

Insolvenzordnung: InsO

Kommentar

von

Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Dr. Heribert Hirte, Prof. Dr. Heinz Vallender, Franz Mentzel, Dr. Georg Kuhn, Prof. Dr. Moritz Brinkmann, Christine Ede, Henrik Gildehaus, Béla Knof, Dr. Hans-Jochem Lüer, PD Dr. Sebastian Mock, Irmtraut Pape, Stephan Ries, Prof. Dr. Ralf Sinz, Werner Sternal, Prof. Dr. Georg Streit, Dr. Dirk Wegener, Dr. Helmut Zipperer, Joachim Zobel

14. Auflage

Verlag Franz Vahlen München 2015

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4664 7

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

600 = ZIP 2003, 1662, 1665 [verneinend]; BGH 23.1.2003 NZG 2003, 327 = NZI 2003, 199 = ZIP 2003, 485, 487 [bejahend]). Eine Privilegierung (als Masseverbindlichkeit) kann sich nach heutigem Recht nur im Rahmen von § 55 Abs 2 Satz 2 ergeben, wenn ein vorläufiger Insolvenzverwalter in dieser Zeit die Leistung des Geschäftsleiters für das von ihm verwaltete Vermögen in Anspruch genommen hat.

cc) Insolvenzsicherung der Geschäftsleiterbezüge. Auch die Geschäftsleiterbezüge sind in der Insolvenz der juristischen Person durch Insolvenzausfallgeld gesichert, wenn der Geschäftsleiter einer juristischen Person, der gleichzeitig deren Gesellschafter ist, die dazu erforderliche **Arbeitnehmereigenschaft** hat (Braun/Uhlenbruck Unternehmensinsolvenz Bd. I, S 104 mwN; Uhlenbruck BB 2003, 1185, 1187 f; Hohlfeld GmbHHR 1987, 255; abw. Hensler ZInsO 1999, 121). Dies hängt von der vertraglichen Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages, von der Weisungsabhängigkeit des Geschäftsleiters sowie von der Höhe seiner Beteiligung ab. Jedenfalls ist er dann nicht Arbeitnehmer i. S. v. § 165 Abs 1 SGB III, wenn er einen so maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der juristischen Person hat, dass er Gesellschafterbeschlüsse verhindern kann (BSG 31.7.1974 E 38, 53 = GmbHHR 75, 36 f; BSG 22.11.1974 GmbHHR 75, 133 = BB 1975, 282 f [st.Rspr.]; BSG 4.7.2007 B 11a AL 5/06 R ZIP 2007, 2185; MünchHdb GmbH-Marsch-Barner/Diekmann § 43 Rn 10; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 35 GmbHHG Rn 181 mwN). Wer als Geschäftsleiter mit mindestens 50 % am Gesellschaftskapital beteiligt ist, ist daher kein Arbeitnehmer. Dies gilt auch dann, wenn der Geschäftsleiter zwar nicht Gesellschafter der juristischen Person selbst ist, aber Gesellschafter verbundener Unternehmen ist, die ihrerseits einen maßgeblichen Einfluss auf seine Anstellungskörperschaft haben. Für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft kommt es allerdings auf die tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall an. Die Arbeitnehmereigenschaft kann daher auch dann ausgeschlossen sein, wenn er keinem eine persönliche Abhängigkeit begründenden Weisungsrecht unterliegt; sie kann andererseits selbst bei höherer Beteiligung vorliegen, wenn er aufgrund der schuldrechtlichen Bindungen des Anstellungsvertrages ihm nicht genehme Beschlüsse nicht verhindern kann (BSG 30.1.1997 ZIP 1997, 1120 = EWiR § 7 SGB IV 2/97, 805 [Gagel]; Hirte KapGesR Rn 3.23).

Auch **Ruhegeldansprüche** eines Geschäftsleiters sind weitgehend insolvenzgesichert. Auch hier aber gilt, dass der Geschäftsleiter nicht Unternehmergesellschaft sein darf (§ 17 Abs 1 Satz 2 BetrAVG; Einzelheiten im Merkblatt des Pensions-Sicherungs-Vereins zu Ruhegeldzusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer 300/M1-6.14, abzurufen über www.psvag.de; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 35 GmbHHG Rn 194; MünchHdb GmbH-Marsch-Barner/Diekmann § 43 Rn 36 ff). Beherrschende Organmitglieder juristischer Personen sind daher vom Insolvenzschutz des Betriebsrentengesetzes ausgeschlossen. Eine solche Beherrschung ist auch hier bei einer Beteiligung von 50 % oder mehr anzunehmen; mehrere Kapitalanteile oder Stimmrechte sind zusammenzurechnen (BGH 28.4.1980 Z 77, 94, 101 ff = ZIP 1980, 422 = KTS 1980, 354; BGH 9.6.1980 Z 77, 233, 240 f = NJW 1980, 2257 = ZIP 1980, 556; BGH 25.9.1989 Z 108, 330, 333 = NJW 1990, 49 = ZIP 1989, 1418 = KTS 1990, 66 = EWiR § 7 BetrAVG 4/89, 1161 [Groß]; BGH 2.6.1997 NJW 1997, 2882 = ZIP 1997, 1351 = EWiR § 17 BetrAVG 1/97, 825 [Griebeling] = DStR 1997, 1135 [Goette] [Bopp & Reuther III]; BGH 1.2.1999 NJW 1999, 1263 = ZIP 1999, 398).

d) Rechte und Pflichten der Organmitglieder. aa) Vertretungs- und Aufsichtsorgan. Den Mitgliedern der Vertretungsorgane einer juristischen Person obliegen nach § 101 Abs 1 nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die **Aufgaben und Pflichten des Schuldners**; das gilt auch für die Mitglieder eines etwa vorhandenen Aufsichtsorgans (Aufsichtsrat, Beirat). Nach §§ 20, 97 sind sie zu Auskunft und Mitwirkung verpflichtet (dazu Uhlenbruck NZI 2002, 401 ff; ders. GmbHHR 2002, 941 ff; zu den insolvenzrechtlichen Kooperationspflichten der Beteiligten ausführlich Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz [1999], S 853 ff). Dabei müssen sie auch Tatsachen offenbaren, die geeignet sind, eine straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Verfolgung herbeizuführen; für die Verwendung solcher Informationen zu seinen oder seiner Angehörigen Lasten besteht jedoch ein Verwertungsverbot (§ 97 Abs 1 Sätze 2 und 3; dazu H.-F. Müller Der Verband in der Insolvenz, S 92 ff, 95 ff; Uhlenbruck KTS 1997, 371, 386 f; ders. NZI 2002, 401, 403 ff; ders. GmbHHR 2002, 941, 944 f sowie zum früheren Recht BVerfG 13.1.1981 E 56, 37, 49 ff = NJW 1981, 1431). Die Mitglieder der Vertretungs- oder Aufsichtsorgane trifft auch die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung (§ 98 Abs 1). Zur Durchsetzung dieser Pflichten können gegen die Organe Zwangsmittel nach § 98 Abs 2 verhängt werden. Gegen sie ist eine etwaige Postsperrung nach § 99 zu verhängen. Schließlich unterliegen sie den Strafvorschriften der §§ 283 ff StGB. Bezüglich der verfahrensrechtlichen Pflichten als Schuldner unterliegen die Organmitglieder im Hinblick auf den öffentlich-rechtlichen Charakter dieser Pflichten keinen Weisungen durch die Gesellschafterversammlung bzw. Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrats oder der Haupt-/Gesellschafterversammlung. Die genannten Pflichten sind zugleich organschaftliche Pflichten nach §§ 93 Abs 1, 116 Satz 1 AktG, § 43 Abs 1 GmbHHG, zu denen die Vertretungs- oder Aufsichtsorgane auch der Gesellschaft bzw. juristischen Person gegenüber verpflichtet sind. Verletzungen notwendiger Mitwirkungspflichten können daher eine Haftung gegenüber der juristischen Person nach §§ 93 Abs 2, 116 Satz 1 AktG, § 43 Abs 2 GmbHHG begründen, und andererseits können sie in der Insolvenz auch auf dieser Rechtsgrundlage vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden (OLG Hamm 15.10.1979 ZIP 1980, 280). Sie können zudem bei Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 101 Abs 3 n. F. eine Pflicht zur Verfahrenskostentragung nach sich ziehen. Die **personenrechtlichen Beschränkungen** für einen in Vermögensverfall geratenen Schuldner sind durch das heutige Insolvenzrecht ohnehin im Hinblick auf das einheitliche Insolvenzverfahren reduziert worden; so wurde etwa der zwingende Ausschluss von der elterlichen Vermögenssorge und vom Amt des Vormunds (§§ 1670, 1781 Nr 3 aF BGB) abgeschafft; für das Amt des Schöffen (§ 33 Nr 5 GVG) ist der bewusst „weicher“ gefasste Begriff des „Vermögensverfalls“

§ 11

Zulässigkeit des Insolvenzverfahrens

ebenfalls kein zwingender Ausschlussgrund mehr. Jedenfalls treffen diese Beschränkungen nicht die Mitglieder des Vertretungsorgans in ihrer Eigenschaft als Privatpersonen.

