

## Die Gesellschafterstellung in der Insolvenz

von  
Dr. Wolfram Prusko

1. Auflage

Die Gesellschafterstellung in der Insolvenz – Prusko

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Gesamtdarstellungen](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 65265 3

Effekte der Ungewissheit zu mildern, die eine zukunftsorientierte Bewertung der künftigen Entwicklung als allenfalls beste Schätzung mit sich bringt.<sup>957</sup> Diese sind Grundlage für Verhandlungen zwischen den Beteiligten. Auf diesem Weg lässt sich zudem abschätzen, ob der Insolvenzplan eine Besserstellung gegenüber der Liquidation bewirkt.

### bb) Vermeidung von Informationsasymmetrie

Eine Gleichstellung der Gesellschafter mit der Informationslage der Gläubiger ist im Sinne eines fairen Verfahrens durch Vermeidung einer Informationsasymmetrie<sup>958</sup> zu ermöglichen. Das Insolvenzverfahren verfolgt den Zweck, durch Offenlegung von entscheidungsrelevanten Informationen Informationsasymmetrien zwischen den Beteiligten zu beseitigen.<sup>959</sup> Zwischen den Beteiligten wird so „*informationelle Waffen-Gleichheit*“<sup>960</sup> hergestellt, um einen Wettbewerb um die beste Verwertungsform zu stimulieren. Das Risiko der Obstruktion wird durch die Möglichkeit von Information, Diskussion und Änderungen vermindert.<sup>961</sup> Normativ lässt sich der verfahrensrechtliche Gleichlauf mit den Rechten von Gläubigern durch die Vorstellung legitimieren, dass im Hinblick auf die Vermögensverwertung kein wesensmäßiger Unterschied zum Fremdkapital besteht.<sup>962</sup>

Der Insolvenzplan steht allen Beteiligten am Insolvenzverfahren, somit insbesondere allen Gläubigern, offen zur Einsicht (§ 234 InsO).<sup>963</sup> Anteilsinhaber haben demgegenüber grundsätzlich keine speziellen Informationsrechte im Insolvenzverfahren. Es fehlt am rechtlichen Interesse.<sup>964</sup> Diese Informationsasymmetrie gilt es zu verhindern. Sowohl der Zugang zu den Informationen des Berichtstermins als auch das Einsichtsrecht in den niedergelegten Insolvenzplan (§ 234 InsO) sind zugunsten der Anteilseigner in Betracht zu ziehen. Im Berichtstermin können die Gläubiger über die Fortführung oder Stilllegung des Betriebs entscheiden. Dies erfolgt auf Grundlage eines Lageberichts des Insolvenzverwalters (§ 156 Abs. 1 InsO).<sup>965</sup> Je nach Gesellschaftsform werden den Gläubigern somit Informationen zuteil, auf welche die Anteilseigner aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Informationsrechte und deren Grenzen vorab keinen Zugriff hatten. Insbesondere in der Aktiengesellschaft mit großem Gesellschafterkreis haben Aktionäre regelmäßig kein detailliertes und umfassendes Bild über die Geschäftszahlen.<sup>966</sup>

<sup>957</sup> Jackson (1986), S. 197.

<sup>958</sup> Vgl. oben Abschnitt § 1.I.2.a).

<sup>959</sup> Balz (1988), S. 276.

<sup>960</sup> Sassenrath (2003), S. 1527; zur Informationskonkurrenz vgl. oben Abschnitt § 1.II.2.b).

<sup>961</sup> Rattunde (2003), S. 599.

<sup>962</sup> Vgl. Begründung zum KredReorgG BT-Drs. 17/3024, S. 50: „*Die wirtschaftlichen Interessen der Anteilsinhaber und der Gläubiger sind für Reorganisationsbemühungen weitgehend gleichlaufend, da sowohl Eigen- als auch Fremdkapital der Finanzierung der Gesellschaft dienen und in der Reorganisation einen Beitrag leisten können.*“

<sup>963</sup> Im Rahmen einer Interessenabwägung kann das Insolvenzgericht den Umfang der einzusehenden Inhalte beschränken, wenn etwa durch die Offenlegung von Betriebsgeheimnissen die Befriedigung der Gläubiger gefährdet wird; vgl. Breuer (2008), Rz. 7.

