani, Andreas

Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter
Überlegungen zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bei persönlicher Stimmrechtsausübung und
bei Stimmrechtsvertretung
Dissertation Universität Göttingen 1997

Pühl, Helge

Der Debt Equity Swap im Insolvenzplanverfahren
Die Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital per Insolvenzplan nach der Reform durch das
ESUG
Dissertation Universität Köln 2015

Schulz, Patrick

Der Debt Equity Swap in der Insolvenz
Dissertation Universität Mainz 2015

Schneider, Stephan

Gesellschafter-Stimmpflichten bei Sanierungen
Dissertation Bucerius Law School 2014

Segmiller, Alexander

Kapitalmaßnahmen im Insolvenzplan
Dissertation Universität Tübingen 2013

Von Spee, Clara

Gesellschafter im Reorganisationsverfahren
Die Sanierungsbeteiligung der Gesellschafter nach dem ESUG
Dissertation Universität Freiburg 2014

Handbücher**Kübler (Hrsg.)**

Handbuch der Restrukturierung in der Insolvenz
Eigenverwaltung und Insolvenzplan
Köln 2012

Nerlich/Kreplin

Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung
2. Auflage 2012

Smid, Stefan

Handbuch Insolvenzrecht
6. Auflage 2012

Römermann/Praß

Das neue Sanierungsrecht für Unternehmen
Handbuch für Berater, Unternehmen und Gläubiger
Regensburg 2012