

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Workshop I zum ESUG – Impulsreferat –

10. Deutscher Insolvenzrechtstag
am 14.3.2013 in Berlin

www.georg-bitter.de

Stichworte zum Workshop

Workshop I:

ESUG-Workshop

- **Insolvenzplan nach ESUG**
- **Behandlung der Gesellschafter im Rahmen von ESUG-Plänen**
- **Insolvenzpläne und Gläubigerbeteiligungen bei der Verwalterauswahl**

- I. Wichtige Neuregelungen des ESUG
- II. Allgemeines zur Zielrichtung des ESUG
 - ⇒ Gesellschafter- oder Gläubigerschutz als Ziel des ESUG?
- III. Ausgesuchte Detailfragen zur Geschäftsführung
 1. Pflichtenmaßstab für eine ordnungsgemäße Geschäftsleitung
 2. Anwendung der §§ 64 GmbHG, 92 II AktG in der (vorläufigen) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren
 3. Insolvenzverschleppung wegen „unrichtigen“ Insolvenzantrags

1. Anlass für die Neuregelung

- Stigma der „Insolvenz“ / keine „Sanierungskultur“
- Geringe Planungssicherheit
- Insolvenzanträge werden zu spät gestellt
- Geringer Einfluss der Gläubiger auf wesentliche Verfahrensentscheidungen
- Mangelnde Verknüpfung des Insolvenzrechts mit dem Gesellschaftsrecht
 - ⇒ Blockadeposition der Anteilseigner im Insolvenzplanverfahren

2. Wichtige Änderungen im Interesse der Gesellschafter

- Stärkung der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO)
 - Anordnungsvoraussetzungen zugunsten des Schuldners gesenkt
 - ⇒ Ablehnung nur, wenn Nachteile für die Gläubiger drohen (§ 270 II InsO)
 - ⇒ Begründungspflicht bei Ablehnung (§ 270 IV InsO)
 - Rücknahme eines bei drohender Zahlungsunfähigkeit gestellten Antrags möglich (§ 270a II InsO) – Relevanz i.F.d. § 15a InsO zweifelhaft
- Neues Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO)
 - Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters
 - ⇒ i.d.R. Bindung an den Vorschlag des Schuldners
 - Sicherungsmaßnahmen, insbes. Einstellung von Vollstreckungen
 - Schuldnerantrag: Möglichkeit, Masseverbindlichkeiten zu begründen
- Ziel: Anreiz zu früher Antragstellung mit Ziel der Sanierung

3. Wichtige Änderungen im Interesse der Gläubiger

- Stärkung des Gläubigereinflusses bei der Verwalterauswahl
 - Einführung eines vorläufigen Gläubigerausschusses
 - Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses vor der Verwalterbestellung (§ 56a InsO)
 - Bindung des Gerichts bei einstimmigem Vorschlag (§ 56a II 1 InsO)
- Eingriff in Gesellschafterrechte durch Insolvenzplan (§ 225a InsO)
 - u.a. Möglichkeit des *debt-equity-swaps*
 - ⇒ keine Differenzhaftung (§ 254 IV InsO)
 - Ladung der Anteilseigner zum Erörterungs- und Abstimmungstermin bei Einbeziehung der Mitgliedschaftsrechte (§ 235 III 3 InsO)
 - Aber: Obstruktionsverbot (§ 245 InsO)
 - ⇒ Unbeachtlichkeit der fehlenden Zustimmung der Anteilsinhaber (Abs. 3)

1. Ausgangspunkte des Insolvenzverfahrens

- Gläubigerbefriedigung als Ziel des Insolvenzverfahrens (§ 1 InsO)
 - Sanierung als Möglichkeit besserer Gläubigerbefriedigung, wenn Fortführungswert > Zerschlagungswert
- klare Befriedigungsreihenfolge der Insolvenzordnung
 - Massegläubiger (§§ 53 ff. InsO)
 - (normale) Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO)
 - nachrangige Insolvenzgläubiger (§ 39 InsO)
 - Anteilseigner als doppelt nachrangige (Insolvenz-)Gläubiger (§ 199 InsO)
- ab der materiellen Insolvenz „gehört“ das Unternehmen den Gläubigern

