

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

ESUG und Gesellschaftsrecht

– Zur Neuordnung des Verhältnisses von
Gesellschafts- und Insolvenzrecht –

Vortrag beim Arbeitskreis Recht und Wirtschaft
am 19. Juli 2012 in Stuttgart

Gliederung

- I. Überblick über die Neuregelungen durch das ESUG
- II. Allgemeines zum Verhältnis von Gesellschafts- und Insolvenzrecht nach dem ESUG
- III. Änderungen für die Geschäftsführung in der Insolvenz (Details)
 1. Insolvenzverschleppung wegen „unrichtigen“ Insolvenzantrags
 2. Pflichtenmaßstab für eine ordnungsgemäße Geschäftsleitung
 3. Anwendung der §§ 64 GmbHG, 92 II AktG in der (vorläufigen) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren
- IV. Fortsetzung durch Frau Dr. Alexandra Schluck-Amend:
Änderungen für die Anteilseigner + den Aufsichtsrat (Details)

1. Anlass für die Neuregelung

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

2. Stärkung des Gläubigereinflusses bei der Verwalterauswahl

- Unabhängigkeit des Verwalters (§ 56 InsO) wird nicht gehindert durch
 - Vorschlag des Schuldners / Gläubigers
 - vorherige allgemeine Beratung des Schuldners
- Einführung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Eröffnungsverfahren
 - „Muss-Ausschuss“ bei großen Unternehmen (§ 22a I InsO)
 - „Soll-Ausschuss“ bei Antrag durch Schuldner, vorläufigen Insolvenzverwalter oder Gläubiger (§ 22a II InsO)
 - ansonsten: „Kann-Ausschuss“ (§ 21 II 1 Nr. 1a InsO)
- Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses vor der Verwalterbestellung (§ 56a InsO)
 - Bindung des Gerichts bei einstimmigem Vorschlag (§ 56a II 1 InsO)

3. Folgeänderung: 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

4. Stärkung der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO)

- Anordnungsvoraussetzungen zugunsten des Schuldners gesenkt
 - Ablehnung nur, wenn Nachteile für die Gläubiger drohen (§ 270 II InsO)
 - Fiktion fehlender Nachteile bei einstimmigem Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 270 III 2 InsO)
 - Begründungspflicht bei Ablehnung (§ 270 IV InsO)
- vorläufiger Sachwalter statt vorläufiger Verwalter im Eröffnungsverfahren
 - Ausnahme: Eigenverwaltung offensichtlich aussichtslos (§ 270a I InsO)
- Sachwalter statt Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren (§ 270c InsO)
- Rücknahme eines bei drohender Zahlungsunfähigkeit gestellten Antrags möglich (§ 270a II InsO) – Relevanz i.F.d. § 15a InsO zweifelhaft
- kein Einfluss von Aufsichtsrat und Gesellschafter-/Hauptversammlung auf die Geschäftsführung (§ 276a InsO)