<sup>964</sup> Breuer (2008), Rz. 6; Schuster/Friedrich (2009), S. 2421.

<sup>965</sup> Dazu Frege/Keller/Riedel (2008), Rz. 1369 ff.

<sup>966</sup> Vgl. oben Abschnitt § 1.II.1.b)aa); insbesondere Fn. 117.

## b) Mitwirkungsrechte

Zu einer Verbesserung der Stellung aus Sicht der Gesellschafter führt ferner eine institutionalisierte Möglichkeit der Verhandlungsrepräsentation und -partizipation. Tatsächlich kann eine solche Einbindung durch einen eigenen Ausschuss der Anteilseigner während des Insolvenzverfahrens sowie die Mitwirkung des einzelnen Gesellschafters am Zustandekommen der Gestaltungswirkung eröffnet werden.

### aa) Mitwirkung am Verhandlungsprozess

Mitwirkungsrechte sind entscheidend in der Phase der Verhandlung über den Insolvenzplan. Hier wird die Grundlage gelegt für die anschließende Rechtsgestaltung durch den Insolvenzplan.<sup>967</sup> Die Wahrnehmung von Mitwirkungsrechten hat positive Effekte hinsichtlich der zu findenden und einmal gefundenen Lösung.<sup>968</sup> Sollen die Beteiligten nach Abschluss eines Verfahrens gebunden werden, erhöht die Teilnahme daran die Selbstbindung der Akteure. In einem als Verfahren konzipierten Umfeld werden die Komplexität möglicher Handlungsvarianten schrittweise reduziert<sup>969</sup> und der Einigungsdruck hinsichtlich der verbleibenden Varianten erhöht.<sup>970</sup> Mit fortschreitendem Verfahren erlegen sich die Akteure eine Selbstbindung auf, die auch auf die Gesellschafter zu erstrecken ist.<sup>971</sup> Mögliche Widerstände der Anteilseigner können durch ein Mitwirkungsrecht in einem frühen Stadium in das Plangeschehen eingebracht und so kanalisiert werden.<sup>972</sup> Erforderlichkeit und Reichweite eines hoheitlichen Eingriffs lassen sich so reduzieren.

Ohne die Einbindung der Gesellschafter selbst wird eine solche Mitwirkung nicht sichergestellt. Alleine durch die mögliche Mitwirkung des Schuldners bzw. die Personen des Managements sind die Gesellschafter nicht bereits hinreichend repräsentiert, da ein Gleichlauf der Interessen nicht sichergestellt ist. Die Anreize der Geschäftsleiter können vom Interesse der Anteilseigner abweichen: Neben der Wahrnehmung von Verpflichtungen gegenüber der Schuldnergesellschaft treten diese zudem in Interaktion mit den gegenwärtigen Gläubigern als möglichen zukünftigen Gesellschaftern. Zuletzt bestehen Eigeninteressen des Managements etwa hinsichtlich des anderweitigen beruflichen Fortkommens oder aufgrund von versprochenen Drittzahlungen.

Der Grad an Einfluss auf die Gestaltung kann einerseits durch ein Vorlagerecht der Gesellschafter für einen Insolvenzplan erhöht werden. Schlagen die Gesellschafter oder eine Gruppe von ihnen eine konkrete Gestaltungsvariante vor, kann ein solches Konzept bereits eine Grundlage für die weitere Diskussion bilden. Wird ein solches Recht nicht gesetzlich eingeräumt oder nicht wahrgenommen, führt jedenfalls eine eigene Interessenvertretung in der Verhandlungs- und Ausarbeitungsphase dazu, dass eine Einbindung sichergestellt wird. Mögliches Vorbild kann das US-Verfahren sein. Das Chapter 11-Verfahren erkennt die Möglichkeit eines Ausschusses der Anteilseigner an, der für die Repräsentation bei Verhandlungen sowie die Erstellung und

<sup>967</sup> RegE InsO, BT Drs. 12/2443, S. 90: „Der Zweck des neuen Rechtsinstituts ist es, den Beteiligten einen Rechtsrahmen für die einvernehmliche Bewältigung der Insolvenz im Wege von Verhandlungen und privatautonomen Austauschprozessen zu ermöglichen.“

<sup>968</sup> Vgl. oben Abschnitt § 1.III.3.c); dazu auch Balz (1988), S. 276 f.