2. Konsequenzen für das Verhältnis Gesellschafter – Gläubiger

- Ersetzung der Gesellschaftsorgane durch Gläubigeraufsichtsorgane
 - gerichtliche Aufsicht
 - Insolvenzverwalter / Sachwalter
 - (vorläufiger) Gläubigerausschuss / Gläubigerversammlung
 - ⇒ Stärkung des Gläubigereinflusses im (wichtigen) Eröffnungsverfahren
 - ⇒ „Kaltstellung“ der (normalen) Organe (§ 276a InsO)
- Ausrichtung der Geschäftsführung auf das Gläubigerinteresse
- inkonsequent: großer Einfluss der (bisherigen) Anteilseigner im Schutzschirmverfahren trotz materieller Insolvenz

2. Konsequenzen für das Verhältnis Gesellschafter – Gläubiger

- Nutzung der Anteilsrechte zugunsten der Gläubiger
 - früher: Trennung von Gesellschafts- und Insolvenzrecht ⇒
Ablehnung eines gerichtlichen Eingriffs in Anteilseignerrechte
 - ⇒ *Uhlenbruck*: Auffassungen, die Gesellschafterbeteiligungen als Teil der Masse ansehen, stehen in krassem Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes und zur Begründung des Regierungsentwurfs
 - Paradigmenwechsel durch das ESUG
 - ⇒ *Karsten Schmidt*: „Das ist neu. Das ist ... geradezu revolutionär.“
 - ⇒ *Vallender*: Die Insolvenzordnung hat „nunmehr ihre gesellschaftsrechtliche Enthaltensamkeit endgültig aufgegeben“
 - ⇒ *Pape*: „Harmonisierung von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht“

2. Konsequenzen für das Verhältnis Gesellschafter – Gläubiger

- Nutzung der Anteilsrechte zugunsten der Gläubiger
 - wichtig insbes. bei rechtsträgerspezifischen Berechtigungen
 - Anteilseigner als (Sicherungs-)Treuhänder der Gläubiger
(*Bitter*, ZGR 2010, 147 – 200)
 - ⇒ (formale) Rechtsposition dient nur der Sicherung des § 199 InsO
 - ⇒ Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters analog § 166 InsO
 - ⇒ Herausgabeanspruch aus Verwaltungstreuhand bei fehlender Erwartbarkeit eines Überschusses (Wegfall des Sicherungszwecks)
 - Umsetzung im ESUG durch Einbeziehung der Anteilseignerrechte
 - ⇒ inkonsequent: Einbeziehung der Anteilseigner in die Abstimmung des Insolvenzplans im Vergleich zur (fehlenden) Einbeziehung nachrangiger Gläubiger

1. Das Insolvenzrecht will (nur) die bestmögliche Gläubigerbefriedigung erreichen, weil ein Unternehmen ab Eintritt der materiellen Insolvenz wirtschaftlich den Gläubigern „gehört“. Die Anteilseigner fungieren nur noch als (Sicherungs-)Treuhänder der Gläubiger. Die Geschäftsführung ist folglich auf das Gläubigerinteresse auszurichten. Die Gesellschaftsorgane werden funktional durch Organe der Gläubigeraufsicht ersetzt.
2. Die Sanierung des Unternehmens erleichtert das ESUG nicht im Interesse der Altgesellschafter, sondern der Gläubiger. Das *Unternehmen* soll erhalten werden, nicht die (bisherige) Gesellschafterstruktur.
3. Inkonsequent ist demgegenüber der große Einfluss der Anteilseigner im Schutzschirmverfahren trotz materieller Insolvenz, ferner ihre regelmäßige Einbeziehung in die Abstimmung über den Insolvenzplan.