- 133 Die Auskunftspflicht des § 97 Abs 1 (nicht aber die Mitwirkungspflichten des § 97 Abs 2 und 3!), die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung (§ 98 Abs 1) und die Möglichkeiten zu ihrer zwangsweisen Durchsetzung treffen schließlich auch solche Mitglieder des Vertretungs- oder Aufsichtsorgans, die nicht früher als zwei Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus ihrer Stellung **ausgeschieden** sind (§ 101 Abs 1 Satz 2; *Uhlenbruck KTS 1997, 371, 387*). Die Mitglieder eines Vertretungs- oder Aufsichtsorgans können sich damit ihren organschaftlichen Verpflichtungen als Vertreter des Schuldners nur teilweise durch Kündigung des Anstellungsvertrages oder durch Amtsniederlegung entziehen (*Uhlenbruck GmbHR 2002, 941, 943*). Ausgeschiedene Organmitglieder werden allerdings dann nicht in erster Linie herangezogen werden können, wenn ein amtierender Nachfolger bereit und in der Lage ist, die insolvenzrechtlichen Mitwirkungspflichten zu erfüllen; auch sind ihre Leistungen zu vergüten, wenn sie den Umfang einer Nebentätigkeit überschreiten (*Hensler ZInsO 1999, 121, 124; H.-F. Müller Der Verband in der Insolvenz, S 135*). Zur Erstreckung der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten auf Angestellte und frühere Angestellte (§ 101 Abs 2) siehe die Erläuterungen zu § 101.
- 134 Die Mitglieder des Vertretungsorgans nehmen andererseits die dem Schuldner zustehenden **Rechte und Befugnisse** wahr. Anders als bei den verfahrensrechtlichen Mitwirkungspflichten unterliegen die Geschäftsleiter hier etwaigen Weisungsrechten oder Zustimmungsvorbehalten seitens der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats (ebenso *Haas, FS Konzen 2006, S 157, 161; Hensler ZInsO 1999, 121, 126*; zum **Insolvenzantragsrecht** unten § 15 Rn 1 ff). So sind die vertretungsbefugten Organmitglieder etwa berechtigt, **Beschwerde** nach den §§ 6, 7, 34, 253 einzulegen. Jedes Mitglied des Vertretungsorgans ist **antragsbefugt** nach den § 99 Abs 3 Satz 1 (Aufhebung der Postsperr), § 158 Abs 2 Satz 2 (Verhinderung der Stillelegung eines Unternehmens), § 161 Satz 2 iVm § 160 (Verhinderung des Verkaufs des Unternehmens durch Insolvenzverwalter oder sonstiger Maßnahmen von besonderer Bedeutung), § 186 (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand), § 247 Abs 1 (Widerspruchsrecht gegen Insolvenzplan), §§ 212, 213 (Einstellung des Verfahrens). Auch sind sie zur Vorlage eines Insolvenzplans nach § 218 Abs 1 Satz 1 zuständig. In allen diesen Fällen ist eine etwaige Gesamtvertretungsmacht zu beachten; das ist nur im Rahmen des Eröffnungsantrages im Hinblick auf die dort bestehende Sonderregelung des § 15 Abs 1 anders. Die frühere Möglichkeit, nach § 86 Satz 3 KO Einwendungen gegen die Schlussrechnung des Insolvenzverwalters zu erheben, findet im geltenden Recht keine Parallele; Grund ist, dass auch die Genehmigungsfiktion des § 86 Satz 4 KO nicht in das neue Recht übernommen wurde (abw. *Hensler ZInsO 1999, 121, 125*). In allen Fällen, in denen dem Schuldner ein **Anhörungsrecht** zusteht, sind bei einer juristischen Person deren Vertretungsorgane in Form aller ihrer Mitglieder zu hören (§§ 10 Abs 2 Satz 1, 14 Abs 2, 15 Abs 2 Satz 2). Anderen Organen der juristischen Person – etwa dem Aufsichtsrat und seinen Mitgliedern oder der Haupt-/Gesellschafterversammlung – stehen diese Rechte ebensowenig zu wie den Mitgliedern (Gesellschaftern) selbst; nur im Falle der Führungslosigkeit können nach § 10 Abs 2 Satz 2 n. F unmittelbar die Gesellschafter gehört werden. Im Insolvenzverfahren über das Vermögen der juristischen Person können deren Vertretungsorgane als **Zeugen** gehört werden (BFH 22.1.1997 E 182, 269 = NJW-RR 1998, 63 f = ZIP 1997, 797 f; *Scholz/Karsten Schmidt vor § 64 GmbHG Rn 62*).
- 135 Das **Einsichtsrecht** aus § 99 Abs 2 und das **Widerspruchsrecht** im Prüfungstermin nach §§ 176, 178 Abs 1 Satz 2, 184 steht den Mitgliedern des Vertretungsorgans ebenfalls zu. Insbesondere die Unterlassung des Widerspruchs im Prüfungstermin kann im Hinblick auf die dann nach § 201 Abs 2 bestehende Möglichkeit, nach Aufhebung des Verfahrens aus dem Tabelleneintrag die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zu betreiben, zu Schadenersatzansprüchen der juristischen Person führen.
- 136 Auch das **Recht auf Verschwiegenheit eines Dritten** geht jedenfalls, soweit es sich auf massebezogene Rechte bezieht, auf den Insolvenzverwalter über (RG 15.11.1904 Z 59, 85, 87; OLG Oldenburg 28.5.2004 NJW 2004, 2176 = NStZ 2004, 570 = ZIP 2004, 1968, 1969; OLG Nürnberg 18.6.2009 1 Ws 289/09 ZIP 2010, 386, 387 f = NJW 2010, 690 = NZG 2009, 984 = NZI 2009, 817 = ZInsO 2009, 2399 = DStR 2010, 464; LG Bonn 13.2.2012 27 Qs-410 Js 511/10–21/11 DStR 2013, 383; *Grüneberg*. Die Rechtsposition der Organe der GmbH und des Betriebsrates im Konkurs, 1988, S 149 ff; allgemein zur fehlenden Insolvenzfestigkeit von Geheimhaltungsvereinbarungen *Wenner/Schuster ZIP 2005, 2191, 2192 ff*); Entsprechendes gilt bereits im Eröffnungsverfahren für den „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter (*Uhlenbruck NZI 2002, 401, 402 f*). Diese können daher etwa den Abschlussprüfer von seiner Verschwiegenheitspflicht entbinden. Nach anderer Auffassung steht das Recht auf Verschwiegenheit eines Dritten als höchstpersönlicher, nichtvermögensrechtlicher Anspruch den Geschäftsleitern auch über den Zeitpunkt der Auflösung durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinaus zu (LG Saarbrücken 26.5.1995 wistra 1995, 239; *Scholz/Karsten Schmidt 6. Aufl 1986 § 63 GmbHG Rn 35*). Dann dürfte in einem Strafverfahren gegen den Geschäftsführer einer im Insolvenzverfahren befindlichen GmbH der für die Gesellschaft tätig gewesene Wirtschaftsprüfer das Zeugnis nur dann nicht verweigern, wenn ihn neben dem Insolvenzverwalter für die Gesellschaft (dazu LG Düsseldorf 18.3.1958 NJW 1958, 1152) auch der angeklagte Geschäftsführer von der Pflicht zur Verschwiegenheit entbindet (OLG Schleswig 27.5.1980 NJW 1981, 294; abw. OLG Oldenburg 28.5.2004 NStZ 2004, 570 = ZInsO 2004, 932; LG Hamburg 6.8.2001 NStZ-RR 2002, 12 = ZInsO 2002, 289 [nur Insolvenzverwalter]; vgl auch MK-InsO/*Kling/Schüppen/Ruh Insolvenzsteuerrecht Rn 8d mwN*). Einzelheiten zur Berechtigung des Insolvenzverwalters, Dritte von ihrer Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, in der Kommentierung zu § 80 Rn 131 ff.
- 137 **bb) Mitglieder/Gesellschafter.** Die Mitglieder/Gesellschafter können die sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Rechte auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens insoweit ausüben, als nicht der Zweck