<sup>969</sup> Luhmann (1983) S. 43.

<sup>970</sup> Luhmann (1983) S. 129.

<sup>971</sup> Luhmann (1983) S. 94 f.; so auch Balz (1988), S. 277 seinerseits mit Hinweis auf Luhmann.

<sup>972</sup> Vgl. Luhmann (1983) S. 100 ff.

Weitergabe gruppenspezifischer Information sorgt.<sup>973</sup> Die Einsetzung liegt dabei im gerichtlichen Ermessen. Wird ein solches Gremium der Gesellschafter eingerichtet, ist die Beteiligung an der Ausarbeitung eines Insolvenzplans in gleicher Weise möglich wie seitens des Gläubigerausschusses (§ 218 Abs. 3 InsO). Die Gefahr einer zu gewichtigen Einflussnahme durch die Gesellschafter auf die Wertverteilung besteht nicht, wie jüngste Erkenntnisse zum Chapter 11-Verfahren zeigen.

### bb) Mitwirkung am wirksamkeitsbegründenden Zustandekommen

Ebenso wichtig wie die Aushandlung der geplanten Maßnahmen ist eine Mitwirkung an deren Zustandekommen. Da den Gesellschaftern nach der InsO 1999 eine Blockademöglichkeit bei der Umsetzung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen zu kommt, ist das Ausmaß des Mitwirkungsrechts Gegenstand einer möglichen Reform. Bei der Wahl der Mittel erscheint der Mechanismus des Insolvenzplanverfahrens einschließlich der Möglichkeit einer Majorisierung einen Ansatz zur Verfolgung beider Ziele zu liefern. Der Insolvenzplan ist als privatautonomes Instrument konzipiert, das es den Beteiligten erlaubt, dem von ihnen ausgearbeiteten Konsens die Zustimmung zu geben, bei Blockade einzelner Gruppen das Gesamtinteresse allerdings in der Vordergrund zu stellen.<sup>974</sup> Die gesetzlichen Anforderungen an einen Insolvenzplan stellen insofern nur Mindestvorgaben dar, die Betroffenen können privatautonom über ihre Rechtsposition frei disponieren. Kann ein solcher Konsens nicht gefunden werden, wird die Duldung der vorgesehenen Maßnahmen erzwungen.

Das Insolvenzplanverfahren sieht daher mit einem gruppenbasierten Prozess ein flexibles System vor, um Gesellschafter einzubeziehen zu können. Entsprechend ist im KredReorgG vorgesehen, die Gesellschafter als eigene Gruppe an der Abstimmung zu beteiligen.<sup>975</sup> Eine solche Ausgestaltung lehnt sich am Chapter 11-Verfahren an und kann sich an den Empfehlungen des UNCITRAL Leitfadens orientieren. Im US-amerikanischen Verfahren ist die Bildung mehrerer Klassen der Anteilsinhaber je nach Gattung des Anteilsrechts vorgesehen.<sup>976</sup> Das CVA-Verfahren erkennt zumindest ein nichtbindendes Votum an, das nach Literaturmeinung zumindest als Forum der Gesellschafter zur Meinungsäußerung dienen kann.<sup>977</sup>

## 3. Negativer Effekt auf den Anreiz zur frühzeitigen Verfahrenseinleitung?

Die Verfolgung von Reformzielen darf hingegen nicht dazu führen, dass mit früheren Gesetzesänderungen bereits umgesetzte Ziele in den Hintergrund rücken oder konterkariert werden. Seit den Erfahrungen mit der Vermögenslosigkeit von Gesellschaften im Zeitpunkt der Konkurs- bzw. Insolvenzauslösung wird – und dies war besonders in der Entstehungsphase der InsO gängiges Thema – gefordert, dass das Insolvenzrecht Anreize setzt für eine frühzeitige Einleitung des Insolvenzverfahrens.<sup>978</sup> Eine frühe Auslösung bedeutet größere Masse zugunsten der Gläubiger. Dieses mit der InsO verfolgte Ziel wird als teilweise in Gefahr betrachtet, wenn die An-

<sup>973</sup> Oben Abschnitt § 3.I.2.b).

