

GERRIT M. BULGRIN

Die strategische Insolvenz

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*

31

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

herausgegeben von den Direktoren
des Instituts für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
der Bucerius Law School in Hamburg

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

31



Gerrit M. Bulgrin

Die strategische Insolvenz

Zwischen Missbrauch und kunstgerechter Handhabung
des Insolvenzplanverfahrens als gesellschaftsrechtliches
Gestaltungsinstrument

Mohr Siebeck

Gerrit M. Bulgrin, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaften in Hamburg (Bucerius Law School) und Cambridge (Gonville & Caius College); Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Alfred-Krupp-Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Bucerius Law School; 2015 Promotion; derzeit Referendar am Hanseatischen Oberlandesgericht, Hamburg.

ISBN 978-3-16-154605-1 / eISBN 978-3-16-158831-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2019
ISSN 2193-7273 (Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde von der Bucerius Law School im Sommertrimester 2015 als Dissertation angenommen. Die mündliche Promotionsprüfung fand am 9. Dezember 2015 statt. Das im Frühjahr 2015 abgeschlossene Skript wurde für die Veröffentlichung aktualisiert und ergänzt, wobei die einschlägige Rechtsprechung und Literatur bis Ende 2015 berücksichtigt werden konnte.

Diese Promotionsschrift entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Professor *Dr. Rüdiger Veil*, dem mein besonderer Dank gilt. Hervorheben möchte ich nicht nur seine Unterstützung und Förderung dieser Arbeit durch seinen hilfreichen fachlichen Rat und seine stetige Diskussionsbereitschaft, sondern auch seine wohlwollende und uneingeschränkte Unterstützung weit über den Rahmen dieser Abhandlung hinaus. Ich habe während der Zeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl eine überaus lehrreiche und prägende Zeit erfahren, die ich nicht missen möchte und die ich in schöner Erinnerung behalten werde.

Herrn Professor *Dr. Christoph H. Seibt* danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und für die wertvollen Anmerkungen. Zudem bin ich Herrn Professor *Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt* und Herrn Professor *Dr. Jörn Axel Kämmerer* für die Aufnahme in diese Schriftenreihe zum Dank verpflichtet. Dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband der deutschen Wissenschaft und der Studienstiftung des deutschen Volkes danke ich für die finanzielle und ideelle Förderung während meines Studiums und der Promotion.

Mein ganz herzlicher Dank gilt meinen Eltern *Ralph* und *Bettina Uta Bulgrin* sowie meinen Großeltern, von denen ich *Gerhard Szymanski* und *Klaus* und *Anne Bulgrin* besonders hervorheben möchte. Ohne Eure vielfältige Unterstützung wäre die Verwirklichung dieses Vorhabens nicht möglich gewesen. Herrn *Wolfgang Geisthoff* danke ich zudem für die Unterstützung bei der Endredaktion dieser Arbeit. Schließlich danke ich *Friederike Wieland* und *Daniel Mattig* für ihr Verständnis, ihren steten Rückhalt und ihre große Hilfe in allen Phasen dieser Dissertation. Euch ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im April 2016

Gerrit M. Bulgrin

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIX
A. Einleitung	1
I. Einführung	1
II. Gang der Untersuchung	4
B. Die strategische Insolvenz	7
I. Strategischer Einsatz des Chapter 11-Verfahrens in den USA	7
1. Grundlagen des amerikanischen Insolvenzrechts	7
2. Beispielsfälle aus den USA	9
a) Der Fall Manville	9
b) Die Fälle Continental Airlines, United Airlines und Kmart	11
c) Der Fall Texaco	11
II. Begriff der strategischen Insolvenz	12
1. Begriffselemente der strategischen Insolvenz	13
a) Element der Freiwilligkeit	13
aa) Differenzierung nach dem Antragsteller	13
bb) Differenzierung nach dem Antragsgrund	14
cc) Differenzierung nach der Gesellschaftsform	14
b) Element der spezifischen Zielerreichung	15
c) Element der Umverteilung von Werten	16
d) Ergebnis der Definitionsbildung	16
2. Abgrenzung von rechtmisbräuchlichem Verhalten	16
III. Bewertung strategischer Insolvenzen	17
1. Frühzeitige Verfahrenseinleitung	18
2. Höherer Grad an Professionalisierung	18
3. Steigerung des Unternehmenswerts	19
4. Zwischenergebnis	19

IV.	Regulierung strategischer Insolvenzen	20
1.	Allgemeine Missbrauchskontrolle	20
2.	Materielle Insolvenzeingangskontrolle	22
V.	Eingrenzung des Themas	22
1.	Forum Shopping der Insolvenzzuständigkeit	22
2.	Nutzung ausländischer vorinsolvenzlicher Sanierungsverfahren	23
C.	Strategische Insolvenzen im deutschen Recht	25
I.	Gläubigerantrag (§ 14 InsO)	25
II.	Schuldnerantrag (§ 15 InsO)	26
1.	Klassische Einsatzmöglichkeiten	27
2.	Neue Einsatzmöglichkeiten durch das ESUG	27
a)	Lösung von Gesellschafterstreitigkeiten	28
b)	Übernahme des Unternehmens durch einen Investor	30
c)	Übernahme des Unternehmens durch das Management	31
III.	„Zwitterstellung“ der Gesellschafter	32
D.	Gesellschafterstellung in der Insolvenz	35
I.	Rechtfertigung der Einbeziehung der Gesellschafterrechte	36
1.	Erpressungs- und Missbrauchspotential der Gesellschafter	36
a)	Ausnutzung der Blockadeposition („Hold-Out-Problem“)	36
b)	Motivation zum Trittbrettfahren („Freerider-Problem“)	38
c)	Zwischenergebnis	39
2.	Gesellschafter als Treuhänder der Gläubiger	39
3.	Zwischenergebnis	41
II.	Dogmatische Begründung des Eingriffs	41
1.	Treuepflicht kraft Sonderverbindung	42
2.	Beseitigungspflicht § 1004 BGB analog	43
3.	Allgemeiner Aufopferungsgedanke	44
a)	Beispiele für gesetzlich normierte Aufopferungsansprüche	44
b)	Allgemeine Merkmale von Aufopferungsansprüchen	45
aa)	Vorliegen eines Interessenkonflikts	45
bb)	Usurpation eines Rechts oder Rechtsguts	45
cc)	Aufopferungsprinzip	46
dd)	Ersatz für die Werteinbuße	46

