

Stellungnahme  
zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur weiteren  
Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)  
(BT-Drucks. 17/5712)  
und zum Antrag der Abgeordneten Christine Scheel,  
Ingrid Hönlinger, Fritz Kuhn, weiterer Abgeordneter  
und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN  
„Insolvenzrechtsreform unverzüglich vorlegen -  
Außergerichtliche Sanierungsverfahren stärken -  
Insolvenzplanverfahren attraktiver gestalten (BT-  
Drucks. 17/2008)  
für den Deutschen Bundestag

– Sitzung des Rechtsausschusses am 29. Juni 2011 –

von

Heribert Hirte, Dr. iur. (Köln), LL.M. (Berkeley),  
Universitätsprofessor,  
Geschäftsführender Direktor des Seminars für Handels-,  
Schiffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg

## Inhalt

I. Einleitung .....	1
1. Grundansatz .....	1
2. Ausweitung der Gläubigerbeteiligung .....	2
II. Zur Stellungnahme des Deutschen Bundesrates .....	3
1. Qualitätsverbesserung der Insolvenzgerichte .....	3
a) Fortbildungspflicht für Richter (§ 22 Abs. 6 Sätze 2 und 3 RegE-GVG) .....	3
b) Konzentration der Insolvenzgerichte (§ 2 Abs. 2 Satz 1 RegE-InsO) .....	3
2. Formale Anforderungen an den Insolvenzantrag (§ 13 Abs. 1 RegE-InsO) .....	4
3. Anhebung der Schwelle des § 22a Abs. 1 RegE-InsO .....	4
4. Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters (§ 56 Abs. 1 Satz 3 Nrn. 2 und 3 RegE-InsO) .....	5
5. Sonderregelung für Teilnahme an dem System eines zentralen Kontrahenten i.S.v. § 1 KWG (§ 104a RegE-InsO) .....	6
6. Ausbau der Vorschriften zur Kapitalaufbringung (§ 254 Abs. 4 RegE-InsO) .....	6
7. Change-of-Control-Klauseln (§ 255a Abs. 2 RegE-InsO) .....	7
8. Schutzschirm (§ 270b RegE-InsO) .....	7
a) Qualifikation des Sachwalters .....	7
b) Mangelnde Strafbewehrung des Abgleitens in die Zahlungsunfähigkeit .....	8
c) Reichweite des Vollstreckungsschutzes .....	9
d) Anforderungen an die Sanierungsfähigkeitsbescheinigung .....	9
III. Weitere Fragen .....	9
1. Verfahrenskostenvorschuss (§ 26 Abs. 4 RegE-InsO) .....	9
2. Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen (DGB- Forderungen) .....	10

a) Auswirkungen bei Masseunzulänglichkeit auf die Arbeitnehmer (§ 210a RegE-InsO) .....	10
b) Finanzplan als Sicherungsmittel z.B. für Forderungen aus Sozialplan oder bzgl. Altersteilzeit (§ 258 Abs. 2 RegE-InsO) .....	11
c) Abschaffung der Möglichkeit des Widerspruchs zu Protokoll der Geschäftsstelle (§ 214 Abs. 1 S. 3 RegE-InsO) .....	11
IV. Zusammenfassung .....	11

# I. Einleitung

## 1. Grundansatz

Mit dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) hat die Bundesregierung eine Antwort auf die umfangreiche Diskussion zur Reform des Insolvenzrechts in Wissenschaft und Praxis während der letzten Jahre vorgelegt. Dabei steht neben zahlreichen Einzelregelungen vor allem die Stärkung der Sanierungsmöglichkeiten im Rahmen des Insolvenzverfahrens und der Eigenverwaltung im Vordergrund. Darüber hinaus wurde der Einfluss der Gläubiger vor allem zu Beginn des Insolvenz(eröffnungs)verfahrens erheblich ausgebaut.

Der Unterzeichner hat sich zum Regierungsentwurf in einer umfangreichen Abhandlung im „Betrieb“<sup>1</sup> gemeinsam mit seinen Mitarbeitern *Béla Knof* und *Sebastian Mock* geäußert. Diese teilweise kritische Einzelanalyse des Gesetzentwurfs wird zur Vermeidung von Wiederholungen dieser Stellungnahme beigefügt.

Insgesamt gibt es - so die dortige Schlussfolgerung, die hier wiederholt werden kann - mit Blick auf den vorgelegten Gesetzentwurf viele gute Gründe anzunehmen, dass die Spielräume für eine Sanierung in Deutschland zukünftig merklich vergrößert werden, ungeachtet einiger Schwächen oder Unklarheiten der vorgeschlagenen Regelungen im Detail, auf die es im Folgenden einzugehen gilt.

Macht man einen Schritt zurück und betrachtet die Rahmenbedingungen der Sanierung im Übrigen, werden weitere drängende Fragen deutlich: die Behandlung von Sanierungsgewinnen

im Steuerrecht,<sup>2</sup> die wichtige Frage nach der Fortführungsfinanzierung und in diesem Kontext auch die sanierungshemmende Wirkung der verschiedenen (!) Fiskusprivilegien und die nahezu uferlos scheinende Rechtsprechung im Arbeitsrecht (z. B. zu § 613a BGB). Eine umfassende Sanierungsfähigkeit deutscher Unternehmen lässt sich nur erreichen, wenn diese Aspekte ebenso mutig angepackt werden würden, wie dies der Gesetzgeber hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Fragen im vorliegenden Entwurf gemacht hat. Insofern ist das ESUG möglicherweise nur ein Etappenziel. Positiv ist aber vor allem zu bewerten, dass der Gesetzgeber von der Schaffung eines neuen Sanierungsverfahrens außerhalb der InsO Abstand genommen hat. Denn ein solches hätte zum einen durch eine bloße neue

---

<sup>1</sup> DB 2011, 632-643 (Teil I); DB 2011, 693-698 (Teil II).

<sup>2</sup> Dazu auch die Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712, Nr. 43.

Namensgebung die mit dem Insolvenzverfahren typischerweise verbundene Stigmatisierung auch nicht ablegen können. Zum anderen hätte ein solches Verfahren letztlich jeden einzelnen für das Insolvenzverfahren geregelten Aspekt widerspiegeln müssen, was im Ergebnis nicht zu einem schlanken Sanierungsgesetzbuch, sondern zu einer zweiten Insolvenzordnung geführt hätte.

## **2. Ausweitung der Gläubigerbeteiligung**

Was die bisherige Diskussion des hier zu beurteilenden Gesetzentwurfs angeht, hat *Dieter Reuter* (Chefredakteur des INDat-Reports) sie - bezogen auf die Kritik an der zentralen Norm des § 22a RegE-InsO - kürzlich wie folgt auf den Punkt gebracht:<sup>3</sup>

„Mit der geplanten Neuregelung verlieren die Insolvenzrichter einen großen Teil ihrer gerne genossenen Macht: die eigentlich recht freie Verwalterauswahl. Damit verlöre der Job das, wie es ein Richter treffend ausdrückte, was ihm wirklich Spaß mache.

Aus Sicht der Verwalter geht auch etwas verloren: der gut eingespielte und bekannte Auftraggeber, der Insolvenzrichter, bei dem sie sich mit „Antichambrieren“ in Erinnerung rufen - schließlich weiß man ja, wo er sitzt.“

Dem man muss man nur aus Gründen der Klarheit hinzufügen: Insolvenzrichter und Insolvenzverwalter sind (Hilfs-) Organe der Rechtspflege bei der Verwirklichung des Gläubigerschutzes. Eigeninteressen am Verfahren sollte der Gesetzgeber ihnen nicht einräumen - bei aller Sympathie für die Kollegen.

Im Folgenden soll vor diesem Hintergrund zunächst in erster Linie die Kritik des Bundesrates aufgegriffen werden,<sup>4</sup> soweit diese aus Sicht des Unterzeichners einer näheren Erörterung bedarf.

---

<sup>3</sup> *Reuter*, INDat-Report Heft 3/2011, S. 3 (Editorial).

<sup>4</sup> Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712.

## II. Zur Stellungnahme des Deutschen Bundesrates

### 1. Qualitätsverbesserung der Insolvenzgerichte

#### **a) Fortbildungspflicht für Richter (§ 22 Abs. 6 Sätze 2 und 3 RegE-GVG)**

Erheblichen Widerstand hat die vorgeschlagene Fortbildungspflicht für Richter (§ 22 Abs. 6 Sätze 2 und 3 RegE-GVG) ausgelöst.<sup>5</sup> Ich möchte diesen Ansatz verteidigen, und zwar mit Nachdruck: Wirtschaftsrechtliche Spezialmaterien wie das Insolvenzrecht erfordern Kenntnisse, die über das hinausgehen, was in der „gewöhnlichen“ juristischen Ausbildung vermittelt wird - und vermittelt werden kann. Von daher steht dieser Vorschlag keineswegs in Widerspruch zum (überzeugenden) deutschen Konzept des „Einheitsjuristen“, sondern statuiert nur, was in allen (nicht nur!) juristischen Berufen notwendig und selbstverständlich ist, nämlich die Pflicht zu (auch eigener) Fortbildung. Die Regelung hat darüber hinaus die (wichtige) Funktion, den Austausch von Richtern mit der Praxis, der von mancher Seite durchaus nicht unkritisch gesehen wird,<sup>6</sup> ausdrücklich zu legitimieren. Denn gerade in diesem Punkt können deutsche Richter häufig im „Wettbewerb der Rechte“ mit ihren ausländischen Kollegen nicht mithalten, die erst nach mehrjähriger Berufserfahrung aus dem Kreis der Anwaltschaft gewählt wurden. Dass die Juristenausbildung gerade im Bereich des Wirtschaftsrechts (einschl. der Bilanzrechts) defizitär ist, hat der Vorsitzende des Ausschusses für Aus- und Fortbildung des Deutschen Anwaltvereins, Prof. Dr. *Hans-Jürgen Rabe*, auf dem Deutschen Juristen-Fakultätentag am vergangenen Freitag (dem 24. Juni 2011) im Übrigen nachdrücklich unterstrichen.

Klarstellungsbedarf besteht meines Erachtens nur insoweit, dass die „korrekte Fortbildung“ nicht als Anforderung an die Auswahl des „gesetzlichen Richters“ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG angesehen werden sollte.

#### **b) Konzentration der Insolvenzgerichte (§ 2 Abs. 2 Satz 1 RegE-InsO)**

In engem Zusammenhang damit steht der Vorschlag, die Konzentration der Insolvenzgerichte weiter zu fördern (§ 2 Abs. 2 Satz 1 RegE-InsO). Ich halte diesen Vorschlag entgegen der

---

<sup>5</sup> Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712, Nr. 28.

<sup>6</sup> Dazu jüngst BGH (II. Zivilsenat), ZIP 2011, 685 Tz. 21; siehe auch *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 693, 697.

Position des Bundesrates<sup>7</sup> für richtig, weil er zu einer Qualitätssteigerung bei der Arbeit der Gerichte führen dürfte. Freilich ist eine Wechselwirkung mit den vorstehenden Überlegungen zur Fortbildungspflicht für Richter unverkennbar: Sofern es gelingt (theoretisch: durch Einsatz erfahrener KfH-Vorsitzender auch als Insolvenzrichter), auch in kleinen Insolvenzgerichten die erforderliche Qualität vorzuhalten, ist die vorgeschlagene Konzentration entbehrlich.

## **2. Formale Anforderungen an den Insolvenzantrag (§ 13 Abs. 1 RegE-InsO)**

Der Gesetzentwurf erhöht die formalen Anforderungen an eine korrekte Insolvenzantragstellung (auch gegenüber dem DiskE) deutlich (§ 13 Abs. 1 RegE-InsO). Das ist auch vor dem Hintergrund der Tatsache erforderlich, dass ein Überblick über die Zusammensetzung des Gläubigerkreises erforderlich ist, um einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen.

Ausdrückliche Sanktionen sieht das Gesetz für Fehlangaben allerdings nicht vor - und das sollte entgegen der Position des Bundesrates<sup>8</sup> auch so bleiben. Insbesondere sollten unrichtige oder unvollständige Angaben nicht ausdrücklich mit einer an Eides Statt abzugebenden Versicherung strafbewehrt werden, und auch die Strafbarkeit wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht in der Variante „nicht richtiger“ Antragstellung sollte nicht auf diese Angaben bezogen werden.<sup>9</sup> Denn damit würde - entgegen dem Konzept des Gesetzes - Richtigkeit vor Schnelligkeit gesetzt.

Der Gesetzgeber sollte daher - umgekehrt - klarstellen, dass Fehler bei den im Rahmen von § 13 Abs. 1 RegE-InsO geforderten Angaben nicht zur Unzulässigkeit des Insolvenzantrags führen bzw. eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht begründen können.<sup>10</sup>

## **3. Anhebung der Schwelle des § 22a Abs. 1 RegE-InsO**

Erheblichen Widerstand hat der vorgeschlagene Schwellenwert für die Beteiligung des vorläufigen Gläubigerausschusses vor Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters nach § 22a Abs. 1 RegE-InsO ausgelöst, weil dies zu Verfahrensverzögerungen führe. Der Bundesrat - und ebenso verschiedene weitere Stimmen in der Diskussion - fordern eine erhebliche

<sup>7</sup> Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712, Nr. 1.

<sup>8</sup> Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712, Nr. 2.

<sup>9</sup> Ausführlich *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 632 f.

<sup>10</sup> Zutreffend *Ahrendt und Winkelmeier-Becker* MdB, zit. nach *Reuter*, INDat-Report Heft 3/2011, S. 11, 12 f.

Anhebung auf die Werte des § 267 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 HGB.<sup>11</sup>

Ich möchte dem widersprechen: Die Neuregelung mit einer stärkeren Beteiligung der Gläubiger ist nicht auf Großunternehmen beschränkt, sondern soll auch gerade kleine und mittlere Unternehmen erfassen. Dieses Ziel würde durch eine Anhebung der Schwellenwerte konterkariert.

Vor allem aber ist schon nach dem jetzigen Gesetzeskonzept vor Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nicht erforderlich, wenn eine nachteilige Veränderung der Verhältnisse des Schuldners droht (§ 22a Abs. 2 Alt. 3 RegE-InsO).

#### **4. Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters (§ 56 Abs. 1 Satz 3 Nrn. 2 und 3 RegE-InsO)**

Gefordert wird auch, die Regelungen betreffend die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters nicht in dem vorgeschlagenen Maße abzuschwächen. Anderenfalls könnten etwa Anfechtungsansprüche nicht in dem gebotenen Umfang durchgesetzt werden.<sup>12</sup>

Auch hier ist - im Einklang mit der Gegenäußerung der Bundesregierung - zu widersprechen: So sehr ich das Anfechtungsrecht (weil ich es selbst kommentiert habe ...) für wichtig halte, so sehr darf andererseits nicht übersehen werden, dass die Durchsetzung sämtlicher Ansprüche in der Insolvenz der Durchsetzung der Interessen der *Gesamtheit* der Gläubiger dient. Unabhängigkeitsregeln, die zur Durchsetzung solcher Ansprüche um jeden Preis führen, liegen daher nicht im Interesse der Gläubiger.

Dogmatisch kommt hinzu, dass eine formal ansetzende Regelung über den Interessenkonflikt, wie sie letztlich dem Regelungskonzept des § 181 BGB entstammt, die dahinter stehenden materiellen Konflikte nur begrenzt erfasst. Richtig ist es daher, (auch) die Frage der Unabhängigkeit in erster Linie in die Hände der Betroffenen - also der Gläubiger - zu legen; aus gesetzlicher Sicht reicht demgegenüber eine grobe Missbrauchskontrolle, wie sie hier in Form eines Verbots „nicht zu intensiver Vorbefassung“<sup>13</sup> erfüllt ist.

<sup>11</sup> Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712, Nr. 3.

<sup>12</sup> Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712, Nr. 5.

<sup>13</sup> So *Rendels*, INDat-Report Heft 3/2011, S. 64, 65, der allerdings im Ergebnis dem Vorstoß des Bundesrates folgt.



Andererseits ist es trotz gelegentlich geäußerter Kritik richtig, die Einschränkung des gerichtlichen Auswahlermessens bei der Auswahl des Insolvenzverwalters nach § 56 Abs. 3 Satz 1 RegE-InsO von einem  *einstimmigen*  Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses abhängig zu machen. Denn angesichts der zwangsläufig bestehenden Unsicherheit darüber, ob alle Gläubiger in ein Verfahren eingebunden sind und wie deren Forderungen im Interesse der Fortführbarkeit des Unternehmens zu gewichten (!) sind, begründet dies mittelbar einen Zwang zu Verhandlungen dieser Gläubiger untereinander, bei dem jedenfalls eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass deren Ergebnis dem Interesse der Gläubigergesamtheit entspricht - und jedenfalls eher als bei einer staatlich-gerichtlichen Entscheidung.

### **5. Sonderregelung für Teilnahme an dem System eines zentralen Kontrahenten i.S.v. § 1 KWG (§ 104a RegE-InsO)**

Der Bundesrat rügt schließlich die vorgeschlagene Neuregelung zur Möglichkeit der Übertragung von Rechten und Pflichten eines Schuldners im Falle einer Teilnahme an dem System eines zentralen Kontrahenten i.S.v. § 1 KWG als eine systemfremde Privilegierung, die auch den öffentlichen Gläubigern zuteil werden müsse.<sup>14</sup>

Dem ist zu widersprechen: § 104a geht es um den „Systemschutz“, also um Fälle, in denen eine Insolvenz zu unabsehbaren Kettenreaktionen führen würde und in denen andererseits eine Einzelentscheidung darüber, welche Geschäfte noch durchgeführt und welche „liquidiert“ werden, kaum noch möglich ist. Damit hat das Begehren des Bundesrates nichts zu tun.

### **6. Ausbau der Vorschriften zur Kapitalaufbringung (§ 254 Abs. 4 RegE-InsO)**

Nicht folgen sollte der Deutsche Bundestag auch den Forderungen des Bundesrates, die Vorschriften über die Kapitalaufbringung (vor allem in Form einer Differenzhaftung) zu stärken.<sup>15</sup> Denn hinter diesen Forderungen stehen gesellschaftsrechtliche Vorstellungen, die - jedenfalls in Form des MoMiG - inzwischen überholt sind.

Im Mittelpunkt steht heute vielmehr - entsprechend der Vorstellung vieler mit uns konkurrierender ausländischer Rechte - die Frage der  *künftigen*  Ertragsfähigkeit eines

<sup>14</sup> Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712, Nr. 6.

<sup>15</sup> Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712, Nr. 18.

Unternehmens, was sich gesellschaftsrechtlich mit der Frage eines *solvency test* (anstelle von Kapitalaufbringungsvorschriften), insolvenzrechtlich mit der größeren Bedeutung der Fortführungs- im Vergleich zu den Zerschlagungswerten verbindet. Entscheidend ist - mit anderen Worten - nicht, was man früher einmal eingebracht hat, sondern was daraus künftig fließt.

Vor diesem Hintergrund ist die Forderung des Bundesrates daher nicht nur abzulehnen, sondern darüber hinaus zu erwägen, die Einbringung von *Forderungen zu ihrem Nennwert* zu gestatten, wie dies ebenfalls internationaler Praxis entspricht. Freilich wird nicht verkannt, dass diese (Grundsatz-)Frage nicht nur isoliert im Insolvenzrecht, sondern einheitlich für das gesamte Gesellschaftsrecht in diesem Sinne zu lösen wäre.<sup>16</sup>

## **7. Change-of-Control-Klauseln (§ 255a Abs. 2 RegE-InsO)**

Das Anliegen des Bundesrates, die Wirkung von *Change-of-Control-Klauseln* in Sanierungsverfahren zu begrenzen,<sup>17</sup> ist im Grundsatz zu begrüßen. Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass sich vergleichbare Fragestellungen auch in anderen Bereichen des Insolvenzrechts finden und dass eine Lösung durch den deutschen Gesetzgeber nur sinnvoll ist, wenn sie auch internationalprivatrechtlich und internationalinsolvenzrechtlich im Ausland anerkannt wird. Denn dem kann nach vielfach vertretener Auffassung die (in Deutschland verfassungsrechtlich abgesicherte) Vertragsfreiheit entgegen stehen.

## **8. Schutzschirm (§ 270b RegE-InsO)**

Einen zentralen Baustein in der Reform bildet das „Schutzschirmverfahren“ nach § 270b RegE-InsO. Ich halte das Konzept, wie an anderer Stelle ausgeführt,<sup>18</sup> im Grundsatz für gelungen, vielmehr sogar für eher noch weiter ausbaubar, so dass ich mich hier auf Detailfragen beschränken kann.

### **a) Qualifikation des Sachwalters**

<sup>16</sup> Ausführlich *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 632, 642.

<sup>17</sup> Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712, Nr. 10.

<sup>18</sup> ZInsO 2010, 1986 ff. (zum DiskE), ZInsO 2011, 401 (zum RegE).

In Übereinstimmung mit der Auffassung der Bundesregierung halte ich zunächst die Kritik des Bundesrates für unberechtigt, der Sachwalter könne dem Schuldner wegen der Regelung in § 270b Abs. 2 RegE-InsO zu nahe stehen.<sup>19</sup> Denn das ist gewollt und bildet gerade einen Teil des Anreizes, sich früher als bislang um eine Sanierung zu bemühen. Man mag allerdings darüber nachdenken, höhere *sachliche* Anforderungen an den „mitgebrachten“ Sachwalter<sup>20</sup> zu stellen;<sup>21</sup> dafür spricht vor allem, dass es sonst an einem Gleichlauf in den Anforderungsprofilen im Vergleich zum Insolvenzrichter (dazu oben II.1.) fehlen würde.

### **b) Mangelnde Strafbewehrung des Abgleitens in die Zahlungsunfähigkeit**

Zurückzuweisen ist vor diesem Hintergrund auch die Forderung, das Abgleiten in die Zahlungsunfähigkeit strafbewehrt auszugestalten.<sup>22</sup> Das Aussetzen der (strafbewehrten) Insolvenzantragspflicht um den Preis einer kontinuierlichen gerichtlichen Überwachung ist das zentrale Element des „Schutzschirm“-Verfahrens, das durch eine solche Norm konterkariert würde. Eher müsste die Möglichkeit einer Inanspruchnahme des Schutzschirm-Verfahrens zeitlich nach vorne ausgedehnt werden, wie an anderer Stelle bereits vorgeschlagen.<sup>23</sup>

Die vorgeschlagene gesetzliche Konzeption steht zudem im Einklang mit der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Zusammenspiel von II. und IX. Zivilsenat. So erlaubt der II. Zivilsenat es, durch Gestellung einer (kündbaren) Patronatserklärung seitens der Gesellschafter faktisch die Insolvenzantragspflicht befristet auszusetzen.<sup>24</sup> Demgegenüber hat der IX. Zivilsenat vor wenigen Tagen erklärt, dass eine solche Patronatserklärung der erforderlichen Kenntnis von der Insolvenzreife im Rahmen der Insolvenzanfechtung nicht entgegensteht. Im Ergebnis kann damit die Insolvenzantragspflicht um den Preis der Gesellschafterhaftung schon heute ausgesetzt werden.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> So aber die Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712, Nr. 21.

<sup>20</sup> So *Rendels*, INDat-Report Heft 3/2011, S. 64.

<sup>21</sup> Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712, Nr. 20.

<sup>22</sup> Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712, Nr. 24.

<sup>23</sup> *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 693, 696.