<sup>974</sup> Oben Abschnitt § 2.I.3.b).

<sup>975</sup> Oben Abschnitt § 2.II.5.b).

<sup>976</sup> Oben Abschnitt § 3.I.2.c).

<sup>977</sup> Oben Abschnitt § 3.II.1.b)

<sup>978</sup> Vgl. etwa Regierungsbegründung InsO BT-Drs. 12/2443, S. 80 f., 84 ff.

teilseigner ihre Gesellschafterstellung im Insolvenzverfahren einbüßen können.<sup>979</sup> Gegen diese Annahme sprechen jedoch starke Argumente.

In rechtlicher Sicht kann es nur darum gehen, dass Gesellschafter durch Nachschuss weiteren Kapitals das Erfüllen der Antragsvoraussetzungen materiell verzögern<sup>980</sup> oder die Geschäftsleitung zu liquiditätswirksamen Maßnahmen zulasten des Anlagevermögens anhalten. Verfahrensrechtlich wird die Einleitung des Insolvenzverfahrens maßgeblich durch die Antragsgründe bestimmt. Die Antragstellung ist primär Pflicht der Geschäftsleiter<sup>981</sup> und kann auch durch die Gläubiger erfolgen. Insofern verbleibt nur die Gefahr eines Informationsdefizits auf Seiten der Gläubiger. Die Pflicht der Geschäftsleiter ist jedoch zivil<sup>982</sup>- und strafrechtlich<sup>983</sup> sanktioniert.

Rechtstatsächlich darf bezweifelt werden, ob die Anreizsituation für Gesellschafter überhaupt erheblich ist.<sup>984</sup> Entscheidend werden nur solche Fälle sein, in welchen – verglichen mit der Rechtslage ohne Eingriffe in Gesellschafterrechte – eine Verschlechterung der Position der Anteilseigner aufgrund von neuerlichen Änderungen zu befürchten ist. Das Anwendungsgebiet der zu ändernden Rechtslage sind Sanierungsfälle. Wie *Eidenmüller* schlüssig dargelegt hat, haben Unternehmen mit starker Fremdkapitalfinanzierung hohe Sanierungschancen.<sup>985</sup> Finanzielle Engpässe treten zu einem Zeitpunkt ein, zu dem der Unternehmenswert größer ist als bei eigenkapitalfinanzierten Unternehmen.<sup>986</sup> Gerade solche Unternehmen werden jedoch zumindest von den Hauptgläubigern eng überwacht. Diese können regelmäßig aufgrund von vertraglichen Absprachen (*covenants*) die Unternehmensentwicklung ohne nennenswerte Informationsdefizite verfolgen und entsprechend aufgrund von Kündigungsrechten die Insolvenzreife bei Unterschreiten strengerer Kriterien als denen der materiellen Insolvenz herbeiführen.<sup>987</sup> Diese Kriterien greifen weit vor den insolvenzrechtlichen Antragsgründen der InsO.<sup>988</sup> Wird bei Unternehmen mit einer höheren Eigenkapitalfinanzierung umgekehrt die Schwelle zur Insolvenz erst bei einem vergleichsweise geringen Unternehmenswert erreicht, so sind die Sanierungsaussichten niedriger, und ebenso geringer dürfte das Interesse an einer Sanierung seitens der Gläubiger ausfallen. Regelmäßig besteht daher bei den für eine mögliche Sanierung relevanten Fällen kein Bedürfnis, gerade auf die freiwillige Mitwirkung der Gesellschafter zu vertrauen.

Denkbar ist hingegen ein positiver Anreizeffekt solcher Eingriffsrechte. Geht man davon aus, dass die Gesellschafter keine homogene Gruppe sind, sondern regelmäßig unterschiedliche Interessen vertreten sein werden, so könnte eine Möglichkeit zur umfassenden Reorganisation der Gesellschaft fördernd für eine Verfahrensauslösung wirken. Wie im BGH-Fall *Sanieren oder Ausscheiden* könnte eine Gruppe von Ge-

<sup>979</sup> Insbesondere *Schmidt* (1982b), S. D83; ebenso *Müller* (2002), S. 367.