des Insolvenzverfahrens entgegensteht. Sie behalten daher das Recht auf Teilnahme an den Mitglieder-/Gesellschafterversammlungen, das Stimmrecht, das Auskunftsrecht und das – gegebenenfalls an eine bestimmte Beteiligung geknüpfte – Recht, die Einberufung der Mitglieder-/Gesellschafterversammlung zu verlangen (dazu auch oben Rn 123). Das Auskunftsrecht richtet sich unverändert gegen den Geschäftsleiter (BayObLG 8.4.2005 NZG 2006, 67 = NZI 2005, 631 = ZIP 2005, 1087 [kein Informationsrecht gegen den Verwalter bzgl. Angelegenheiten nach Verfahrenseröffnung]; LG Berlin 25.5.2005 DZWIR 2005, 479, 480 [allein aus der Tatsache, dass der Verwalter in der HV geredet hat, folgt nicht, dass gegen ihn ein Anspruch bestanden hätte]; abw. OLG Hamm 25.10.2001 NZG 2002, 178, 179; LG Wuppertal 10.12.2002 NJW-RR 2003, 332 [gegen Gesellschaft, vertreten durch Verwalter]; *Gessner* NZI 2013, 677 ff [gegen Gesellschaft, woraus er zudem zu Unrecht den Schluss zieht, die Gesellschaft habe die Kosten eines solchen Rechtsstreits aus der Masse zu zahlen]; *Haas*, FS Konzen 2006, S 157, 163; gegen Gesellschaft, vertreten durch den Verwalter bzw. gegen den Verwalter). Das Recht auf Einsicht in Bücher und Schriften der Gesellschaft (§ 51a Abs 1 GmbHG, enger § 131 Abs 1 AktG; LG Berlin 25.5.2005 DZWIR 2005, 479, 480) wird nur insoweit in Frage kommen, als es nicht zu einer unerträglichen Erschwerung der Insolvenzverwaltung führt; es richtet sich nach wie vor gegen den Geschäftsleiter selbst (nicht zwischen beiden Rechten differenzierend *Haas*, FS Konzen 2006, S 157, 163). Auskunfts- wie Einsichtsrecht beziehen sich zudem typischerweise nur auf den Zeitraum bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens, weil danach die Informationsrechte der Insolvenzgläubiger vorgehen (BayObLG 8.4.2005 NZG 2006, 67 = NZI 2005, 631 = ZIP 2005, 1087; OLG Hamm 25.10.2001 NZG 2002, 178, 181; OLG Köln 21.11.2007 2 U 110/07 ZIP 2008, 1131 f; *Haas*, FS Konzen 2006, S 157, 164; *Robrecht* GmbHR 2002, 692, 693). Hinsichtlich eines vor Verfahrenseröffnung titulierten Auskunftsanspruchs ist der Insolvenzverwalter daher auch kein Rechtsnachfolger der Gesellschaft i. S. v. § 727 ZPO (OLG Hamm 10.1.2008 15 W 343/07 ZIP 2008, 899 f). Ein Recht, auf den Insolvenzverwalter bei der Verwertung der Masse Einfluss zu nehmen, steht den Mitgliedern aber nur in den vom Insolvenzrecht gesetzten Grenzen zu, also indirekt über eine Einflussnahme auf das Vertretungsorgan, soweit diese gesellschafts- oder verbandsrechtlich zulässig oder erforderlich ist. Beschlüsse von Haupt- oder Gesellschafterversammlung, die die Kompetenzen des Verwalters behindern, sind nach § 241 Nr 3 AktG nichtig (*H.-F. Müller* Der Verband in der Insolvenz, S 190, 206 f). Im Falle der Vertreterlosigkeit der Gesellschaft treffen die Mitwirkungspflichten nach § 101 Abs 1 Satz 2 jetzt auch die Mitglieder bzw. Gesellschafter; deren Verletzung kann bei Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 101 Abs 3 n. F eine Pflicht zur Verfahrenskostentragung nach sich ziehen.

cc) Beschlussanfechtungsklagen. In einem Anfechtungsprozess, der die **Insolvenzmasse berührt**, 138 wird die Gesellschaft vom **Insolvenzverwalter allein vertreten** (RG 6.5.1911 Z 76, 244, 246 ff; BGH 10.3.1960 Z 32, 114, 121 = NJW 1960, 1006). Dabei ist er nach der Amtstheorie selbst Partei und nicht Vertreter der Gesellschaft. So ist der Insolvenzverwalter etwa zu verklagen, wenn ein Kapitalerhöhungsbeschluss angefochten wird und die Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen und damit wirksam geworden ist (§ 189 AktG; zu Recht anders für den Zeitraum bis zur Eintragung LG Hamburg 22.12.2008 419 O 106/07 ZIP 2009, 686, 687 und für Beschluss über eine vereinfachte Kapitalherabsetzung [weil sie nicht zur Auszahlung an die Aktionäre führt] oder den Ermächtigungsbeschluss zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen, verbunden mit der erneuten Schaffung eines bedingten Kapitals [weil allein der Beschluss noch nicht zur Ausgabe von Schuldverschreibungen führt], BGH 19.7.2011 II ZR 246/09 Z 190, 291 Tz 8 ff = ZIP 2011, 1862 = NZG 2011, 1147 = NZI 2011, 809 = ZInsO 2011, 2034). Gleiches gilt bei einem Beschluss über eine (effektive) Kapitalherabsetzung (OLG Düsseldorf 5.2.2013 I-6 W 63/12 NZG 2013, 875). Bei Vergleichen kann aber die Mitwirkung der Aktionäre erforderlich sein (*H.-F. Müller* Der Verband in der Insolvenz, S 195). Den Aktionären steht in einem solchen Streit nach allgemeinen Regeln das Recht zur Nebenintervention zu (*H.-F. Müller* Der Verband in der Insolvenz, S 197 ff).

Wird durch einen Anfechtungsprozess die **Insolvenzmasse nicht berührt**, so sind die satzungsmäßigen **Organe der Gesellschaft** zur Vertretung berufen (BGH 19.7.2011 II ZR 246/09 Z 190, 291 Tz 8 ff = ZIP 2011, 1862 = NZG 2011, 1147 = NZI 2011, 809 = ZInsO 2011, 2034; *Haas*, FS Konzen 2006, S 157, 166; *H.-F. Müller* Der Verband in der Insolvenz, S 191 f; enger mit Blick auf die in jedem Fall anfallenden Gerichtskosten *Noack* Der Aufsichtsrat in der Insolvenz der Kapitalgesellschaft [2003], S 26). Das gilt etwa für die Anfechtung der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft (OLG Hamburg 5.11.1971 AG 1971, 403; LG Hamburg 22.12.2008 419 O 106/07 ZIP 2009, 686, 687) oder ihres Abschlussprüfers (BGH 19.7.2011 II ZR 246/09 Z 190, 291 Tz 8 ff = ZIP 2011, 1862 = NZG 2011, 1147 = NZI 2011, 809 = ZInsO 2011, 2034). Gleiches gilt wegen § 120 Abs 2 Satz 2 AktG für die Anfechtung einer Entlastung (BGH 19.7.2011 II ZR 246/09 Z 190, 291 Tz 8 ff = ZIP 2011, 1862 = NZG 2011, 1147 = NZI 2011, 809 = ZInsO 2011, 2034; abw. für die GmbH OLG München 6.10.2010 7 U 2193/10 ZInsO 2010, 2142, 2144). Auch zur Verteidigung eines Beschlusses über die Feststellung des Jahresabschlusses oder zur Übernahme von Kosten für einen Geschäftsführer ist der Verwalter nicht berufen, weil der Beschluss ihn wegen § 80 ohnehin nicht binden würde (abw. OLG München 6.10.2010 7 U 2193/10 ZInsO 2010, 2142, 2144). Wird mit der Anfechtungsklage die Beseitigung eines der Insolvenzmasse nachteiligen Beschlusses angestrebt, wirkt er sich im Falle eines Erfolges zwar auf die Insolvenzmasse aus, aber nur positiv; es gehört daher nicht zu den Aufgaben eines Insolvenzverwalters, einen solchen Beschluss zu verteidigen (RG 6.5.1911 Z 76, 244, 249 f; BGH 19.7.2011 II ZR 246/09 Z 190, 291 Tz 8 ff = ZIP 2011, 1862 = NZG 2011, 1147 = NZI 2011, 809 = ZInsO 2011, 2034 [für Erhöhung der Aufsichtsratsvergütung]). Dies gilt auch für die Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses bei