<sup>24</sup> BGH (Urt. v. 20.9.2010 – II ZR 296/08) Z 187, 69 = ZIP 2010, 2092 = NJW 2010, 3442 = NZG 2010, 1267 = NZI 2010, 952 = ZInsO 2010, 2137 = DStR 2010, 2258 = EWiR § 135 InsO a. F. 1/10, 757 (*Guski*) (STAR 21).

<sup>25</sup> BGH (Urt. v. 19.5.2011 - IX ZR 9/10), noch unv.

### **c) Reichweite des Vollstreckungsschutzes**

Zu Recht weist die Bundesregierung die Forderung des Bundesrates zurück, den Vollstreckungsschutz (§ 270b Abs. 2 Satz 3 Hs. 2 RegE-InsO) nur als Soll-Vorschrift auszugestalten.<sup>26</sup> Bedenkenswert sind aber die Hinweise von *Rendels*,<sup>27</sup> dies durch ein Moratorium zu ergänzen, soll die Norm nicht leer laufen.

### **d) Anforderungen an die Sanierungsfähigkeitsbescheinigung**

Denkbar erscheint zudem, die Anforderungen an die vorzulegende Bescheinigung (§ 270b Abs. 1 Satz 3 RegE-InsO) zu präzisieren.<sup>28</sup> Freilich wäre dem Gesetzgeber hier eher ein Zuwarten anzuraten, um festzustellen, ob/welche Standards sich insoweit in der (gerichtlichen) Praxis herausbilden. Hinzu kommt, dass eine Festschreibung zu formalisierter Standards der (gewünschten) Einbeziehung auch kleinerer Unternehmen in das Verfahren entgegenstehen könnte.

## **III. Weitere Fragen**

### **1. Verfahrenskostenvorschuss (§ 26 Abs. 4 RegE-InsO)**

Die von der Bundesregierung vorgeschlagene Regelung, insolvenzantragspflichtige Personen nach § 26 Abs. 4 RegE-InsO leichter zu einem Verfahrenskostenvorschuss heranzuziehen, ist zwar dem Grunde nach zu begrüßen, erreicht aber ihr Ziel nicht: Denn es ist immer noch ein (gegebenenfalls langwieriger) Prozess erforderlich, um die entsprechenden Ansprüche zu realisieren, und in einem solchen Prozess sind vergleichsweise Lösungen vor dem Hintergrund der Tatsache, dass ein Vergleich ein Schuldeingeständnis bedeuten würde, noch seltener zu erwarten als sonst.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zur BT-Drucks. 17/5712, Nr. 23.

<sup>27</sup> *Rendels*, INDat-Report Heft 3/2011, S. 64.

<sup>28</sup> Siehe bereits *Hirte*, ZInsO 2011, 401, 403; ähnlich jetzt *Rendels*, INDat-Report Heft 3/2011, S. 64, 65 f.

<sup>29</sup> Ausführlich (auch zu Alternativen) *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 632, 634 f.; ebenso jetzt *Karsten Schmidt*, NJW 2011, 1255.

## **2. Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen (DGB-Forderungen)**

Der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) hat im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren einige Forderungen aufgestellt, die hier ebenfalls noch gewürdigt werden sollen.

### **a) Auswirkungen bei Masseunzulänglichkeit auf die Arbeitnehmer (§ 210a RegE-InsO)**

Der DGB sieht in der (möglichen) Rückstufung von Arbeitnehmerforderungen im Falle der Masseunzulänglichkeit aufgrund von § 210a RegE-InsO einen nicht zu rechtfertigenden Zwangsverzicht überstimmter Massegläubiger. Dem ist zu widersprechen: Denn die Rückstufung dient - zumindest in erster Linie - der Eröffnung des Insolvenzplanverfahrens, um in diesem Verfahren Fortführungswerte zu generieren, die höher liegen als die Zerschlagungswerte. Die Rückstufung ist daher - wie der DGB zur Masseunzulänglichkeit selbst treffend sagt - häufig nur „temporärer“ Natur, weil sie dazu dient, endgültig ein Mehr gegenüber einem auf Zerschlagung ausgerichteten Insolvenzverfahren zu generieren, und das - in Form von Arbeitsplatzhalt - auch und gerade für die Arbeitnehmer. Ein Verzicht auf die vorgeschlagene Regelung würde den unter sie fallenden Gläubigern daher - teilt man die Grundannahmen des Gesetzes - mehr schaden als nutzen, weil in manchen Fällen, in denen die Fortführungswerte die Zerschlagungswerte übersteigen, deren Realisierung (und damit ein Arbeitsplatzhalt) unmöglich wäre.<sup>30</sup>

Das bedeutet freilich nicht, dass es nicht Fälle geben könnte, in denen die Zurücksetzung von Forderungen im Falle der Masseunzulänglichkeit endgültigen Charakter bekommt. Richtiger Ansatzpunkt für eine Lösung wäre dann aber, soweit Arbeitnehmerforderungen betroffen sind, eine entsprechende Erweiterung der Vorschriften über das Insolvenzgeld. Das Problem im Insolvenzrecht zu lösen, bedeutet der Sache nach, ein Vorrecht einzuführen, das zwar einen privilegierten Zugriff auf das vorhandene Vermögen für Altforderungen begründet, dies aber um den Preis, dass es für die Generierung künftiger Erträge nicht mehr zur Verfügung steht. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass Arbeitnehmer nach dem Gesetzentwurf zwingend im vorläufigen Gläubigerausschuss vertreten sind (§ 67 Abs. 2 Satz 2 RegE-InsO); bei richtigem Verständnis dieser Norm dient diese Vertretung vor allem dazu, das Wissen von Arbeitnehmern um die Frage, ob die Fortführungs- die Zerschlagungswerte auch in

---

<sup>30</sup> Ebenso zum Gesetzeskonzept insgesamt auch *Zwanziger*, BB 2011, 887 ff.

ihrem Interesse übersteigen, in das Insolvenzverfahren einzubringen.<sup>31</sup>

### ***b) Finanzplan als Sicherungsmittel z.B. für Forderungen aus Sozialplan oder bzgl. Altersteilzeit (§ 258 Abs. 2 RegE-InsO)***

Ganz ähnlich ist die Kritik des DGB an der Möglichkeit, für künftige Verbindlichkeiten nicht schon heute Sicherheit leisten zu müssen, sondern insoweit nur eine „belastbare Liquiditätsrechnung“ zu verlangen (so die Begr RegE zu § 258 Abs. 2 RegE-InsO), dem neuen gesetzlichen Konzept geschuldet.

Hier zwingend eine Absicherung auch künftiger Verbindlichkeiten zu verlangen, würde nicht der Tatsache Rechnung tragen, dass diese aus dem vorhandenen Vermögen gerade nicht absicherbar sind und nicht absicherbar sein können, weil sie erst aus künftigen Erträgen („Fortführungswert“) generiert werden sollen (dazu auch oben II.7.).

### ***c) Abschaffung der Möglichkeit des Widerspruchs zu Protokoll der Geschäftsstelle (§ 214 Abs. 1 S. 3 RegE-InsO)***

Der DGB tritt dem Vorschlag entgegen, die Möglichkeit eines Widerspruchs gegen die Einstellung eines Insolvenzverfahrens zu Protokoll der Geschäftsstelle zu erklären. Dies diene nur den Interessen der Großgläubiger und sei sozialstaatlich fragwürdig.

Empirisch belastbare Zahlen zur Frage, welche Bedeutung Erklärungen zu Protokoll der Geschäftsstelle in diesem Zusammenhang zukommt, liegen mir nicht vor. Sicher ist aber andererseits, dass die Möglichkeit - mag sie auch nur selten genutzt werden - als Instrument einer bürgernahen Justiz angesehen wird. Vor diesem Hintergrund sollte erwogen werden, die Streichung der Möglichkeit eines Widerspruchs zu Protokoll der Geschäftsstelle - gegebenenfalls auf bestimmte Gläubigergruppen (Arbeitnehmer) beschränkt - zu revidieren.

## **IV. Zusammenfassung**

1. Mit dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von

---

<sup>31</sup> Zur (gegenüber der Begr RegE abweichend begründeten) Ratio der Norm ausführlich *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 633; zur Neuregelung im Übrigen *Zwanziger*, BB 2011, 887.

Unternehmen (ESUG) hat die Bundesregierung eine Antwort auf die umfangreiche Diskussion zur Reform des Insolvenzrechts in Wissenschaft und Praxis während der letzten Jahre vorgelegt. Dabei steht neben zahlreichen Einzelregelungen vor allem die Stärkung der Sanierungsmöglichkeiten im Rahmen des Insolvenzverfahrens und der Eigenverwaltung im Vordergrund. Darüber hinaus wurde der Einfluss der Gläubiger vor allem zu Beginn des Insolvenz(eröffnungs)verfahrens erheblich ausgebaut.

2. Insgesamt gibt es - ungeachtet einiger Schwächen oder Unklarheiten der vorgeschlagenen Regelungen im Detail - mit Blick auf den vorgelegten Gesetzentwurf viele gute Gründe anzunehmen, dass die Spielräume für eine Sanierung in Deutschland zukünftig merklich vergrößert werden. Positiv ist auch zu bewerten, dass der Gesetzgeber von der Schaffung eines neuen Sanierungsverfahrens außerhalb der InsO Abstand genommen hat.

3. Zu begrüßen sind die vorgeschlagenen Regelungen mit dem Ziel einer Qualitätssteigerung der Insolvenzgerichte, insbesondere bezüglich der Möglichkeit einer Konzentration der Zuständigkeiten (§ 2 Abs. 2 Satz 1 RegE-InsO) und der Fortbildungspflicht für Insolvenzrichter (§ 22 Abs. 6 Sätze 2 und 3 RegE-GVG).

4. Bei den neu vorgeschlagenen formalen Anforderungen an einen Insolvenzantrag (§ 13 Abs. 1 RegE-InsO) sollte klargestellt werden, dass ein Verstoß gegen diese Anforderungen nicht zur Unzulässigkeit des Antrags oder zur Verletzung der Vorschriften über die Insolvenzantragspflicht führt.

5. Eine Anhebung der Schwelle des § 22a Abs. 1 RegE-InsO für die Beteiligung des vorläufigen Gläubigerausschusses bei der Bestellung eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist nicht angezeigt.

6. Auch sind die Anforderungen an die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters entgegen § 56 Abs. 1 RegE-InsO nicht (wieder) zu verschärfen.

7. Die vorgeschlagenen Vorschriften zur Begrenzung der Differenzhaftung bei der Kapitalaufbringung (§ 254 Abs. 4 RegE-InsO) sind mit dem Gesellschaftsrecht stimmig und sollten eher noch weiter ausgebaut werden.

8. Im Bereich des „Schutzschirms“ (§ 270b RegE-InsO) könnte man über höhere sachliche Anforderungen an die Person des Sachwalters nachdenken. Eine Ergänzung der Norm um Strafvorschriften für den Fall eines Abgleitens in die Zahlungsunfähigkeit ist demgegenüber

nicht angezeigt. Denkbar - aber wohl eher erst nach einer gewissen Erprobungsphase des neuen Instruments - ist auch eine Präzisierung der Anforderungen an die Sanierungsfähigkeitsbescheinigung.

9. Korrekturbedarf besteht bei der vorgeschlagenen Regelung über den Verfahrenskostenvorschuss nach § 26 Abs. 4 RegE-InsO, weil sie in ihrer augenblicklichen Ausgestaltung nicht das mit ihr verfolgte (begrüßenswerte) Ziel erreicht.

10. Die Abschaffung der Möglichkeit des Widerspruchs zu Protokoll der Geschäftsstelle gegen die Einstellung des Verfahrens (§ 214 Abs. 1 S. 3 RegE-InsO) sollte - jedenfalls für Arbeitnehmer - überdacht werden.



Prof. Dr. Heribert Hirte / Béla Knof / Dr. Sebastian Mock, alle Hamburg

# Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (Teil I)

► DB0410927

## I. Einleitung

Mit dem RegE eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)<sup>1</sup> hat die Bundesregierung nunmehr eine Antwort auf die umfangreiche Diskussion zur Reform des Insolvenzrechts in Wissenschaft und Praxis während der letzten Jahre vorgelegt. Dabei steht neben zahlreichen Einzelregelungen vor allem die Stärkung der Sanierungsmöglichkeiten im Rahmen des Insolvenzverfahrens und der Eigenverwaltung im Vordergrund. Darüber hinaus wurde der Einfluss der Gläubiger vor allem zu Beginn des Insolvenz(eröffnungs)verfahrens erheblich ausgebaut.

## II. Reform des Insolvenzverfahrens und Stärkung der Gläubigerautonomie

Das ESUG zielt zunächst auf eine Stärkung der Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren ab. Diese gesetzgeberische Schwerpunktsetzung ist vor allem vor dem Hintergrund der schon im Insolvenzverfahren stattfindenden maßgeblichen Weichenstellungen für das weitere Verfahren und für die Sanierung (im weiteren Insolvenzverfahren) zu sehen. Denn die im Rahmen des geltenden Rechts bestehende Einbeziehung der Gläubiger im (erst eröffneten) Insolvenzverfahren hat sich als nicht ausreichend erwiesen<sup>2</sup>.

### 1. Erhöhte Anforderungen an die Insolvenzantragstellung (§ 13 InsO-RegE)

In diesem Zusammenhang sind zunächst die erhöhten Anforderungen an die Insolvenzantragstellung in § 13 InsO-RegE zu nennen, die gegenüber dem Diskussionsentwurf<sup>3</sup> noch einmal deutlich erweitert wurden. Danach muss jeder Schuldner bei einer Eigenantragstellung ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen beifügen (§ 13 Abs. 1 Satz 3 InsO-RegE). Soweit der Schuldner einen (noch) nicht eingestellten Geschäftsbetrieb hat, sind zudem die höchsten Forderungen und die Forderungen der Finanzverwaltung, der Sozialversicherungsträger und der betrieblichen Altersvorsorge gesondert auszuweisen (§ 13 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1-5 InsO-RegE). Schließlich muss der Schuldner auch Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen und zur durchschnittlichen Arbeitnehmeranzahl machen (§ 13 Abs. 1 Satz 5 InsO-RegE). Hintergrund dieser erhöhten Anforderungen an die Eigenantragstellung ist vor allem die Stärkung der Möglichkeiten des Insolvenzgerichts zur Einbeziehung der Gläubiger in das Insolvenzverfahren<sup>4</sup>, was vor allem für die Bildung eines vorläufigen Gläubigerausschusses und die von diesem zu treffenden Entscheidungen von großer Bedeutung ist (zum vorläufigen Gläubigerausschuss s. u. II. 2.; zur Bestellung eines Insolvenzverwalters s. u. II. 3. und zur Anordnung der Eigenverwaltung s. u. III. im 2. Teil des Aufsatzes, DB 2011 Heft 12).

Keine Regelung enthält § 13 InsO-RegE allerdings zur Sanktionierung von Verletzungen dieser erhöhten Anforderungen an die Insolvenzantragstellung. Diese Frage stellt sich zunächst in Form einer möglichen Prüfpflicht des Insolvenzgerichts hinsichtlich der Unzulässigkeit eines Insolvenzantrags. Die Geset-

zesbegründung geht dabei davon aus, dass eine vollständige Bezifferung der entsprechenden Forderungen im Einzelnen nicht notwendig ist und eine Prüfpflicht des Insolvenzgerichts nicht besteht. Lediglich das vollständige Fehlen der entsprechenden Verzeichnisse soll zur Unzulässigkeit des Insolvenzantrags führen<sup>5</sup>, sodass insofern auch das Fehlen einzelner Gläubiger in dem jeweiligen Verzeichnis als unschädlich angesehen werden muss.

Keine Ausführungen macht die Gesetzesbegründung allerdings zu der sich anschließenden Frage der Auswirkungen der unzureichenden Antragstellung auf die Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO. Insofern könnte zwar zunächst angenommen werden, dass der genannte Maßstab auch in diesem Zusammenhang gilt, zumal dieser über die Zulässigkeit des Insolvenzantrags und damit über die Eröffnung jedenfalls des Insolvenzverfahrens entscheidet. Allerdings würde dies sogleich bedeuten, dass einzelne Gläubiger jedenfalls im Rahmen der Bestellung des vorläufigen Gläubigerausschusses unberücksichtigt blieben und auf die entsprechenden Entscheidungen nicht hinreichend Einfluss nehmen könnten. Auch wenn dieser Aspekt für das Erfordernis einer strikten Vollständigkeit der entsprechenden Verzeichnisse und der in diesen enthaltenen Angaben zur Erfüllung der Insolvenzantragspflicht im Rahmen von § 15a InsO spricht, muss dies im Ergebnis jedoch abgelehnt werden. Denn Regelungsziel der Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO ist vor allem die Massesicherung als Ausgleich für die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter<sup>6</sup>, ein Ziel, dem auch bei einer den Anforderungen von § 13 Abs. 1 Satz 3-5 InsO-RegE nicht entsprechenden Insolvenzantragstellung nachgekommen wird, solange der Insolvenzantrag jedenfalls in tatsächlicher Hinsicht zulässig ist. Zudem vermittelt § 15a InsO gerade kein entsprechendes Teilhaberecht aller Gläubiger am Insolvenzverfahren, sodass in diesem Zusammenhang auch eine Schutzgesetzeigenschaft (§ 823 Abs. 2 BGB) von § 13 Abs. 1 Satz 3-5 InsO-RegE abzulehnen ist. Dies schließt allerdings nicht aus, dass der Schuldner selbst bzw. die für ihn handelnden gesetzlichen Vertreter bei einer vorsätzlichen unvollständigen Insolvenzantrag-

**Prof. Dr. Heribert Hirte**, LL.M. (Berkeley) ist Geschäftsführender Direktor des Seminars für Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg und forscht zurzeit an der Fordham University, New York. **Béla Knof** ist Wiss. Mitarbeiter und **Dr. Sebastian Mock**, LL.M. (NYU), Attorney-at-Law (New York) Habilitand am Seminar für Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg.

1 Begr. RegE ESUG, abrufbar unter DB0405168.

2 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 25.

3 § 13 Abs. 1 InsO-DiskE sah insofern lediglich vor, dass dem (Eigen-)Insolvenzantrag ein Verzeichnis wesentlicher Gläubiger und ihrer Forderungen beizufügen war.

4 So ausdrücklich Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 32.

5 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 32 f.

6 Vgl. dazu nur *Hirte*, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, Insolvenzordnung, 13. Aufl. 2010, § 15a Rdn. 1; *Karsten Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 64 Anh. Rdn. 2.

stellung einem Anspruch aus § 826 BGB ausgesetzt sein können, wofür die Voraussetzungen freilich entsprechend hoch anzusetzen sind, zumal selbst bei einer Berücksichtigung im Insolvenzantrag bzw. dessen Verzeichnis keine Garantie der Bestellung zum Mitglied des vorläufigen Gläubigerausschusses durch das Insolvenzgericht besteht<sup>7</sup>. Aus diesem Grund ist auch eine Fehlerhaftigkeit der Beschlüsse des vorläufigen Gläubigerausschusses aufgrund einer unvollständigen Insolvenzantragstellung nicht denkbar<sup>8</sup>.

## 2. Schaffung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 22a InsO-RegE)

Weiterer Aspekt der vom Gesetzgeber beabsichtigten stärkeren Einbeziehung der Gläubiger bereits im Insolvenzeröffnungsverfahren ist die unter Umständen bestehende Pflicht zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 22a InsO-RegE). Ein solcher ist zu bilden, wenn die nach Bilanzsumme, Umsatzerlösen und Arbeitnehmeranzahl berechneten Grenzwerte des § 22a Abs. 1 Nr. 1-3 InsO-RegE überschritten werden und der Geschäftsbetrieb des Schuldners noch nicht eingestellt wurde (§ 22a Abs. 2 InsO-RegE). Durch diese Vorgaben soll das Instrument des vorläufigen Gläubigerausschusses somit nur bei Unternehmensinsolvenzen einer bestimmten Größenordnung zur Anwendung kommen, da bei Klein- und Kleinstunternehmen eine Einbeziehung der Gläubiger in diesem frühen Verfahrensstadium nicht notwendig ist, was aber andererseits die Möglichkeit des Insolvenzgerichts zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nicht ausschließt<sup>9</sup>. Zur Sicherung der Arbeitsweise des vorläufigen Gläubigerausschusses muss der Schuldner auf Aufforderung des Gerichts Personen benennen, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen (§ 22a Abs. 3 InsO-RegE).

Die Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses erfolgt dabei ebenso wie beim (regulären) Gläubigerausschuss, da § 22a Abs. 1 InsO-RegE auf § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO-RegE und damit auf die §§ 67 Abs. 2-3, 69-73 InsO verweist. Dabei muss nunmehr immer ein Arbeitnehmervertreter im vorläufigen Gläubigerausschuss vertreten sein, auch wenn Arbeitnehmer nicht oder mit nur unerheblichen Forderungen als Insolvenzgläubiger am Insolvenzverfahren beteiligt sind (§ 67 Abs. 2 Satz 2 InsO-RegE). Die in der Gesetzesbegründung als Rechtfertigung angegebenen vertieften Kenntnisse der Arbeitnehmer über das Unternehmen sind zwar als Argument sicherlich nicht von der Hand zu weisen; überzeugender wäre allerdings die ökonomische Begründung, dass sich eine Sanierung von Unternehmen vor allem dann rechtfertigen lässt, wenn die künftig zu erwartenden Gewinne den Zerschlagungswert übersteigen – und das ist gerade dann der Fall, wenn ein Unternehmen ungekündigte Arbeitnehmer beschäftigt, weil der „Wert“ dieser Arbeitsverhältnisse zwar für die Insolvenzmasse ohne Bedeutung ist, wohl aber über die Sanierungsmöglichkeiten entscheidet<sup>10</sup>. Als Grundlage für die Besetzung des Gläubigerausschusses wird das Insolvenzgericht i. d. R. auf die Vorschläge des Schuldners und das dem Insolvenzantrag beizufügende Verzeichnis zurückgreifen. Dies schließt allerdings nicht aus, dass das Insolvenzgericht auch andere Personen als Gläubigervertreter bestellt (§ 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO-RegE, § 67 Abs. 3 InsO).

Die Aufgabe des vorläufigen Gläubigerausschusses besteht schließlich vor allem in der Einflussnahme auf die Auswahl des vorläufigen Insolvenzverwalters (s. sogleich II. 3.) sowie auf die Anordnung der Eigenverwaltung (s. unter III. im 2. Teil des Aufsatzes, DB 2011 Heft 12) und auf die Auswahl des vorläufigen Sachwalters; diese seine Aufgabe endet mit der Eröffnung des In-

solvenzverfahrens bzw. der Anordnung der Eigenverwaltung. Beide Verfahrensarten sehen zwar auch einen Gläubigerausschuss vor. Dabei ist aber von einer Neubesetzung auszugehen, da das ESUG insofern keine Ämterkontinuität vorsieht und eine solche auch nicht zwischen dem vom Insolvenzgericht und dem von der Gläubigerversammlung eingesetzten Gläubigerausschuss besteht (§ 68 Abs. 1 Satz 2 InsO). Eine Besetzung des Gläubigerausschusses mit den (ehemaligen) Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses ist dabei aber nicht ausgeschlossen.