1. Pflichtenmaßstab für eine ordnungsgemäße Geschäftsleitung

- Gesellschaftsrecht: Orientierung am „Gesellschaftsinteresse“ str.
 - AG: „Ausgleichslösung“ versus „Aktionärspriorität“ (Klöhn, ZGR 2008, 110)
 - GmbH: § 43 GmbHG dient in erster Linie dem Gesellschafterschutz, nach § 43 III GmbHG nur begrenzt dem Gläubigerschutz
 - ⇒ § 43 III GmbHG analog bei „Existenzvernichtung“
- Insolvenzrecht: Orientierung allein am Gläubigerinteresse
 - Ziel: Verhinderung einer Schmälerung der Haftungsmasse
- Anwendbarkeit der *business judgement rule* im Insolvenzverfahren str.

1. Pflichtenmaßstab für eine ordnungsgemäße Geschäftsleitung

➤ Thesen

- a) Die Ausrichtung der Geschäftsleitung auf das Gläubigerinteresse ab Eintritt der materiellen Insolvenz gebietet die bestmögliche Erhaltung und ggf. Mehrung der Haftungsmasse zugunsten der Gläubiger. Das Ziel der Sanierung hat sich dem unterzuordnen. Spekulative Strategien, die allein den Gesellschaftern nutzen, sind verboten.
- b) Die *business judgement rule* gilt auch im Insolvenzverfahren, jedoch nur insoweit, wie es um die unternehmerische Einschätzung geht, ob eine mit Risiken verbundene (Sanierungs-)Strategie im Interesse der Gläubiger liegt.

2. Anwendung der §§ 64 GmbHG, 92 II AktG in der (vorläufigen) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- allgemeines Problem: Zahlungsverbot im Eröffnungsverfahren?
 - bei starkem vorläufigem Insolvenzverwalter (–)
 - bei schwachem vorläufigem Insolvenzverwalter grundsätzlich (+)
- Lösung über §§ 64 S. 2 GmbHG, 92 II 2 AktG
 - BGH ZIP 2008, 72: bei Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse (Wasser, Strom, Heizung)
 - ⇒ für das Eröffnungsverfahren richtige und insoweit auszuweitende, sonst jedoch zweifelhafte Rechtsprechung
 - keine Vermutung für sorgfaltsgemäßes Verhalten bei Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters, vielmehr Gesamtschuld denkbar
 - ab Insolvenzantrag Parallele zur Haftung aus §§ 43 GmbHG, 93 AktG

2. Anwendung der §§ 64 GmbHG, 92 II AktG in der (vorläufigen) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

➤ Thesen

- a) Eine allgemeine teleologische Reduktion der §§ 64 GmbHG, 92 II AktG im Eröffnungsverfahren ist nicht veranlasst. Bei starker vorläufiger Insolvenzverwaltung entfällt die Haftung jedoch wegen des Fortfalls der Geschäftsführungsbefugnis.
- b) Zahlungen, die – in Fällen schwacher vorläufiger Insolvenzverwaltung, vorläufiger Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren – zur Betriebsfortführung im Interesse der Gläubiger erforderlich sind, fallen unter §§ 64 S. 2 GmbHG, 92 II 2 AktG. Diese Ausnahme vom Zahlungsverbot greift nach dem Insolvenzantrag weiter als vorher; der Pflichtenmaßstab entspricht sodann dem der §§ 43 GmbHG, 93 AktG nach Eintritt der materiellen Insolvenz (oben Folie 12).