5. Neues Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO)

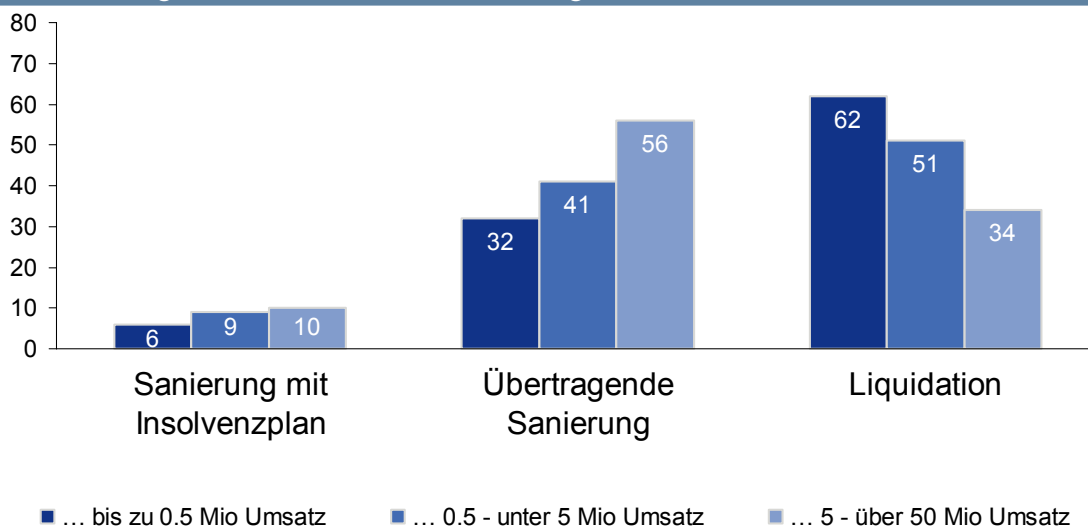
- Ziel: Anreiz zu früher Antragstellung mit Ziel der Sanierung
 - Voraussetzungen
 - Antrag auf Eigenverwaltung
 - noch keine eingetretene Zahlungsunfähigkeit
 - Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos
- } „Sanierungsbescheinigung“
- Anordnungen des Gerichts
 - Fristbestimmung für Vorlage eines Insolvenzplans (≤ 3 Monate)
 - Einsetzung eines vorläufigen Sachwalters ≠ „Bescheiniger“
 - ⇒ i.d.R. Bindung an den Vorschlag des Schuldners
 - Sicherungsmaßnahmen, insbes. Einstellung von Vollstreckungen
 - Schuldnerantrag: Möglichkeit, Masseverbindlichkeiten zu begründen
 - Möglichkeit der Aufhebung des Verfahrens (Abs. 4)



Rettung aus der Insolvenz (2007)
- Befragung von Insolvenzverwaltern -



Möglichkeiten der Weiterführung von insolventen Unternehmen



6. Verbesserung des Insolvenzplanverfahrens

- Ziel: Abbau von Störpotential
- Einschränkung des Minderheitenschutzes und der Rechtsmittel
 - kein Antrag auf Versagung der Planbestätigung bei Bereitstellung von Geldmitteln als Ausgleich für finanzielle Schlechterstellung; Ausgleich außerhalb des Insolvenzverfahrens (§ 251 III InsO)
- Insolvenzrechtliches Freigabeverfahren (§ 253 IV InsO)
 - Grundsatz „dulde und liquidiere“
- Eingriff in Gesellschafterrechte durch Insolvenzplan (§ 225a InsO)
 - u.a. Möglichkeit des *debt-equity-swaps*
 - ⇒ keine Differenzhaftung (§ 254 IV InsO)
 - keine Wirksamkeit von *change-of-control*-Klauseln
 - bei Austritt aus wichtigem Grund: Stundung der Abfindung (nach Liquidationswerten) bis zu 3 Jahre

6. Verbesserung des Insolvenzplanverfahrens (Fortsetzung)

- Ladung der Anteilseigner zum Erörterung- und Abstimmungstermin bei Einbeziehung der Mitgliedschaftsrechte in den Plan (§ 235 III 3 InsO)
- Stimmrecht der Anteilseigner (allein) nach Kapital-/Vermögensanteil (§ 238a InsO)
 - Summenmehrheit in der/jeder Anteilseignergruppe (§ 244 III InsO)
 - Zustimmung der Anteilsinhaber(gruppe) gilt bei fehlender Beteiligung an der Abstimmung als erteilt (§ 246a InsO)
- Obstruktionsverbot (§ 245 InsO)
 - Unbeachtlichkeit der fehlenden Zustimmung der Anteilsinhaber (Abs. 3)
- Planbestätigung ersetzt reguläre Formerfordernisse (§ 254a InsO)