## 3. Vorschlagsrecht für die Person des Insolvenzverwalters (§ 56 InsO-RegE)

Einer der wohl umstrittensten Reformpunkte des ESUG ist die Einführung eines (verbindlichen) Vorschlagsrechts des vorläufigen Gläubigerausschusses für die Auswahl des Insolvenzverwalters. Hintergrund dieser Neuregelung ist die fehlende Vorhersehbarkeit der Person des Insolvenzverwalters wegen der bei den Insolvenzgerichten nicht immer bestehenden hinreichenden Auswahl an vor allem für Großverfahren (mit internationalem Bezug) geeigneten Insolvenzverwaltern, was in der Vergangenheit vermehrt – gerade auch im „Wettbewerb der Insolvenzrechte“ – als Sanierungshindernis empfunden wurde<sup>11</sup>. Zudem soll mit der Neuregelung die schon an einigen „progressiven“ Gerichten praktizierte Einbeziehung der Gläubiger bei der Insolvenzverwalterauswahl (so beim „*Detmolder Modell*“<sup>12</sup>) allgemein verbindlich werden<sup>13</sup>.

### a) Stellungnahme- und Vorschlagsrecht des vorläufigen Gläubigerausschusses

Nach der geplanten Neuregelung muss dem vorläufigen Gläubigerausschuss vom Insolvenzgericht nunmehr zunächst die Gelegenheit gegeben werden, sich zu den Anforderungen des zu stellenden Insolvenzverwalters und zu seiner Person zu äußern, sofern dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt (§ 56 Abs. 2 InsO-RegE). Darüber hinaus kann der vorläufige Gläubigeraus-

7 Zum fehlenden Anspruch eines Gläubigers auf Berücksichtigung im Gläubigerausschuss *Schmid-Burgk*, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl. 2007, § 67 Rdn. 10; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck/Hirte/Vallender*, Insolvenzzordnung, 13. Aufl. 2010, § 67 Rdn. 9. Diese Grundsätze sind aufgrund des Verweises von § 22a Abs. 1 InsO-RegE auf § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO-RegE bzw. auf die §§ 67 Abs. 2 und 3 InsO-RegE auf den vorläufigen Gläubigerausschuss entsprechend übertragbar.

8 Zu den ohnehin bestehenden Beschränkungen hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit der Beschlüsse des Gläubigerausschusses bzw. deren Geltendmachung *Gerhardt*, in: *Jaeger*, Insolvenzzordnung, 2007, § 72 Rdn. 20; *Schmid-Burgk*, a.a.O. (Fn. 7), § 72 Rdn. 22; letztlich offenlassend *Uhlenbruck*, a.a.O. (Fn. 7), § 72 Rdn. 17.

9 Zur bereits *de lege lata* bestehenden Möglichkeit der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses *Schmid-Burgk*, a.a.O. (Fn. 7), § 67 Rdn. 6; *Uhlenbruck*, a.a.O. (Fn. 7), § 67 Rdn. 7.

10 Zur Problematik der für Zwecke des Gläubigerschutzes in das Gesellschafts- und Insolvenzrecht einzubeziehenden Werte s. jüngst ausführlich *Hirte*, ZInsO 2010 S. 1986 f.

11 Ausführlich dazu *Eidenmüller/Frobenius/Prusko*, NZI 2010 S. 545 (549) (mit empirischen Daten); *Hirte*, ZGR 2010 S. 224 (241 f.); *Paulus*, NZI 2008 S. 705 (706); *Westpfahl/Janjuah*, ZIP 2008 Beil. zu Heft 3 S. 8; a. A. *Frind*, ZInsO 2007 S. 643 (646), der ein solches Sanierungshemmnis nicht erkennen will; vgl. dahingehend auch die Empfehlungen der „Uhlenbruck-Kommission“ bei *Uhlenbruck/Mönning*, ZIP 2008 S. 157.

12 Vgl. dazu ausführlich *Busch*, DZWIR 2004 S. 353 (354); für Unzulässigkeit einer dahingehenden Einbeziehung nach geltendem Recht aber *Frind*, ZInsO 2007 S. 643 (645) (jedenfalls eine namentliche Nennung ausschließend); a. A. aber *Delhaes*, in: *Nerlich/Römermann*, Insolvenzzordnung, Loseblatt; Stand 9/2010), § 56 Rdn. 16; *Kammel/Staps*, NZI 2010 S. 791 f.; *Kind*, in: *Braun*, Insolvenzzordnung, 4. Aufl. 2010, § 56 Rdn. 4; *Mohrbutter*, in: *Mohrbutter/Ringstmeier*, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Aufl. 2009, § 6 Rdn. 18; *Paulus*, NZI 2008 S. 705 (707); *Uhlenbruck*, a.a.O. (Fn. 7), § 56 Rdn. 58; *ders./Mönning*, ZIP 2008 S. 157 (162 f.).

13 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 38.

schuss selbst einen einstimmigen Vorschlag unterbreiten, von dem das Insolvenzgericht nur abweichen darf, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist (§ 56 Abs. 3 Satz 1 InsO-RegE). Macht das Insolvenzgericht von dieser Möglichkeit Gebrauch, muss es die Gründe dafür im Eröffnungsbeschluss offenlegen, ohne dabei allerdings die nicht bestellte Person namentlich zu nennen (§ 27 Abs. 2 Nr. 5 InsO-RegE). Die aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes<sup>14</sup> nicht zulässige namentliche Nennung wird allerdings wohl dazu führen, dass eine ausführliche Begründung i. d. R. nicht vorgenommen werden wird, da eine solche ohne Namensnennung kaum denkbar ist. Unabhängig davon muss das Gericht aber in jedem Fall die vom vorläufigen Gläubigerausschuss aufgestellten inhaltlichen Anforderungen auch seiner eigenen (abweichenden) Auswahl hinsichtlich der Person des Verwalters zugrunde legen (§ 56 Abs. 3 Satz 2 InsO-RegE). Die Möglichkeit der Aufstellung allgemeiner Vorgaben für die Insolvenzverwalterauswahl durch das Gericht wird dabei i. d. R. nur für Fälle in Betracht kommen, in denen sich die Gläubiger nicht auf eine bestimmte Person einigen können.

#### b) Anforderungen an den Insolvenzverwalter

Zur Absicherung dieses neuen Auswahlverfahrens werden die Anforderungen an die Person des Insolvenzverwalters entsprechend modifiziert, sodass künftig die erforderliche Unabhängigkeit für den Insolvenzverwalter nicht schon dadurch ausgeschlossen wird, dass dieser vom Schuldner oder Gläubiger vorgeschlagen wurde (§ 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 InsO-RegE), er als Insolvenzberater für den Schuldner vor der Antragstellung tätig gewesen ist (§ 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 InsO-RegE) oder er unter Einbindung von Schuldner und Gläubigern einen Insolvenzplan erstellt hat (§ 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 InsO-RegE). Aus diesen neuen Anforderungen an den Insolvenzverwalter kann im Umkehrschluss allerdings nicht abgeleitet werden, dass dem Schuldner ebenfalls ein (verbindliches) Vorschlagsrecht für den Insolvenzverwalter zukommt; ein solches verbindliches Vorschlagsrecht bleibt allein dem vorläufigen Gläubigerausschuss (s. o. a)) vorbehalten<sup>15</sup>.

Auch wenn ein Insolvenzverwalter bei Vorliegen eines der in § 56 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 InsO-RegE geregelten Fälle nicht von einer Bestellung ausgeschlossen ist, befreit dies das Insolvenzgericht nicht von der Pflicht einer eingehenden Prüfung, inwiefern eine Unabhängigkeit aus anderen Gründen nicht angenommen werden kann. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn die vorgeschlagene Person bereits in großem Umfang für einen der Gläubiger in einem anderen Insolvenzverfahren tätig wurde oder einen erheblichen Teil ihres Umsatzes aus Dienstleistungen für den entsprechenden Gläubiger erzielt und im Insolvenzverfahren voraussichtlich auch Ansprüche gegen diesen Gläubiger geltend zu machen sein werden. Hinsichtlich dieser sich aufdrängenden Fragenkreise trifft das ESUG keine Regelung, was insbesondere bei einer zu erwartenden Zusammenarbeit von Sanierungsberatern und Insolvenzverwaltern zunehmend zu Problemen führen wird. Insofern wäre eine – etwa an die Ausschlussgründe für Abschlussprüfer angelehnte Regelung (§§ 319 ff. HGB) – jedenfalls für Verfahren einer bestimmten Größe hilfreich gewesen.

#### c) Vergütung

Keine Regelung enthält das ESUG in diesem Zusammenhang für die Frage der Vergütung des von den Gläubigern vorgeschlagenen Insolvenzverwalters. Dies scheint auf den ersten Blick nicht zu überraschen, da dessen Aufgaben und Pflichten denen eines regulären Insolvenzverwalters entsprechen. Eine genauere

Betrachtung des von den Gläubigern vorgeschlagenen Insolvenzverwalters wirft allerdings die Frage auf, ob sich dessen Vergütung nahtlos in das bisherige Vergütungssystem der InsO bzw. der InsVV einfügt. Denn das geltende System der Insolvenzverwaltervergütung basiert nicht nur auf dem Gedanken einer tätigkeitsspezifischen Vergütung, sondern soll vor allem sicherstellen, dass eine fallübergreifend angemessene Vergütung des Insolvenzverwalters sichergestellt ist. Insofern ist es nach dem geltenden Recht auch hinnehmbar, dass die Vergütung eines Insolvenzverwalters im Einzelfall vom Prinzip einer strikten Aufwandsabhängigkeit abweicht, solange jedenfalls eine übergreifend angemessene Vergütung sichergestellt ist<sup>16</sup>. Mit der Möglichkeit einer Insolvenzverwalterauswahl durch die Gläubiger besteht nun allerdings die Gefahr, dass eine solche *Quersubventionierung* nicht mehr gewährleistet ist, sodass insofern wohl nur noch eine Bestimmung der Angemessenheit der Vergütung für jedes einzelne Verfahren möglich sein wird<sup>17</sup>.

#### 4. Abweisung mangels Masse (§ 26 Abs. 4 InsO-RegE)

Schließlich sieht der RegE – im Gegensatz zum Diskussionsentwurf – eine Ausweitung der Verhinderung einer Abweisung mangels Masse aufgrund einer Vorschussleistung vor. Diese Bemühungen sind vor dem Hintergrund der noch immer sehr hohen Anzahl von Fällen der Abweisung des Insolvenzantrags vor allem bei der GmbH zu betrachten, bei der etwa im Jahr 2009 ca. 1/3 der Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet werden konnten<sup>18</sup>. Berücksichtigt man, dass die jüngste Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG zu einer Verlagerung hin zu den insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzmechanismen geführt hat<sup>19</sup>, gehen diese Mechanismen in einem Großteil der Fälle ins Leere.

Nach dem geplanten § 26 Abs. 4 Satz 1 InsO-RegE soll daher nunmehr auch jede Person zur Vorschussleistung verpflichtet sein, die ihre Insolvenzantragspflicht schuldhaft verletzt hat, wobei diese Person dabei die Beweislast hinsichtlich ihrer Entlastung trifft (§ 26 Abs. 4 Satz 2 InsO-RegE). Damit wird die nach geltendem Recht schon bestehende Möglichkeit der Vorschussleistung durch einen Gläubiger um eine entsprechende Pflicht der insolvenzantragspflichtigen Personen erweitert, womit letztlich eine Umkehrung der bisherigen Rechtslage verbunden ist. Denn nunmehr trifft die insolvenzantragspflichtigen Personen nicht nur eine Ersatzhaftung<sup>20</sup> bei Vorschussleistung durch einen Gläubiger, sondern selbst eine unmittelbare Vorschusspflicht, womit der Gläubiger bei einer Vorschussleistung nicht mehr das Insolvenzrisiko der insolvenzantragspflichtigen Personen zu tragen hat<sup>21</sup>. Die Pflicht zur Vorschussleistung kann

14 So ausdrücklich Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 36 f.

15 Ebenso *Riggert*, NZI 2011 S. 121 (122).

16 Zur Frage der Zulässigkeit einer Mischkalkulation grundlegend BGH vom 15. 1. 2004 – IX ZB 96/03, BGHZ 157 S. 282 (288) = NJW 2004 S. 941; dazu ebenfalls *Keller*, Vergütung und Kosten im Insolvenzverfahren, 3. Aufl. 2010, Rdn. 30 ff.

17 So schon nach bisher geltendem Recht *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Insolvenzzrechtliche Vergütung, 4. Aufl. 2007, Vorbemerkungen vor § 1 InsVV Rdn. 26 ff.; *Mock*, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, Insolvenzordnung, 13. Aufl. 2010, § 63 Rdn. 3.

18 Von insgesamt 13.105 GmbH-Verfahren wurden lediglich 8.690 Verfahren eröffnet und 4.415 mangels Masse abgewiesen (vgl. *Statistisches Bundesamt*, Das Statistische Jahrbuch 2010 [2010], S. 501).

19 Vgl. dazu nur *Hirte*, NZG 2008 S. 761; *ders.*, ZInsO 2008 S. 689.

20 Zur Rechtsnatur des geltenden § 26 Abs. 3 InsO *Hirte*, a.a.O. (Fn. 6), § 26 Rdn. 59 ff.; *Schilken*, in: Jaeger, Insolvenzordnung, 2004, § 26 Rdn. 98.

21 Vgl. zu dieser Problematik im geltenden Recht *Haarmeyer*, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl. 2007, § 26 Rdn. 56; *Hirte*, a.a.O. (Fn. 6), § 26 Rdn. 58; *Karsten Schmidt*, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, Rdn. 6. 20; zur vorgeschlagenen Neuregelung s. bereits *Hirte*, ZInsO 2011 S. 401 (405).

neben den Mitgliedern der Vertretungsorgane (§ 15a Abs. 1 InsO) auch die Gesellschafter selbst treffen, wenn die Führungslosigkeit einer juristischen Person<sup>22</sup> vorliegt. Voraussetzung der Vorschusspflicht nach § 26 Abs. 4 InsO-RegE ist aber, dass das Vermögen des Schuldners voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die Kosten des Insolvenzverfahrens zu decken (§ 26 Abs. 1 Satz 1 InsO).

Den Vorschuss kann dabei neben dem vorläufigen Insolvenzverwalter auch jede Person einfordern, die einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner<sup>23</sup> hat (§ 26 Abs. 4 Satz 3 InsO-RegE). Diese prozessuale Absicherung der tatsächlichen Leistung des Vorschusses beschränkt sich aber auf das Insolvenzeröffnungsverfahren und erfasst nicht das Insolvenzverfahren, da für Letzteres bei einer drohenden Einstellung mangels Masse (§§ 207 ff. InsO) der RegE in § 207 Abs. 1 InsO keinen Verweis auf den neuen § 26 Abs. 4 InsO-RegE einfügt<sup>24</sup>. Auch kann ein Gläubiger nicht schon vor der Insolvenzantragstellung eine entsprechende Vorschussleistung von einer insolvenzantragspflichtigen Person verlangen. Aber auch nach Insolvenzantragstellung sind die Möglichkeiten einer Geltendmachung des Vorschusses durch einen Gläubiger faktisch sehr begrenzt bzw. wenig attraktiv. Denn zum einen muss auch der Gläubiger eine entsprechende Massearmut nachweisen, wofür es ihm in der Regel allerdings an den notwendigen Informationen fehlen wird, zumal für die Bestimmung des Vorschusses nicht nur die Massearmut als solche, sondern auch die Bestimmung des tatsächlichen Fehlbetrages notwendig ist. Zum anderen bleibt nach dem neuen § 26 Abs. 4 Satz 3 InsO-RegE unklar, auf welche Weise die Geltendmachung der Vorschussleistung des Gläubigers gegenüber den insolvenzantragspflichtigen Personen genau erfolgen soll. Die Geltendmachung wird zwar als ein Fall einer gesetzlich angeordneten Prozessstandschaft anzusehen sein, da es um die prozessuale Geltendmachung eines fremden Rechts im eigenen Namen geht. Allerdings trifft § 26 Abs. 4 Satz 3 InsO-RegE keine Aussage dahingehend, in welchem Verhältnis die Geltendmachung durch den Gläubiger zur Geltendmachung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter stehen soll. Dabei wird man vor dem Hintergrund der (vorrangigen) Pflicht des vorläufigen Insolvenzverwalters zur Geltendmachung des Vorschusses von einer Subsidiarität der Geltendmachung durch den Gläubiger ausgehen müssen, sodass der Insolvenzverwalter die Geltendmachung jederzeit vom Gläubiger übernehmen kann<sup>25</sup>. Unklar bleibt schließlich die Frage der Kostentragungslast für die Geltendmachung des Vorschusses. Aufgrund fehlender anderweitiger Regelung muss man davon ausgehen, dass der Gläubiger als Prozessstandschafter diese selbst tragen muss<sup>26</sup>, die entsprechenden Kosten aber wohl nach §§ 670, 683 BGB aus der Masse zurückverlangen kann. Da diese aber vor Verfahrenseröffnung begründet wurden, kann es sich dabei nicht um Massekosten handeln (§ 55 InsO), sodass die Forderung eine einfache Insolvenzforderung darstellen würde. Da dies vor dem mit der Neuregelung verfolgten Hintergrund aber ein kaum tragfähiges Ergebnis ist, wird man die Kosten für die Geltendmachung des Vorschusses durch den Gläubiger gegenüber der insolvenzantragspflichtigen Person selbst als Vorschuss i. S. von § 26 Abs. 3 InsO ansehen müssen, sodass der Gläubiger von der insolvenzantragspflichtigen Person auch insoweit entsprechend Rückgriff nehmen kann. Damit trifft ihn aber letztlich das schon im geltenden Recht bestehende Risiko, sodass eine Geltendmachung des Vorschusses durch einen Gläubiger i. d. R. kaum erfolgen wird bzw. wohl nur dem Aufbau eines entsprechenden Drucks auf den vorläufigen Insolvenzverwalter dienen soll, dem bei einer

fehlenden Geltendmachung i. Ü. auch eine Ersatzpflicht nach §§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 22 Abs. 1, 60 InsO droht.

Unabhängig von den genannten Schwierigkeiten wird die praktische Bedeutung der Vorschusspflicht der insolvenzantragspflichtigen Personen aber möglicherweise auch aus anderen Gründen ohne Bedeutung bleiben. Denn die Regelung basiert auf dem Gedanken, dass die insolvenzantragspflichtigen Personen diesen Vorschuss auch tatsächlich (sofort) leisten. Unterbleibt nämlich eine Vorschussleistung, muss nach § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO das Insolvenzverfahren mangels Masse abgewiesen werden, da § 26 Abs. 1 Satz 2 InsO für ein Unterbleiben der Abweisung eindeutig auf eine zeitnahe Leistung des Vorschusses abstellt<sup>27</sup>. Die gerichtliche Geltendmachung des Vorschusses – inklusive der notwendigen Klärung der schuldhaften Verletzung der Insolvenzantragspflicht – bis hin zur Zwangsvollstreckung kann also nicht entsprechend abgewartet werden und würde zudem auch u. U. mehrere Jahre dauern. Zwar besteht nach § 26 Abs. 4 Satz 3 InsO-RegE eine Umkehr der Beweislast, jedoch kann diese allein nicht dazu führen, dass eine gerichtliche Geltendmachung gegenüber den insolvenzantragspflichtigen Personen innerhalb weniger Wochen oder Monate erfolgreich durchzuführen ist. Die insolvenzantragspflichtige Person würde zudem mit einer freiwilligen Vorschussleistung (die i. Ü. mehr eine Vorausleistung auf die künftige Inanspruchnahme wegen Insolvenzerschleppung als ein Vorschuss ist, weil gegen einen späteren Erstattungsanspruch der antragspflichtigen Person mit den Ansprüchen aus Insolvenzerschleppungshaftung gegen sie aufgerechnet werden kann) letztlich auch gerade den Strick binden, der ihr später im eröffneten Insolvenzverfahren um den Hals gelegt werden soll. Denn wenn es zu einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommt, würde die insolvenzantragspflichtige Person – eine pflichtgemäße Ausübung der Pflichten des Insolvenzverwalters unterstellt – sicher in Anspruch genommen werden, zumal die Vorschusspflicht eben nur für Personen besteht, die ihre Insolvenzantragspflicht schuldhaft verletzt haben. Die Leistung des Vorschusses nach § 26 Abs. 4 InsO-RegE hätte insofern also eine Art präjudizierende Wirkung für eine spätere Inanspruchnahme wegen Insolvenzerschleppung. Unterbleibt

22 Zur entsprechenden Erstreckung auf alle juristischen Personen vgl. nur *Hirte*, a.a.O. (Fn. 6), § 15a Rdn. 61; *Kirchhof*, in: Heidelberger Komm-InsO, 5. Aufl. 2008, § 15a Rdn. 3; *Mönnig*, in: Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, Loseblatt; Stand 9/2010, § 15a Rdn. 8.

23 Dabei handelt es sich um alle Insolvenzgläubiger (Begr. RegE ESUG, a.a.O. [Fn. 1], S. 36).

24 Der RegE sieht für den § 207 Abs. 1 Satz 2 InsO keine entsprechende Änderung bzw. Bezugnahme auf den neuen § 26 Abs. 4 InsO-RegE vor, sodass dieser nur auf den schon bestehenden § 26 Abs. 3 InsO verweist. Dies erscheint vor dem Hintergrund der im eröffneten Insolvenzverfahren ebenso notwendigen tatsächlichen Vorschussleistung aber rechtspolitisch zweifelhaft und muss – zumal sich auch die Begründung in keiner Weise dazu verhält – als ein redaktionelles Versehen betrachtet werden.

25 In diesem Zusammenhang kann die Regelung des § 148 Abs. 3 AktG entsprechend angewendet werden, da diese für die der vorliegenden Interessenlage entsprechende aktienrechtliche *actio pro socio* eine detaillierte Regelung enthält (zu § 148 Abs. 3 AktG ausführlich *Mock*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 148 Rdn. 114 ff.).

26 Bei den wenigen geregelten Fällen der gesetzlichen Prozessstandschaft (vgl. für einen Überblick *Bork*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2004, Vor § 50 Rdn. 48 ff.) besteht jedenfalls eine solche Kostentragungslast (vgl. etwa § 325 ZPO – [Kostentragungslast aufgrund Parteistellung *Lindacher*, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl. 2008, Vorbem. zu § 50 ff. Rdn. 1, 54]) bzw. eine entsprechende ausdrückliche gegenteilige Regelung (vgl. etwa § 148 Abs. 6 Satz 5 AktG; dazu *Mock*, a.a.O. [Fn. 17], § 148 Rdn. 128).

27 Insofern von einem Zeitraum von bis zu einem Jahr nach Verfahrenseröffnung ausgehend BGH vom 17. 6. 2003 – IX ZB 476/02, DB0049072 = NZI 2004 S. 30 (31) = ZIP 2003 S. 2171; ebenso *Uhlenbruck*, a.a.O. (Fn. 7), § 26 Rdn. 16; allerdings von einem Zeitraum von bis zu zwei Jahren nach Verfahrenseröffnung ausgehend AG Hamburg vom 2. 2. 2000 – 67c IN 157/99, NZI 2000 S. 140 (141); AG Hamburg vom 20. 12. 2005 – 67c IN 387/05, ZIP 2006 S. 1784 = ZInsO 2006 S. 51 (52).

aber die Vorschussleistung, kommt es – eine fehlende Vorschussleistung eines Gläubigers unterstellt – nicht zu einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens und zu keiner Anspruchsverfolgung durch den Insolvenzverwalter. Zwar können die Gläubiger dann ihre Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 15a InsO auch außerhalb des Insolvenzverfahrens geltend machen<sup>28</sup>; allerdings besteht diese Möglichkeit schon nach geltendem Recht, sodass durch den neuen § 26 Abs. 4 InsO-RegE insofern nichts gewonnen wäre. Dieses fehlende Interesse der insolvenzantragspflichtigen Personen an einer Vorschussleistung kann schließlich auch nicht durch den Umstand kompensiert werden, dass diesen bei einer Verweigerung der Vorschussleistung eine Haftung nach §§ 286, 280 Abs. 2 BGB droht, bei der die aufgrund der verzögerten Vorschussleistung und der daraus folgenden Vermögensverluste beim Schuldner als Verzugsschaden zu ersetzen wären. Denn diese Schäden sind i. d. R. kaum oder nur sehr schwer nachzuweisen und hinsichtlich der Ursächlichkeit der verspäteten Zahlung fragwürdig. Somit ist eine Person, die ihre Insolvenzantragspflicht schuldhaft verletzt hat, nach der Neuregelung des § 26 Abs. 4 InsO-RegE eindeutig besser beraten, eine Vorschussleistung abzulehnen bzw. sich auf ein entsprechendes gerichtliches Verfahren einzulassen.