§ 11

Zulässigkeit des Insolvenzverfahrens

GmbH oder Genossenschaft, weil sich der Insolvenzverwalter hier wegen der für die Masse positiven Wirkungen eines Klageerfolges in einem Interessenkonflikt befindet (*H.-F. Müller* Der Verband in der Insolvenz, S 193; abw. für die GmbH OLG München 6.10.2010 7 U 2193/10 ZInsO 2010, 2142, 2144 unter unzutreffendem Hinweis auf die Präklusionswirkung der Entlastung, weil diese den Verwalter gar nicht trifft). An der Aktivlegitimation der Gesellschafter in einem Anfechtungsprozess ändert sich durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens freilich nichts.

- 140 Das Recht des Vorstands zur **Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen** steht dem Insolvenzverwalter zu, wenn ein Hauptversammlungsbeschluss die Masse berührt. Insoweit geht das Recht des Vorstands nach § 245 Nr 4 AktG auf den Insolvenzverwalter über (*Haas*, FS Konzen 2006, S 157, 167; *Hüfner* § 245 AktG Rn 29; kritisch zur Begründung *KP-Noack* GesellschaftsR Rn 359; abw. *H.-F. Müller* Der Verband in der Insolvenz, S 203 ff [aus diesem Grunde auch gegen Recht zur Nebenintervention, S 202 ff]). Ansonsten verbleibt die Anfechtungsbefugnis beim Vorstand (RG 6.5.1911 Z 76, 244, 246 ff; Einzelheiten bei *Robrecht* DB 1968, 471, 473 ff). Für die Erhebung einer **Nichtigkeitsklage** durch den Vorstand (§ 249 Abs 1 AktG) gelten dieselben Grundsätze (*H.-F. Müller* Der Verband in der Insolvenz, S 211 f gesteht dem Insolvenzverwalter nur das Recht zur Erhebung der Nichtigkeits-, nicht auch der Anfechtungsklage zu).
- 141 Eine *bei Eröffnung* des Insolvenzverfahrens anhängige **Anfechtungsklage** gegen einen Gesellschaftsbeschluss wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens insoweit unterbrochen (§ 240 ZPO), als sein Ausgang Auswirkungen auf die Masse hat. Das sind dieselben Fälle, in denen der Insolvenzverwalter anstelle der Geschäftsorgane den Prozess zu führen hat (vgl. zuvor Rn 138). Nach heutigem Recht gehört dazu auch die Anfechtungsklage gegen eine vor Verfahrenseröffnung beschlossene, aber noch nicht eingetragene Kapitalerhöhung, da sie wegen § 35 (heute) nicht mehr insolvenzfreies Vermögen erzeugt.
- 142 **8. Insolvenzgläubiger.** Insolvenzgläubiger sind diejenigen persönlichen Gläubiger, die einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen die juristische Person haben (§ 38). Die Gläubiger der Mitglieder der juristischen Person, also ihrer Aktionäre oder Gesellschafter, sind nicht Insolvenzgläubiger in der Insolvenz der juristischen Person. Dies gilt auch für die Gläubiger des alleinigen Gesellschafters oder Aktionärs (BGH 26.9.1957 NJW 1957, 1877).
- 143 Die **Mitglieder (Aktionäre, Gesellschafter) sind als solche nicht Insolvenzgläubiger**. Ihre Einlagen bilden vielmehr bei den Kapitalgesellschaften das haftende Kapital. Die Mitglieder können aber aus Delikt wie vor allem auch aus einem **schuldrechtlichen Rechtsgeschäft** mit der juristischen Person (zB aus Kauf, Miete, Pacht, Darlehen) Insolvenzgläubiger sein. Derartige Austauschverträge sind grundsätzlich statt ober neben der Überlassung der Gegenstände auf korporationsrechtlicher Grundlage möglich. Dies ist nach heutigem Recht (§ 39 Abs 1 Nr 5) auch dann möglich, wenn die Leistung des Mitglieds an die juristische Person oder die Stundung der Gegenleistung den Charakter eines Gesellschafterdarlehens hat (dazu unten § 39 Rn 37).
- 144 Weiter können sie **aufgrund des Mitgliedschaftsrechts** Insolvenzgläubiger sein. Zu den aus dem Mitgliedschaftsrecht resultierenden Gläubigerrechten gehören (bei der Aktiengesellschaft) der Anspruch auf den Gewinnanteil vom Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses an (§§ 58 Abs 4, 174 AktG; BGH 24.1.1957 Z 23, 150, 154), die verschiedenen konzern- und umwandlungsrechtlichen Ausgleichs- und Abfindungsansprüche (zu letzteren BGH 17.3.2008 II ZR 45/06 Z 176, 43 = ZIP 2008, 778, 780 ff = NZG 2008, 391 = EWiR § 305 AktG 1/2008, 357 [*Goslar*] [EKU]; zur Höhe nach Insolvenzplan § 225a Rn 51 ff), der Anspruch auf rückständige Vergütung für Nebenleistungen (§ 61 AktG) oder eine Vorzugsdividende (§ 140 Abs 3 AktG; ausführlich *Hirte/Mock* ZInsO 2009, 1129 ff sowie unten Rn 168) sowie der Anspruch auf Zahlungen aus Anlass einer Kapitalherabsetzung (§ 222 Abs 3 AktG) bzw. des Entgelts bei einer (zwangsweisen) Einziehung von Aktien (§ 237 Abs 2 AktG) bzw. Geschäftsanteilen (§ 34 GmbHG). Nach § 225 Abs 2 AktG (ggf. iVm § 237 Abs 2 Satz 3 AktG) bzw. § 58 Abs 1 Nr 2 GmbHG gehen aber diejenigen Gesellschaftsgläubiger vor, deren Forderungen vor der Bekanntmachung der Eintragung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses begründet worden sind (*Kuhn* WM 1972, 1147 f). Eine Anmeldung dieser Ansprüche zur Tabelle ist daher zwar zulässig, aber im Allgemeinen zwecklos. Ein zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens **ausgetretener oder ausgeschlossener Gesellschafter** kann sein Abfindungsguthaben (§ 738 BGB analog) als Insolvenzgläubiger zur Tabelle anmelden; die Stundung einer solchen Forderung nach dem Ausscheiden kann aber deren Umqualifikation in eine einem Gesellschafterdarlehen gleichzustellende Forderung bewirken (*Philippi* BB 2002, 841, 844 f; dazu unten § 39 Rn 38).
- 145 **9. Einstellung und Aufhebung des Insolvenzverfahrens. a) Insolvenzzrechtliche Seite.** Das Insolvenzverfahren kann durch **Einstellung** oder **Aufhebung** enden. Die Aufhebung als Schlusspunkt eines ordnungsgemäß durchgeführten Verfahrens kommt nach der Schlussverteilung (§ 200 Abs 1) oder nach Bestätigung eines Insolvenzplans (§ 258 Abs 1) in Betracht; die Aufhebung darf dabei nicht mit der auf Rechtsmittel erfolgten Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses (dazu § 34 Abs 3) verwechselt werden. Eingestellt werden kann das Verfahren mangels Masse (§ 207), nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit (§ 211), wegen Wegfalls des Eröffnungsgrundes (§ 212) oder mit Zustimmung der Gläubiger (§ 213). Mit Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens gewinnt die juristische Person das Recht zur Verwaltung des und zur Verfügung über ihr insolvenzbehaftetes Vermögen zurück, da die Rechtswirkungen des § 80 entfallen; anders ist dies nur, wenn der Insolvenzplan eine Regelung nach § 263 enthält. Soweit die Gesellschaft durch die Verfahrenseröffnung aufgelöst wurde, bleibt sie allerdings im Liquidationsstadium, wenn kein Fortsetzungsbeschluss gefasst oder die juristische Person umgewandelt wird (dazu sogleich Rn 153 ff).