7. Thesen

- a) Das ESUG zielt in vielfacher Hinsicht auf eine Verbesserung des Insolvenzverfahrens, insbesondere auf erhöhte Sanierungschancen durch größere Planungssicherheit, stärkeren Gläubigereinfluss und die Einbeziehung der Anteilseignerrechte.
- b) Die Stärkung des Gläubigereinflusses im für die Sanierungschancen entscheidenden Eröffnungsverfahren bringt erhöhte Anforderungen an den Inhalt von Insolvenzanträgen mit sich, um dem Gericht die erforderlichen Informationen für die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zu verschaffen.
- c) Die Eigenverwaltung wird durch die Senkung der Anordnungsvoraussetzungen zugunsten des Schuldners gestärkt. Sie dürfte jedoch auch in Zukunft nicht zum Regelverfahren werden. Problematisch erscheint die Entscheidung über ihre Anordnung durch nicht hinreichend erfahrene Insolvenzrichter(innen).

7. Thesen

- d) Das neue Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) soll Anreize zu frühzeitiger Antragstellung schaffen, indem der Schuldner weitgehend die Kontrolle über sein Unternehmen behält.
- e) Die bisher geringe Bedeutung des Insolvenzplanverfahrens soll erhöht werden, indem das Potential von Blockaden sowohl durch dissentierende Gläubiger (Minderheiten) als auch durch die Anteilseigner abgebaut wird. Die Möglichkeit des *debt-equity-swaps* gegen den Willen der Anteilseigner und ohne Differenzhaftung, der gesetzliche Eingriff in *change-of-control*-Klauseln und die Änderung der Stimmrechtsmehrheiten schaffen neue Gestaltungsoptionen, die außerhalb der Insolvenz nicht existieren.

1. Historie der Insolvenzordnung v. 5.10.1994

- Trennung von Gesellschafts- und Insolvenzrecht ⇒ Ablehnung eines gerichtlichen Eingriffs in Anteilseignerrechte
- Grund: verfassungsrechtliche Bedenken gegen „Expropriierung“
- *Noack*: allseits akzeptierte Sichtweise, dass der Verwalter nur für die Vermögensangelegenheiten der Schuldnergesellschaft zuständig ist, während ihn die gesellschaftsrechtliche Verfassung nichts angeht
- *Uhlenbruck*: Auffassungen, die Gesellschafterbeteiligungen als Teil der Masse ansehen, stehen in krassem Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes und zur Begründung des Regierungsentwurfs

2. Paradigmenwechsel durch das ESUG

- *Karsten Schmidt*: „Das ist neu. Das ist ... geradezu revolutionär.“
- *Vallender*: Die Insolvenzordnung hat „nunmehr ihre gesellschaftsrechtliche Enthaltensamkeit endgültig aufgegeben“
- *Landfermann*: „Bisher galt der Grundsatz, dass Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht getrennte Materien sind. ... Diese Trennung wird durch das neue Gesetz überwunden.“
- *Pape*: „Harmonisierung von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht“

3. 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

4. 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

4. 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-Symposion 2010*)
 - ⇒ (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

5. Thesen

- a) Durch das ESUG ist es zu einem Paradigmenwechsel im Verhältnis zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht gekommen. Während beide Gebiete bisher im Insolvenzverfahren nebeneinander standen, wird nun das Gesellschaftsrecht durch das Insolvenzrecht überlagert.
- b) 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 Geschäftsorgane werden funktional durch Organe der Gläubigeraufsicht ersetzt.
- c) Inkonsequent ist demgegenüber der große Einfluss der Anteilseigner im Schutzschirmverfahren trotz materieller Insolvenz, ferner ihre regelmäßige Einbeziehung in die Abstimmung über den Insolvenzplan.

1. 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?

1. 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.“

1. Insolvenzverschleppung wegen unrichtigen Insolvenzantrags

➤ Thesen

- a) Eine Insolvenzverschleppungshaftung scheidet aus, wenn ein rechtzeitig, 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.

2. 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.

2. 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.

3. Anwendung der §§ 64 GmbHG, 92 II AktG in (vorläufiger) 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

3. Anwendung der §§ 64 GmbHG, 92 II AktG in (vorläufiger) 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 23).

© 2012

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel W 241/242

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de



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