e) Zwischenergebnis	47
c) Übertragung auf die Einbeziehung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	47
III. Ausgestaltung der Mitgliedschaft in der Insolvenz	48
1. Einfachgesetzliche Ausgestaltung	48
a) Mitverwaltungskomponente: Die Gesellschafter als „Quasi-Gläubiger“	48
aa) Systematische Stellung des § 225a InsO	48
bb) Beteiligung am Abstimmungsprozess	49
cc) Obstruktionsverbot	49
dd) Schutz gegen den Insolvenzplan	50
ee) Zwischenergebnis	50
b) Vermögenskomponente	51
aa) Einführung einer „Nullwertprämisse“	51
bb) Maßstab für die Anteilsbewertung im Insolvenzplanverfahren	52
(1) Gesetzliche Anordnung von Liquidationswerten?	52
(a) Wertung des § 225a Abs. 5 InsO	53
(b) Rechtsschutzsystem gegen den Insolvenzplan	53
(c) Gleichbehandlung mit Gläubigerforderungen beim DES	55
(d) Zwischenergebnis	55
(2) Anwendung allgemeiner Bewertungsgrundsätze	55
(3) Zwischenergebnis	56
2. Argumente für und gegen das allein wertbezogene Schutzkonzept	57
a) Vergleich mit der Regelin solventz	57
b) Eigene Verursachung der Insolvenz („Verschuldensprinzip“)	57
c) Vergleich mit Zwangsausscheiden beim Squeeze-Out	58
3. Differenzierungsansätze	59
a) Differenzierung zwischen Reorganisation und Liquidation	59
b) Differenzierung nach Werthaltigkeit der Anteile	60
c) Differenzierung nach Antragsgrund	61
d) Differenzierung nach Rechtsmissbräuchlichkeit der Verfahrenseinleitung	62
e) Zwischenergebnis	62
E. Gestaltungsmöglichkeiten im Insolvenzplan	63
I. Allgemeines Verhältnis von Gesellschafts- und Insolvenzrecht	63
1. Grundlagen des § 225a Abs. 3 InsO	63
a) Definition von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten	63
b) Systematisches Verhältnis von § 225a Absatz 2 und 3 InsO	64

2. Auslegung des § 225a Abs. 3 InsO	64
a) Verständnis von „jede gesellschaftsrechtlich zulässige Regelung“	65
aa) Rechtsgrundverweisung auf allgemeines Gesellschaftsrecht	65
bb) Anwendung des lex specialis-Grundsatzes	66
cc) Grenze des gesellschaftsrechtlichen Typenzwangs	66
dd) Stellungnahme	67
ee) Zwischenergebnis	69
b) Mögliche Grenzen der Überlagerung	69
aa) Betroffenheit des Schuldnerbereichs (Fehlender Massebezug)	69
(1) Weber'sche Verdrängungslehre	70
(2) Modifikation der Verdrängungslehre im Insolvenz- planverfahren?	70
(3) Stellungnahme	71
(4) Zwischenergebnis	72
bb) Bezug zu den Anteils- und Mitgliedschaftsrechten	73
cc) Fehlende zwangsweise Planunterworfenheit	73
dd) Prüfung auf Insolvenzzweckwidrigkeit	74
ee) Gesellschaftsrechtliche Risikübernahme	75
ff) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 20 Abs. 3 GG)	75
3. Überlagerung der Vorgaben des Gesellschaftsrechts	76
a) Formelle Vorgaben des Gesellschaftsrechts	76
aa) Zuständigkeit	76
bb) Verfahren	78
cc) Form	78
dd) Prüfungskompetenz des Registergerichts	80
ee) Zwischenergebnis	81
b) Materielle Vorgaben des Gesellschaftsrechts	81
aa) Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht	81
(1) Wegfall der Zweckförderungspflicht	83
(2) Überlagerung der Mitverwaltungskomponente	84
(3) Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis	84
(4) Wertung des § 238a InsO	85
(5) Abschließendes Rechtsschutzsystem im Insolvenz- planverfahren	85
(6) Zwischenergebnis	86
bb) Gesellschaftsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	87
cc) Gesellschaftsrechtlicher Minderheitenschutz	87
dd) Zwischenergebnis	89
c) Sonstige Schutzmechanismen des Gesellschaftsrechts	89
aa) Gesellschaftsrechtliches Beschlussmängelrecht	89
bb) Austrittsrecht aus wichtigem Grund	90
4. Überlagerung der Vorgaben des WpÜG und des WpHG	91
a) Überlagerung der Pflichtangebotsregelung des WpÜG	91

aa) Überlagerung der Pflichtangebotsregel (§ 35 WpÜG)	92
bb) Sonstige Strategien zur Vermeidung eines Pflichtangebots	93
b) Überlagerung der aktien- und kapitalmarktrechtlichen Mitteilungspflichten	93
5. Zwischenergebnis	94
II. Einzelne mögliche gesellschaftsrechtliche Maßnahmen	94
1. Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft	94
2. Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss	95
a) Formelle Anforderungen	96
b) Materielle Anforderungen	97
aa) Grundlagen zur Situation außerhalb der Insolvenz	97
(1) Sachkapitalerhöhung	98
(2) Barkapitalerhöhung	99
bb) Materielle Inhaltskontrolle auch in der Insolvenz	99
(1) Erforderlichkeit einer materiellen Inhaltskontrolle	100
(2) Entbehrlichkeit einer materiellen Inhaltskontrolle	100
(3) Stellungnahme	101
(4) Zwischenergebnis	103
3. Übertragung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten	103
4. Ausschluss von Gesellschaftern	104
5. Änderungen des Gesellschaftsvertrags	104
6. Bestellung und Abberufung von Organen	105
7. Maßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz	106
a) Allgemeine Grundlagen	107
aa) Umwandlungsfähigkeit insolventer Rechtsträger	107
(1) Beteiligung in übertragender Funktion	107
(2) Beteiligung in aufnehmender Funktion	109
bb) Abweichung nur bei ausdrücklicher Zulassung (§ 1 Abs. 3 UmwG)	110
b) Formelle Voraussetzungen	110
c) Materielle Voraussetzungen	111
aa) Überlagerung des spaltungsrechtlichen Gläubigerschutzes (§ 133 UmwG)	111
bb) Modifikation erforderlicher Barabfindungsangebote (§§ 29, 207 UmwG)	113
8. Zwischenergebnis	114
F. Rechtsschutzmöglichkeiten der Gesellschafter	115
I. Insolvenzeingangsschutz	115
1. Gesetzlicher Insolvenzeingangsschutz	116
a) Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)	117

aa)	Definition der Zahlungsunfähigkeit	117
bb)	Gestaltungspotential der Gesellschafter	117
	(1) Kriterium des „ernsthaften Einforderns“	118
	(2) Berücksichtigung von Gesellschafterverbindlichkeiten	118
	(3) Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft	119
	(a) Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften	119
	(aa) Grundsätze der Kapitalerhaltung	119
	(bb) Verbot der Insolvenzverursachung	120
	(b) Verstoß gegen die mitgliedschaftliche Treuepflicht	122
cc)	Gestaltungspotential der Geschäftsführung	125
b)	Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)	125
c)	Insolvenzgrund der Überschuldung	126
aa)	Definition der Überschuldung	126
bb)	Gestaltungspotential der Gesellschafter und der Geschäftsführung	127
	(1) Berücksichtigung von Gesellschafterforderungen	127
	(2) Bilanzierungsspielräume für die Geschäftsführung	128
	(3) Zwischenergebnis	129
2.	Gerichtlicher Insolvenzeingangsschutz	129
a)	Überprüfung des Antrags auf Vorliegen von Insolvenzgründen	129
b)	Überprüfung des Antrags auf Rechtsmissbräuchlichkeit	130
aa)	Prüfungspflicht des Gerichts	131
bb)	Begriff des Rechtsmissbrauchs	132
	(1) Negative Begriffsbildung	132
	(a) Abgrenzung vom Prozessbetrug	133
	(b) Kein Rechtsmissbrauch bei Antragspflicht	134
	(c) Zwischenergebnis	135
	(2) Positive Begriffsbildung	135
	(a) Zielsetzung der Insolvenzordnung	136
	(b) Rechtsprechung zu Gläubigeranträgen (§ 14 InsO)	137
	(c) Vergleich mit rechtsmissbräuchlichen Anfechtungsklagen	138
	(3) Definitionsbildung: Rechtsmissbräuchlicher Insolvenzantrag	138
cc)	Beispiele für rechtsmissbräuchliche Insolvenzanträge	139
	(1) Lösung eines Gesellschafterstreits	139
	(2) Bloße Restrukturierung ohne finanzwirtschaftliche Sanierung	140
	(3) Bewusste Herbeiführung des Insolvenzgrunds	141
	(4) Keine Einbindung sämtlicher Gesellschafter bei der Antragstellung	141
	(5) Befriedigungsquote von 100 % aller vorrangigen Gläubiger	142
dd)	Rechtsfolgen bei Rechtsmissbräuchlichkeit	143
ee)	Zwischenergebnis	143