<sup>980</sup> Die Nachrangigkeit von Kapital seitens der Gesellschafter gem. §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 5 InsO stellt bereits einen Anreiz gegen die weitere Gewährung von Darlehen dar.

<sup>981</sup> Nur im Ausnahmefall des § 15a InsO trifft die Gesellschafter eine Antragspflicht.

<sup>982</sup> Zur Insolvenzverschleppungshaftung vgl. etwa *Eidenmüller* (2006), S. 250; *Hirte* (2010c), Rz. 36 ff.

<sup>983</sup> § 15 Abs. 4 und 5 InsO.

<sup>984</sup> Im Ergebnis ähnlich *Brüning* (2006), S. 224 ff.

<sup>985</sup> *Eidenmüller* (2007b), S. 1731; ebenso *Morshäuser/Falkner* (2009), S. 529.

<sup>986</sup> *Jensen* (1989), S. 41 ff.

<sup>987</sup> *Heinrich* (2009), S. 199; *Servatius* (2008), S. 45; auf die Tatsache, dass Kündigungsrechte in der Praxis jedoch selten ausgeübt werden, weist *Eidenmüller* (1999), S. 139 hin.

<sup>988</sup> *Servatius* (2008), S. 71 f.

sellschaftern, die zu weiterem Kapitaleinsatz bereit ist, auf die Fortsetzung der Unternehmung mit weiteren Investoren setzen. Das bloße Verzögern der Insolvenzauslösung spricht dafür, dass für ein entschlossenes Handeln auch unter Einbindung der Gläubiger keine Mehrheit gefunden werden konnte. Im Falle einer Reorganisation ist die Wahrscheinlichkeit einer weiteren Beteiligung der Alteigentümer höher als nach einer übertragenden Sanierung.<sup>989</sup>

Sollte hingegen dennoch ein tatsächliches Bedürfnis bestehen, die Gesellschafter zu einer frühzeitigen Einleitung bewegen zu müssen, so stellt das Belassen eines Blockadepotentials sicherlich keinen rechtspolitisch zu verfolgenden Weg dar.<sup>990</sup> Zum einen wäre ein solcher Anreiz in das Verfahrenswerk selbst aufzunehmen, dürfte nicht nur faktisch neben dem geregelten Verfahren existieren. Wird ein monetärer Wert des Blockadepotentials (wenn auch implizit) durch die Gesetzgebung als maßgeblich für die Verfahrenseinleitung anerkannt und den Gesellschaftern als Teil ihrer Rechtsposition zugesprochen, so liegt es nahe, die Zuteilung dieses Wertes in dem Verfahren selbst zu regeln, das die Wertverteilung zum Gegenstand hat.<sup>991</sup> Zum anderen unterminiert das bewusste Einräumen eines solchen zufälligen Störpotentials den eigentlichen legitimationsbegründenden Zweck des Insolvenzverfahrens einer geordneten Verfahrensabwicklung. Zielführender wäre die Einräumung von Verfahrensvorteilen in Form von Informations- und Mitwirkungsrechten.

Vorzugswürdig sind zudem Anreize für die Unternehmensleitung, um einem absehbaren Verzögern der materiellen Insolvenz durch die Gesellschafter wirksam entgegenzutreten. Sieht man vor allem bei mittleren und größeren Unternehmen erhöhte Reorganisationschancen, ist der Einfluss der Gesellschafter auf die Geschäftsführung regelmäßig geringer als bei kleineren Unternehmen.<sup>992</sup> *Verse* verweist hierzu beispielsweise auf eine gesteigerte Rechtssicherheit bei der Beantragung einer Eigenverwaltung, um Geschäftsleitern einen Anreiz zur Antragstellung zu geben.<sup>993</sup> Nach geltender Rechtslage kann bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) das Insolvenzverfahren eröffnet werden. Ferner könnte eine Umgestaltung der Insolvenzverschleppungshaftung nach dem englischen Vorbild des *wrongful trading* dieses Ziel fördern.<sup>994</sup>

### III. Materieller Einbezug der Gesellschafter: Modelle zur Insolvenzplanausweitung

Nicht beantwortet ist nach der Behandlung der Reformziele die Frage, auf welchem Weg und in welcher Weise die ökonomisch optimierte Abwicklung eines Insolvenzverfahrens Einzug in die Rechtspraxis findet.