Weitaus lohnender wäre es gewesen, die Vorschusspflicht der insolvenzantragspflichtigen Personen bei der im Rahmen des § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO anzustellenden Massekostenrechnung dann zwingend zu berücksichtigen<sup>29</sup>, wenn deren Voraussetzungen erfüllt sind und eine entsprechende Leistungsfähigkeit bei der insolvenzantragspflichtigen Person besteht. Dies zu prüfen, würde dann dem vorläufigen Insolvenzverwalter obliegen, dem dann allerdings auch entsprechende Auskunftsrechte gegenüber den antragspflichtigen Personen an die Hand gegeben werden müssten.

Denkbar wäre zudem, den Anspruch – ähnlich den Gerichtskostenansprüchen – ungeachtet seiner sachlichen Berechtigung für sofort vollstreckbar zu erklären und die Klärung seiner Voraussetzungen in das spätere Erkenntnis- oder Insolvenzverfahren zu verweisen.

## 5. Klarstellungen bei der Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO-RegE)

Schließlich sollen im Rahmen des § 15a InsO zwei bzw. drei Änderungen vorgenommen werden, denen weitgehend redaktionelle Bedeutung zukommt. Dies betrifft zum einen die Ersetzung des Begriffs Insolvenzantrag in § 15a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 InsO durch den Begriff Eröffnungsantrag<sup>30</sup>. Zum anderen soll im Rahmen des § 15a Abs. 2 InsO klargestellt werden, dass die Insolvenzantragspflicht bei sog. zwei- oder mehrstöckigen Gesellschaften nur entfällt, wenn eine natürliche Person *persönlich haftender* Gesellschafter ist. Das nach dem bisherigen Wortlaut lediglich bestehende Erfordernis einer natürlichen Person als *Gesellschafter* hätte insofern dahingehend ausgelegt werden können, dass auch schon bei Vorhandensein einer natürlichen Person als Kommanditist (der ja auch – wenn auch nicht persönlich haftender – Gesellschafter ist) die Insolvenzantragspflicht suspendiert würde<sup>31</sup>. Mit der nunmehr erfolgten Beschränkung auf den *persönlich haftenden* Gesellschafter ist dies nun klargestellt.

## III. Ausbau und Straffung des Insolvenzplanverfahrens<sup>32</sup>

Die Allgemeine Begründung des ESUG identifiziert die Regelungen des Insolvenzplanverfahrens als eine Schwäche des gel-

tenden deutschen Rechts. Schwachstellen sind hier vor allem das Fehlen einer praktikablen Möglichkeit der Umwandlung von Forderungen in Anteilsrechte (*Debt-Equity-Swap*)<sup>33</sup> und die fehlende Kalkulierbarkeit des Planverfahrens, da das Wirksamwerden eines Insolvenzplans durch Rechtsmittel einzelner Gläubiger „um Monate oder gar Jahre hinausgezögert werden könne“<sup>34</sup>. Diese Schwachstellen sollen mit dem ESUG behoben werden. Die Begründung des RegE fasst daher das hehre Ziel des ESUG kurz und knapp wie folgt zusammen: „Die Möglichkeiten der Sanierung durch einen Insolvenzplan werden erweitert, Blockadepotenzial wird abgebaut.“<sup>35</sup>

### 1. Erweiterung der Sanierungsmöglichkeiten durch Insolvenzplan

Das vom ESUG zur Erreichung des oben genannten Ziels zu-vorderst gewählte Mittel lässt sich ebenfalls kurz zusammenfassen: Die Insolvenzordnung gibt ihre bislang bestimmende gesellschaftsrechtliche Enthaltsamkeit auf<sup>36</sup>.

#### a) Paradigmenwechsel: Aufgabe der gesellschaftsrechtlichen Enthaltsamkeit

Die Aufgabe der gesellschaftsrechtlichen Enthaltsamkeit des Insolvenzplanverfahrens ist nicht weniger als ein Paradigmenwechsel im Insolvenzrecht. Mit ihm greift der Gesetzgeber spät – über zehn Jahre nach Inkrafttreten der InsO – doch noch die Empfehlungen der Insolvenzrechtskommission in ihrem Ersten Bericht von 1985 (Leitsätze 2.4.9 ff.) auf, wo es z. B. in 2.4.9.2 über die zulässigen Reorganisationsmaßnahmen hieß:

„Die für die Reorganisation erforderlichen Änderungen der rechtlichen Verhältnisse einer Gesellschaft oder des Unternehmens sind in den darstellenden Teil des Reorganisationsplans aufzunehmen. Der Plan kann jede nach materiellem Gesellschaftsrecht zulässige Maßnahme vorsehen, die geboten erscheint, um das Ziel der Reorganisation zu erreichen.“

Der Erste Bericht der Kommission für Insolvenzrecht riet in 2.4.9.5 sogar mutig dazu, den Ausschluss von Gesellschaftern wegen Wertlosigkeit der Anteilsrechte vorzusehen<sup>37</sup>:

28 Vgl. nur *Hirte*, a.a.O. (Fn. 6), § 15a Rdn. 55; *Karsten Schmidt*, a.a.O. (Fn. 6), Anh. § 64 Rdn. 70 f.

29 *De lege lata* sind Ansprüche aus Insolvenzverschleppungshaftung zwar auch schon bei der Bestimmung des im Rahmen von § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO heranzuziehenden Vermögens zu berücksichtigen (vgl. nur *Haarmeyer*, a.a.O. [Fn. 21], § 26 Rdn. 20; *Uhlenbruck* [Fn. 7], § 26 Rdn. 14). Allerdings scheidet dies praktisch zumeist an einer hinreichenden Bestimmbarkeit der tatsächlichen Leistungsfähigkeit des Anspruchsschuldners bzw. an der erforderlichen Zeit für die Geltendmachung (zu den dahingehenden Kriterien die Nachweise in Fn. 19).

30 Damit soll letztlich ein einheitlicher Sprachgebrauch in der InsO erreicht werden (Begr. RegE ESUG [Fn. 1], S. 33), auf den bei der Verlagerung des § 64 Abs. 1 GmbHG nach § 15a InsO durch das MoMiG nicht hinreichend geachtet wurde.

31 Dies schon *de lege lata* ablehnend *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, Vorb § 64 Rdn. 61; *Hirte*, a.a.O. (Fn. 6), § 15a Rdn. 11; dies jedenfalls unterstellend *Karsten Schmidt*, a.a.O. (Fn. 6), § 64 Anh. Rdn. 18.

32 So die Bezeichnung eines der Schwerpunkte des Gesetzesentwurfs in Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 2.

33 *Debt-Equity*-Transaktionen innerhalb eines Insolvenzverfahrens sind nur ganz vereinzelt dokumentiert, z. B. im Verfahren Senator Entertainment s. dazu *Fritze*, DZWIR 2007 S. 89; zur Bedeutung des *Debt-Equity-Swap* im Wettbewerb der Insolvenzrechte s. etwa *R. Paulus*, DZWIR 2008 S. 6; *Vallender*, NZI 2007 S. 129 (132 f.).

34 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 24.

35 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 24.

36 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 26.

37 Die Erste Kommission für Insolvenzrecht hat selbstverständlich nicht übersehen, dass sich mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters die Frage seiner Abfindung stellt und hierzu in 2.4.9.9 ihres Berichts Stellung genommen, darauf wird hier noch im Folgenden unter III. 1. c) bb) (2) (c) zurückzukommen sein.

„(1) Durch Beschluss des Insolvenzgerichts können Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn

1. ihre Anteilsrechte oder Beteiligungen wertlos sind und
2. ein Nachschuss nicht geleistet wird oder die Gesellschafter sich nicht zur Übernahme einer neuen Kapitalbeteiligung bereitfinden.

(2) Das Insolvenzgericht kann die Entscheidung über den Ausschluss mit dem Beschluss über die Bestätigung des Reorganisationsplans verbinden. Der Ausschluss wird mit der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses wirksam.“

Der RegE der heute in Kraft befindlichen Insolvenzordnung vermochte diesen Vorschlägen seinerzeit nicht zu folgen<sup>38</sup>. Der Gesetzgeber der InsO entschied sich vielmehr für eine strikte Enthaltensamkeit der Insolvenzordnung in allen gesellschaftsrechtlichen Fragen – eine Entscheidung, die in der Rückschau viel Kritik geerntet hat<sup>39</sup>.

Es ging damals wie heute um nicht weniger als die Antwort auf die Frage, wie der Zugriff der Gläubiger auf den *Going-concern*-Wert eines Unternehmens gelingt<sup>40</sup>. Auf der Suche nach einer Antwort ergeben sich Schwierigkeiten vor allem daraus, dass das Insolvenzrecht immer noch vom Paradigma der (Gesamt-)Vollstreckung und damit der Zerschlagung des Unternehmens geprägt ist. Folge dieses exekutorischen Denkens ist die weitgehende Anlehnung des Insolvenzrechts an den Atomismus des Sachenrechts<sup>41</sup>. Der *Going-concern*-Wert des Unternehmens sucht im Insolvenzverfahren aber – wie manch anderer Wert übrigens auch – vergeblich nach einer „Verkörperung“, sodass die vermögensrechtliche Zuweisung nach sachenrechtlichen Grundsätzen letztlich nicht gelingt<sup>42</sup>. Im Fall der Haftungsverwirklichung durch Fortführung des schuldnerischen Unternehmens sollte daher darauf gesetzt werden, „dass der Fortführungsbonus, die Differenz zwischen Fortführungs- und Liquidationswert, nicht nach den Grundsätzen der zivilrechtlichen Haftung zugeteilt, sondern zum Gegenstand von Verhandlungen zwischen Schuldner und Gläubigern gemacht wird“<sup>43</sup>.

Der Reformgesetzgeber der InsO 1994 hatte mit Blick auf die Ausgangsbedingungen der eben genannten Verhandlungen über die Zuweisung des Fortführungsbonus das „strategische Blockadepotenzial“<sup>44</sup> der Anteilshaber als (zu) gering eingeschätzt, weil über kooperationsunwilligen Anteilshabern stets das Damoklesschwert der übertragenden Sanierung schwebte, mit deren Hilfe der Fortführungswert ohne Weiteres für die Gläubiger hätte realisiert werden können. Deshalb hielt er die bloße Verknüpfung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen mit dem Insolvenzrecht mittels bedingter Insolvenzpläne für ausreichend und sicherte diese Gestaltungsvariante mit dem § 249 InsO ab. Die erhoffte selbstdisziplinierende Wirkung konnte die übertragende Sanierung indes nur in den Fällen voll entfalten, in denen keine rechtsträgerspezifischen Berechtigungen (z. B. steuerliche Verlustvorträge, öffentlich-rechtliche Genehmigungen oder Lizenzen) eine übertragende Sanierung nicht unattraktiv machen<sup>45</sup>. Im Ergebnis stellte sich daher die Frage nach der Zuweisung des Fortführungswertes in der Folgezeit erneut und wird jetzt (mutiger) mit der Möglichkeit des Zugriffs der Gläubiger auf die Beteiligungsbasis des Rechtsträgers beantwortet<sup>46</sup>.

### b) Ausgestaltung der Einbeziehung der Anteilsrechte in den Plan (§ 217 InsO-RegE)

Der Reformgesetzgeber stellt die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte im Ausgangspunkt den Gläubigerrechten gleich und bezieht sie als solche auch in das Insolvenzplanverfahren ein<sup>47</sup>. Das steht in Einklang auch mit der neueren Rechtsprechung des

BGH, nach der die Gesellschafter als „nach-nachrangige Insolvenzgläubiger“ anzusehen sind<sup>48</sup>. Die Änderung betreffend § 217 InsO ist Vorbote dieser weit reichenden Entwicklung; ihm wird folgender Satz angefügt<sup>49</sup>:

„Ist der Schuldner keine natürliche Person, so können auch die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen in den Plan einbezogen werden.“

Entsprechend wird im Gesetz durchgehend das Wort „Gläubiger“ durch das Wort „Beteiligte“ ersetzt, weil jetzt potenziell auch der Anteilshaber Adressat der jeweiligen Planvorschriften ist. Die Einbeziehung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte wird sodann in § 225a Abs. 3 InsO-RegE weiter ausgestaltet. Im Insolvenzplan kann fortan jede Regelung getroffen werden, die gesellschaftsrechtlich zulässig ist, insbesondere die Fortführung einer aufgelösten Gesellschaft oder die Übertragung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten. Anders als das US-Recht schlägt der Entwurf aber keine Erleichterungen für eine Refinanzierung über den Kapitalmarkt vor. Die für die Sanierungspraxis wohl bedeutsamste gesellschaftsrechtliche Maßnahme nennt das Gesetz in Abs. 2 des § 225a InsO-RegE, nämlich den *Debt-Equity-Swap* (s. u. c)):

„Im gestaltenden Teil des Plans kann vorgesehen werden, dass Forderungen von Gläubigern in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am Schuldner umgewandelt werden. Eine Umwandlung gegen den Willen der betroffenen Gläubiger ist ausgeschlossen. Insbesondere kann der Plan eine Kapitalherabsetzung oder -erhöhung, die Leistung von Sacheinlagen, den Ausschluss von Bezugsrechten oder die Zahlung von Abfindungen an ausscheidende Anteilshaber vorsehen.“

Aus der Reihung der Regelungen, insbesondere der Regelung des *Debt-Equity-Swaps* (Abs. 2) vor genereller Zulassung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen im Plan (Abs. 3), darf freilich nicht allzu voreilig ein systematischer Schluss gezogen werden. Die explizite Regelung des *Debt-Equity-Swaps* in Abs. 2 des

38 Begr. RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443 S. 75 f.; zum Gesetzgebungsprozess s. etwa H.-F. Müller, Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 318 f.

39 Statt vieler Uhlenbruck, NZI 2009 S. 1 (3); Eidenmüller, in: MünchKommInsO, 2. Aufl. 2008, § 217 Rdn. 2, 74 ff.

40 Die (Vor-)Frage danach, ob der *Going-concern*-Wert eines Unternehmens in der Insolvenz überhaupt den Gläubigern als Haftungsmasse zugewiesen ist, ist nicht zuletzt mit § 1 InsO positiv beantwortet. Es ist auch unstrittig, dass das Unternehmen als Inbegriff von Vermögenswerten in die Insolvenzmasse nach § 35 InsO fällt; dazu statt vieler Hirte, a.a.O. (Fn. 6), § 35 Rdn. 268; zur Problematik der für Zwecke des Gläubigerschutzes in das Gesellschafts- und Insolvenzrecht einzubeziehenden Werte s. jüngst ausführlich Hirte, ZInsO 2010 S. 1986 f.

41 Brehm/Chr. Berger, Sachenrecht, 2. Aufl. 2006, Rdn. 5.18.

42 Die „Verdinglichung“ von immateriellen Rechten ist Ausdruck dieses Bestrebens nach „Verkörperung“ der Rechte in der Insolvenz.

43 So mit Blick auf das Insolvenzplanverfahren Balz, ZIP 1988 S. 1438 (1441).

44 Eidenmüller/Engert, ZIP 2009 S. 541.

45 Zu diesen rechtsträgerspezifischen Berechtigungen als Hindernis der übertragenden Sanierung Bitter, ZGR 2010 S. 147 (157); Bitter/Laspeyres, ZIP 2010 S. 1157.

46 Dafür hatte so auch schon Braun, in: FS Fischer, 2008, S. 53 (67) plädiert.

47 Ausführlich zur verfassungs- und europarechtlichen Konformität des vollzogenen Paradigmenwechsels s. Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 27, 29.

48 Vgl. BGH-Urteil vom 15. 4. 2010 – IX ZR 188/09, BGHZ 185 S. 206 = DB 2010 S. 1339 (ausgehend von der Frage, in welcher Form Vorzugsaktien stimmlöser Vorzugsaktien am Insolvenzplanverfahren zu beteiligen sind); ausf. dazu Hirte/Mock, ZInsO 2009 S. 1129 (zugleich krit. Anm. zur Entscheidung in erster Instanz des LG Düsseldorf vom 10. 10. 2008 – 39 O 99/08, ZInsO 2009 S. 1169 = ZIP 2009 S. 1337); jüngst hat auch Bitter nachgewiesen, dass der Gesellschafter in der Insolvenz seine Beteiligung vor dem Hintergrund des § 199 InsO gleichsam treuhänderisch für die Gläubiger hält und daher der Insolvenzverwalter gar zur Verwertung befugt sein soll (ZGR 2010 S. 147 [198]); gleichsinnig mit Blick auf einen Fall vorinsolvenzlicher Sanierung auch BGH-Urteil vom 19. 10. 2009 – II ZR 240/08 („Sanieren oder Ausscheiden“), BGHZ 183 S. 1 = DB 2009 S. 2596, der die Grundsätze freilich aus der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht ableitet; dazu Karsten Schmidt, JZ 2010 S. 125.

49 Art. 1 Nr. 14 RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1).

§ 225a InsO-RegE hat hinsichtlich der in seinem Satz 3 hervorgerufenen („insbesondere“) gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen keine abschließende Wirkung in dem Sinne, dass die dort genannten gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen etwa *ausschließlich* im Rahmen eines *Debt-Equity-Swaps* i. S. des Satz 1 von § 225a Abs. 2 InsO zulässig wären<sup>50</sup>. Deshalb ist im Insolvenzplan z. B. auch eine Regelung generell zulässig, nach der die Stammeinlagen auf den Kapitalerhöhungsbetrag durch Leistung von Sacheinlagen übernommen werden sollen<sup>51</sup>. Gegenstand der Sacheinlage können dabei neben Forderungen gegen die Gesellschaft wie beim *Debt-Equity-Swap* nach Abs. 2 des § 225a InsO-RegE auch alle sonst sacheinlagefähigen Gegenstände sein<sup>52</sup>. Die Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage im Rahmen eines Insolvenzplans kann wegen der besonderen Vorschriften über die Form (s. u. c) aa) und die Willensbildung (s. u. c) bb)) vor allem wegen der besonderen Vorschriften über die Differenzhaftung (s. u. c) cc)(1)) auch außerhalb einer *Debt-Equity-Swap*-Transaktion eine interessante Gestaltungsvariante sein.

Es kann somit festgehalten werden, dass das ESUG nunmehr gut zehn Jahre nach der Einführung des Insolvenzplanverfahrens als Alternative zum Regelinsolvenzverfahren den nächsten großen Schritt macht und den „Wettbewerb um die beste Verwertungsart“ deutlich anheizt, indem er Eingriffe durch den Insolvenzplan in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte zulässt, und zwar weitestgehend unter denselben Voraussetzungen wie sonstige Eingriffe in Gläubigerrechte. Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte werden damit wie zuvor bereits alle sonstigen Gläubigerrechte zum Gegenstand von Verhandlungen. Das Wichtigste: Eingriffe in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte sind nicht einer gerichtlichen Entscheidung vorbehalten<sup>53</sup>. Die genaue Ausgestaltung der Einbeziehung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte in den Insolvenzplan soll im Folgenden am Beispiel des auch vom Gesetz besonders hervorgehobenen *Debt-Equity-Swaps* näher untersucht werden.

### c) *Debt-Equity-Swap* im Besonderen (§ 225a Abs. 2 InsO-RegE)

Die Umwandlung von Forderungen gegen die insolvente Gesellschaft in Anteilsrechte gehört zu den in der Sanierung häufig eingesetzten Maßnahmen zur Stärkung des Eigenkapitals<sup>54</sup>. Sie hat zwar unmittelbar selbst nur einen „bilanzsanierenden Effekt“, der freilich auch auf den Überschuldungsstatus nach § 19 Abs. 2 InsO ausstrahlt<sup>55</sup>. Auswirkungen auf die Liquiditätssituation können aber insoweit verzeichnet werden, als mit der Umwandlung Zins- und Tilgungslasten für die Zukunft entfallen und einschlägige Kennzahlen des Kreditratings positiv beeinflusst werden<sup>56</sup>. Für eine solche Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital kommt grundsätzlich jede Fremdkapitalposition in Betracht, insbesondere aber langfristige Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten, aber auch Verbindlichkeiten aus Lieferung und Leistung oder Arbeitnehmerforderungen<sup>57</sup>.

Das Prozedere der Umwandlung von Forderungen in Anteilsrechte mit Hilfe eines Insolvenzplans spiegelt die beispielhafte („insbesondere“) Aufzählung möglicher Plangegegenstände in § 225a Abs. 2 InsO-RegE wider: Der Plan kann hiernach eine Kapitalherabsetzung oder -erhöhung, die Leistung von Sacheinlagen und den Ausschluss von Bezugsrechten vorsehen. Diese Aufzählung gibt die schon nach geltendem Recht auch *außerhalb* der Insolvenz erforderlichen Schritte zur Umwandlung von Forderungen in Anteilsrechte wider<sup>58</sup>. Einem sog. *Kapitalschnitt*, also der nominellen oder vereinfachten Kapitalherabsetzung um den Betrag, um den das Grund- oder Stammkapital durch Wertminderungen oder Verluste aufgezehrt ist<sup>59</sup>, folgt die Einlage der Forderung gegen die schuldnerische Gesellschaft<sup>60</sup>,

die nach deutschem Recht als Sacheinlage zu behandeln ist, und zwar unter Ausschluss eines etwaigen Bezugsrechts der bisherigen Gesellschafter<sup>61</sup>.

Durch den Einsatz eines Insolvenzplans werden die außerhalb des Insolvenzverfahrens geltenden allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Spielregeln freilich erheblich modifiziert. Die Modifikationen betreffen vor allem die Vorschriften über die Form, Ladung, Bekanntmachung und sonstigen Maßnahmen zur Vorbereitung von Beschlüssen (s. u. aa)), die Vorschriften über die Willensbildung der Gesellschafter durch Beschluss bzw. Abstimmung (s. u. bb)) sowie die außerhalb des Insolvenzverfahrens stets drohende Differenzhaftung (s. u. cc) (1)).