3. Gesellschaftsrechtlicher Insolvenzeingangsschutz	144
a) Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses	144
aa) Differenzierung zwischen Antragsrecht und -pflicht	144
bb) Differenzierung zwischen den Gesellschaftsformen	145
(1) Anforderungen in der GmbH	146
(a) Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses	146
(aa) Aktueller Meinungsstand	146
(bb) Stellungnahme	147
(i) Besondere Stellung der Gesellschafter	147
(ii) Änderung des Gesellschaftszwecks	147
(iii) Auflösung der Gesellschaft	148
(iv) Wertung des § 49 Abs. 3 GmbHG	148
(v) Wertung des § 5a Abs. 4 GmbHG	149
(vi) Zeitverlust durch Beschlusseinhaltung	150
(vii) Vergleich mit anderen Finanzierungsgeschäften	150
(viii) Eingriffsmöglichkeiten durch ESUG	151
(ix) Zwischenergebnis	151
(b) Mehrheitsanforderungen	152
(2) Anforderungen in der Aktiengesellschaft	152
(a) Erforderlichkeit eines HV-Beschlusses	153
(aa) Aktueller Meinungsstand	153
(bb) Stellungnahme	153
(i) Anwendung der Holz Müller-Grundsätze	153
(ii) Änderung des Gesellschaftszwecks	154
(iii) Eingriffsmöglichkeiten im Insolvenzplanverfahren	155
(iv) Vorgaben des § 92 AktG	155
(v) Zeitverlust durch Beschlusseinhaltung	156
(cc) Zwischenergebnis	156
(b) Mehrheitsanforderungen	156
(3) Anforderungen in der OHG	157
(a) Aktueller Meinungsstand	157
(b) Stellungnahme	158
(c) Zwischenergebnis	159
(4) Anforderungen in der Kommanditgesellschaft	159
(5) Anforderungen in der GmbH & Co. KG	160
(a) Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses	160
(b) Mehrheitsanforderungen	161
(6) Zwischenergebnis	161
b) Rechtsfolgen bei fehlender Einholung des Beschlusses	162
aa) Im Grundsatz keine Außenwirkung	162
bb) Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht	162
4. Kautelarjuristische und sonstige Schutzmöglichkeiten	164

a)	Klarstellende Regelung im Gesellschaftsvertrag	164
b)	Vereinbarung von Gesamtvertretungsmacht	165
c)	Kurzfristige Abberufung der Geschäftsführung	165
II.	Rechtsschutz im Eröffnungsverfahren	166
1.	Rücknahme des Insolvenzantrags (§ 13 Abs. 2 InsO)	166
2.	Anspruch auf Abgabe einer Rangrücktrittserklärung bzw. Stundung	167
a)	Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit	168
b)	Beseitigung der Überschuldung	168
III.	Rechtsschutz im eröffneten Insolvenzverfahren	169
1.	Rechtsschutz gegen den Eröffnungsbeschluss	169
a)	Sofortige Beschwerde (§ 34 Abs. 2 InsO)	169
b)	Analoge Anwendung zugunsten der Gesellschafter?	170
2.	Antrag auf Einstellung des Verfahrens	171
3.	Rechtsschutz gegen den Insolvenzplan	172
a)	Vorprüfungsverfahren durch das Gericht (§ 231 InsO)	172
aa)	Prüfungstiefe des Gerichts	172
bb)	Mögliche inhaltliche Mängel bei der Gruppenbildung	173
(1)	Zulässigkeit einer strategischen Gruppenbildung	174
(2)	Geschriebene Grenzen der Gruppenbildung (§§ 222, 226 InsO)	175
(a)	Einheitliche Gruppenbildung für alle Gesellschafter	176
(b)	Getrennte Gruppenbildung für die Gesellschafter	178
cc)	Prüfung der Insolvenzzweckmäßigkeit	178
b)	Voraussetzungen des Abstimmungsverfahrens (§§ 235, 244 InsO)	179
c)	Obstruktionsverbot (§ 245 InsO)	180
aa)	Vergleich mit der Regelabwicklung (Nr. 1)	180
bb)	Angemessene Beteiligung am wirtschaftlichen Wert (Nr. 2)	181
d)	Bestätigungsverfahren (§§ 248, 250 InsO)	183
aa)	Mängel des Planinhalts (Nr. 1)	183
bb)	Herbeiführung des Plans auf unlautere Art und Weise (Nr. 2)	184
e)	Minderheitenschutz (§ 251 InsO)	185
f)	Vorgehen gegen die Planbestätigung (§ 253 InsO)	186
aa)	Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde	186
bb)	Begründetheit der sofortigen Beschwerde	187
cc)	Zurückweisungsrecht des Gerichts (§ 253 Abs. 4 InsO)	187
g)	Zwischenergebnis	188

IV. Rechtsschutz außerhalb des Insolvenzverfahrens	188
1. Einstweiliger Rechtsschutz im eröffneten Insolvenzverfahren	188
a) Prozessuale Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes	189
aa) Risiko divergierender Entscheidungen	189
bb) Schwächung des Insolvenzplans als Sanierungsinstrument	190
cc) Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses	190
dd) Abschließendes Schutzsystem der Insolvenzordnung	191
ee) Zwischenergebnis	192
b) Materielle Voraussetzungen des einstweiligen Rechtsschutzes	192
2. Einstweiliger Rechtsschutz im Eröffnungsverfahren	192
a) Prozessuale Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes	193
aa) Risiko divergierender Entscheidungen	193
bb) Verzögerung des Insolvenzverfahrens	194
cc) Sonstige Argumente	194
b) Materielle Voraussetzungen des einstweiligen Rechtsschutzes	194
c) Zulässigkeit einer Leistungsverfügung	195
d) Zwischenergebnis	196
V. Ex post-Rechtsschutz über allgemeines Haftungsrecht	196
1. Ansprüche gegen das Geschäftsführungsorgan	197
a) Fehlende Einholung eines Gesellschafterbeschlusses	197
aa) Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft	197
bb) Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftern	198
(1) Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB	198
(2) Tatbestand des § 826 BGB	199
b) Rechtsmissbräuchliche Einleitung des Verfahrens	199
c) Bewusste Herbeiführung eines Insolvenzgrunds	200
2. Ansprüche gegen den Mehrheitsgesellschafter	200
a) Fehlende Einholung eines Gesellschafterbeschlusses	201
b) Rechtsmissbräuchliche Einleitung des Verfahrens	201
c) Bewusste Herbeiführung eines Insolvenzgrunds	202
3. Ansprüche gegen den Staat	202
4. Probleme auf Rechtsfolgenebene	203
a) Berechnung der konkreten Schadenshöhe	203
b) Nachweis der haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Kausalität	204
c) Möglichkeit der Naturalrestitution	204
aa) Kein faktischer Ausschluss der Naturalrestitution	205
bb) Schutz der Mitverwaltungskomponente	205
cc) Allgemeine Wertung des Gesetzgebers	205
dd) Schutzwürdigkeit von Drittinteressen	206
5. Zwischenergebnis	206

G. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	209
I. Unionsrechtliche Bewertung	209
1. Vereinbarkeit mit der Kapitalrichtlinie	210
a) Regelungsumfang der Kapitalrichtlinie	210
b) Vereinbarkeit mit der InsO	211
aa) Beschlusserfordernis bei der Kapitalherabsetzung	211
bb) Beschlusserfordernis bei der Kapitalerhöhung	212
(1) Verstoß gegen die Kapitalrichtlinie	212
(2) Kein Verstoß gegen die Kapitalrichtlinie	213
(a) Richtlinie betrifft nur Binnenverhältnis der Gesellschaft	213
(b) Eingreifen der Bereichsausnahme des EuGH	214
(3) Stellungnahme	214
(4) Zwischenergebnis	217
cc) Beschlusserfordernis beim Bezugsrechtsausschluss	217
2. Vereinbarkeit mit der Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie	218
a) Regelungsumfang der Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie	218
b) Vereinbarkeit mit der InsO	218
3. Vereinbarkeit mit der Publizitätsrichtlinie	219
4. Zwischenergebnis	220
II. Verfassungsrechtliche Bewertung	220
1. Vereinbarkeit mit der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG)	221
a) Schutzbereich der Eigentumsfreiheit	221
b) Beeinträchtigung des Schutzbereichs	222
c) Rechtfertigung	223
aa) Gesetzesvorbehalt	224
bb) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	224
(1) Legitimer Zweck	224
(2) Geeignetheit	225
(3) Erforderlichkeit	226
(4) Angemessenheit	226
(a) Überlagerung der Mitverwaltungskomponente	226
(aa) Bloßer Vermögensschutz von Art. 14 GG in der Insolvenz	227
(bb) Mitverwaltungskomponente auch in der Insolvenz geschützt	228
(cc) Stellungnahme	228
(b) Einschränkung der Vermögenskomponente	229
(aa) Zulässigkeit des Ansatzes von Liquidations- werten	229
(bb) Börsenkurs als Untergrenze	231

(cc) Verfassungskonformität der „Nullwert- prämissen“?	232
d) Zwischenergebnis	232
2. Vereinbarkeit mit der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG)	232
a) Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit	233
aa) Positive Vereinigungsfreiheit	233
bb) Negative Vereinigungsfreiheit	233
b) Eingriff in den Schutzbereich	234
c) Rechtfertigung	235
aa) Gesetzesvorbehalt	235
bb) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	236
(1) Legitimer Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit	236
(2) Angemessenheit	236
d) Zwischenergebnis	237
3. Vereinbarkeit mit der Garantie auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG)	238
4. Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)	239
5. Zwischenergebnis	240
 H. Verbesserungspotential de lege ferenda	 241
I. Schaffung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens	241
II. Verbesserung des Insolvenzeingangsschutzes	243
III. Eigenes Beschwerderecht der Gesellschafter (§ 34 Abs. 2 InsO)	244
IV. Problematik des „Dominoeffekts“	245
V. Prüfung der Rechtsmissbräuchlichkeit auch während des Verfahrens	246
VI. Konkretisierung und Erleichterung des Ex post-Rechtsschutzes	246
 I. Zusammenfassung der wesentlichen Thesen	 249
I. Vom früheren Stigma zur strategischen Insolvenz	249
1. Definition der strategischen Insolvenz	249
2. Bewertung strategischer Insolvenzen	249
II. Strategische Insolvenzen in Deutschland	250
III. Rechtfertigung für die zwangsweise Einbeziehung der Gesellschafter	250
1. Aufhebung der früheren Blockadeposition der Gesellschafter	250

2. Dogmatische Begründung der Einbeziehung der Gesellschafter . . .	251
IV. Ausgestaltung der Mitgliedschaft im Insolvenzplanverfahren . . .	251
1. Überlagerung der Mitverwaltungskomponente	251
2. Ausgestaltung der Vermögenskomponente	251
3. Ablehnung von Differenzierungsansätzen	251
V. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten im Insolvenzplan	252
1. Gesellschaftsrechtlich zulässige Regelung (§ 225a Abs. 3 InsO) . .	252
2. Überlagerung des formellen und materiellen Gesellschaftsrechts .	252
3. Einzelne mögliche gesellschaftsrechtliche Maßnahmen	252
VI. Besondere Bedeutung des Insolvenzeingangsschutzes	253
1. Gesetzlicher Insolvenzeingangsschutz	253
2. Gerichtlicher Insolvenzeingangsschutz	253
3. Gesellschaftsrechtlicher Insolvenzeingangsschutz	254
4. Vorinsolvenzliches Blockadepotential	254
VII. Rechtsschutz im Eröffnungsverfahren	254
VIII. Rechtsschutz im eröffneten Insolvenzverfahren	255
1. Rechtsschutz gegen den Eröffnungsbeschluss	255
2. Rechtsschutz gegen den Insolvenzplan	255
IX. Rechtsschutz außerhalb des Insolvenzverfahrens	255
X. Ex Post-Rechtsschutz über allgemeines Haftungsrecht	256
XI. Vereinbarkeit des ESUG mit höherrangigem Recht	256
1. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	256
2. Vereinbarkeit mit deutschem Verfassungsrecht	256
a) Vereinbarkeit mit der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) . .	256
b) Vereinbarkeit mit der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) .	257
Literaturverzeichnis	259
Sachverzeichnis	277

Abkürzungsverzeichnis

aA.	andere(r) Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	„Archiv für die civilistische Praxis“
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft / „Die Aktiengesellschaft“ / Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Az.	Aktenzeichen
Bankr	Bankruptcy Court
BB	„Betriebs-Berater“
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter / Bearbeitung
Begr.	Begründer / Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	„Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen“
BKR	„Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht“
BörsG	Börsengesetz
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	„Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts“
bzw.	beziehungsweise
CEO	Chief Executive Officer
CFL	„Corporate Finance Law“
Cir.	Circuit
COMI	Centre of Main Interests
DB	„Der Betrieb“
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DNotZ	„Deutsche Notar-Zeitschrift“
Drs.	Drucksache
DStR	„Deutsches Steuerrecht“