Der Insolvenzverwalter, der während des Insolvenzverfahrens sämtliche **Geschäftsunterlagen und 146**
Geschäftsbücher der Schuldner-Gesellschaft in Besitz zu nehmen und die Bücher zu verwalten hat, muss die Geschäftsbücher mit Blick auf seine Vollabwicklungspflicht (dazu sogleich Rn 148 ff) für die gesamte gesetzliche Aufbewahrungsfrist aufbewahren bzw. aufbewahren lassen (näher § 36 Rn 49; abw. 12. Aufl Rn 146).

Auch die Einstellung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens sind von Amts wegen in das Handels-, 147
Genossenschafts- und Vereinsregister **einzutragen** (§ 32 Abs 1 Satz 2 Nr 4 HGB, § 102 Abs 1 Satz 2 Nr 4 GenG, § 75 Abs 1 Satz 2 Nr 4 BGB). Eine vorherige Beendigung des Insolvenzverfahrens ist allerdings keine Voraussetzung, um gewerbe- oder berufsrechtliche Maßnahmen oder Sanktionen zu ergreifen, die auf einen Vermögensverfall gestützt sind (BGH 20.11.2006 NJW 2007, 1287 [zur Zulässigkeit der Amtsenthebung eines Notars wegen Vermögensverfalls trotz noch laufenden Insolvenzverfahrens]; dazu ausführlich unten § 35 Rn 270 ff [zum Gewerberecht], Rn 290 ff [zum Berufsrecht]).

b) Grundsatz der gesellschaftsrechtlichen Vollabwicklung. Für das weitere Vorgehen ist bestimmend, dass das Insolvenzverfahren nach heutigem Recht auf eine (auch gesellschaftsrechtliche) Vollabwicklung ausgerichtet ist. Die dies ursprünglich statuierende Norm des § 1 Abs 2 Satz 3 RegE wurde im Gesetzgebungsverfahren zwar gestrichen; gleichwohl leitet die ganz herrschende Meinung dieses Ziel auch aus der Gesetz gewordenen Fassung der InsO ab (KP-*Noack* GesellschaftsR Rn 85 ff; *Karsten Schmidt* KS-InsO, 2. Aufl 2000, S 1199, 1208; ausf *H.-F. Müller* Der Verband in der Insolvenz, S 13 ff und *passim*). Verwiesen wird dabei insbesondere auf § 199 Satz 2, nach dem *der Verwalter* jeder am Schuldner beteiligten Person den Teil des Überschusses herauszugeben hat, der ihr bei einer Abwicklung außerhalb des Insolvenzverfahrens zustünde (*Schlinder* ZIP 2007, 1937). Das bedeutet zunächst, dass mit Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens die gesellschaftsrechtliche Abwicklung einzuleiten ist und die Geschäftsleiter nunmehr auch zu Abwickeln werden (zur Lage vorher oben Rn 120); sie sind daher grundsätzlich auch zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden (§ 265 Abs 1 AktG, § 67 Abs 1 GmbHG, § 84 Abs 1 Satz 1 GenG, § 76 Abs 1 Satz 1 BGB).

Eine Abwicklung kommt aber praktisch nur dann in Betracht, wenn nach der Schluss- oder gegebenenfalls Nachtragsverteilung (§§ 196, 203) noch Mittel übrig sind. Dabei sind auch Gesellschafterdarlehen zuvor zu bedienen (§ 39 Abs 1 Nr 5; dazu *Noack*, FS Claussen [1997], S 307, 312). Ist – wie im Regelfall – kein Vermögen mehr vorhanden, wird man auf die Bestellung von Abwicklern aber verzichten und dem Insolvenzverwalter gestatten können, das Registergericht auf die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft hinzuweisen (KP-*Noack* GesellschaftsR Rn 413). Dieses kann dann nach § 394 Abs 1 Satz 2 FamFG (früher § 141a Abs 1 Satz 2 FGG) die Gesellschaft im entsprechenden Register löschen und damit ihre Vollbeendigung herbeiführen.

Ist – ausnahmsweise – noch Vermögen vorhanden, ist dieses Restvermögen und etwaiges insolvenzfreies 150
Vermögen vom Insolvenzverwalter nach Maßgabe der §§ 264 ff AktG, §§ 66 ff GmbHG, §§ 83 ff GenG, § 45 BGB zu liquidieren. Es ist sodann nach den gesetzlichen und satzungsmäßigen Vorschriften unter den Mitgliedern oder an die in der Satzung bestimmten Dritten zu verteilen (§ 271 AktG, § 72 GmbHG, § 91 GenG, § 45 BGB). Die Kosten dieser Verteilung gehen vorbehaltlich abweichender vertraglicher Regelung zu Lasten des Restvermögens der Gesellschaft (überzeugend KP-*Noack* GesellschaftsR Rn 89). Auf die Bekanntmachungen nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften (§ 267 AktG, § 65 Abs 2 Satz 2 GmbHG, § 82 Abs 2 Satz 2 GenG, § 50 BGB) kann dabei im Hinblick auf die vorgängigen insolvenzrechtlichen Bekanntmachungen verzichtet werden (KP-*Noack* GesellschaftsR Rn 414). Der Beginn des der Vermögensverteilung vorgeschalteten Sperrjahrs (§ 272 Abs 1 AktG, § 73 Abs 1 GmbHG, § 90 Abs 1 GenG, § 51 BGB) sollte im Hinblick auf die Publizität des Eröffnungsbeschlusses und die mit ihm ebenfalls verbundene Aufforderung zur Gläubigeranmeldung (§ 28) mit dem Eröffnungsbeschluss (§ 27) beginnen (etwas weitergehend *Noack* ebda.).

c) Erlöschen der juristischen Person. Eine **juristische Person erlischt** mit der Ausschüttung der 151
Masse, sofern sie im Handels-, Genossenschafts- oder Vereinsregister gelöscht wurde und tatsächlich kein Vermögen mehr besitzt. Stellt sich nachträglich heraus, dass sie noch Vermögen besitzt, gilt sie als fortbestehend auch dann, wenn das Insolvenzverfahren mangels Masse eingestellt worden ist (§ 207). Ihr Fortbestehen wird aber nur für Liquidationszwecke fingiert und ermöglicht nicht etwa eine Fortsetzung der verbenden juristischen Person, etwa durch Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses.

Findet sich nach der Aufhebung im Anschluss an die Schlussverteilung (§ 200) oder nach der Einstellung 152
des Insolvenzverfahrens mangels Masse (§ 207) noch insolvenzbefangenes Vermögen, so ist eine **Nachtragsverteilung** nach §§ 203 ff vorzunehmen. Hatte im Anschluss an das Insolvenzverfahren eine gesellschaftsrechtliche Liquidation stattgefunden oder ist sie im Hinblick auf die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft unterblieben, kann auf Antrag eines Beteiligten eine **Nachtragsliquidation** stattfinden, wenn sich noch Vermögenswerte finden (§§ 264 Abs 2, 290 Abs 3 AktG, § 66 Abs 5 GmbHG, § 83 Abs 5 GenG).

10. Fortsetzung und Umwandlung der juristischen Person in der Insolvenz. a) Fortsetzung 153
der juristischen Person. Die Haupt-, Gesellschafter- oder Mitgliederversammlung kann aber nach § 274 Abs 2 Nr 1 AktG, § 60 Abs 1 Nr 4 GmbHG, § 117 Abs 1 Satz 1 GenG, § 42 Abs 1 Satz 2 BGB die Fortsetzung der juristischen Person beschließen, wenn das Insolvenzverfahren auf Antrag der juristischen Person eingestellt (§§ 212, 213) oder nach der Bestätigung eines Insolvenzplans, der den Fortbestand der juristischen Person vorsieht (§ 258 Abs 1), aufgehoben worden ist (dazu *Halm/Linder* DStR 1999, 379 f; *Heckschen* DB 2005, 2675, 2676). Zusätzliche Voraussetzung dafür ist im Aktienrecht, dass noch nicht mit der Verteilung des (Rest-)Vermögens an die Gesellschafter begonnen wurde (§ 274 Abs 1 Satz 1 AktG);

§ 11

Zulässigkeit des Insolvenzverfahrens

im GmbH-Recht gilt dies entsprechend (OLG Schleswig 1.4.2014 2 W 89/13 ZIP 2014, 1428 f = NZI 2014, 625 = NZG 2014, 698 = ZInsO 2014, 1449: nicht mehr nach der Schlussverteilung [n. rkr.]; *Hirte* KapGesR Rn 7.28). Ein Insolvenzplan „sieht“ den Fortbestand der juristischen Person „vor“, wenn in seinem darstellenden Teil (§ 220) auf den von der Haupt-, Gesellschafter- oder Mitgliederversammlung zu fassenden Fortsetzungsbeschluss als Grundlage des Plans (§ 220 Abs 2) hingewiesen wird (KP*B-Otte* § 220 Rn 10). Möglich ist aber auch, die Bestätigung des Insolvenzplans unter die Bedingung zu stellen (§ 249), dass zuvor ein Fortsetzungsbeschluss gefasst wird, der seinerseits bis zur Bestätigung des Plans schwebend unwirksam ist (*Heckschen* DB 2005, 2675, 2676; KP-*Noack* GesellschaftsR Rn 121, 418).