#### aa) *Modifikationen der Vorschriften über Form, Ladung, Bekanntmachung und sonstige Maßnahmen zur Vorbereitung von Beschlüssen*

Der Gesetzentwurf sieht in seinem § 254a Abs. 2 InsO-RegE vor, dass (auch) im Falle der Umwandlung von Forderungen in Anteilsrechte, die mit Eingriffen in Gesellschafterrechte verbunden sind, die erforderlichen Beschlüsse der Anteilshaber oder deren sonstige Willenserklärungen in den Insolvenzplan aufgenommen werden können. Schon bisher galt nach § 254 Abs. 1 Satz 2 InsO (künftig: § 254a Abs. 1 InsO-RegE), dass die in den Plan aufgenommenen Willenserklärungen, die auf die Begründung, Änderung, Übertragung oder Aufhebung von Rechten an Gegenständen oder Geschäftsanteilen gerichtet sind, als in der vorgeschriebenen Form abgegeben gelten, wenn dies im gestaltenden Teil des Insolvenzplans geregelt ist. Entsprechendes sieht § 254a Abs. 2 Satz 1 InsO-RegE für die nunmehr im Anwendungsbereich des Insolvenzplans ebenfalls denkbaren Gesellschafterbeschlüsse und Erklärungen vor, die für die im gestaltenden Teil des Insolvenzplans enthaltenen gesellschaftsrechtlichen Regelungen

50 Ebenso *Simon*, Corporate Finance Law 2010 S. 448 (454).

51 Eine solche Regelung verstößt auch nicht *per se* gegen die negative Vereinigungsfreiheit, so wie es *Simon*, Corporate Finance Law 2010 S. 448 (454) offenbar befürchtet; zur Begründung sogleich im Folgenden III. 1. c) bb) (1).

52 Allgemein zur Frage der Sacheinlagefähigkeit eines Gegenstandes statt vieler *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2009, Rdn. 5.54 ff.

53 Einen solchen Vorbehalt der gerichtlichen Entscheidung hatte der Erste Bericht der Kommission für Insolvenzrecht unter 2.4.9.5 noch für den Fall des Ausschlusses von Gesellschaftern wegen Wertlosigkeit der Anteilsrechte für erforderlich erachtet. Nicht übersehen werden darf freilich, dass die allgemeinen Vorschriften über die gerichtliche Kontrolle des Insolvenzplans gelten und es auch beim Erfordernis der gerichtlichen Bestätigung des Insolvenzplans durch das Gericht nach § 248 Abs. 1 InsO bleibt.

54 Ebenso häufig trifft man in Sanierungsfällen wohl auch auf das Instrument des Rangrücktritts zur Vermeidung der Überschuldung, dazu *Kahlert/Gehrke*, DStR 2010 S. 227; *Knof*, KSI 2006 S. 93.

55 Siehe dazu die Übersicht bei *Brunke/Waldow*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 2. Aufl. 2004, § 18 Rdn. 15 (Abb. 3).

56 Zu diesen Effekten *Undritz*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, Kap. 29, Rdn. 107 (aus der Perspektive der vorinsolvenzlichen Sanierung).

57 Ausführlich dazu und zum Folgenden *Undritz*, a.a.O. (Fn. 56), Kap. 29, Rdn. 105 (aus der Perspektive der vorinsolvenzlichen Sanierung).

58 Zum *Debt-Equity-Swap* als Sanierungsinstrument außerhalb von Insolvenzverfahren ausführlich *Undritz*, a.a.O. (Fn. 56), Kap. 29, Rdn. 105 ff.; *Scheuermann/Hoffmann*, DB 2009 S. 983.

59 Siehe zur nominellen oder vereinfachten Kapitalherabsetzung *Hirte*, a.a.O. (Fn. 52), Rdn. 6.60 ff., insbesondere auch Rdn. 6.71 zur Möglichkeit der Kapitalherabsetzung unter den Mindestnennbetrag bis auf null, bei gleichzeitig durchzuführender Kapitalerhöhung.

60 Die Einlage einer Forderung gegen die Gesellschaft als Sacheinlage wird geleistet, indem der Gesellschafter als Inferent die Forderung gegen die Gesellschaft an die Gesellschaft abtritt; dann erlischt sie infolge Konfusion (so etwa aus Sicht des Aktienrechts *Hüffer*, AktG, 9. Aufl. 2010, § 27 Rdn. 15a). Oder der Gesellschafter schließt hinsichtlich der Forderung gegen die Gesellschaft mit der Gesellschaft einen Erlassvertrag; dann erlischt sie gem. § 397 Abs. 1 BGB (zu dieser Rechtsfolge statt vieler *Rieble*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2005, § 397 Rdn. 226). Zum Ganzen auch *Undritz*, a.a.O. (Fn. 56), Kap. 29, Rdn. 110.

61 Allgemein zum Bezugsrecht und seinem Ausschluss im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung s. *Hirte*, a.a.O. (Fn. 52), Rdn. 6.23 ff.

gen vorausgesetzt sind. Die gerichtliche Bestätigung des Insolvenzplans macht demnach etwa die notarielle Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses entbehrlich<sup>62</sup>. Die zur Übernahme eines GmbH-Geschäftsanteils an dem erhöhten Kapital nach § 55 Abs. 1 GmbHG erforderliche notariell aufgenommene oder beglaubigte Erklärung des Übernehmers wird ebenfalls vom Anwendungsbereich des § 254a Abs. 2 Satz 1 InsO-RegE erfasst. Dasselbe gilt für den sog. Zeichnungsschein zur Zeichnung neuer Aktien nach § 185 Abs. 1 AktG.

Nachfolgende konstitutive Publizitätsakte, vor allem etwaige Eintragungen im Handelsregister, werden durch die Wirkungen des bestätigten Plans aber nicht obsolet. Das stellt die Gesetzesbegründung zu § 254a InsO-RegE klar<sup>63</sup> und führt aus, dass die im Insolvenzplan gefassten Beschlüsse bzw. sonstigen Willenserklärungen nach Maßgabe der einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen in das jeweilige Register eingetragen werden müssen, um Wirksamkeit zu erlangen<sup>64</sup>. Dabei habe das Registergericht aber nur eine eingeschränkte Prüfungscompetenz, denn das wirksame Zustandekommen des Plans werde bereits durch das Insolvenzgericht überprüft. Dem Registergericht kommt hier vor allem eine beurkundende Funktion zu<sup>65</sup>.

Dagegen kann ein gesellschaftsrechtlich begründetes Erfordernis zu Bekanntmachungen entfallen, insbesondere die nach §§ 183 Abs. 1 Satz 2, 186 Abs. 4 Satz 1 AktG im Regelfall vor einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlage oder einem Bezugsrechtsausschluss vorausgesetzte Bekanntmachung. Nicht übersehen werden darf freilich, dass die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften durch die entsprechenden Vorschriften des Insolvenzrechts ersetzt werden. So bestimmt etwa das Insolvenzgericht nach § 235 Abs. 1 Satz 1 InsO einen Termin, in dem der Insolvenzplan und das Stimmrecht der Beteiligten (im Hinblick auf die Einbeziehung von Anteils- und Mitgliedsrechten spricht das Gesetz jetzt – wie bereits erwähnt – nicht mehr nur von „den Gläubigern“) erörtert werden und anschließend über den Plan abgestimmt wird (Erörterungs- und Abstimmungstermin). Dieser Termin soll nach Satz 2 des § 235 Abs. 1 InsO nicht über einen Monat hinaus angesetzt werden. Der Erörterungs- und Abstimmungstermin ist gem. Abs. 2 des § 235 InsO auch öffentlich bekanntzumachen.

Hinsichtlich der Ladung gilt fortan nach dem neu einzuführenden Satz 3 des § 235 Abs. 3 InsO in den Fällen, in denen die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen in den Plan einbezogen sind, dasselbe wie für die übrigen Beteiligten nach dessen Satz 1 und 2<sup>66</sup>: Sie sind gesondert zu laden, und mit der Ladung ist ein Abdruck des Plans oder eine Zusammenfassung seines wesentlichen Inhalts zu übersenden. Eine Ausnahme von dem Erfordernis der besonderen Ladung sieht das ESUG lediglich für Aktionäre oder Kommanditaktionäre vor; für sie erachtet der Gesetzgeber die öffentliche Bekanntmachung des Erörterungs- und Abstimmungstermins gem. Abs. 2 des § 235 InsO als ausreichend. Für börsennotierte Gesellschaften i. S. von § 3 Abs. 2 AktG wird für die Ladung auf die Regelung über die Ladung zur Hauptversammlung nach § 121 Abs. 4a AktG Bezug genommen. Börsennotierte Gesellschaften haben ferner eine Zusammenfassung des wesentlichen Inhalts des Plans über ihre Internetseite zugänglich zu machen.

Die Ausnahme von dem Erfordernis der besonderen Ladung für Aktionäre oder Kommanditaktionäre wird – überzeugend – damit begründet, dass AG oder KGaA oftmals Publikumsgesellschaften sind, deren Anteile sich im Streubesitz befinden<sup>67</sup>. Hinzu kommt, dass Name und Anschrift der betroffenen Aktionäre

oder Kommanditaktionäre meist nicht bekannt sein werden. Die noch im Diskussionsentwurf enthaltene, äußerst problematische Einengung der Ausnahme auf börsennotierte Gesellschaften i. S. des § 3 Abs. 2 AktG (also insbesondere unter Ausschluss der im Freiverkehr gehandelten Aktien) wurde bereits im Referentenentwurf korrigiert und ist auch im RegE nicht wiederzufinden<sup>68</sup>.

#### bb) Modifikationen der Willensbildung durch Beschluss bzw. Abstimmung

##### (1) Willensbildung der Gläubiger

Die Gläubiger können nicht *zwangsweise* in die Rolle der Anteilshaber gedrängt werden. Die Übernahme einer Beteiligung setzt nämlich (unverändert) nach § 230 Abs. 2 InsO ihre zustimmende Erklärung voraus<sup>69</sup>. Ganz in diesem Sinne stellt zusätzlich der neue § 225a InsO-RegE in seinem Abs. 2 Satz 2 fest, dass eine Umwandlung gegen den Willen der betroffenen Gläubiger ausgeschlossen ist<sup>70</sup>. Es gibt also hinsichtlich der Frage des Ob eines *Debt-Equity-Swaps* im Regelfall keine Mehrheitsherrschaft der Gläubiger. Eine solche Mehrheitsherrschaft der Gläubiger kann es allenfalls auf der Grundlage von § 5 Abs. 3 Nr. 5 SchVG geben: Hiernach können Inhaber von Schuldverschreibungen zwangsweise in die Rolle der Anteilshaber gedrängt werden<sup>71</sup>.

##### (2) Willensbildung der Anteilshaber

Sind die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte in den Plan gem. § 225a InsO-RegE einbezogen, so müssen deren Inhaber dem Plan – wie jeder andere Beteiligte auch – nach §§ 243, 244 InsO zustimmen. Die Willensbildung der Inhaber von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten vollzieht sich im Falle ihrer Einbeziehung in das Insolvenzplanverfahren vor allem durch Beschlussfassung im sog. Erörterungs- und Abstimmungstermin (§ 235 Abs. 1 InsO) als eine besondere Gläubiger- bzw. künftig Beteiligtenversammlung, aber nach den besonderen insolvenzrechtlichen Regelungen über den Insolvenzplan nicht (mehr) nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regeln über die Beschlussfassung. Mit der Rechtskraft der Bestätigung des Insolvenzplans gelten die in den Plan aufgenommenen gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen (z. B. eine Kapitalherabsetzung oder -erhöhung, ein Bezugsrechtsausschluss oder ein Fortsetzungsbeschluss) als beschlossen. Damit wird nicht weniger als die Kompetenz der gesellschaftsrechtlichen Organe im Insolvenz-

62 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 56.

63 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 56.

64 Dazu und zum Folgenden s. Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 56.

65 Ein Verstoß gegen die einschlägige RL, ABIEU L 258/11 vom 1. 10. 2009 („Publizitätsrichtlinie“), liegt hierin nicht, s. Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 30 f.

66 Eine entsprechende Änderung findet sich auch für den Fall eines gesonderten Abstimmungstermins nach § 241 InsO; vgl. Art. 1 Nr. 25 des RegE-ESUG.

67 Dazu und zum Folgenden Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 50.

68 Zu diesem Problem, das sich aus der ursprünglichen Entwurfsfassung ergab, s. Simon, Corporate Finance Law 2010 S. 448 (455).

69 Zur Diskussion über die Mehrheitsherrschaft auch unter den Gläubigern s. Eidenmüller/Engert, ZIP 2009 S. 541 (547).

70 Der Diskussionsentwurf sah hinsichtlich des Verfahrens der Zustimmung der Gläubiger zur avisierten Umwandlung von Forderungen in Anteilsrechte in einem neuen Satz 2 des § 230 Abs. 2 InsO noch eine Erleichterung in Form einer Zustimmungsfiktion vor: Die Zustimmung des Gläubigers, der keine persönliche Haftung übernehmen soll, galt hiernach als erteilt, wenn der Insolvenzverwalter oder der Schuldner ihm die geplante Maßnahme der Umwandlung von Forderungen in Anteilsrechte schriftlich erläutert und ihn dabei aufgefordert hat, binnen einer Frist von mindestens zwei Wochen seine Zustimmung zu erklären und der Gläubiger innerhalb der Frist nicht schriftlich geantwortet hat, obwohl er bei der Aufforderung auf die Rechtsfolge eines solchen Verhaltens hingewiesen worden war. In der Fassung des RegE ist diese Zustimmungsfiktion nicht mehr zu finden.

71 Darauf ebenfalls hinweisend Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 47.



planverfahren beschnitten, insbesondere die Hauptversammlungszuständigkeit für Kapitalmaßnahmen wie Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung<sup>72</sup>.

*(a) Gruppenbildung, Beschlussfassung und Stimmrecht*

Die Abstimmung erfolgt gem. § 243 InsO in Gruppen. Mit der Einbeziehung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte werden deren Inhaber folgerichtig bei der Bildung von Abstimmungsgruppen nach der neu eingefügten Nr. 4 des Satzes 2 von § 222 Abs. 1 InsO-RegE als eigene Abstimmungsgruppe konstituiert. Um das Verfahren zu entlasten, wird die Sonderregelung für Kleingläubiger in Satz 2 des § 222 Abs. 3 InsO um die „Kleinbeteiligten“ erweitert, sodass zukünftig auch für die geringfügig beteiligten Anteilshaber mit einer Beteiligung am Haftkapital von weniger als einem Prozent oder weniger als 1.000 € besondere Gruppen gebildet werden können. Die ziffernmäßige Grenze soll dabei wohl entsprechend dem geistigen Vorbild in § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG n. F. auf das Nennkapital bezogen sein und kann deshalb durchaus beachtliche Größenordnungen erreichen. Die Gesetzesbegründung nennt als Fall, in dem sich die Bildung einer Gruppe von geringfügig beteiligten Anteilshabern anbietet, denjenigen, dass einer Gruppe von Hauptanteilsinhabern ein Kreis von Anteilshabern mit Streubesitz gegenübersteht, wie es bei börsennotierten Aktiengesellschaften öfter anzutreffen sei<sup>73</sup>. Verfassungsrechtlich ist (auch<sup>74</sup>) die Erweiterung des Satzes 2 von § 222 Abs. 3 InsO-RegE mit Blick auf den Art. 3 Abs. 1 GG unbedenklich, weil die insolvenzbezogenen wirtschaftlichen Interessen von Kleinbeteiligten übereinstimmen und sich von denjenigen anderer beteiligter Anteilshaber unterscheiden. Insoweit gelten die Überlegungen zu dem schon angesprochenen § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG n. F. entsprechend. Für die Zulässigkeit einer besonderen Gruppenbildung dürfte im Übrigen die Unterschreitung eines der genannten Grenzwerte ausreichen.

Nach Abs. 1 des neuen § 238a InsO-RegE richtet sich das Stimmrecht der am Schuldner beteiligten Personen ausschließlich nach der Höhe ihrer Beteiligung am gezeichneten Kapital des Schuldners bzw. an dessen Vermögen. Damit bleiben evtl. nach Satzung oder Gesellschaftsvertrag oder auch nach Gesetz bestehende Stimmrechtsbeschränkungen, Mehrstimmrechte oder Sonderstimmrechte bei der Bemessung des Stimmrechts außer Betracht. Die Stimmverhältnisse, so wie sie außerhalb der Insolvenz nach dem einschlägigen Gesellschaftsrecht bestünden, werden mithin außer Kraft gesetzt. Der Inhaber einer stimmrechtslosen Vorzugsaktie ist deshalb z. B. bei der Abstimmung über den Insolvenzplan zu beteiligen<sup>75</sup> und alle Arten von Höchst- und Mehrstimmrechte bleiben außer Betracht<sup>76</sup>. Das steht im Einklang mit der – dort allerdings dispositiven – „europäischen Durchbrechungsregel“ im Übernahmerecht (s. § 33b WpÜG).

Im Hinblick auf die Mehrheitserfordernisse verhilft der neu eingefügte Abs. 3 des § 244 InsO-RegE durch den Verweis auf Abs. 1 Nr. 2 des § 244 InsO einer gesellschaftsrechtlichen Wertung zum Durchbruch, indem er abweichend von der nach Abs. 1 regelmäßig maßgeblichen Kopfmehrheit eine Kapitalmehrheit verlangt: Die Zustimmung der Gruppe der Inhaber von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten liegt vor, wenn die Summe der Beteiligungen der zustimmenden Anteilshaber mehr als die Hälfte der Summe der Beteiligungen der abstimmenden Anteilshaber beträgt.

*(b) Obstruktionsverbot nach § 245 InsO*

Die Annahme des Insolvenzplans setzt nach §§ 243, 244 InsO die Annahme des Insolvenzplans *in jeder Gruppe* voraus, also

auch in der neuen Gruppe der an dem Schuldner beteiligten Personen (§ 222 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 InsO-RegE). Allerdings kann in bestimmten Fällen, in denen die erforderlichen Mehrheiten nicht erreicht worden sind, die Zustimmung einer Abstimmungsgruppe als erteilt fingiert werden. Die Voraussetzung dieser Zustimmungsfiktion regelt § 245 InsO, dessen Anwendungsbereich nunmehr auf die Gruppe der Anteilshaber erstreckt wird. Ihnen soll wie den Gläubigern das „strategische Blockadepotenzial“<sup>77</sup> genommen werden.

Zunächst muss nach Nr. 3 des § 245 Abs. 1 InsO die Mehrheit der abstimmenden Gruppen dem Plan mit den erforderlichen Mehrheiten zugestimmt haben (das amerikanische Vorbild in Chapter 11 des Bankruptcy Code lässt es dagegen genügen, dass eine andere Gruppe dem Plan mit den erforderlichen Mehrheiten zugestimmt hat)<sup>78</sup>. Des Weiteren setzt die Ersetzung der Zustimmung einer Gruppe voraus, dass die Angehörigen dieser Gruppe durch den Insolvenzplan voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne einen Plan stünden (Abs. 1 Nr. 1). Ferner ist es nur gerechtfertigt von einer Obstruktion zu sprechen, wenn die Angehörigen der opponierenden Gruppe nicht angemessen an dem wirtschaftlichen Wert beteiligt werden, der auf der Grundlage des Plans den Beteiligten zufließen soll (Abs. 1 Nr. 2).

Was im Hinblick auf die Anteilshaber als angemessene Beteiligung an dem wirtschaftlichen Wert der Haftungsmasse anzusehen ist, konkretisiert der neu eingefügte Abs. 3 des § 245 InsO-RegE:

„[. . .]

(3) Für eine Gruppe der Anteilshaber liegt eine angemessene Beteiligung i. S. des Absatzes 1 Nummer 2 vor, wenn nach dem Plan

1. kein Gläubiger wirtschaftliche Werte erhält, die den vollen Betrag seines Anspruchs übersteigen, und
2. kein Anteilshaber, der ohne einen Plan den Anteilshabern der Gruppe gleichgestellt wäre, bessergestellt wird als diese.“

Die pauschale Regelung nach Abs. 3 Nr. 2, nach der jede Besserstellung einzelner Anteilshaber oder Gruppen von Anteilshabern unzulässig ist, entspricht der Wertung im Hinblick auf die angemessene wirtschaftliche Beteiligung von Gläubigern nach Abs. 2 Nr. 3, nach der jede Benachteiligung einer Gläubigergruppe gegenüber gleichrangigen Gläubigern zur Verneinung der angemessenen Beteiligung am wirtschaftlichen Wert führt. Das in der Gesetzesbegründung genannte Beispiel, dass die fehlende Zustimmung der Gruppe dieser übrigen Anteilshaber nicht durch das Obstruktionsverbot überwunden werden kann, wenn die Angehörigen einer Gruppe der geringfügig beteiligten Anteilshaber i. S. von § 222 Abs. 3 Satz 2 InsO-RegE nach dem Plan mehr bekommen sollen als die übrigen, rechtlich

72 Zur europarechtlichen Unbedenklichkeit dieser Verkürzung der Hauptversammlungszuständigkeit, insbesondere gemessen an der Zweiten gesellschaftsrechtlichen RL (RL 77/91/EWG vom 13. 12. 1976) s. Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 29, die sich auch mit der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH auseinandersetzt (EuGH-Urteil vom 30. 5. 1991 – Rs. C-19/90 / Rs. C 20/90, *Karella*, DB 1991 S. 1616 und vom 12. 3. 1996 – Rs. C-441/93, *Pafitis*); s. auch *Hölzle*, NZI 2011 S. 124 (127 f.); zum Umgang mit der Zweiten RL und vor allem der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH s. auch *Richter*, ECFR 2009 S. 358 (361 f.) (aus Sicht der Reform des Insolvenzrechts in Tschechien).

73 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S.47.

74 Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der bisherigen Regelung s. *Eidenmüller*, a.a.O. (Fn. 39), § 222 Rdn. 125.

75 Vgl. dazu Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 51.

76 *Simon*, Corporate Finance Law 2010 S. 448 (454).

77 *Eidenmüller/Engert*, ZIP 2009 S. 541.

78 Die Voraussetzung der Nr. 3 ist vorrangig zu prüfen; zur Rechtslage in den USA s. etwa *Lüer*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Aufl. 2010, § 245 Rdn. 33.

gleichstehenden Anteilshaber, macht die Wertung anschaulich.

Umgekehrt kann sich die pauschale Regelung aber im Ergebnis auch sanierungshemmend auswirken, wenn unterschiedliche Sanierungsbeiträge einzelner Anteilshaber oder bestimmter Gruppen von Anteilshabern im Insolvenzplan im Fall der Besserung mit einem Sanierungsbonus wettgemacht werden sollen, und andere Anteilshaber, die mit geringeren Sanierungsbeiträgen ein geringeres Risiko eingegangen sind, dem Plan gleichwohl ihre Zustimmung verweigert haben. Das US-amerikanische Recht, in dem lediglich Voraussetzung ist, dass der Plan die Gläubiger nicht unfair diskriminiert, beweist hier mehr Augenmaß<sup>79</sup>. Ein Ausweg könnte darin bestehen, hinsichtlich der Frage nach der Besserstellung eines Anteilshabers auf seine Partizipation am Sanierungserfolg nach der Beteiligungsquote „ohne einen Plan“ abzustellen, also nicht die Beteiligungsquote nach Sanierung und mithin nicht nach Leistung des Sanierungsbeitrags wie z. B. einer Anteilsübertragung oder einer Kapitalherabsetzung. Das liefe dann im Ergebnis auf ein Gebot der Gleichbehandlung als Maßstab hinaus, nach dem wesentlich Gleiches nicht ungleich behandelt werden darf, sodass die Übernahme eines erhöhten Sanierungsrisikos entsprechend prämiert werden könnte.