DZWIR	„Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht“
EBOR	„European business organization law review“
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
EuInsVO	Europäische Insolvenzordnung
EUV	Vertrag über die Europäische Union
e.V.	eingetragener Verein
EWiR	„Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht“
f. (ff.)	folgende (Plural)
FG	Festgabe / Freundesgabe
FK-InsO	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
FMStFG	Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	„GmbH-Rundschau“
GWR	„Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht“
HambK-InsO	Hamburger Kommentar zur Insolvenzrecht
Hdb	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-InsO	Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung
HRI	Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz
Hrsg.	Herausgeber
Inc.	Incorporated
InsO	Insolvenzordnung
InVo	„Insolvenz und Vollstreckung“
iSd.	im Sinne des
iVm.	in Verbindung mit
JW	„Juristische Woche“
JZ	„Juristen-Zeitung“
KG	Kommanditgesellschaft
KölnK	Kölner Kommentar
KO	Konkursordnung
KredReorG	Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten
KSI	„Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung“
KTS	„Zeitschrift für Insolvenzrecht – Konkurs, Treuhand, Sanierung“
LG	Landgericht
lit.	litera
Ltd.	Limited
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Gesetzes und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	„Neue Juristische Wochenzeitschrift“
Nr.	Nummer
NZG	„Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht“
NZI	„Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung“
OLG	Oberlandesgericht

Pub. L. No.	Public Law Number
RE	Rechnungseinheiten
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer(n)
S.	Seite(n)
sog.	sogenannt(e)
u.a.	und andere / unter anderem
UG	Unternehmergesellschaft
UmwG	Umwandlungsgesetz
U.S.C.	United States Code
v.	von / vom / gegen
vgl.	vergleiche
WM	„Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht“
WPg	„Die Wirtschaftsprüfung“
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
ZGR	„Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht“
ZHR	„Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht“
Ziff.	Ziffer
ZInsO	„Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht“
ZIP	„Zeitschrift für Wirtschaftsrecht“
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	„Zeitschrift für Rechtspolitik“

A. Einleitung

„All Bankrupts [...] ought to be hang'd. The pity of mankind has for ages run in a wrong channel, and has been diverted from poor Creditors [...] to scoundrel Debtors [...]. Trade will never reflourish in this Land till such a Law is establish'd.”

*Charles Lamb, Letter to Bernard Barton, December 8, 1829*¹

„It may become almost “in” to say, we’re under court protection, are you?”

*Unidentified Official of Texas Air Corporation*²

I. Einführung

Das Phänomen eines strategisch eingeleiteten Insolvenzverfahrens war bis vor kurzem in der deutschen Sanierungspraxis wenig bekannt. Dies liegt daran, dass Insolvenzverfahren in Deutschland – anders als in den USA – in der öffentlichen Wahrnehmung immer noch mehrheitlich mit dem Ende der unternehmerischen Tätigkeit und der Liquidation des Unternehmens assoziiert werden (sog. Stigma der Insolvenz³). Aufgrund dessen herrschte in vielen deutschen Unternehmen bisher der Grundsatz, eine Insolvenz mit allen Mitteln zu vermeiden.⁴ Dem versucht der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), das im März 2012 in Kraft getreten ist, zu begegnen.⁵ Mit diesem wird insbesondere das Insolvenzplanverfahren (§§ 217 ff. InsO), welches in der bisherigen Sanierungspraxis nur eine unbedeutende Rolle gespielt hat,⁶ als Sanierungsinstrument erheblich gestärkt. Grund für dessen seltenen Gebrauch war vor allem, dass ein Eingriff in die Rechte der Gesellschafter im Insolvenzplan gegen deren Willen nach alter Rechtslage nicht möglich war, weshalb diese eine umfassende Sanierung des Unternehmensträgers⁷ entweder vollständig blockieren oder sich

¹ *Delaney*, Strategic Bankruptcy, S. 11.

² *Delaney*, Strategic Bankruptcy, S. 11.

³ Zum Ursprung des Begriffs aus verhaltenswissenschaftlicher Perspektive: *Daily*, 20 Journal of Management (1994), 263 (275 ff.); *Delaney*, 23 Law & Society Review (1989), 643 (647 ff.).

⁴ *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197.

⁵ Begr. RegE ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 1 f.

⁶ Siehe hierzu die Statistik bei: *Gude*, ZInsO 2012, 320 (321 ff.).

⁷ Eine Sanierung des Unternehmens selbst war gegen den Willen der Gesellschafter im Wege einer sog. übertragenden Sanierung durch die Übertragung des gesamten Geschäftsbetriebs auch

zumindest fürstlich für ihre Zustimmung entlohnen lassen konnten.⁸ Eben dies hat sich durch das Inkrafttreten des ESUG grundlegend geändert: Seitdem können die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte gemäß §§ 217 Satz 2, 225a InsO ausdrücklich in den Insolvenzplan miteinbezogen werden. Gleichzeitig ist eine Zustimmung der Gesellschafter zum Insolvenzplan nicht mehr zwingend erforderlich, denn sie werden gemäß § 222 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 InsO als einfache Beteiligte eingeteilt, deren Zustimmung mit Hilfe des Obstruktionsverbots gemäß § 245 InsO fingiert werden kann. Die frühere strikte Trennung von Gesellschafts- und Insolvenzrecht (sog. gesellschaftsrechtliche Neutralität der Insolvenzordnung)⁹ wurde damit vom Gesetzgeber bewusst aufgehoben und bringt zudem erhebliche rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten mit sich. Von nun an kann im Insolvenzplan gemäß § 225a Abs. 3 InsO *jede Regelung getroffen werden, die gesellschaftsrechtlich zulässig ist*. Dadurch wird ein neues Spannungsverhältnis zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht geschaffen, welches es aufzulösen gilt.

Die mit dem ESUG verbundenen Änderungen tragen auf der einen Seite dazu bei, dass die Einleitung eines Insolvenzverfahrens zukünftig möglicherweise nicht mehr mit dem Tod des Unternehmens in Verbindung gebracht, sondern vielmehr als zusätzliche Chance für einen *fresh start* wahrgenommen wird. Ein solches Verständnis des Insolvenzverfahrens ist im US-amerikanischen Recht schon länger zu beobachten: Dort wird das Chapter 11-Verfahren als eine Art „Fitness Studio“ für Unternehmen begriffen, welches das Unternehmen betritt, um überschüssige Pfunde in Form von Verbindlichkeiten und Gesellschaftern abzulegen, um sodann verschlankt und wiedererstarkt in den Markt zurückzukehren.¹⁰ Diesen Gedanken aufgreifend weist Ehlers in einem aktuellen Aufsatz ausdrücklich darauf hin, dass ein Insolvenzantrag künftig auch in Deutschland als zusätzliche strategische Handlungsoption begriffen werden sollte, welcher in der Beratungspraxis zwingend Beachtung geschenkt werden muss. Dagegen handele es sich um einen Kunstfehler des Beraters, wenn ein Insolvenzantrag unterbleibt, obwohl das Unternehmen in der Insolvenz möglicherweise „besser gefahren wäre.“¹¹

Mit diesem neuen Verständnis der Insolvenz als strategische Handlungsoption erhöht sich auf der anderen Seite jedoch auch die Anfälligkeit für eine missbräuch-

schon vor dem Inkrafttreten des ESUG möglich, bringt jedoch den Nachteil des Untergangs nicht übertragbarer Vermögenswerte (Rechte, Lizenzen, steuerliche Verlustvorträge) mit sich.