Allgemein kann die Anpassung eines Rechtsregimes an veränderte Bedingungen oder Erkenntnisse durch Rechtsfortbildung innerhalb der geltenden Rechtsregeln oder mittels Modifikation der anwendbaren Rechtsregeln durch das kompetente Rechtset-

<sup>989</sup> Eidenmüller (1999), S. 35.

<sup>990</sup> Ebenso *Verse* (2010), S. 307 f.

<sup>991</sup> Mittels expliziter Zuweisung des durch die Fortführung des Rechtsträgers generierten Mehrwerts, vgl. dazu oben Abschnitt § 1.I.2.b).

<sup>992</sup> Eidenmüller/Engert (2009), S. 545.

<sup>993</sup> *Verse* (2010), S. 308; vgl. auch Fn. 1178.

<sup>994</sup> Eidenmüller (2006), S. 251; *Hirte* (2010a), S. 1986 ff.; zum *wrongful trading* gem. s. 214 IA1986 siehe *Schillig* (2010a), Rz. 416 ff.

zungsorgan stattfinden. Der Weg über eine Rechtsfortbildung ohne gesetzgeberische Mitwirkung ist aufgrund der Wesentlichkeit der umzusetzenden Änderungen jedoch ungeeignet.<sup>995</sup> Eine gesetzliche Gestaltung kann ein neues Regelungssystem einführen oder Änderungen des bestehenden einfügen. Folgt man dem Konzept einer stückweisen Verbesserung (*piecemeal engineering*), wird regelmäßig die Verbesserung des bestehenden Regimes Vorzug gegenüber der Einführung eines gänzlich neuen Systems genießen.<sup>996</sup> Nach und nach sind insoweit ausgemachte Schwächen eines laufenden Systems zu eliminieren. Diese Priorisierung wird durch die tatsächlichen Erfahrungen aus der umfänglichen und zeitintensiven Reformdiskussion um die Einführung der InsO unterstützt.

Im Folgenden werden verschiedene Modelle im Hinblick darauf diskutiert, auf welche Weise die materielle Ausweitung des Insolvenzplans das Reformziel einer effizienten Verwirklichung der Reorganisation erreichen kann. Ausgangspunkt ist die gesellschaftsrechtliche Zuständigkeit der Gesellschafter für Strukturmaßnahmen der insolventen Gesellschaft, die eine Reorganisation nur mit deren Beteiligung ermöglicht.<sup>997</sup> Die Modelle machen sich dabei insbesondere die Ansätze des Gesetzgebers bzw. der Fachministerien, die eine Neukonzeption der Stellung der Gesellschafter zum Gegenstand haben<sup>998</sup>, sowie die Erkenntnisse aus anderen Rechtsordnungen<sup>999</sup> zu Nutze. Die folgenden Ausführungen knüpfen in erster Linie an das Regime des Insolvenzplans an. Da es um die Optimierung des Reorganisationsprozesses geht, sind dessen Regelungen vorrangige *sedes materiae*. Teilweise werden alternative Verwertungsmethoden diskutiert.

## 1. Langfristige Nachhaftung der Gesellschafter

Eingangs soll das vom Gesetzgeber verworfene Bad Bank-Modell auf seine Tauglichkeit im Rahmen des Insolvenzrechts untersucht werden. Die Gesellschaft wird kurzfristig aus der existenzbedrohenden Lage befreit und gleichzeitig eine wirtschaftliche Besserstellung der Gesellschafter vermieden.

### a) Modell

Im Rahmen des Bad Bank-Modells wird eine bilanzielle Entlastung der Gesellschaft dadurch erreicht, dass risikoträchtige und damit eigenkapitalbindende Aktiva insbesondere aufgrund einer staatlichen Garantie aus der Bilanz genommen und gesondert abgewickelt werden. Gleichzeitig wird verhindert, dass diese Bilanzmaßnahmen den Gesellschaftern zugute kommen: Die Ausschüttung von Dividenden ist langfristig eingeschränkt bzw. ausgeschlossen, solange Belastungen aus den Wertpa-

<sup>995</sup> Oben Abschnitt § 5.I.3.