- 154 Umstritten ist, ob eine Fortsetzung auch in anderen Fällen insolvenzrechtlicher Verfahrensbeendigung möglich ist, nämlich bei **Aufhebung** nach § 200 nach Abhaltung des Schlusstermins oder bei **Einstellung** des Verfahrens mangels Masse nach § 207 (ablehnend OLG Köln 1.2.1958 NJW 1959, 199 = KTS 1958, 175; *Baumbach/Hueck/Haas* § 60 GmbHG Rn 96; *Hofmann* GmbHR 1975, 217, 226; für eine Fortsetzungsmöglichkeit bei Beseitigung der rechnerischen Überschuldung *Scholz/Karsten Schmidt* vor § 64 GmbHG Rn 89; abw. *GroßKomm/Casper* § 60 GmbHG Rn 148). Entscheidend ist auch hier, dass ein mindestens die Schulden deckendes Vermögen vorhanden sein muss (*Erle* GmbHR 1997, 973, 978 f; abw. RG 25.10.1927 Z 118, 337, 340, das zusätzlich noch die Unversehrtheit des satzungsmäßigen Stammkapitals gefordert hatte). Wird dieses – von den Mitgliedern oder von Dritten – zugeführt, steht der Möglichkeit einer Fortsetzung nichts entgegen. Ansonsten ist das Restvermögen zu versilbern, um es unter die Gläubiger zu verteilen. Eine wirtschaftliche Neugründung (dazu BGH 9.12.2002 II ZB 12/02 Z 153, 158 = ZIP 2003, 251 = DStR 2003, 298 [*Goette*]; *Hirte* KapGesR Rn 2.47) ist in einem solchen Vorgehen solange nicht zu sehen, wie nicht zugleich die Gesellschafter wechseln.
- 155 Ebenso umstritten ist, ob eine Fortsetzung durch Gesellschafterbeschluss möglich ist, wenn die juristische Person nach **rechtskräftigem Abweisungsbeschluss** nach § 26 aufgelöst worden ist (§ 394 Abs 1 Satz 2 FamFG [früher § 141a Abs 1 Satz 2 FGG]) (gegen Fortsetzungsmöglichkeit BGH 8.10.1979 Z 75, 178, 180 = NJW 1980, 233 [AG]; KG 1.7.1993 ZIP 1993, 1476 = EWiR 1/93, 893 [*Winkler*]; BayObLG 14.10.1993 Z 94, 341 = NJW 1994, 594 = KTS 1994, 193; *Halm/Linder* DStR 1999, 379, 380; *Henrichs* ZHR 159 [1995], 593, 608 [bei analoger Anwendung der Gründungsvorschriften und registergerichtlicher Überprüfung]; abw. LG Berlin 12.3.1971 BB 1971, 759, 760; KP-*Noack* GesellschaftsR Rn 99; *Uhlenbruck* KS-InsO, 2. Aufl 2000, S 1157, 1171). Entscheidend ist auch hier, dass die aufgelöste Kapitalgesellschaft für die Fortsetzung mindestens den Insolvenzgrund beseitigt (ebenso *Heckschen* DB 2005, 2675, 2676 f). Eine Fortsetzung soll nach überwiegender Ansicht schließlich dann ausscheiden, wenn die juristische Person wegen **Vermögenslosigkeit** nach § 394 Abs 1 Satz 1 FamFG (früher § 141a Abs 1 Satz 1 FGG) im Register gelöscht worden ist (gegen Fortsetzungsmöglichkeit OLG Düsseldorf 13.7.1979 GmbHR 1979, 227; OLG Köln 22.2.2010 2 Wx 18/10 ZIP 2010, 1183, 1184 f = NZG 2010, 507 = NZI 2010, 409 = ZInsO 2010, 682 = DStR 2010, 820 = EWiR § 60 GmbHG 1/10, 457 [*Blasche*]; *Baumbach/Hueck/Haas* § 60 GmbHG Rn 30; *GroßKomm/Casper* § 60 GmbHG Rn 152; *Halm/Linder* DStR 1999, 379, 381 f; abw. RG 12.10.1937 Z 156, 23, 27; *Erle* GmbHR 1997, 973, 981). Auch hier kann nichts anderes gelten. Ein ausreichender Vermögensbestand wird allerdings in der Praxis nur dann anzutreffen sein, wenn sich nach Durchführung des Lösungsverfahrens bislang unbekannte Vermögenswerte finden. Selbst wenn man die Möglichkeit einer Fortführung verneint, bedeutet dies allerdings nicht, dass bei etwa doch noch vorhandenem Vermögen auch die Insolvenzfähigkeit zu verneinen ist. Verneint man die Fortführungsmöglichkeit, ist es den Mitgliedern (Gesellschaftern) auch in jedem Fall unbenommen, noch während des Insolvenzverfahrens bzw. vor Rechtskraft des Beschlusses über die Ablehnung der Eröffnung des Verfahrens mangels Masse (§ 26) der juristischen Person neues Kapital zuzuführen, um damit den Insolvenzgrund oder die Vermögenslosigkeit zu beseitigen.
- 156 **b) Umwandlung der juristischen Person.** Statt der Fortsetzung ist auch eine Umwandlung der juristischen Person möglich (ausführlich, auch zu den Umwandlungsmöglichkeiten außerhalb des Insolvenzverfahrens, *Heckschen* DB 2005, 2283 ff; *ders.* DB 2005, 2675 ff; *ders.* FS Widmann, 2000, S 31 ff; *ders.* ZInsO 2008, 824 ff; *Limmer* KS-InsO S 859 ff § 27). In Betracht kommen dürfte dabei in erster Linie eine Verschmelzung mit einem anderen oder auf einen anderen Rechtsträger (zu den bei diesem auftretenden Problemen bei der Kapitalaufbringung *Limmer* KS-InsO S 859, 1228 f § 27 Rn 27 f) sowie ein Formwechsel. Ausreichende Voraussetzung dafür ist nach § 3 Abs 3 UmwG bei einem *übertragenden* Rechtsträger, dass die Fortsetzung der juristischen Person „beschlossen werden könnte“ (Hervor. v. Verf; vgl. auch *Heckschen* DB 2005, 2283, 2284); gleiches gilt nach § 191 Abs 3 UmwG für den Formwechsel. Damit sollen vor allem Verschmelzungen zum Zwecke der Sanierung erleichtert werden (*Pfeifer* ZInsO 1999, 547, 549). Es bedarf daher vor der Beschlussfassung über die Umwandlung und ihrer Eintragung keines Fortsetzungsbeschlusses; denn dieser ist als im Umwandlungsbeschluss mit enthalten anzusehen. Dazu bedarf es zuvor einer Aufhebung des Insolvenzverfahrens (*Heckschen* DB 2005, 2283, 2284; *Lutter/Lutter/Drygala* § 3 UmwG Rn 19; andernfalls wäre im Hinblick auf die Kompetenzüberlagerung der Gesellschaftsorgane in jedem Fall eine Zustimmung des Insolvenzverwalters erforderlich). Voraussetzung eines Umwandlungsbeschlusses ist nicht, dass das Stammkapital der Gesellschaft unversehrt geblieben oder wieder eingezahlt worden ist (so noch RG 25.10.1927 Z 118, 337, 340 f), sondern dass es an einer Überschuldung fehlt, die eine Pflicht zur Insolvenzantragstellung begründen würde (BayObLG 4.2.1998 NJW-RR 1998, 902 = ZIP 1998, 739 = EWiR § 3 UmwG 2/98, 515 [*Kiem*]; str.; für Unzulässigkeit einer Umwandlung, wenn eine Fortsetzung nicht mehr beschlossen werden kann, KG 22.9.1998 NJW-RR 1999, 475; weiter demgegenüber OLG Stuttgart 4.10.2005 NZG 2006, 159 = ZIP 2005, 2066 f = EWiR § 120 UmwG 1/05, 839 [*Heckschen*]; selbst insolvenzrechtlich relevante Überschuldung schadet