⁸ Ausführlich zum früheren Blockadepotential der Gesellschafter: Bitter, ZGR 2010, 147 (150 ff. und 186 ff.); Braun, in: FS Fischer, 53 (62 ff.); beispielhaft auch: Sassenrath, ZIP 2003, 1517.

⁹ Diesen Begriff verwendend auch: Bitter, ZGR 2010, 147 (188); Uhlenbruck, in: FS Lüer, 461 (463); ähnlich: Brüning, Gesellschafter und Insolvenzplan, S. 118: „Grundsatz gesellschaftsrechtlicher Abstinenz.“

¹⁰ Vgl. Sheppard, 1 Journal of Management Inquiry (1992), 183 (184).

¹¹ Ehlers, BB 2013, 1539; in diese Richtung auch: Hölzle, in: FS Derleder, 223 (229): „das Insolvenzverfahren [...] nicht länger als zu vermeidendes Übel zu betrachten, sondern es gegebenenfalls auch als strategische Option in Betracht zu ziehen“; Undritz/Knof, in: HRI, § 3 Rn. 14: „bei der Prüfung der Sanierungsmöglichkeiten ist auch die Option der Sanierung durch Insolvenz zu prüfen.“

liche Ausnutzung des Insolvenzverfahrens. Der im Moment öffentlich diskutierte Fall *Suhrkamp*¹² zeigt, dass die neuen Gestaltungsmöglichkeiten beispielsweise auch dazu eingesetzt werden können, die Rechte eines Minderheitsgesellschafters im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens gegen dessen Willen zu beschneiden. Um dies zu erreichen, sieht der im Fall *Suhrkamp* vorgelegte Insolvenzplan unter anderem einen Rechtsformwechsel von einer GmbH & Co. KG zu einer Aktiengesellschaft vor, wodurch die vorhandenen Sonderrechte des Minderheitsgesellschafters verloren gehen. Zudem soll eine Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss erfolgen, um den Anteil des Minderheitsgesellschafters zu verwässern.¹³ Sollte dieser Gebrauch des Insolvenzverfahrens tatsächlich zulässig sein, so könnten zukünftig viele Gesellschafterkonflikte, denen mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts bisher nur schwer begegnet werden konnte, durch eine strategische Nutzung des Insolvenzplanverfahrens zugunsten des Mehrheitsgesellschafters aufgelöst werden. Zusätzlich wird von einigen Stimmen in der Literatur davor gewarnt, dass das Instrument des Debt-Equity-Swap (vgl. § 225a Abs. 2 InsO) Hedgefonds die Gelegenheit bieten könnte, ein insolventes aber sanierungsfähiges Unternehmen durch den Erwerb notleidender Forderungen nach dem Motto „Gesellschafter raus, Gläubiger rein“¹⁴ im Insolvenzverfahren feindlich zu übernehmen.¹⁵

Unklar bleibt, ob der Gesetzgeber diese neuen „Gestaltungsmöglichkeiten“ im Rahmen der Insolvenzrechtsreform bereits hinreichend erkannt und die Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Gesellschafter gesetzlich entsprechend ausgestaltet hat. Mit dieser Unklarheit verbunden ist weiterhin die Frage, ob die mit dem ESUG erstmals möglich gewordene Einbeziehung der Gesellschafter in das Planverfahren überhaupt mit höherrangigem Recht, vor allem der grundrechtlich geschützten Vereinigungs- (Art. 9 Abs. 1 GG) und Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) sowie dem vom Unionsrecht gezogenen Rahmen, insbesondere mit der Kapital-, Spaltungs- und Verschmelzungsrichtlinie, vereinbar ist.¹⁶ Die folgende Abhandlung soll dazu dienen, auf alle diese Fragen eine Antwort zu finden.

¹² Siehe dazu beispielhaft die bereits ergangenen Urteile und Beschlüsse: AG Charlottenburg, ZInsO 2013, 2501; LG Frankfurt, ZInsO 2013, 1585; 1793; 2015; NZG 2013, 1427; OLG Frankfurt, ZInsO 2013, 2112; 2162; LG Berlin, ZIP 2014, 893; 1388; 2197; BGH, ZIP 2014, 1442; 2040; BVerfG, NZI 2013, 1072; WM 2015, 72.

¹³ Zum genauen Sachverhalt des Falls, siehe noch unten: C.II.2.a).

¹⁴ Besonders drastisch: *K. Schmidt*, ZIP 2012, 2085 (2086), der von einer „Okkupierung der Burg durch die Gläubiger“ spricht.

¹⁵ Dazu: *Brinkmann*, WM 2011, 97 (103); *Fischer*, NZI 2013, 823 (830); *Frauer*, Eingriff in Gesellschafterrechte, S. 116 f.; *Möhlenkamp*, BB 2013, 2828 (2830); *H.F. Müller*, DB 2014, 41 (44 f.); *Siemon*, ZInsO 2014, 172 ff.; *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (470).

¹⁶ Aufgrund verfassungsrechtlicher Zweifel war eine Einbeziehung der Gesellschafter schon im Rahmen einer früheren Insolvenzrechtsreform verworfen worden, siehe dazu: *Balz*, ZGR 1986, 211 (216); *K. Schmidt*, ZGR 1986, 178 (200); *Ulmer*, ZHR 149 (1985), 541 (556 f.).

II. Gang der Untersuchung

Dazu soll zunächst grundlegend auf das bisher vor allem in der US-amerikanischen Rechtspraxis auftretende Phänomen der strategischen Insolvenz eingegangen werden (Abschnitt B). Während nämlich in Deutschland strategische Insolvenzen erst seit dem Inkrafttreten des ESUG in der breiteren Öffentlichkeit wahrgenommen und diskutiert werden, ist es in den USA im Rahmen des Chapter 11-Verfahrens schon seit vielen Jahre gang und gäbe, dass Insolvenzverfahren auch zu anderen Zwecken als der bloßen finanziellen Sanierung des Unternehmens eingesetzt werden. Zur Erlangung eines besseren Verständnisses, was unter einer strategischen Insolvenz zu verstehen ist, wird im Folgenden auf einige bekannte Fälle aus der US-amerikanischen Praxis näher eingegangen (Abschnitt B I), um daraufhin aus den vorgefundenen Gemeinsamkeiten eine Definition für den Begriff der strategischen Insolvenz zu entwickeln (Abschnitt B II). Anschließend wird aufgezeigt, welche strategischen Einsatzmöglichkeiten des Insolvenzverfahrens im deutschen Recht seit dem Inkrafttreten des ESUG denkbar sind (Abschnitt C).