<sup>996</sup> Popper (2003), S. 58 ff.: „[...] so ist es Hauptaufgabe des Sozialingenieurs, der die Stückwerk-Technik beherrscht, soziale Institutionen zu entwerfen, umzugestalten und die schon bestehenden in Funktion erhalten. [...] Deshalb wird er nur Schritt für Schritt vorgehen [...] immer auf der Hut vor den bei jeder Reform unweigerlich auftretenden unerwünschten Nebenwirkungen. Er wird sich davor hüten, Reformen von solcher Komplexität und Tragweite zu unternehmen, dass es ihm unmöglich wird, Ursachen und Wirkungen zu entwirren und zu wissen, was er eigentlich tut.“ Vgl. dahingehend auch Luhmann (1983), S. 149.

<sup>997</sup> Oben Abschnitt § 1.II.1.

<sup>998</sup> Oben Abschnitt § 2.II.

<sup>999</sup> Oben Kapitel § 3.

pieren drohen. Erst wenn die durch die Gesellschaft eingegangenen drohenden Belastungen vollständig abgewickelt sind, sollen Gesellschafter von Gewinnen der Gesellschaft wieder profitieren dürfen.<sup>1000</sup>

Überträgt man diesen Gedanken auf die Insolvenzsituation, müsste die Sanierung so sichergestellt sein, dass die insbesondere durch die Mitwirkung der Gläubiger realisierte Reorganisation den Gesellschaftern nicht zugute kommt. In einem ersten Schritt ist die Gesellschaft von der Schuldenlast zu befreien, um das Fortbestehen zu sichern. In einem zweiten Schritt ist sicherzustellen, dass ein Wertzufluss an die Gesellschafter solange unterbleiben muss, bis die Gläubiger vollständig befriedigt sind. Die Sanierungslast müsste – entsprechend der staatlich eingeräumten Garantie – bis zur weiteren Befriedigung durch die Gläubiger selbst getragen werden.

### b) Bewertung

Dieser Gedanke stellt gerade für das Insolvenzplanverfahren kein Novum dar. Die Befriedigung der Gläubiger aus den künftigen Gewinnen des reorganisierten Unternehmens ist – im Gegensatz zur sofortigen Befriedigung aus den Erlösen der Zerschlagung oder einem Verkauf – gerade ein wesentlicher Zweck eines unternehmenserhaltenden Insolvenzplans. Als gesetzliche Lösung für die Insolvenz ist ein solches Modell wie dargestellt nicht geeignet. Über eine Ausweitung der Gestaltungswirkung könnte lediglich bewirkt werden, dass die Einräumung von Anrechten auf künftige Gewinne nicht nur schuldrechtlich, sondern mit gesellschaftsrechtlicher Mitteln in Form von Vorzugsaktien oder anderen mezzaninen Rechten gewährleistet wird. Hierzu müsste das gegenwärtige Regime jedoch Lücken aufweisen, um solche Wege erforderlich werden zu lassen.<sup>1001</sup>

Ein solcher Ansatz eröffnet jedoch keine zusätzlichen Möglichkeiten für die Reorganisation des Rechtsträgers selbst. Die Kapitalstruktur kann hierdurch nicht angepasst werden. Insofern bleibt die Gestaltungswirkung hinter den Zielen der erstrebten Reform zurück.

## 2. Entzug der Anteile

Eine mögliche Ausweitung des Insolvenzverfahrens ist der Entzug der Anteilsrechte der Gesellschafter über eine Verwertung im Insolvenzplanverfahren. Der Entzug stellt die schärfste Form der Sanktion der Gesellschafter dar. Der Ansatz, den Anteilsinhabern ihre Anteile zwangsweise zur Rettung der Krisengesellschaft zu entziehen, liegt ebenso dem Rettungsübernahmegesetz zugrunde.<sup>1002</sup> Dieses sah einen heitlichen Entzug der Anteile als *ultima ratio* bei der Rettung von Banken vor.

### a) Modell

Ein gesetzliches Modell im Rahmen des Insolvenzrechts könnte vorsehen, dass die Anteilsrechte im Insolvenzplanverfahren unmittelbar zur Disposition der Gläubigergemeinschaft stehen. Die materielle Reichweite des Insolvenzplans wird von der Verfügung über das Schuldnervermögen zusätzlich auf die Anteilsrechte an der

<sup>1000</sup> Dazu oben Abschnitt § 2.II.3.