(c) *Minderheitenschutz nach § 251 InsO, insbesondere finanzieller Ausgleich*

Der Schutz vor Majorisierung des Einzelnen nach § 251 InsO wird ebenfalls auf die Anteilshaber erstreckt. Hiernach ist der einzelne Anteilshaber innerhalb seiner Gruppe davor geschützt, dass er von den anderen Anteilshabern in seiner Gruppe überstimmt wird, und es so gem. § 244 InsO zu einer ihm nachteiligen Annahme des Insolvenzplans durch seine Gruppe kommt. Relevanz wird der Minderheitenschutz mit Blick auf die Einbeziehung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte vor allem hinsichtlich einer etwaigen Entschädigung für Eingriffe in die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft gewinnen.

Bemerkenswert ist, dass der neue § 225a InsO in der Fassung des Diskussionsentwurfs in dessen Abs. 4 noch eine „Entschädigungsklausel“ zugunsten der Anteilshaber kannte; sie lautete:

„[. . .]“

(4) Für eine Maßnahme i. S. von Absatz 2 oder 3, die in die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen eingreift, ist im Plan eine angemessene Entschädigung vorzusehen.“

Diesen Abs. 4 suchte man bereits in der Fassung des Referentenentwurfs und sucht sie auch im jetzt vorliegenden RegE vergeblich: er wurde ersatzlos gestrichen. Damit ist die Pflicht zur Entschädigung freilich nicht entfallen. Die besondere „Entschädigungsklausel“ nach Abs. 4 des § 225a DiskE-InsO soll vielmehr verzichtbar sein, weil das übrige Instrumentarium ausreichend Schutz gewähre, und zwar insbesondere den Schutz vor Majorisierung nach § 251 InsO.

Mit der Verknüpfung der Abfindungsfrage mit dem in § 251 InsO statuierten Minderheitenschutz ist im Vergleich zur zunächst vorgeschlagenen ausdrücklichen Regelung in Abs. 4 des § 225a DiskE-InsO sogar mehr Klarheit verbunden. Denn es wird damit mittelbar auch zur maßgeblichen Berechnungsmethode der Abfindung Stellung genommen. Insofern hätte sich nämlich mit Blick auf die „Entschädigungsklausel“ in Abs. 4 des § 225a DiskE-InsO die Frage gestellt, wann von einer „Angemessenheit“ der Entschädigung hätte ausgegangen werden können, und in diesem Zusammenhang insbesondere weiter, ob die als Ergebnis der avisierten Sanierung erwarteten Wertsteigerungen bei der Berechnung der Abfindung zu berücksichtigen ge-

wesen wären, d. h. Fortführungswerte aus einem Sanierungsszenario und nicht bloß Liquidationswerte hätten zugrunde gelegt werden müssen. Die Antwort auf diese Frage lässt sich im Zusammenhang mit § 251 InsO leichter finden: Die Bestätigung des Insolvenzplans ist nur zu versagen, wenn „der Gläubiger [. . .] durch den Plan voraussichtlich schlechter gestellt wird, als er ohne einen Plan stünde“. Vergleichsmaßstab ist hiernach das Liquidationsszenario, nicht ein Sanierungsszenario<sup>80</sup>. Davon geht auch die Begründung des RegE aus:

„Der Minderheitenschutz, der bislang nur für die Gläubiger gilt, wird auf die Anteilshaber erstreckt. Hierdurch wird sichergestellt, dass die Anteilshaber den Liquidationswert ihrer Rechtsstellung nicht verlieren und durch den Plan nicht schlechter gestellt werden, als bei einer Abwicklung des Rechtsträgers.“

Auf der Basis von Liquidationswerten wird ein Abfindungsanspruch als Ausgleich für die Einbeziehung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten in den meisten Fällen nicht in Betracht kommen. In den seltenen Fällen eines positiven Liquidationswertes der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte kann ein entsprechender Abfindungsanspruch in den Insolvenzplan aufgenommen werden<sup>81</sup>.

Wird von einem Anteilshaber die Schlechterstellung durch den Insolvenzplan geltend gemacht, hat dies freilich keine Verzögerung der Planbestätigung zur Folge<sup>82</sup>. Denn der neue Abs. 3 des § 251 InsO-RegE bestimmt, dass der Antrag auf Versagung der Bestätigung des Insolvenzplans nach § 251 Abs. 1 InsO abzuweisen ist, „wenn im gestaltenden Teil des Plans Mittel für den Fall bereitgestellt werden, dass ein Beteiligter eine Schlechterstellung nachweist“. Damit liegt immer dann, wenn die Plansteller für den Fall eines Widerspruchs nach § 251 InsO derart Vorsorge treffen, dass der widersprechende Beteiligte für den Fall des Nachweises einer Schlechterstellung einen finanziellen Ausgleich bekommt und sie diesen Ausgleich durch Rücklage oder Bankbürgschaft o. Ä. sichern, faktisch keine Schlechterstellung des widersprechenden Beteiligten mehr vor<sup>83</sup>. Dies gilt i. Ü. für alle Beteiligten, nicht nur für die Inhaber von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten. Entsprechende salvatorische Klauseln sollten daher bei sich abzeichnenden Widersprüchen vorsorglich in den Insolvenzplan aufgenommen werden. Der Rechtsstreit hinsichtlich der Frage, ob der Beteiligte einen Ausgleich aus diesen „Rücklagen“ erhält, ist nach Satz 2 des § 251 Abs. 3 InsO-RegE außerhalb des Insolvenzverfahrens vor den ordentlichen Gerichten auszutragen<sup>84</sup>.

Formale Voraussetzung einer gerichtlichen Versagung der Bestätigung des Insolvenzplans ist nach § 251 Abs. 1 InsO (unverändert), dass der Antragsteller *spätestens im Abstimmungstermin* dem Plan schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle widersprochen hat. Nach dem neu eingefügten Abs. 2 des § 251 InsO muss der Antragsteller zukünftig zusätzlich ebenfalls *spä-*

79 Lürer, a.a.O. (Fn. 78), § 245 Rdn. 32.

80 Hier wird nicht übersehen, dass auch ohne Insolvenzplan das schuldnerische Unternehmen „going-concern“, also zu Fortführungswerten veräußert werden kann. Gleichwohl liegt in diesem Fall der übertragenden Sanierung keine Sanierung im engeren Sinne, also der Erhalt des schuldnerischen Unternehmens und seines Rechtsträgers, sondern eine Liquidation des Rechtsträgers vor. Der Fall, dass das Unternehmen außerhalb eines Insolvenzplanverfahrens fortgeführt wird, kann hier außer Betracht bleiben, da in dieser Konstellation ohnehin keine Eingriffe in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte auf der Basis einer Mehrheits Herrschaft denkbar sind.

81 So auch die Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 53.

82 Die nunmehr vom Gesetzgeber gefundene Lösung des Problems einer etwaigen Abfindung lehnt sich ebenfalls stark an die bereits von der Kommission für Insolvenzrecht in ihrem Ersten Bericht unter 2.4.9.9 vorgeschlagenen Lösung an.

83 So die Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 53.

84 So auch der Hinweis in Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 53.

*testens im Abstimmungstermin* seine voraussichtliche Schlechterstellung glaubhaft machen.

cc) *Modifikationen des Gläubigerschutzes*

(1) Differenzhaftung

Mit *Debt-Equity*-Transaktionen verbinden sich bislang für die Beteiligten erhebliche rechtliche Risiken aufgrund der strengen Vorschriften über die Kapitalaufbringung. Es drohen vor allem die Differenzhaftung nach § 56 Abs. 2 i. V. mit § 9 GmbHG<sup>85</sup> oder die drastischen Rechtsfolgen im Fall einer verdeckten Sacheinlage, die seit dem MoMiG bzw. dem ARUG nunmehr (spürbar abgemildert) in § 19 Abs. 4 GmbHG bzw. § 27 Abs. 3 AktG ausdrücklich geregelt sind<sup>86</sup>. Im Ergebnis droht eine Nachschusspflicht i. H. der Differenz zwischen dem Betrag, zu dem die Forderung eingelegt wurde, und dem wirklichen Wert der Forderung. Um das Risiko für die Gläubiger, die ihre Forderungen im Wege der Sacheinlage gegen Anteilsrechte umtauschen, kalkulierbar zu machen, ist die Bewertung der Sacheinlage nach dem neu eingefügten Abs. 4 des § 254 InsO-RegE nur innerhalb des Insolvenzplanverfahrens angreifbar. Eine Überbewertung der Sacheinlage führt später nicht zu einer Differenzhaftung des Einlegers gegenüber dem Schuldner. Die Lösung hat unter einer pragmatischen Maxime für die Sanierung Charme. Das ESUG drängt damit aber die gläubigerschützenden Kapitalaufbringungsregeln weit zurück, was nur unter Zugrundelegung einer neuen Kapitalteleologie, nach der die Kapitalaufbringungsregeln zu einem bloßen Seriositätssignal zurückgestuft werden<sup>87</sup>, hinnehmbar ist<sup>88</sup>.

(2) Einbringung der Forderungen zum Nennwert?

Ebenfalls vor dem Hintergrund des gläubigerschützenden Charakters der Kapitalaufbringung stellt sich die Frage, ob im Insolvenzplanverfahren eine Einbringung der Forderungen gegen die Gesellschaft zum Nennwert zulässig ist. Diese Frage wird in jüngster Zeit kontrovers diskutiert und die Diskussion wird durch das ESUG weiter Auftrieb erhalten<sup>89</sup>. Entgegen der (noch) herrschenden Ansicht, die verlangt, dass die Forderung des Inferenten am Vermögen der Gesellschaft gemessen vollwertig ist, haben zuletzt etwa *Cahn/Simon/Theiselmann* die These vertreten, eine Werthaltigkeitskontrolle der Forderungen gegen die Gesellschaft sei im Rahmen von *Debt-Equity-Swap*-Transaktionen weder zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger noch der Gesellschafter erforderlich, die ordnungsgemäße Offenlegung sei vielmehr ausreichend<sup>90</sup>. Zur Begründung heben sie u. a. darauf ab, dass es sich bei einer Umwandlung von Forderungen gegen die Gesellschaft in Anteilsrechte, d. h. Eigenkapital, letztlich um einen bloßen Passivtausch handle, der nicht geeignet sei, die Gläubiger über die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft in die Irre zu führen<sup>91</sup>.

Das Gesetz nimmt zur Frage der Bewertung der umzuwandelnden Forderungen keine Stellung. Das Schweigen steht im Gegensatz zur besonders dezidierten Behandlung der Frage der Bewertung der umzuwandelnden Forderungen (und ihrer ausdrücklichen Verknüpfung mit der Frage der Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO wegen Falschbewertung<sup>92</sup>) in der Gesetzesbegründung; so heißt es in der einschlägigen Passage<sup>93</sup>:

„Es ist im Plan insbesondere anzugeben, welche Kapitalmaßnahmen durchgeführt werden sollen, mit welchem Wert ein Anspruch anzusetzen ist und wem das Bezugsrecht zustehen soll. Zur Frage der Werthaltigkeit des Anspruchs sind ggf. Gutachten einzuholen. Die Werthaltigkeit der Forderung wird aufgrund der Insolvenz des Schuldners regelmäßig reduziert sein und der Wert wird nicht dem buchmäßigen Nennwert entsprechen, sondern deutlich darunter liegen. Hierbei kann auch die Quotenerwartung berücksichtigt werden.

Der Insolvenzplan hat eine entsprechende Wertberichtigung vorzusehen.“

Die Gesetzesbegründung geht demnach vom Vollwertigkeitsprinzip als Voraussetzung der (Sach-)Einlageleistung aus und verlangt in den Fällen, in denen diese Vollwertigkeit nicht vorliegt, eine entsprechende Berichtigung des Wertes der umzuwandelnden Forderung. Das entspricht der Rechtslage außerhalb des Insolvenzverfahrens: Dort muss der Wert der Sacheinlage den Betrag der Anrechnung auf die Einlage voll decken<sup>94</sup>. Deshalb hat die seitens der Gesellschaft vorgenommene Verrechnung der offenen Einlageschuld eines Gesellschafters mit einer gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung nur dann Erfüllungswirkung, wenn der Anspruch vollwertig, fällig und liquide ist<sup>95</sup>, was ggf. von dem Gesellschafter zu beweisen ist<sup>96</sup>. Die Einlagepflicht i. H. des Nennwerts der Forderung wird deshalb nur dann erfüllt, wenn diese vollwertig ist. Für die Umwandlung von Forderungen in Anteilsrechte *in der Insolvenz* heißt das, dass die Einbringung der Forderungen zum Nennwert wegen der in der Insolvenz (zumindest bei ungesicherten Forderungen) regelmäßig zu beklagenden Wertverluste praktisch ausgeschlossen ist.

Die Hürde, welche die Geltung des Vollwertigkeitsprinzips bei der Umwandlung von Forderungen in Anteilsrechte aufstellt, dürfte in der Praxis hoch sein – in einigen Fällen sogar zu hoch<sup>97</sup>. Denn die Frage nach der Art und Weise der Bewertung bleibt offen, insbesondere, ob der Abwertung der Forderung das Szenario der Zerschlagung oder das der Fortführung zugrunde zu legen ist<sup>98</sup>. Der Hinweis der Begründung des RegE darauf, bei der Bewertung der Forderung könne die Quotenerwartung ein relevantes Kriterium sein, deutet auf eine Bewertung nach Zerschlagungswerten hin. Das deckt sich mit den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Maßstäben, nach denen es für die Bewertung einer Forderung als Sacheinlage *außerhalb* des Insolvenzverfahrens auf den Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalmaßnahme im Handelsregister ankommt<sup>99</sup>. Die Begründung geht mithin wohl davon aus,

85 Allgemein zur Differenzhaftung *Hirte*, a.a.O. (Fn. 52), Rdn. 2.30.

86 Allgemein zur verdeckten Sacheinlage *Hirte*, a.a.O. (Fn. 52), Rdn. 5.64 ff.

87 Zur Begründung einer solchen neuen Kapitalteleologie *Schall*, ZGR 2009 S. 126; *ders.*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 101.

88 Auf der Grundlage der bisherigen Ratio der Kapitalaufbringungsregeln daher auch ablehnend *Brinkmann*, WM 2011 S. 97 (101); *Hölzle*, NZI 2011 S. 124 (129).

89 Siehe vor allem die Kontroverse zwischen *Priester*, DB 2010 S. 1445 und *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2010 S. 1629; Ausgangspunkt der Kontroverse war der Beitrag von *Cahn/Simon/Theiselmann*, Corporate Finance Law 2010 S. 238; zu diesem Aspekt danach auch noch einmal *Simon*, Corporate Finance Law 2010 S. 448 (451).

90 *Cahn/Simon/Theiselmann*, Corporate Finance Law 2010 S. 238 (249 f.).

91 *Cahn/Simon/Theiselmann*, Corporate Finance Law 2010 S. 238 (244) (in Fn. 48 unter Verweis auf *Geßler*, in: FS Möhring, 1975, S. 173 (181 f.); ebenso jüngst erneut der (frühere) Generalanwalt beim EuGH *Tesouro*, in: FS Meilicke, 2010, S. 697 (703), S. 714 (720 f.) (deutsche Übersetzung).

92 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 55.

93 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 46 f.

94 *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 5 Rdn. 28; s. auch BGH-Beschluss vom 4. 3. 1996 – II ZB 8/05, BGHZ 132 S. 141 (143 f.) (vor allem unter Verweis auf § 5 Abs. 4 GmbHG).

95 *Hirte*, a.a.O. (Fn. 52), Rdn. 5.43; *Hueck/Fastrich*, a.a.O. (Fn. 94), § 19 Rdn. 33.

96 *Hirte*, a.a.O. (Fn. 52), Rdn. 5.44.

97 So auch die Befürchtung von *Simon*, Corporate Finance Law 2010 S. 448 (451).

98 *Brinkmann*, WM 2011 S. 97 (101).

99 Allgemein zur Maßgeblichkeit des Werts des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft im Kontext der Differenzhaftung § 9 Abs. 1 GmbHG sowie zur entsprechenden Maßgeblichkeit dieses Zeitpunktes im Aktienrecht statt vieler *Vatter*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 9 Rdn. 18; auch die neuen Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage („Anrechnungslösung“) knüpfen an den Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft an; vgl. § 19 Abs. 4 GmbHG bzw. § 27 Abs. 3 AktG.

dass diese allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Bewertungsmaßstäbe auch *innerhalb* des Insolvenzverfahrens gelten. Eine von diesen allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Bewertungsmaßstäben abweichende Bewertung zu Fortführungswerten birgt mithin erhebliche Risiken<sup>100</sup>. Unter dieser Prämisse der Bewertung zu Zerschlagungswerten dürfte in den meisten Fällen, insbesondere wenn es sich bei umzuwandelnden Forderungen um nachrangige Forderungen i. S. des § 39 InsO handelt, der tatsächliche Wert der Forderung aber gegen Null tendieren oder doch zumindest so weit unterhalb des Nennwerts liegen, dass eine Umwandlung in Anteilsrechte unattraktiv wird. Ob insoweit der Ausschluss der Differenzhaftung nach Abs. 4 des § 254 InsO-RegE (s. o. cc)(1)) Abhilfe schafft, bleibt abzuwarten.

### (3) Sanierungsprivileg (§ 39 Abs. 4 InsO)

Den Gläubigern, die durch eine Umwandlung ihrer Forderungen zu Anteilshabern werden, kommt das Sanierungsprivileg des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO und ggf. das Kleinbeteiligungsprivileg des § 39 Abs. 5 InsO zugute<sup>101</sup>. Erwirbt der Gläubiger die Anteile aufgrund eines *Debt-Equity-Swaps* in einem Insolvenzplan, soll nach der Gesetzesbegründung davon auszugehen sein, dass sie zum Zweck der Sanierung i. S. des § 39 Abs. 4 InsO erworben wurden<sup>102</sup>.

Nicht behoben ist damit freilich die bestehende Unklarheit hinsichtlich des Zeitpunkts der „nachhaltigen Sanierung“, mit der die Privilegierung nach § 39 Abs. 4 InsO endet<sup>103</sup>. Dieses Manko übersieht auch der Gesetzgeber nicht<sup>104</sup>. Da die Regelung jedoch erst aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) zum 1. 11. 2008 in neuer Formulierung in die InsO eingefügt worden sei, sollen zunächst die Auswirkungen des gelten-

den Sanierungsprivilegs auf das gestärkte Insolvenzplanverfahren beobachtet werden.

Nach neuem Recht dürfte als gesichert gelten, dass das Sanierungsprivileg nicht schon dann endet, wenn die Insolvenzgründe der drohenden Zahlungsunfähigkeit bzw. Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft beseitigt sind. Im Übrigen muss für die Auslegung des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO gelten, dass eine nachhaltige Sanierung und damit eine Aufhebung des Privilegs erst dann zu bejahen sind, wenn die ergriffenen Maßnahmen zur Sicherung der Fortführungsfähigkeit i. S. einer positiven Fortführungsprognose dazu geführt haben, dass die Bestandsgefährdung des Unternehmens, also insbesondere die Gefahr des Eintritts von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, mindestens für das laufende und das gesamte folgende Geschäftsjahr abgewendet worden ist<sup>105</sup>.

Der Beitrag wird in DB 2011 Heft 12 fortgesetzt.

### Redaktioneller Hinweis:

Zu diesem Thema vgl. auch *Schelo*, DB 2010 S. 2209, DB0390075.

100 Auch der Rat der Begründung, die Bewertung durch einen Gutachter durchführen oder wenigstens überprüfen zu lassen, dürfte nicht geeignet sein, der Beantwortung der Frage nach dem wahren Wert der umzuwandelnden Forderungen deutlich näher zu kommen, skeptisch auch *Brinkmann*, WM 2011 S. 97 (101); *Simon*, Corporate Finance Law 2010 S. 448 (452 f.).

101 Ausf. zum „neuen“ Sanierungsprivileg nach § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO *Hirte/Knof*, WM 2009 S. 1961; s. auch *Hirte*, a.a.O. (Fn. 6), § 39 Rdn. 63 ff. (Sanierungsprivileg) sowie Rdn. 72 ff. (Kleinbeteiligungsprivileg).

102 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 48.

103 Ausf. dazu *Hirte/Knof*, WM 2009 S. 1961 (1968).

104 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 26.

105 Für eine Wiederherstellung der Kreditwürdigkeit für einen Zeitraum von mindestens zwölf Monaten *Wittig*, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1743 (1758).

## Entscheidungen

### Insolvenzrecht

#### Insolvenzanfechtung: Zahlung an Vollziehungsbeamten zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in den Kassenbestand

**Grundsätzlich keine Rechtshandlung des Schuldners bei Zahlung im Rahmen der Zwangsvollstreckung – Rechtshandlungsqualität der Zahlung wegen Bereitstellens der in der Kasse vorhandenen Barmittel zur Befriedigung vollstreckender Gläubiger – Vollstreckungsmaßnahme als Rechtshandlung des Schuldners bei einvernehmlichem, kollusivem Zusammenwirken des Schuldners und des Gläubigers**

InsO § 133 Abs. 1

**Pfändet ein Gläubiger den Kassenbestand des Schuldners oder wendet der Schuldner eine sonst unvermeidliche Kassenpfändung durch Zahlung an den anwesenden Vollziehungsbeamten ab, liegt eine Rechtshandlung des Schuldners vor, wenn er zuvor die Kasse in Erwartung des Vollstreckungsversuchs gezielt aufgefüllt hat, um eine Befriedigung des Gläubigers zu ermöglichen.**

BGH-Urteil vom 3. 2. 2011 – IX ZR 213/09

► **DB0411028**

Der Kläger ist Verwalter in dem auf einen Gläubigerantrag vom 11. 5. 2006 am 1. 9. 2006 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen

der I. GmbH (fortan: Schuldnerin). Die Schuldnerin war seit Februar 2002 mangels liquider Mittel zeitweilig nicht in der Lage, die dem Beklagten geschuldete Lohn- und Umsatzsteuer fristgerecht abzuführen. Sie erbrachte an den Beklagten in den Jahren 2005 und 2006 Zahlungen i. H. von insgesamt 286.699,37 €. Die Zahlungen erfolgten teilweise durch Überweisungen, teilweise an den Vollziehungsbeamten des Beklagten durch Übergabe von Schecks oder durch Barzahlungen. Der Kläger hat die Zahlungen angefochten und mit seiner Klage die Rückzahlung des Gesamtbetrags zuzüglich vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten i. H. von 2.841 € und Zinsen verlangt. Das LG Berlin hatte der Klage i. H. von 151.327,34 € nebst Zinsen stattgegeben. Mit seiner Berufung hatte der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung weiterer 63.247,20 € nebst Zinsen sowie der Anwaltskosten begehrt. Im Übrigen hatte er das Urteil des LG hingenommen. Der Betrag von 63.247,20 € setzt sich aus fünf Zahlungen zusammen, welche die Schuldnerin am 2. 6., 7. 6., 10. 6., 5. 8. und 10. 10. 2005 jeweils an den Vollziehungsbeamten des Beklagten in ihren Geschäftsräumen bar aus der Kasse leistete. Die Berufung hat nur bezüglich der Anwaltskosten Erfolg gehabt. Die Revision des Klägers war erfolgreich.