Nachdem sich der vorliegende Beitrag überwiegend auf strategische Insolvenzen konzentrieren wird, welche die Position der Gesellschafter tangieren, soll daran anschließend deren rechtliche Stellung im Insolvenzplanverfahren näher in den Blick genommen werden (Abschnitt D). Dazu wird zunächst eine Rechtfertigung (Abschnitt D I) und dogmatische Begründung (Abschnitt D II) dafür gefunden, dass die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter seit dem ESUG zwangsweise in das Insolvenzplanverfahren miteinbezogen werden können. Darauf aufbauend wird herausgearbeitet, wie sich die mitgliedschaftliche Stellung der Gesellschafter durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verändert (Abschnitt D III). Es wird zu zeigen sein, dass im eröffneten Insolvenzplanverfahren allein die Vermögenskomponente der Mitgliedschaft einen fortlaufenden Schutz genießt, während die Mitverwaltungskomponente von den Vorschriften der Insolvenzordnung vollständig überlagert wird. Dieses Verständnis der Ausgestaltung der Mitgliedschaft im Insolvenzplanverfahren kann daraufhin fruchtbar gemacht werden, um die im Rahmen von § 225a Abs. 3 InsO zulässigen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten herauszuarbeiten (Abschnitt E). Dazu wird zunächst abstrakt untersucht, was unter einer *gesellschaftsrechtlich zulässigen Regelung* zu verstehen ist (Abschnitt E I), bevor konkret auf einzelne praxisrelevante gesellschaftsrechtliche Maßnahmen im Insolvenzplanverfahren eingegangen wird (Abschnitt E II).

Nachdem das erhebliche gesellschaftsrechtliche Gestaltungspotential eines Insolvenzplans offengelegt wurde, werden anschließend die Rechtsschutzmöglichkeiten erörtert, die den Gesellschaftern gegen Eingriffe in ihre mitgliedschaftliche Stellung durch einen Insolvenzplan offenstehen (Abschnitt F). Dabei sind die verschiedenen Stadien der Insolvenz zu unterscheiden (Abschnitt F I – III), wobei sich zeigen wird, dass insbesondere dem Rechtsschutz vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Insolvenzeingangsschutz) eine maßgebliche Rolle zukommt (F I).

Ergänzend wird untersucht, inwieweit die Gesellschafter durch das Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes auch außerhalb des Insolvenzverfahrens Rechtsschutz erlangen können (F IV). Den Abschluss der Rechtsschutzmöglichkeiten zugunsten der Gesellschafter bilden mögliche Schadensersatzansprüche gegen die im Rahmen eines strategischen Insolvenzverfahrens handelnden Personen (F V).

Nachdem der vom einfachen Recht gezogene Rahmen feststeht, kann dieser auf seine Vereinbarkeit mit dem höherrangigen Recht überprüft werden (Abschnitt G). Die zwangsweise Einbeziehung der Gesellschafter in das Insolvenzplanverfahren löst sowohl aus unionsrechtlicher (Abschnitt G I) als auch verfassungsrechtlicher Sicht (Abschnitt G II) unterschiedliche Problemstellungen aus. Das gewonnene Gesamtbild wird schließlich dazu genutzt, um aufzuzeigen, wie die Gesellschafter *de lege ferenda* gegen einen rechtsmissbräuchlichen Einsatz des Insolvenzverfahrens besser geschützt werden können (Abschnitt H), bevor die im Rahmen der Abhandlung erarbeiteten Thesen zusammengefasst werden (Abschnitt I).

B. Die strategische Insolvenz

„Innovation comes from needing to find a solution in a particular case. Then, maybe your solution will become the law someday down the road.”¹

Die durch das ESUG eingeleitete Entwicklung und das damit einhergehende Verständnis der Insolvenz als „neue Chance“ hat dazu geführt, dass in Deutschland mit dem Fall *Suhrkamp* erstmals öffentlichkeitswirksam die bis dato noch relativ unbekanntes Gewässer der strategischen Insolvenz betreten wurden.² Aufgrund fehlender Erfahrungswerte im deutschen Recht ist jedoch weiterhin relativ unklar, was unter einer *strategischen Insolvenz* überhaupt zu verstehen ist. Um dem Phänomen nähere Konturen zu verleihen und die damit verbundenen juristischen Problemstellungen für die spätere Abhandlung offen zu legen, sollen zunächst einige Beispielfälle in den Blick genommen werden.

I. Strategischer Einsatz des Chapter 11-Verfahrens in den USA

Dafür bietet sich eine rechtsvergleichende Perspektive zum Chapter 11-Verfahren des US-amerikanischen Rechts an, denn anders als im deutschen Insolvenzrecht wird vom Chapter 11-Verfahren schon seit längerer Zeit als eine Art „corporate planning tool“³, „business strategy“⁴ oder gar „strategic weapon“⁵ Gebrauch gemacht. Um zu verdeutlichen, warum dies der Fall ist, wird kurz auf einige Grundlagen des US-amerikanischen Insolvenzrechts eingegangen.

1. Grundlagen des amerikanischen Insolvenzrechts

Im US-amerikanischen Insolvenzrecht ist das Reorganisationsverfahren in Chapter 11 des United States Bankruptcy Code geregelt. Der aktuell gültige Bankruptcy Code ist 1979 in Kraft getreten und im Titel 11 des United States Code (11 U.S.C.)

¹ *Delaney*, Strategic Bankruptcy, xi.

² Zum genauen Sachverhalt siehe noch unten: C.II.2.a).

³ *Korobkin*, 78 Iowa Law Review (1993), 669 (685).

⁴ *Delaney*, 23 Law & Society Review (1989), 643 (646); *Flynn/Farid*, 12 Strategic Management Journal (1991), 63 (64); *Sheppard*, 12 Journal of Business Strategies (1995), 99.

⁵ *Delaney*, Strategic Bankruptcy, S. 5.

enthalten⁶, wobei er im Jahre 1994 durch den Bankruptcy Reform Act⁷ sowie durch den Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act⁸ aus dem Jahre 2005 wesentliche Änderungen erfahren hat. Ein maßgeblicher Unterschied des Chapter 11-Verfahrens gegenüber dem deutschen Insolvenzverfahren besteht seit dem Inkrafttreten des Bankruptcy Code im Jahre 1979 darin, dass dessen Einsatz keinen materiellen Insolvenzgrund voraussetzt.⁹ So ist für die Einleitung eines Chapter 11-Verfahrens „insolvency“ iSd. 11 U.S.C. § 101(32) keine Voraussetzung mehr. Deren Fehlen wird daher auch in den Zurückweisungsgründen gemäß 11 U.S.C. § 1112(b) nicht erwähnt.¹⁰ Die Insolvenzeingangskontrolle besteht allein in einem Good-Faith-Test¹¹, was zur Folge hatte, dass sich die Anzahl der Insolvenzanträge im Jahr nach der Verabschiedung des Bankruptcy Code nahezu verdoppelte.¹² Darüber hinaus ist das Verfahren trotz einiger jüngerer Reformen zur Stärkung der Position der Gläubiger immer noch sehr schuldnerfreundlich ausgestaltet.¹³ Zum einen behält das Management auch nach Antragstellung weiterhin die Kontrolle über das Unternehmen (*debtor in possession*).¹⁴ Zum anderen steht dem Schuldner in den ersten 120 Tagen nach Antragstellung das alleinige Vorlagerecht für einen Insolvenzplan zu (*exclusivity period*).¹⁵ In diesen können auch die Gesellschafter schon länger gegen ihren Willen miteinbezogen werden.¹⁶ Diese insolvenzfreundliche Ausgestaltung des Verfahrens hat dazu geführt, dass in den USA in der Vergangenheit bereits mehrere Fälle in der Praxis aufgetreten sind, in denen man von einem strategischen Einsatz des Chapter 11-Verfahrens (*strategic bankruptcy*¹⁷) sprechen kann.