<sup>1001</sup> Zu Möglichkeiten der Forderungsgestaltung unter der InsO 1999 vgl. etwa §§ 264 ff. InsO.

<sup>1002</sup> Dazu oben Abschnitt § 2.II.1.

schuldnerischen Gesellschaft erweitert. Folglich können die Anteile an die Gläubiger oder einen Dritten übertragen werden. Ein Insolvenzplan kann beispielsweise die Rechtsnachfolge an den Anteilen vorsehen im Gegenzug gegen einen Forderungsverzicht.

Um die Umsetzung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen bereits im laufenden Verfahren zu ermöglichen, ist dem Insolvenzverwalter treuhänderisch im (vorläufigen) Insolvenzverfahren bereits das Recht zur Ausübung der Rechte aus den Anteilen, insbesondere der Stimmrechte, einzuräumen. Die Idee der treuhänderischen Ausübung von Gesellschafterrechten stellt eine im Rahmen von Sanierungen praktizierte Handhabung dar.<sup>1003</sup>

Daneben könnte vorgesehen werden, dass die Anteile an der schuldnerischen Gesellschaft nicht nur im Insolvenzplanverfahren, sondern auch durch den Insolvenzverwalter im Regelverfahren verwertet werden können. Die Verwertung des Rechtsträgers bedürfte nicht der Beschreitung des Insolvenzplanverfahrens. Die Übertragung des Rechtsträgers einschließlich des Unternehmens verwirklicht die übertragenen Sanierung im Wege des *share deal*. Ein solches Modell hat vereinzelt unter der InsO 1999 Vertreter gefunden, die eine Verwertungskompetenz des Insolvenzverwalters oder eine Abtretungspflicht der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern annehmen.<sup>1004</sup>

### b) Bewertung

Ein solcher direkter Zugriff bietet Vorteile aufgrund einer direkten Zugriffsmöglichkeit bezüglich der Anteile, welche die Einwirkung auf den Rechtsträger nach geltenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ermöglicht. Andererseits erfasst dieses Modell im Widerspruch zum insolvenzrechtlichen Haftungsmodell nicht nur das Vermögen des Schuldners, sondern unmittelbar das der Gesellschafter.

Ein solches Modell bietet den Vorteil, dass der Insolvenzverwalter bzw. die Gläubiger unmittelbar den schuldnerischen Rechtsträger verwerten bzw. umgestalten können, sobald ihnen das Anteilsrecht einschließlich der Rechte hieraus übertragen sind. Hierzu ist kein Eingriff in die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung erforderlich, wenn lediglich der Berechtigte hinsichtlich der bestehenden Anteilsrechte wechselt. Grenzen für die Gestaltung werden dabei nur durch das Gesellschaftsrecht selbst auferlegt. Die erforderlichen Schritte der Restrukturierung können ohne die Beteiligung der Altgesellschafter vollzogen werden. Für diese verbleibt allenfalls ein monetärer Ausgleich. Somit kann es für die Reorganisation bei der Trennung von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht bleiben. Die Rechte aus den Anteilen werden nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ausgeübt, besonderer Verfahrensvorschriften für die Ausübung der Rechte bedarf es nicht.

Dieses Modell stellt jedoch einen Bruch mit dem bisherigen insolvenzrechtlichen Verständnis dar: Im Insolvenzverfahren wird das Vermögen des Schuldners verwertet, nicht die Vermögensrechte am Schuldner. Eine solche Ausweitung führt zu einer Verwischung der Grenzen zwischen dem schuldnerischen Vermögen und dem der Anteilseigner. Die Insolvenz der Gesellschaft wird unmittelbar als Sanktion gegenüber den Gesellschaftern gewertet. Im Vordergrund einer Reform steht jedoch nicht die Sanktion der Gesellschafter für die Insolvenz des Schuldners, sondern eine effi-

<sup>1003</sup> Dazu Achsnick (2010), insbesondere S. 75 ff.; Laier (2010), S. 184 ff.

<sup>1004</sup> Dazu oben Abschnitt § 5.I.2.