nicht, wenn sie nicht zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens geführt hat). Hinzu kommt, dass Defizite des umwandlungsrechtlichen Gläubigerschutzes im Falle einer tatsächlich eintretenden Insolvenz durch die Möglichkeit der Insolvenzanfechtung ausgeglichen werden (unten § 129 Rn 396 ff). Die Privilegierung des § 3 Abs 3 UmwG gilt aber nach dem Gesetz nicht für den *übernehmenden* Rechtsträger, da es dort sonst entgegen der Intention des Gesetzgebers zu reinen Abwicklungsfusionen käme (OLG Naumburg 12.2.1997 EWiR § 3 UmwG 1/97, 807 [Bayer]; AG Erfurt 25.10.1995 RPflegler 1996, 163; Lutter/Lutter/Drygala § 3 UmwG Rn 23; krit. Heckschen DB 2005, 2283, 2284; ders. ZInsO 2008, 825, 826 f; Pfeifer ZInsO 1999, 547, 549 f; abw. Bayer ZIP 1997, 1613, 1614). Dieser Ansatz des Gesetzes ist allerdings nur begrenzt zutreffend: denn wirtschaftlich ist es völlig gleichwertig, ob die insolvente auf eine gesunde oder eine gesunde auf eine insolvente Gesellschaft verschmolzen wird (ebenso Heckschen DB 2005, 2283, 2284; Pfeifer ZInsO 1999, 547, 550). Um Abwicklungsfusionen zu verhindern, ist es erforderlich und genügend, dass der insolvente übernehmende Rechtsträger durch die Beteiligung an der Umwandlungsmaßnahme nicht insolvent bleibt. In allen Fällen der Umwandlung einer juristischen Person kann sie wie deren Fortsetzung aber jedenfalls – und nach Auffassung der Rechtsprechung bei einem übernehmenden Rechtsträger nur – nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach § 200, bei Einstellung nach §§ 212, 213 oder nach Bestätigung eines Insolvenzplans, der den Fortbestand der juristischen Person vorsieht, beschlossen werden (Limmer KS-InsO S 859, 894 f § 27 Rn 79 f).

Umwandlungsmaßnahmen können seit Inkrafttreten des ESUG nach § 225a Abs 3 auch im **Insolvenz-** 157
plan vorgesehen werden (Andres/Leithaus-Andres § 225a Rn 9; MK-Eidenmüller § 225a Rn 97 ff). Die frühere Lösung, nach der in einem bedingten Insolvenzplan (§ 249) eine Umwandlung zur Voraussetzung der Bestätigung eines Insolvenzplans gemacht werden konnte, ist gleichwohl weiterhin denkbar (dazu 13. Aufl Rn 157 und unten Rn 161). Nach Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (§ 26), nach Einstellung des Verfahrens mangels Masse (§ 207) oder bei Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach § 394 FamFG (früher § 141a FGG) kommt eine Umwandlung demgegenüber nur dann in Betracht, wenn man auch eine Fortsetzungsmöglichkeit bejaht.

11. Insolvenzzplan. In einem Insolvenzzplan können nach § 217 die Befriedigung der absonderungs- 158
berechtigten Gläubiger und der Insolvenzgläubiger, die Verwertung der Insolvenzmasse und deren Verteilung an die Beteiligten sowie die Haftung des Schuldners nach Beendigung des Insolvenzverfahrens abweichend geregelt werden.

a) Vorlagerecht. Zur Vorlage eines Insolvenzzplans, die mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenz- 159
verfahrens verbunden werden kann, ist neben dem Insolvenzverwalter der Schuldner berechtigt (§ 218 Abs 1). Als juristische Person wird er dabei von seinen gewöhnlichen Vertretungsorganen vertreten; auch etwaige funktionelle Beschränkungen ihrer Vertretungsmacht finden Anwendung. Nicht zur Vorlage berechtigt sind die Gesellschafter oder Mitglieder einer juristischen Person, wie dies noch in § 255 Abs 1 Nr 2 RegE vorgeschlagen worden war. Im Innenverhältnis können freilich die Gesellschafter oder ein etwa vorhandener Aufsichtsrat zu beteiligen sein (zur Beteiligung des Aufsichtsrats Noack Der Aufsichtsrat in der Insolvenz der Kapitalgesellschaft [2003], S 30). Eine solche Beteiligung ist jedoch im Falle der Eigenverwaltung aufgrund der Vorschrift des § 276a ausgeschlossen (MK-Eidenmüller § 218 Rn 81; zum Regelungsgedanken des § 276a auch Klöhn NZG 2013, 81 ff; Ströhm/Längsfeld NZI 2013, 271 ff).

b) Beteiligte. Mit dem Instrument des Insolvenzzplans kann nur die Rechtsstellung der „Beteiligten“ 160
gegenüber der gesetzlichen Lösung geändert werden. Dazu zählt das Gesetz, wie sich aus §§ 221, 217, 222–226 ergibt, zunächst nur die Insolvenzgläubiger einschließlich der absonderungsberechtigten und nachrangigen sowie – seit Inkrafttreten des ESUG – die Anteilsinhaber. Der Schuldner selbst – hier also die juristische Person – ist zum einen als Vorlageberechtigter (§ 218 Abs 1) und in Bezug auf seine Haftung (§§ 217, 227 Abs 1) beteiligt. An der Abstimmung über den Plan (§§ 235 ff) wirkt er aber nicht mit; allerdings verfügt er über das Widerspruchsrecht des § 247. Die Gesellschafter des Schuldners konnten vor Inkrafttreten des ESUG aufgrund dieser bewussten Entscheidung der InsO (dazu KP-Noack GesellschaftsR Rn 104; Noack FS Zöllner [1998] S 411, 416 f; Karsten Schmidt KS-InsO, 2. Aufl 2000, S 1199, 1212) nicht am Insolvenzzplanverfahren beteiligt werden, da **gesellschaftsrechtliche Maßnahmen durch einen Insolvenzzplan** nicht unmittelbar herbeigeführt werden konnten (kritisch Eidenmüller ZGR 2001, 680, 688). Da derartige Maßnahmen in vielen Fällen gleichwohl notwendig sind, verschaffte diese Lage den Gesellschaftern eine relativ starke Position (zu den Folgerungen Noack FS Zöllner [1998] S 411, 420 ff; kritisch KPB-Otte § 217 Rn 60; Uhlenbruck KS-InsO, 2. Aufl 2000, S 1157, 1174 f). Nach den durch das ESUG eingeführten §§ 217 Satz 2, 225a können nunmehr auch die Rechte der Anteilsinhaber zum Gegenstand des Insolvenzzplans gemacht werden. Im Plan kann jede Regelung getroffen werden, die gesellschaftsrechtlich zulässig ist (§ 225a Abs 3). Sofern dies geschieht, bilden die Anteilsinhaber als Beteiligte am Insolvenzzplanverfahren eine eigene Gruppe (§ 222 Abs 1 Satz 2 Nr 4).