### AUS DEN GRÜNDEN

#### Zahlungen des Schuldners an den Vollziehungsbeamten als Rechtshandlung des Schuldners?

1...5] I. . . II. 1. Eine Anfechtung der noch im Streit stehenden Zahlungen nach der allein in Betracht kommenden Norm des § 133 Abs. 1 InsO setzt eine Rechtshandlung des Schuldners vo-

Prof. Dr. Heribert Hirte / Béla Knof / Dr. Sebastian Mock, alle Hamburg

# Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (Teil II)

► DB0412167

## I. Einleitung

Mit dem RegE eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) hat die Bundesregierung nunmehr eine Antwort auf die umfangreiche Diskussion zur Reform des Insolvenzrechts in Wissenschaft und Praxis während der letzten Jahre vorgelegt. Im ersten Teil des Aufsatzes in DER BETRIEB 2011 Heft 11 ab S. 632 wurde die Reform des Insolvenzeröffnungsverfahrens und die Stärkung der Gläubigerautonomie erörtert. Zudem wurden die erweiterten Sanierungsmöglichkeiten im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens untersucht. Der Schwerpunkt lag dabei auf der Ausgestaltung der Einbeziehung der Anteilsrechte in den Insolvenzplan, die am Beispiel des vom Gesetz besonders hervorgehobenen *Debt-Equity-Swaps* eingehend behandelt wurde.

Die folgenden Ausführungen werden sich insbesondere der Verminderung des Blockadepotenzials durch Rechtsmittel im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens und der Stärkung der Eigenverwaltung widmen.

## II. Aufbau und Straffung des Insolvenzplanverfahrens

### 1. Abbau der Blockaden durch Rechtsmittel (§ 253 InsO-RegE)

Gegen den Beschluss des Insolvenzgerichts, durch den der Insolvenzplan bestätigt oder die Bestätigung versagt wird, ist nach § 6 i. V. mit § 253 InsO (unverändert) die Möglichkeit der Anfechtung durch das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben. Gegenstand der sofortigen Beschwerde ist die Verletzung von Vorschriften über die Bestätigung des Insolvenzplans (§§ 248 bis 252 InsO). Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde ist über die allgemeinen Voraussetzungen (vgl. auch § 6 InsO) mit Blick auf das Insolvenzplanverfahren bislang an keine weiteren besonderen Voraussetzungen geknüpft. Die niedrige Schwelle hin zum Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde hat in der Vergangenheit enormes Stör- und sogar Erpressungspotential bewiesen<sup>1</sup>. Denn die Wirkungen des Plans nach § 254 Abs. 1 InsO sind solange suspendiert, bis der Insolvenzplan rechtskräftig ist. Die sofortige Beschwerde kann daher allein wegen der mit ihr verbundenen zeitlichen Verzögerungen – in manchen Fällen bis zu mehreren Monaten – eine effiziente Umsetzung von Sanierungsmaßnahmen behindern oder gar vereiteln. Deshalb wird die bislang (zu) niedrige Schwelle hin zum Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde im Insolvenzplanverfahren durch den neu eingefügten § 253 Abs. 2 InsO-RegE durch das ESUG deutlich erhöht: Der Beschwerdeführer muss dem Plan spätestens im Abstimmungstermin schriftlich oder zu Protokoll widersprochen haben (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 InsO-RegE) und gegen den Plan gestimmt haben (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 InsO-RegE). Damit wird zum einen neben der bisher schon erforderlichen materiellen Beschwer zusätzlich eine formelle Beschwer in der Form verlangt, dass der Beschwerdeführer seine verfahrensrechtlichen Möglichkeiten zuvor voll ausgeschöpft hat. Überdies führt § 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO-RegE eine Erheblichkeitsschwelle für die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde ein:

Der Beschwerdeführer muss glaubhaft machen, dass er durch den Plan *wesentlich* schlechter gestellt wird, als er ohne einen Plan stünde. Dagegen hatte der BGH<sup>2</sup> jüngst noch betont, dass für die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde des Gläubigers, mit der geltend gemacht wird, dass dem Insolvenzplan gem. § 250 InsO von Amts wegen die Bestätigung hätte versagt werden müssen, genügt, dass der Gläubiger geltend macht, durch den Insolvenzplan in seinen Rechten beeinträchtigt zu werden. Eine Beschwer in Form einer Schlechterstellung durch den Plan gegenüber einem durchgeführten Regelinsolvenzverfahren sei nicht erforderlich.

Die Gesetzesbegründung hat mit der Erheblichkeitsschwelle nach § 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO-RegE ganz konkret (auch) den Ausschluss insbesondere solcher Beschwerdeführer im Blick, die eine kleine Forderung allein zu dem Zweck erworben haben, um gegen den Plan zu opponieren und sich ihr Obstruktionspotential ggf. abkaufen zu lassen. Die Suche nach der Antwort auf die Frage, wann eine wesentliche Schlechterstellung i. S. des § 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO-RegE vorliegt, wird sich freilich nicht an derartigen „fraudulös“ begründeten Rechtsstellungen orientieren können, sondern muss sich nach objektiven Kriterien richten. Die Gesetzesbegründung wagt einen ersten Konkretisierungsversuch, indem sie davon ausgeht, dass eine wesentliche Schlechterstellung in diesem Sinne jedenfalls dann *nicht* angenommen werden kann, wenn die Abweichung von dem Wert, den der Beschwerdeführer voraussichtlich bei einer Verwertung ohne Insolvenzplan erhalten hätte, unter zehn Prozent liegt<sup>3</sup>. In § 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO-RegE wird schließlich klargestellt, dass eine Beschwer nur dann in Betracht kommt, wenn ein etwaiger Nachteil nicht durch eine Zahlung aus den in § 251 Abs. 3 InsO-RegE genannten Mitteln ausgeglichen werden kann.

Nicht zuletzt im Hinblick auf verfassungsrechtliche Vorgaben, die einerseits einen Justizgewährungsanspruch begründen (Art. 19 Abs. 4 GG), aber andererseits auch einen reibungslosen Ablauf des Insolvenzverfahrens verlangen<sup>4</sup>, knüpft die Neuregelung die besondere Beschwerdevoraussetzung nach dem ebenfalls neu eingefügten § 253 Abs. 3 InsO-RegE an die Kenntnis bzw. Möglichkeit der Kenntnisnahme des Beschwerdeführers:

„[. . .] (3) Absatz 2 Nummer 1 und 2 gilt nur, wenn in der öffentlichen Bekanntmachung des Termins (§ 235 Absatz 2) und in den Ladungen

**Prof. Dr. Heribert Hirte**, LL.M. (Berkeley) ist Geschäftsführender Direktor des Seminars für Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg und forscht zurzeit an der Fordham University, New York. **Béla Knof** ist Wiss. Mitarbeiter und **Dr. Sebastian Mock**, LL.M. (NYU), Attorney-at-Law (New York) Habilitand am Seminar für Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg.

1 Begr. RegE ESUG, abrufbar unter DB0405168, S. 54 sowie Allgemeiner Teil, S. 27; s. auch *Sinz*, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl. 2008, § 253 Rdn. 3.  
2 BGH-Beschluss vom 15. 7. 2010 – IX ZB 65/10, DB 2010 S. 1985.  
3 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 54.  
4 Vgl. BVerfG-Beschluss vom 26. 11. 2009 – 1 BvR 339/09, ZIP 2010 S. 237.

zum Termin (§ 235 Absatz 3) auf die Notwendigkeit des Widerspruchs und der Ablehnung des Plans besonders hingewiesen wurde.“

Damit wird der Entwurf seinem eigenen Anspruch, die Rechtsschutzmöglichkeiten zwar moderat zu beschränken, ohne aber berechtigten Anliegen den gebotenen Rechtsschutz zu verwehren, gerecht<sup>5</sup>.

## 2. Insolvenzplan und Masseverbindlichkeiten (§ 210a InsO-RegE)

Die Masseverbindlichkeiten werfen bislang mit Blick auf den Insolvenzplan regelmäßig zwei Fragen auf: Zum einen fragt man sich, ob ein Insolvenzplan bei unvollständiger Befriedigung der Massegläubiger grundsätzlich in Betracht kommt oder von Amts wegen zurückzuweisen ist. Zum anderen ist unklar, ob das Insolvenzverfahren aufgehoben werden darf, wenn nicht fällige Masseansprüche noch nicht vollständig erfüllt worden sind.

Die Antwort auf die erste Frage ist bislang offen, die überwiegende Ansicht spricht sich aber für die Plandurchführung trotz Masseunzulänglichkeit aus<sup>6</sup>. Zweifel machen sich insoweit u. a. am Gesetz mit Blick auf § 258 Abs. 2 InsO fest, der eine vollständige Tilgung aller Masseverbindlichkeiten verlangt<sup>7</sup>. Die Antwort auf die zweite Frage knüpft ebenfalls an § 258 Abs. 2 InsO an. Hiernach hat der Verwalter vor der Aufhebung die unstreitigen Masseansprüche zu berichtigen und für die streitigen Ansprüche Sicherheit zu leisten. Das Erfordernis der vollständigen Erfüllung auch noch nicht fälliger Masseansprüche kann nach Abschluss des Insolvenzplanverfahrens zu einer erheblichen liquiditätsmäßigen Belastung des restrukturierten Unternehmens führen<sup>8</sup>.

Beiden Fragen wendet sich auch das ESUG zu. In der ersten Frage bestätigt es die bislang herrschende Ansicht. Ein Insolvenzplanverfahren kann nach § 210a InsO-RegE auch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit durchgeführt werden. Allerdings gelten die Vorschriften über den Insolvenzplan mit der Maßgabe, dass an die Stelle der nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger die Massegläubiger mit dem Rang des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO treten und für die nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger § 246 Nr. 2 InsO entsprechend gilt. In der zweiten Frage wird der Abs. 2 von § 258 InsO neu gefasst und in sein Gegenteil verkehrt: Fortan hat der Verwalter vor der Aufhebung die nicht fälligen Masseansprüche nicht mehr zwingend zu erfüllen, sondern kann stattdessen auch einen Finanzplan vorlegen, aus dem sich ergibt, dass ihre Erfüllung gewährleistet ist.

## 3. Erweiterter Vollstreckungsschutz und Verjährung (§ 254a, b InsO-RegE)

Die Wirkungen der Planbestätigung gelten zwar auch schon bislang für Insolvenzgläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben. Gleichwohl konnte das Auftauchen von bei der Planerstellung unbekanntem Forderungen die Umsetzung der im Plan avisierten Sanierungsschritte erheblich stören, seien sie auch durch Planwirkungen reduziert worden. Bei der Wirkungserstreckung bleibt es unverändert: § 254b InsO-RegE enthält die bisher in § 254 Abs. 1 Satz 3 InsO geregelte Bindungswirkung des Plans für desinteressierte Insolvenzgläubiger. Die Beeinträchtigung der Umsetzung der im Plan avisierten Sanierungsschritte sollen zukünftig §§ 259a und 259b InsO-RegE verhüten. Hiernach genießt der Schuldner auf Antrag beim Insolvenzgericht einen besonderen Vollstreckungsschutz, wenn beträchtliche Forderungen nach Abschluss des Verfahrens durchgesetzt werden sollen und dadurch die Sanierung gefährdet würde.

Dieser Vollstreckungsschutz wird zudem von einer besonderen Verjährungsregel in § 259b InsO-RegE flankiert. Ansprüche, die nicht bis zum Abstimmungstermin angemeldet worden sind und die mithin nicht in die Finanzplanung im Planverfahren aufgenommen werden konnten, verjähren nach Abs. 1 in einem Jahr. Fristbeginn ist nach Abs. 2 der Tag der Rechtskraft des Beschlusses, mit dem der Plan bestätigt worden ist. Die Frist beginnt freilich nicht vor der Fälligkeit der Forderung. Eine früher vollendete Verjährung nach den allgemeinen Vorschriften geht nach Abs. 3 der besonderen Verjährung vor.

## III. Stärkung der Eigenverwaltung

Ein weiteres zentrales Anliegen des ESUG ist die Stärkung der Eigenverwaltung, die die in sie bei ihrer Schaffung durch die InsO gelegten Hoffnungen letztlich nicht erfüllen konnte und bisher eher ein Schattendasein führt<sup>9</sup>. Aus diesem Grund soll im Wesentlichen durch eine stärkere Einbeziehung der Gläubiger im Vorfeld der Eigenverwaltung und der Schaffung des sog. „Schutzschirms“ die Attraktivität der Eigenverwaltung erhöht werden<sup>10</sup>.

### 1. Anordnung der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO-RegE)

#### a) Antragsvoraussetzungen

Entsprechend den Änderungen bei der Mitwirkung der Gläubiger vor bzw. im Insolvenzeröffnungsverfahren sieht zunächst § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO-RegE nunmehr als Voraussetzung für die Anordnung der Eigenverwaltung – neben einer entsprechenden Antragstellung durch den Schuldner (§ 270 Abs. 2 Nr. 1 InsO) – vor, dass keinerlei Umstände bekannt sind, die zu Nachteilen für die Gläubiger bei einer entsprechenden Anordnung führen können. Damit wird das bisherige Prinzip des Erfordernisses der Zustimmung der Gläubiger (§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO) in sein Gegenteil umgekehrt. Der Begriff des Nachteils wird dabei nicht näher definiert und auch in der Gesetzesbegründung nicht näher erläutert. Allerdings kann insoweit auf den bisherigen § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO abgestellt werden, der ebenfalls schon eine fehlende Nachteiligkeit für die Gläubiger voraussetzte<sup>11</sup>. Für die Entscheidung des Insolvenzgerichts ist dabei kein Rechtsmittel vorgesehen<sup>12</sup>; allerdings besteht für die Gläubiger-

5 Zu diesem selbst formulierten Anspruch Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 54.

6 Lüer, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Aufl. 2010, § 231 Rdn. 35; Eidenmüller, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl. 2008, Vor §§ 217 – 269 Rdn. 33, jew. m. w. N.; a. A. LG Dresden, Beschluss vom 15. 7. 2005 – 5 T 830/02, ZIP 2005 S. 1607 = ZInsO 2005 S. 831.

7 LG Dresden vom 15. 7. 2005, a.a.O. (Fn. 6). Ferner hatte der RegE der Insolvenzordnung von 1994 noch vorgesehen, dass bei Masseunzulänglichkeit die Vorlage eines Plans nicht ausgeschlossen sein sollte (s. § 323 Abs. 3 Begr. RegE InsO 1994, BT-Drucks. 12/2443 S. 60, 220 f.). Die Regelung ist jedoch auf Vorschlag des Rechtsausschusses später nicht in das Gesetz übernommen worden.

8 Knof, ZInsO 2010 S. 1999 (2008).

9 Ebenso in dieser Einschätzung Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 28; ebenfalls von keiner besonderen Bedeutung ausgehend Uhlenbruck, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, Rdn. 9. 1.

10 Zu den zahlreichen Vorteilen der Eigenverwaltung als Sanierungsmittel etwa Jaffé, ZHR 175 2011 S. 38 (42); zu noch weitergehenden Forderungen im Vorfeld der Reform Hirte, ZGR 2010 S. 224 (229) = ZInsO 2010 S. 1297 (1299 f.) (insbesondere These 2).

11 Vgl. dazu nur Haas/Kahlert, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 87 Rdn. 15 ff.; Uhlenbruck, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, Insolvenzordnung, 13. Aufl. 2010, § 270 Rdn. 22 ff.

12 Dies ausdrücklich betonend Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 59. Insoweit scheidet vor allem auch eine analoge Anwendung von § 34 Abs. 2 InsO aus (so bereits zum geltenden Recht Pape, in: Kübler/Prütting/Bork, Kommentar zur Insolvenzordnung, Loseblatt; Stand 11/2010, § 270 Rdn. 133; Uhlenbruck, a.a.O. [Fn. 11], § 270 Rdn. 43).

versammlung die Möglichkeit, nachträglich die Eigenverwaltung zu beantragen (§ 271 Satz 1 InsO) oder deren Aufhebung zu verlangen (§ 272 Abs. 1 Nr. 1 InsO), sodass die Entscheidung des Insolvenzgerichts entsprechend korrigiert werden kann, was freilich entsprechende Mehrheiten voraussetzt.

### b) Gläubigerbeteiligung

Diese Erleichterungen bei der Beantragung der Eigenverwaltung werden in § 270 Abs. 3 InsO-RegE noch durch eine direkte Einflussnahmemöglichkeit der Gläubiger ergänzt. Neben einer verpflichtenden Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses vor der Anordnung der Eigenverwaltung (§ 270 Abs. 3 Satz 1 InsO-RegE) kann dieser bei Einstimmigkeit eine entsprechende Anordnung erzwingen (§ 270 Abs. 3 Satz 2 InsO-RegE), da bei Vorliegen einer Einstimmigkeit die Anordnung der Eigenverwaltung nicht als nachteilig gilt. Weiterhin muss eine ablehnende Entscheidung hinsichtlich der Eigenverwaltung mit einer Begründung versehen werden (§ 270 Abs. 4 InsO-RegE), damit die Gläubigerversammlung eine entsprechende Informationsbasis für eine mögliche spätere Beantragung der Eigenverwaltung hat.

### c) Verkürzung des Eröffnungsverfahrens

Neben einer Erleichterung der Anordnung der Eigenverwaltung zielt das ESUG auch darauf ab, das Eröffnungsverfahren entsprechend flexibler auszugestalten. Daher soll das Gericht bei fehlender offensichtlicher Aussichtslosigkeit des Antrags von einem allgemeinen Verfügungsverbot und einem Zustimmungsvorbehalt des vorläufigen Insolvenzverwalters absehen (§ 270a Abs. 1 Nr. 1-2 InsO-RegE). Insofern ist eine Einsetzung eines starken Insolvenzverwalters nicht mehr möglich<sup>13</sup>. Damit werden die (fehlenden) Beschränkungen des Schuldners nach Anordnung der Eigenverwaltung bereits in das Insolvenzeröffnungsverfahren gespiegelt, was auch in der Umfirmierung des „vorläufigen Insolvenzverwalters“ in „vorläufigen Sachwalter“ und in der Anwendung der §§ 274 f. InsO auf diesen Ausdruck findet.

### d) Richterliche Hinweispflicht und Rücknahme des Antrags

Weiterhin wird dem Schuldner bei einer Beantragung der Eigenverwaltung bei lediglich drohender Zahlungsunfähigkeit eine Rückzugsmöglichkeit eingeräumt, wenn das Insolvenzgericht die Voraussetzungen für die Anordnung einer Eigenverwaltung als nicht gegeben ansieht. Das Insolvenzgericht hat den Schuldner nämlich auf diesen Umstand hinzuweisen (§ 270a Abs. 2 InsO-RegE), sodass dieser seinen Insolvenzantrag zurücknehmen und damit der Gefahr der Eröffnung eines (regulären) Insolvenzverfahrens entgehen kann<sup>14</sup>. Die Hinweispflicht des Insolvenzgerichts muss dabei bereits zu dem Zeitpunkt angenommen werden, von dem an das Insolvenzgericht von der Ablehnung des Antrags auf Eigenverwaltung überzeugt ist. Die anschließende Rücknahme des Insolvenzantrags setzt dann freilich voraus, dass keine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit (mehr) vorliegt. Freilich ist auch hier (wie beim Schutzschirm; dazu unten 2.) die Hürde mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit für die Stellung des ursprünglichen Antrags zu hoch gelegt.

### e) Nachträgliche Anordnung der Eigenverwaltung

Zudem werden die Möglichkeiten der Gläubigerversammlung zur Beantragung der nachträglichen Anordnung der Eigenverwaltung erweitert. Eine solche Beantragung ist noch möglich, wenn ein entsprechender Beschluss mit einer Summen- und einer Kopfmehrheit auf der Gläubigerversammlung zustande

kommt und der Schuldner zustimmt (§ 271 InsO-RegE). Somit entfällt im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage vor allem, dass der Eigenantrag des Schuldners zuvor abgelehnt wurde<sup>15</sup> und dass die erste Gläubigerversammlung entsprechend votieren muss. Mit dem nunmehr bestehenden doppelten Mehrheitsanforderungs<sup>16</sup> soll insbesondere einer einseitigen Entscheidungsbefugnis von Großgläubigern zugekommen werden<sup>17</sup>.

### f) Beendigung der Eigenverwaltung

Schließlich wird die Beendigung der Eigenverwaltung – auf Betreiben der Gläubiger – deutlich erschwert, um so Planungssicherheit für den Schuldner und die Gläubiger zu erreichen<sup>18</sup>. Dafür ist nunmehr eine Summen- und eine Kopfmehrheit auf der Gläubigerversammlung notwendig (§ 272 Abs. 1 Nr. 1 InsO-RegE). Darüber hinaus besteht ein individuelles Antragsrecht für Gläubiger auf Beendigung der Eigenverwaltung nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO-RegE nicht mehr gegeben sind (§ 272 Abs. 1 Nr. 2 InsO-RegE), dem Gläubiger also schwere Nachteile drohen. Dafür muss nach dem eindeutigen Wortlaut des § 272 Abs. 1 Nr. 2 InsO-RegE dem Gläubiger ein individueller Nachteil drohen.

## 2. Schaffung eines „Schutzschirms“ (§ 270b InsO-RegE)

Die wohl wichtigste Neuerung des ESUG stellt die Schaffung des sog. Schutzschirmes<sup>19</sup> (§ 270b InsO-RegE) dar. Danach ist auf Antrag des Schuldners bei Vorliegen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit oder einer Überschuldung und dem Bestehen einer nicht offensichtlich aussichtslosen Sanierungsmöglichkeit eine Eigenverwaltung anzuordnen, bei der dem Schuldner eine Frist von maximal drei Monaten für die Vorlage eines Insolvenzplanes zu gewährt ist (§ 270b Abs. 1 Satz 1 InsO-RegE). Damit soll dem Schuldner sozusagen etwas Luft verschafft werden, einen tragfähigen Insolvenzplan auszuarbeiten, ohne bereits den vollständigen Beschränkungen des Insolvenzverfahrens zu unterliegen<sup>20</sup>. Systematisch soll es sich dabei aufgrund des Regelungsstandortes um eine Spielart der Eigenverwaltung handeln, was im Ergebnis kaum überzeugen kann. Insofern wäre eine Regelung im „allgemeinen Teil“ des Insolvenzrechts überzeugender gewesen<sup>21</sup>. Denn letztlich geht es um eine befristete Aussetzung der Insolvenzantragspflicht.

### a) Antragstellung und Nachweis der Antragsvoraussetzungen

Einem entsprechenden Antrag ist dabei eine Bescheinigung beizufügen, aus der sich die drohende Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung – aber nicht die Zahlungsunfähigkeit – und die nicht offensichtlich aussichtslose Sanierungsmöglichkeit ergibt (§ 270b Abs. 1 Satz 1 InsO-RegE). Diese Bescheinigung muss dabei von einem in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt oder einer Person mit ähnlichen Qualifikationen ausgestellt worden sein (§ 270b Abs. 1 Satz 3 InsO-RegE). Die Anforderungen an den Antrag hinsichtlich der offensichtlich nicht aussichtslosen Sanierungsmög-

13 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 60.

14 Kritisch zu dieser „goldenen Brücke“ Hölzle/Pink, ZIP 2011 S. 360 (365).

15 Vgl. für den bisherigen Streit im Schrifttum Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 11), § 271 Rdn. 2; Witting/Tetzlaff, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl. 2008, § 271 Rdn. 10.

16 Zum Ausreichen der einfachen Summenmehrheit im Rahmen von § 271 InsO nach bisheriger Rechtslage Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 11), § 271 Rdn. 2; Witting/Tetzlaff, a.a.O. (Fn. 15), § 271 Rdn. 15.

17 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 64.

18 So ausdrücklich Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 65.

19 Diese Begrifflichkeit geht zurück auf Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 28.

20 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 61 f.