3. Insolvenzverschleppung wegen unrichtigen Insolvenzantrags

➤ **Erhöhung der Anforderungen an den Insolvenzantrag (§ 13 InsO)**

- a) Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen ist beizufügen
- b) Zusatzangaben bei nicht eingestelltem Geschäftsbetrieb

⇒ Sollangaben:

- höchste Forderungen
- höchste gesicherte Forderungen
- Forderungen der Finanzverwaltung
- Forderungen der Sozialversicherungsträger
- Forderungen aus betrieblicher Altersversorgung

Achtung: Pflichtangaben bei (1) Eigenverwaltung, (2) Großunternehmen (§ 22a I InsO), (3) Antrag auf vorläufigen Gläubigerausschuss

⇒ Pflichtangaben: Bilanzsumme / Umsatzerlöse / Arbeitnehmerzahl

3. Insolvenzverschleppung wegen unrichtigen Insolvenzantrags

- Problem bei Strafbarkeit: Verknüpfung des § 15a IV InsO mit § 13 InsO
 - Strafbarkeit auch bei „nicht richtig“ gestelltem Insolvenzantrag
 - ggf. Beihilfe oder Anstiftung des Rechtsberaters?
 - Vorsatz: Kenntnis der Umstände ausreichend oder gedankliches Nachvollziehen der inhaltlichen Anforderungen erforderlich?
 - teleologische Reduktion möglich?
- Problem bei zivilrechtlicher Haftung: Zurückweisung des Insolvenzantrags als unzulässig wegen fehlender Angaben ⇒ Haftung wegen fehlender Erfüllung der Insolvenzantragspflicht
 - Kausalität zwischen unrichtigem Antrag und (Neu-)Gläubigerschaden?

3. Insolvenzverschleppung wegen unrichtigen Insolvenzantrags

- Begr. RegE BT-Drucks. 17/5712, S. 22 f. (zu § 13 InsO)
 - „Die Vorschrift soll einen ordnungsgemäßen Ablauf des Insolvenzverfahrens gewährleisten. ... Das Verzeichnis soll einen Überblick über die Gläubiger bieten. Dabei ist umfassend über die vorhandenen Gläubiger und die Höhe ihrer Forderungen Mitteilung zu machen. ... Jedoch beeinträchtigt es die Zulässigkeit eines Eröffnungsantrags nicht, wenn trotz gebührender Anstrengung des Schuldners bei der Zusammenstellung des Verzeichnisses vereinzelte Gläubiger oder einzelne Forderungen im Verzeichnis fehlen. Die Höhe der Forderungen ist gegebenenfalls zu schätzen. Eine vollständige Bezifferung der jeweiligen Forderung inklusive Zinsen wird nicht verlangt. Auch ist das Gericht zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens nicht verpflichtet, die Angaben des Schuldners im Einzelnen nachzuprüfen. Fehlt das Verzeichnis dagegen vollständig, wird der Antrag in der Regel unzulässig sein. Mit der Vorschrift werden die gesetzlichen Anforderungen an einen richtigen Eröffnungsantrag im Sinne von § 15a Absatz 4 InsO konkretisiert.“

3. Insolvenzverschleppung wegen unrichtigen Insolvenzantrags

➤ Thesen

- a) Eine Insolvenzverschleppungshaftung scheidet aus, wenn ein rechtzeitiger, aber fehlerhafter Antrag zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt. Bei einer Zurückweisung des Antrags als unzulässig kann es an der Kausalität zwischen der Verletzung der Insolvenzantragspflicht und dem (Neu-)Gläubigerschaden fehlen.
- b) Die strafrechtliche Sanktionierung unrichtiger Insolvenzanträge darf wegen des *Ultima-ratio*-Prinzips nicht weiter reichen als die zivilrechtliche Haftung. Rechtzeitige, aber fehlerhafte Anträge, die zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens führen, bleiben straffrei.
- c) Der Gesetzgeber sollte die Anforderungen an den Insolvenzantrag senken, jedenfalls aber die Strafbarkeit bei unrichtigem Antrag überdenken.

© 2013

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V. (ZIS)
www.zis.uni-mannheim.de