Vor Inkrafttreten des ESUG konnte das Planverfahren nur indirekt auf die gesellschaftsrechtlichen 161
Verhältnisse einwirken. Möglich war nämlich (und ist auch weiterhin), einen **bedingten Plan** (§ 249) zu beschließen. Dessen Bestätigung kann davon abhängig gemacht werden, dass die Gesellschafter bestimmte in ihrer Zuständigkeit liegende Maßnahmen vornehmen. Dazu gehören etwa eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse, Satzungsänderungen und Kapitalmaßnahmen oder eine Umwandlung; derartige Entscheidungen können unter der (Rechts-)Bedingung der Bestätigung des Insolvenzzplans gefasst werden, doch können sich die Gesellschafter auch bloß schuldrechtlich verpflichten, die entsprechenden Beschlüsse nach Bestätigung des Insolvenzzplans zu fassen (zu dieser Möglichkeit KP-Noack GesellschaftsR Rn 129 a. E.; zu den besonderen Problemen bei einer Umwandlung oben Rn 156 f). Bei den gesellschaftsrecht-

§ 11

Zulässigkeit des Insolvenzverfahrens

lichen Entscheidungen kann sich unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht eine Zustimmungspflicht der Gesellschafter ergeben (BGH 19.10.2009 II ZR 240/08 Z 183, 1 Tz 24 ff = ZIP 2009, 2289, 2291 f = NJW 2010, 65 = NZG 2009, 1347 = NZI 2009, 907 = ZInsO 2009, 2257 = DStR 2009, 2495 = EWiR § 707 BGB 2/09, 739 [Arnbrüster]; BGH 25.1.2011 II ZR 122/09 ZIP 2011, 768, 771 Tz 22 f = NJW 2011, 1667 = NZG 2011, 510 = DStR 2011, 823 = EWiR § 735 BGB 1/11, 417 [Binkowski] [mit Blick auf die konkrete Gestaltung des Gesellschaftsvertrages i. c. verneinend; zuvor für das Aktienrecht BGH 20.3.1995 Z 129, 136 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = ZIP 1995, 1416 [Ls.] [Gerd Müller] = EWiR § 135 AktG 1/95, 525 [Rittner] [Girmes]; dazu auch Eidenmüller ZGR 2001, 680, 687). Doch ist hier Vorsicht angebracht: denn die Möglichkeit der Beendigung ihres Investments durch (insolvenzmäßige) Liquidation darf den Gesellschaftern nicht entzogen werden.

- 162 c) Planinhalt.** Der Insolvenzplan unterscheidet zwischen dem darstellenden und dem gestaltenden Teil (§ 219 Satz 1). Im **darstellenden Teil** sind die Maßnahmen zu beschreiben, die nach Verfahrenseröffnung getroffen worden sind oder noch getroffen werden sollen, um die Grundlagen für die geplante Gestaltung der Rechte der Beteiligten zu schaffen (§ 220 Abs 1; zu Einzelheiten und möglichen Ergänzungen im Falle des § 229 unten § 220 und § 229).
- 163** Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen können heute auch unmittelbar durch den Plan gestaltet werden (§ 225a Abs 3). Zudem können sie weiterhin – insbesondere beim bedingten Plan (§ 249) – nur eine Voraussetzung für die erfolgreiche Umsetzung des Plans sein (vgl. oben Rn 160).
- 164** Im **gestaltenden Teil** können nach § 225a Maßnahmen vorgesehen werden, die die gesellschaftsrechtliche Organisation unmittelbar berühren. Nach § 225a Abs 2 Satz 1 kann insbesondere vorgesehen werden, dass Forderungen von Gläubigern in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am Schuldner umgewandelt werden (sog. **Debt-Equity-Swap**). Darüber hinaus kann der Plan **sämtliche gesellschaftsrechtlich zulässige Maßnahmen** regeln (§ 225a Abs 3), insbesondere die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft, die Übertragung von Anteilsrechten, Satzungsänderungen, Bezugsrechtsausschlüsse und Umwandlungsvorgänge (*Hirte/Knof/Mock* Das neue Insolvenzrecht nach dem ESUG, 2012, Einf. S 25 ff; *MK-Eidenmüller* § 225a Rn 82 ff mwN). Im Übrigen können mit Bestätigung des Insolvenzplans – nach wie vor – sowohl unmittelbar wirkende (sachenrechtliche) Änderungen vorgesehen wie auch bloß schuldrechtliche Abreden aufgenommen werden.
- 165** Als weiterer Inhalt des gestaltenden Teils kommt zunächst ein **vergleichsweiser Verzicht** der Gläubiger auf einen Teil der Verbindlichkeiten des Unternehmensträgers in Betracht. In diesem Fall bleibt der insolvente Unternehmensträger daher nach Abschluss des Insolvenzverfahrens bestehen (zum gesetzlichen Normalfall oben Rn 148 ff). Das ist dann von Interesse, wenn der Unternehmensträger über spezielles Wissen oder an ihn gebundene persönliche Konzessionen verfügt, die im Falle einer Auflösung der juristischen Person untergehen würden (*KP-Noack* GesellschaftsR Rn 103). Im Gegenzug wird aber von den Gläubigern typischerweise eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung und/oder Beteiligung an dem bestehen bleibenden Rechtsträger verlangt werden.
- 166** Von besonderer Bedeutung ist auch die Möglichkeit, im Rahmen eines Insolvenzplans eine „**übertragende Sanierung**“ vorzusehen. Dabei werden das Unternehmen oder Unternehmensteile als Ganzes auf einen neuen Rechtsträger übertragen und der Erlös an die Gläubiger ausgekehrt. Eine derartige Verwertung käme zwar auch im gesetzlichen Insolvenzverfahren in Betracht (vgl. oben Rn 18), kann aber auf der Grundlage eines Insolvenzplans deutlich flexibler gestaltet werden; insbesondere können die Gläubiger stärkeren Einfluss nehmen (*KP-Noack* GesellschaftsR Rn 103).
- 167** Forderungen aus **Gesellschafterdarlehen** bilden nachrangige Insolvenzforderungen (§ 39 Abs 1 Nr 5). Sie gelten daher, solange im Insolvenzplan nichts besonderes bestimmt wird, nach § 225 Abs 1 als erlassen; anders ist die Lage daher dann, wenn der Insolvenzplan die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehensforderungen vorsieht oder – nach Sinn und Zweck der Regelung – wenn ausreichend Vermögen auch zur Befriedigung nachrangiger Gläubiger vorhanden ist (*KP-Noack* GesellschaftsR Rn 206). Zur Abstimmung sind die Inhaber der als erlassen geltenden Gesellschafterdarlehensforderungen nur dann berechtigt, wenn das Insolvenzgericht zur Anmeldung dieser Forderungen ausdrücklich aufgefordert hat, sie angemeldet wurden und weder vom Insolvenzverwalter noch von einem anderen stimmberechtigten Gläubiger bestritten wurden (§ 237 Abs 1 Satz 1 iVm §§ 77 Abs 1 Satz 1, 174 Abs 3 Satz 1; dazu *KP-Noack* GesellschaftsR Rn 212). Schwierigkeiten bestehen hinsichtlich der Abstimmung aber dann, wenn zwar die soeben genannten Voraussetzungen für ein grundsätzliches Stimmrecht vorliegen, die Forderung aber durch Nichtaufnahme in den Plan beeinträchtigt wird (§ 225 Abs 1). Die Ausschlussklausel des § 237 Abs 2 greift hier nicht ein; auch eine obligatorische Gruppenbildung ist nach § 222 Abs 1 Satz 2 Nr 3 bei Nichtaufnahme in den Plan ausgeschlossen. Nicht ganz klar ist, *wie* in diesem Fall die Gläubiger von Gesellschafterdarlehensforderungen abstimmen sollen. Aus § 222 Abs 1 Satz 2 Nr 3 könnte man ableiten, dass sie, da ihre Forderungen nach § 225 Abs 1 als erlassen gelten, nicht stimmberechtigt sind; andererseits könnte man die Norm auch bloß als Anordnung einer zwingenden Gruppenbildung ansehen, die eine bloß fakultative Gruppenbildung in den übrigen Fällen nicht ausschließt (so *KP-Noack* GesellschaftsR Rn 213). Dafür spricht auch die Regelung des § 246 Abs 1. Denn warum soll nach dieser Norm die Zustimmung als erteilt gelten, wenn § 222 Abs 1 Satz 2 Nr 3 einer fakultativen Gruppenbildung entgegensteht, den nachrangigen Gläubigern mangels Gruppe also überhaupt kein Stimmrecht zusteht? Richtig erscheint daher, § 222 Abs 1 Satz 2 Nr 3 so zu lesen, dass im Falle der Erlasswirkung des § 225 Abs 1 nur die Differenzierung nach den einzelnen Rangklassen nachrangiger Insolvenzgläubiger entbehrlich wird, nicht aber die Gruppenbildung für die nachrangigen Gläubiger insgesamt; das stünde jedenfalls im Einklang mit der im Gesetzgebungsverfahren vereinfachten Fassung des § 222 Abs 1 Satz 2 Nr 3 (Begr