21 So schon Hirte, ZInsO 2011 S. 401 (404) mit einem konkreten Regelungsvorschlag.

lichkeit sind nicht allzu hoch anzusetzen<sup>22</sup>. Insbesondere ein umfassendes Sanierungsgutachten muss nicht erstellt werden, um damit vor allem kleinen und mittleren Unternehmen den Zugang zum Verfahren nicht zu verwehren<sup>23</sup>. Daher muss auch nicht den Anforderungen des IDW Standards „Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6)“<sup>24</sup> entsprochen werden.

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Beantragung des Schutzschirmes sieht § 270b InsO-RegE einen Spielraum für den Schuldner vor, der vom Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit bis zur Überschuldung reicht, wobei eine zwingende zeitliche Abfolge der Insolvenzgründe nicht angenommen werden kann<sup>25</sup>. Voraussetzung bleibt allerdings das Vorliegen eines der beiden Insolvenzgründe, sodass insofern eine willkürliche Beantragung und damit verbundene Schlechterstellung der Gläubiger nicht möglich ist, da der Schuldner in diesen Fällen ohnehin einen regulären Insolvenzantrag stellen kann. Das Erfordernis eines Insolvenzgrundes stellt aber zugleich eine erhebliche Beschränkung des Schutzschirmes dar, da die Sanierungsfähigkeit von Unternehmen mit dem Abwarten des Eintritts einer der beiden Insolvenzgründe meist stetig sinkt<sup>26</sup>. Insofern wäre das Anknüpfen an eine bloße Sanierungsbedürftigkeit wohl der bessere Ansatzpunkt gewesen<sup>27</sup>, die sich etwa an dem bis zum MoMiG im Eigenkapitalersatzrecht verwendeten Krisenbegriff hätte orientieren können. Die Gesetzesbegründung verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass mit den zentralen Gläubigern ein Konsens erreicht werden soll, dass etwa Kredite nicht mit Antragstellung fällig gestellt werden und somit keine Zahlungsunfähigkeit eintritt<sup>28</sup>. Soweit ein solcher Konsens nicht erreicht werden kann, spricht der Gesetzgeber den entsprechenden Unternehmen insgesamt eine Eignung für die Anwendung des Schutzschirmes ab<sup>29</sup>. Diese Betrachtungsweise spricht erst recht dafür, das zeitliche Eingreifen des Schutzschirmes noch weiter vorzuzerlegen.

#### **b) Anordnung der Eigenverwaltung und Bestellung eines vorläufigen Sachwalters**

Liegen die Voraussetzungen des § 270b Abs. 1 InsO-RegE vor, muss das Gericht die Eigenverwaltung anordnen und eine Frist von bis zu drei Monaten für die Vorlage eines Insolvenzplans bestimmen (§ 270b Abs. 1 Satz 2 InsO-RegE). Hinsichtlich der genauen Länge der Frist muss sich das Insolvenzgericht vor allem an der Komplexität des schuldnerischen Unternehmens und der Gläubigerstruktur orientieren. Da diese Einschätzung ein entsprechendes Fachwissen der zuständigen Insolvenzrichter erfordert, werden an diese zukünftig auch erhöhte Anforderungen (s. dazu unten IV. 1.) gestellt<sup>30</sup>. Für diese Frist zur Erstellung und Vorlage des Insolvenzplanes hat das Gericht einen vorläufigen Sachwalter zu bestellen, der – ebenso wie im regulären Insolvenzverfahren – von den Gläubigern verbindlich vorgeschlagen werden kann (§ 270b Abs. 2 InsO-RegE). Ungeklärt ist in diesem Zusammenhang, ob die Bestellung des vorläufigen Sachwalters einer Bekanntmachung bedarf, was im Ergebnis aufgrund des Verfahrenszwecks wohl abzulehnen ist<sup>31</sup>.

#### **c) (Vorzeitige) Beendigung des Schutzschirmes**

Die Eigenverwaltung ist vor Ablauf der Frist nur dann zu beenden, wenn beim Schuldner Zahlungsunfähigkeit eintritt (§ 270b Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 InsO-RegE), die Sanierung aussichtslos geworden ist (§ 270b Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 InsO-RegE), der vorläufige Gläubigerausschuss (§ 270b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 InsO-RegE) oder – bei Fehlen eines vorläufigen Gläubigerausschusses – ein absonderungsberechtigter Gläubiger (§ 270b Abs. 3 Satz 1

Nr. 4 InsO-RegE) dies beantragt. Bei letzterem ist weitere Voraussetzung, dass die Fortführung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führt.

Zur Absicherung der Aufhebung wegen Eintritts der Zahlungsunfähigkeit (§ 270b Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 InsO-RegE) müssen der Schuldner und der vorläufige Sachwalter dem Insolvenzgericht den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit unverzüglich anzeigen (§ 270b Abs. 3 Satz 2 InsO-RegE). Eine Verletzung dieser Anzeigepflicht ist nicht sanktioniert. Dabei scheidet auch eine Schutzgesetzqualität des § 270b Abs. 3 Satz 2 InsO-RegE und damit eine entsprechende Haftung aus, da mit der Anordnung des Schutzschirmes bereits eine Massesicherung erreicht wird. Davon unberührt bleibt freilich die (allgemeine) Haftung des Sachwalters nach §§ 274 Abs. 1, 60 InsO.

#### **d) Verfahrensfortführung oder Aufhebung**

Nach Ablauf der Frist oder Aufhebung der Anordnung entscheidet das Gericht schließlich, ob ein Insolvenzverfahren eröffnet werden soll (§ 270b Abs. 3 Satz 3 InsO-RegE). Soweit ein Insolvenzplan ausgearbeitet wurde, kann dann entsprechend ein Insolvenzplanverfahren eingeleitet werden. Ansonsten kann auch zur Eigenverwaltung übergegangen werden, wofür dann die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen müssen. Der vorläufige Sachwalter des Schutzschirmes muss dann aber nicht zwangsläufig auch zum Sachwalter bestellt werden. Insofern ist vielmehr der vorläufige Gläubigerausschuss anzuhören, der dann auch einen entsprechenden (verbindlichen) Vorschlag machen kann<sup>32</sup>.

### **3. Beschränkung der gesellschaftsrechtlichen Überwachungsorgane (§ 276a InsO-RegE)**

Die Stärkung der Gläubigerautonomie wird schließlich durch eine weitgehende Beschränkung der gesellschaftsrechtlichen Überwachungsorgane unterstrichen, womit der Gesetzgeber nunmehr erstmalig eine vermeintlich klare Grenzziehung zwischen Sachwalter und den Organen des Schuldners vornimmt. Nach § 276a Satz 1 InsO-RegE sollen bei juristischen Personen oder Personen ohne Rechtspersönlichkeit der Aufsichtsrat, die Gesellschafterversammlung oder entsprechende Organe keinen Einfluss auf die Geschäftsleitung des Schuldners nehmen können. Zudem soll die Abberufung und die Bestellung von Mitgliedern der Geschäftsleitung als Wirksamkeitsvoraussetzung eine Zustimmung des Sachwalters erfordern (§ 276a Satz 2 InsO-RegE), die allerdings immer schon dann zu erteilen ist, wenn die Maßnahme nicht zu Nachteilen für die Gläubiger führt (§ 276a Satz 3 InsO-RegE). Ziel dieser Beschränkungen ist es, das Verhältnis zwischen den gesellschafts- und den insol-

22 Vgl. dazu bereits *Hirte*, ZInsO 2011 S. 401 (403 f.).

23 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 62.

24 IDW-FN 2009 S. 578.

25 Vgl. dazu etwa *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, 1999, S. 683; *Mock*, Finanzverfassung der Kapitalgesellschaften und internationale Rechnungslegung, 2007, S. 272.

26 Ebenso schon für eine Vorverlegung des Zeitpunktes für eine Beantragung des Schutzschirmes *Hirte*, ZInsO 2011 S. 401 (402 f.); ebenfalls kritisch hinsichtlich des Festhaltens an den Insolvenzgründen *Eidenmüller*, ZHR 175 (2011) S. 11 (35 f.).

27 Ähnlich *Hölzle/Pink*, ZIP 2011 S. 360 (367), die ebenfalls den Verzicht auf das Vorliegen eines Insolvenzgrundes und die Vorlage eines den Vorgaben von IDW 6, a.a.O. (Fn. 24) entsprechenden Sanierungsgutachtens vorschlagen.

28 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 62.

29 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 62.

30 Für diesen Zusammenhang bereits *Hirte*, ZInsO 2011 S. 401 (403).

31 Dazu schon *Hirte*, ZInsO 2011 S. 401 (404).

32 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 63; hierzu auch *Hirte*, ZInsO 2011 S. 401 (404).



venzrechtlichen Überwachungsorganen klar zu umreißen, um etwaige Kompetenzkonflikte zu vermeiden<sup>33</sup>.

Der Gesetzeswortlaut bleibt aber vor allem hinsichtlich der Rechtsfolgen nebulös, denn das Fehlen eines Einflusses der Aufsichts- und Gesellschafterorgane auf die Geschäftsleitung kann unterschiedlich weit verstanden werden. So bleibt unklar, ob nur direkte Weisungsrechte bzw. Mitbestimmungsrecht – wie etwa die aktienrechtlichen Zustimmungserfordernisse der Hauptversammlung nach den *Holz Müller/Gelatine-Grundsätzen*<sup>34</sup> – oder auch (allgemeine) Prüfungs- und Auskunftsrechte erfasst werden sollen, wie sie für diese Organe – etwa beim Aufsichtsrat in Form der Informations- und Einsichtsrechte nach § 111 Abs. 2 AktG – meist bestehen. Ebenfalls nicht eindeutig geregelt ist, ob die Beschränkungen des § 276a InsO-RegE auch für die zahlreichen gesellschaftsrechtlichen Minderheitenrechte – wie etwa die Möglichkeit der Einleitung einer Sonderprüfung (§§ 142 ff. AktG), der Geltendmachung von Ersatzansprüchen im Rahmen einer *actio pro socio* (§§ 148 f. AktG; § 46 Nr. 8 GmbHG) oder entsprechender Kontroll- und Einsichtsrechte (vgl. etwa das Kontrollrecht der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft [§ 118 HGB], einer Kommanditgesellschaft [§ 166 HGB] oder einer GmbH [§ 51a GmbHG]) – gelten, die letztlich auch der Beeinflussung der Geschäftsleitung durch deren Überwachung dienen. Vor dem Hintergrund der mit § 276a InsO-RegE beabsichtigten klaren Kompetenzabgrenzung wird man im Ergebnis wohl eine Beschränkung der Prüfungs- und Auskunftsrechte der anderen Gesellschaftsorgane und etwaiger Minderheitsgesellschafter annehmen müssen, zumal die Gesetzesbegründung eine entsprechende zusätzliche Überwachung neben den insolvenzrechtlichen Überwachungsorganen für nicht erforderlich hält<sup>35</sup>. Ob diese Einschätzung aber tatsächlich trägt, kann bezweifelt werden, weil eine auf die Interessen der Gläubiger angelegte insolvenzrechtliche Überwachung der Geschäftsleitung nicht (auch) auf die Interessen der (Minderheits-)Gesellschafter ausgerichtet ist.

#### IV. Weitere Änderungen

Neben den genannten Regelungsschwerpunkten enthält das ESUG noch eine Reihe weiterer Änderungen, die teilweise mit den bereits genannten in Zusammenhang stehen.

##### 1. Erhöhte Qualitätsanforderungen an Insolvenzrichter

Dies gilt zunächst für die Änderungen zur Steigerung der Qualität der Insolvenzverwaltung bzw. der Durchführung von Insolvenzverfahren. In diesem Zusammenhang ist § 22 Abs. 6 Satz 2 GVG-RegE zu nennen, der das bereits existierende Verbot der Betrauung eines Richters auf Probe mit Insolvenzsachen (§ 22 Abs. 6 Satz 1 GVG) um das Erfordernis des Nachweises belegbarer Kenntnisse auf den Gebieten des Insolvenzrechts, des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie über Grundkenntnisse der für das Insolvenzverfahren notwendigen Teile des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts und des Rechnungswesens erweitert. Auch wenn damit eigentlich eine zunehmende Spezialisierung der Insolvenzgerichte eingeleitet werden könnte, bleibt der tatsächliche Effekt dieser Regelung allerdings zweifelhaft. Denn zum einen werden die derzeit schon mit Insolvenzsachen betrauten Richter von der Regelung ausgenommen, und zum anderen kann die Betrauung auch schon dann erfolgen<sup>36</sup>, wenn der Erwerb der Kenntnisse alsbald zu erwarten ist (§ 22 Abs. 6 Satz 3 GVG-RegE). Zudem bleibt unklar, auf welche Weise der Nachweis zu erfolgen hat und welche genaueren Anforderungen an diesen zu stellen sind. Sicher aber dürfte sein, dass Insolvenz-

richter vor dem Hintergrund der Neuregelung wissenschaftliche Tagungen und ähnliche Veranstaltungen nicht nur besuchen dürfen, sondern jedenfalls sollen. Mögliche personelle Engpässe dürften durch die nunmehr ausgeschlossene Aufspaltung der Zuständigkeitskonzentration bei Insolvenzgerichten durch die Landesregierungen (§ 2 Abs. 2 InsO-RegE) aber nicht entstehen. Für Rechtspfleger gelten diese erhöhten Anforderungen künftig ebenfalls (§ 18 Abs. 4 RPfG-RegE). In diesem Zusammenhang ist schließlich die Schaffung des Gesetzes über Insolvenzstatistik zu nennen, das die bisherige Regelung in § 39 EGGVG ablöst und das neben einer Ausweitung der Informationspflichten der Insolvenzgerichte nunmehr auch die Insolvenzverwalter bei der Informationsgewinnung einbezieht.

##### 2. Teilnahme am System eines zentralen Kontrahenten (§ 104a InsO-RegE)

Eine Sonderregelung enthält § 104a InsO-RegE, der eine Ausnahmeregelung für die sog. Systeme eines zentralen Kontrahenten von den Vorschriften über die Behandlung der gegenseitigen Verträge in der Insolvenz enthält. Dabei handelt es sich um eine Erscheinung des modernen Börsenhandels (*clearing*), bei dem Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten nicht mehr direkt mit dem jeweiligen Käufer oder Verkäufer erfolgen, sondern immer über den sog. zentralen Kontrahenten, der dann entsprechend einen Kaufvertrag mit dem Verkäufer und einen weiteren Kaufvertrag mit dem Käufer schließt. Da der zentrale Kontrahent somit das Risiko beider Parteien für die Transaktion übernimmt, würde die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des jeweiligen Käufers oder Verkäufers diesen Abwicklungsmechanismus empfindlich stören, weswegen eine entsprechende Sonderregelung gerechtfertigt ist<sup>37</sup>.

##### 3. Grenzüberschreitende Zusammenarbeit (§ 348 InsO-RegE)

Eine weitere Änderung ergibt sich schließlich für den Bereich der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Insolvenzgerichten. Nach § 348 Abs. 2 InsO-RegE ist den deutschen Insolvenzgerichten nunmehr ausdrücklich die Zusammenarbeit mit ausländischen Insolvenzgerichten und insbesondere der Informationsaustausch mit diesen gestattet. Die vorgeschlagene Änderung war notwendig geworden, da das deutsche Insolvenzrecht eine entsprechende Pflicht im Gegensatz zu vielen ausländischen Rechtsordnungen bislang nicht kennt und auch eine in diese Richtung zielende Fortentwicklung des bislang geltenden Rechts überwiegend abgelehnt wurde<sup>38</sup>.

#### V. Ausblick

Mit Blick auf den nun vorliegenden RegE eines Gesetzes zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen gibt es viele gute

33 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 65.

34 Für eine Erfassung *de lege lata* bereits *Westpfahl/Janjuah*, Beil. zu ZIP 3/2008 S. 25 f.; allgemein zu diesen Grundsätzen *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2009, Rdn. 3.224.

35 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 65.

36 So ausdrücklich Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 66 f.

37 Begr. RegE ESUG, a.a.O. (Fn. 1), S. 41 f.

38 Zum Ansatz der analogen Anwendung von Art. 31 EuInsVO als Ausgangsbasis für eine entsprechende Kooperationspflicht *Herchen*, Das Übereinkommen über Insolvenzverfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 23. 11. 1995, 2000, S. 148 f. (zur Vorgängerregelung); a. A. *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 2. Aufl. 2008, Art. 31 Rdn. 5; *Eidenmüller*, ZP 114 (2001) S. 3 (26); *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Art. 31 EuInsVO Rdn. 8; *Pannen/Riedemann*, in: Pannen, Europäische Insolvenzordnung, 2007, Art. 31 Rdn. 15; *Vallender*, KTS 2005 S. 283 (321); zu den Kooperations-Möglichkeiten insgesamt *Vallender*, KTS 2008 S. 59.

Gründe anzunehmen, dass die Spielräume für eine Sanierung in Deutschland zukünftig merklich vergrößert werden, ungeachtet der hier zuvor herausgearbeiteten Schwächen oder Unklarheiten der vorgeschlagenen Regelungen im Detail. Mit Blick auf diese Detailfragen darf durchaus darauf vertraut werden, dass sie entweder im weiteren Prozess der Gesetzgebung oder aber spätestens – und das auch noch ohne großen Flurschaden verursacht zu haben – von Rechtsprechung und Schrifttum gelöst werden.

Macht man jedoch einen Schritt zurück und betrachtet die Rahmenbedingungen der Sanierung im Übrigen, werden weitere drängende Fragen deutlich: die Behandlung von Sanierungsgewinnen im Steuerrecht<sup>39</sup>, die wichtige Frage nach der Fortführungsfinanzierung<sup>40</sup> und in diesem Kontext auch die sanierungshemmende Wirkung eines Fiskusprivilegs<sup>41</sup> und die nahezu uferlos scheinende Rechtsprechung im Arbeitsrecht (z. B. zu § 613a BGB)<sup>42</sup>. Eine umfassende Sanierungsfähigkeit deutscher Unternehmen lässt sich nur erreichen, wenn diese Aspekte ebenso mutig angepackt werden würden, wie dies der Gesetzgeber hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Fragen im vorliegenden Entwurf gemacht hat. Insofern ist das ESUG möglicherweise nur ein Etappenziel. Positiv ist aber vor allem zu bewerten, dass der Gesetzgeber von der Schaffung eines neuen Sanierungsverfahrens außerhalb der InsO Abstand genommen hat<sup>43</sup>. Denn ein

solches hätte zum einen durch eine bloße neue Namensgebung die mit dem Insolvenzverfahren typischerweise verbundene Stigmatisierung auch nicht ablegen können. Zum anderen hätte ein solches Verfahren letztlich jeden einzelnen für das Insolvenzverfahren geregelten Aspekt widerspiegeln müssen, was im Ergebnis nicht zu einem *schlanken* Sanierungsgesetzbuch, sondern zu einer zweiten Insolvenzordnung geführt hätte.

#### Redaktioneller Hinweis:

Zu diesem Thema vgl. auch: *Schelo*, DB 2010 S. 2209, DB0390075.

39 Dazu etwa *Kahlert*, ZIP 2009 S. 643; *Westphal/Janjuah*, Beil. zu ZIP 3/2008 S. 19.

40 Dazu etwa *Bork*, ZIP 2010 S. 397 (401, 407); *Knof*, ZInsO 2010 S. 1999.

41 Dazu etwa *Stapper*, ZInsO 2010 S. 1880 („finaler Todesschuss“); krit. auch *Kahlert*, ZIP 2010 S. 1274; *ders.*, ZIP 2010 S. 1887; *Marotzke*, ZInsO 2010 S. 2163.

42 Siehe etwa jüngst die Rechtsprechung des EuGH zum Merkmal „Betrieb oder Betriebsteil“ nach § 613a BGB; dazu *Schiefer*, DB 2011 S. 54; allgemein zur Frage, ob § 613a BGB ein Hemmnis für eine erfolgreiche Sanierung darstellt, *Zobel*, ZInsO 2006 S. 576.

43 Zu dahingehenden Vorschlägen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens etwa *Jacoby*, ZGR 2010 S. 359; *Westphal*, ZGR 2010 S. 385; dagegen bereits *Hirte*, DB 2010 Standpunkte S. 25.

## Entscheidungen

### GmbH-Recht

#### Eintragung der Amtsniederlegung eines GmbH-Geschäftsführers ins Handelsregister

##### Anforderungen an den Nachweis des Zugangs der Amtsniederlegung eines GmbH-Geschäftsführers

GmbHG § 39 Abs. 2

**Bei der Amtsniederlegung eines GmbH-Geschäftsführers ist nicht nur die Willensbildung des GmbH-Geschäftsführers, sondern auch der Zugang dieser Willensbildung bei dem zuständigen Organ in der Form des § 39 Abs. 2 GmbHG nachzuweisen.**

OLG Jena, Beschluss vom 29. 7. 2010 – 6 W 91/10, rkr.

► **DB0411206**

Alleingesellschafterin der Antragstellerin ist die SCHOTT Solar AG. Unter dem 1. 2. 2010 meldete die Antragstellerin zur Eintragung in das Handelsregister an, dass Herr . . . nicht mehr Geschäftsführer sei. Der Anmeldung beigefügt war die Abschrift eines Schreibens des Geschäftsführers an die Alleingesellschafterin der Antragstellerin, in dem er erklärt, zum Ablauf des 4. 12. 2009 sein Amt als Geschäftsführer der Antragstellerin niederzulegen. Auf dem Schreiben befindet sich ein Stempelaufdruck mit folgenden Angaben: S. . . AG; 1. 12. 2009. Die vom verfahrensbevollmächtigten Notar am 22. 2. 2010 eingereichte Anmeldung hat das Registergericht mit Zwischenverfügung vom 24. 2. 2010 beanstandet. Es hat die Auffassung vertreten, die wirksame Beendigung des Anstellungsverhältnisses sei nicht nachgewiesen. Sie sei durch Vorlage der Niederlegungserklärung und Nachweis ihres Zugangs an den Gesellschafter zu belegen. Das Registergericht habe sodann zu prüfen, ob die der Anmeldung zugrundeliegende Amtsniederlegung formell ordnungsgemäß entgegengenommen worden sei. Die Organvertre-

tungsmacht für die S. . . AG sei nicht durch öffentliche Urkunden nachgewiesen.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin vom 1. 3. 2010. Zur Begründung trägt sie vor, das Registergericht könne den Nachweis des Zugangs der Amtsniederlegung nur fordern, wenn Zweifel an der Richtigkeit der Angaben des Anmeldenden bestünden. Selbst wenn man einen Zugangsnachweis fordere, müsse das Amtsniederlegungsschreiben mit einem Eingangsstempel der Gesellschaft ausreichen. Wegen der Begründung im Einzelnen wird Bezug genommen auf den Schriftsatz des Verfahrensbevollmächtigten vom 1. 3. 2010.

Das Registergericht hatte der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Die Beschwerde war erfolgreich. Sie führte zur Anweisung an das Amtsgericht, über den Antrag der Antragstellerin über die Eintragung der Beendigung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers . . . in das Handelsregister vom 1. 2. 2010 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senates neu zu entscheiden.

#### AUS DEN GRÜNDEN

Das Registergericht hat mit seiner Zwischenverfügung vom 24. 2. 2010 die begehrte Eintragung zu Unrecht davon abhängig gemacht, dass die Antragstellerin den ordnungsgemäßen Zugang des Amtsniederlegungsschreibens durch weitere Belege nachzuweisen habe.

#### Pflicht, jede Änderung in der Person des Geschäftsführers zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden

Nach § 39 Abs. 1 GmbHG ist jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer sowie die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Anmeldung sind nach § 39 Abs. 2 GmbHG die Urkunden über die Bestellung der Geschäftsführer