⁶ Bankruptcy Reform Act (1978), Pub. L. No. 95-598, 92 Stat. 2549, 11 U.S.C. § 101 et seq.

⁷ Bankruptcy Reform Act (1994), Pub. L. No. 103-394.

⁸ Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (2005), Pub. L. No. 109-8, 119 Stat. 23.

⁹ *Bradley/Rosenzweig*, 101 Yale Law Journal (1992), 1043 (1044); *Coelho/John/Taffler*, SSRN Paper, S. 4; *Daily*, 20 Journal of Management (1994), 263 (268); *Delaney*, 23 Law & Society Review (1989), 643 (648); *Kennedy*, 71 Iowa Law Review (1985), 199 (202); *Sheppard*, 1 Journal of Management Inquiry (1992), 183 (184).

¹⁰ *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197 (1199) Fn. 14.

¹¹ Bei diesem werden alle Umstände des Einzelfalls gegeneinander abgewogen, wobei auch die finanzielle Situation der Gesellschaft eine entscheidende Rolle spielt, siehe dazu noch ausführlich: B.IV.1.

¹² *Daily*, 20 Journal of Management (1994), 263 (268).

¹³ Zu den näheren Einzelheiten: *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197 (1199).

¹⁴ 11 U.S.C. § 1101(1), dazu: *Bradley/Rosenzweig*, 101 Yale Law Journal (1992), 1043 (1044); *Daily*, 20 Journal of Management (1994), 263 (272); *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197 (1199); *LoPucki/Whitford*, 139 University of Pennsylvania Law Review (1990), 125 (128).

¹⁵ 11 U.S.C. § 1121(b), dazu: *Daily*, 20 Journal of Management (1994), 263 (272); *Eidenmüller*, ZIP 2014, 1197 (1199); *LoPucki/Whitford*, 139 University of Pennsylvania Law Review (1990), 125 (128).

¹⁶ 11 U.S.C. § 1123(a)(5)(I) und (J), dazu: *Braun*, in: FS Fischer, 53 (57 f.).

¹⁷ Der Begriff wurde maßgeblich geprägt von: *Delaney*, Strategic Bankruptcy.

2. Beispielsfälle aus den USA

a) Der Fall *Manville*¹⁸

Besondere Bedeutung erlangte der Fall *Manville*, da in diesem erstmals publikums-wirksam strategisch vom Chapter 11-Verfahren Gebrauch gemacht wurde. Bei der *Manville Corporation* (früher Johns-Manville) handelt es sich um ein im Jahre 1858 gegründetes Unternehmen, das sein Vermögen größtenteils durch den Handel mit Asbest, einem Mineral, das sich aufgrund seiner Beschaffenheit besonders zur Isolierung in den Bereichen Wohnungs- und Schiffsbau eignet, verdiente. Aufgrund des steigenden Asbestbedarfs Anfang und Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts stieg der Umsatz des Unternehmens von \$ 40 Millionen auf über eine Milliarde.¹⁹ Die Probleme begannen erst, als neue Studien die Gesundheitsgefahren von Asbest für den menschlichen Körper offenbarten. Schon das Einatmen einer einzigen Asbestfaser kann zum Entstehen von Lungenkrebs beitragen. Dies führte dazu, dass im Jahr 1982 durchschnittlich drei Klagen pro Stunde gestützt auf eine deliktische Haftung wegen Gesundheitsschädigung gegen *Manville* eingereicht wurden, so dass schließlich über 16.500 Gerichtsverfahren anhängig waren.²⁰ Trotz dieser Lawine an Klagen handelte es sich bei *Manville* jedoch weiterhin um ein grundsätzlich gesundes Unternehmen; der Gesamterlös im Jahre 1981 betrug fast \$ 2 Milliarden.²¹ Zudem war *Manville* im Fortune 500 Ranking auf den vorderen Plätzen gelistet und gleichzeitig als eines von 30 Unternehmen im Dow Jones Industrial Average notiert. Obwohl man aktiv gegen sämtliche Klagen vorging und die finanzielle Lebensfähigkeit des Unternehmens nicht bedroht war, was sich auch daran erkennen lässt, dass die Ratingagentur *Moody's Investor Services* zu diesem Zeitpunkt noch ein A3 Rating ausstellte, leitete die *Manville Corporation* am 26. August 1982 ein Chapter 11-Verfahren ein.²² Dass es sich um kein typisches Chapter 11-Verfahren handelte, wird an der einen Tag nach der Antragstellung publizierten Werbung deutlich, in der das Management von *Manville* selbst erklärte: „*Nothing is wrong with our business.*“²³ Einen solchen Nachweis der materiellen Insolvenz musste *Manville* dank der Abschaffung der Insolvenzeingangskontrolle durch den Bankruptcy Reform

¹⁸ In Re Johns-Manville Corporation, 36 BR 743 (Bankr SD NY, 1984); In Re Johns-Manville Corporation, 36 BR 727 (Bankr SD NY, 1984).

¹⁹ Delaney, 23 Law & Society Review (1989), 643 (649); ders., Strategic Bankruptcy, S. 61.

²⁰ Delaney, 23 Law & Society Review (1989), 643 (650); ders., Strategic Bankruptcy, S. 61; Kennedy, 71 Iowa Law Review (1985), 199 (202); Spender, 25 Sydney Law Review (2003), 223 (227).

²¹ Delaney, 23 Law & Society Review (1989), 643 (650); ders., Strategic Bankruptcy, S. 61.

²² Delaney, 23 Law & Society Review (1989), 643 (650); ders., Strategic Bankruptcy, S. 62; Kennedy, 71 Iowa Law Review (1985), 199 (202); Spender, 25 Sydney Law Review (2003), 223 (227).

²³ Die Werbung erschien am 27. August 1982 in mehreren großen amerikanischen Zeitungen u. a. der New York Times und der Washington Post, siehe dazu: Delaney, 23 Law & Society Review (1989), 643 (650); ders., Strategic Bankruptcy, S. 62; Kennedy, 71 Iowa Law Review (1985), 199 (202); Spender, 25 Sydney Law Review (2003), 223 (227).

Act von 1978 auch gar nicht erbringen. Vielmehr galt es allein den Good-Faith-Test zu bestehen, was dadurch gelang, dass kurz vor der Stellung des Insolvenzantrags Rückstellungen in der Bilanz für sämtliche drohenden Asbest-Klagen gebildet wurden. Dies war vorher mit dem Argument, der Betrag könne nicht sinnvoll errechnet werden, noch abgelehnt worden.²⁴ Auf diese Weise gelang es, das Insolvenzgericht von der Notwendigkeit der Einleitung des Verfahrens zu überzeugen.

Dennoch stellt sich die Frage: Warum hat das Unternehmen *Manville* überhaupt das Chapter 11-Verfahren eingeleitet? Im Wesentlichen ging es darum, das Haftungsrisiko der Asbestklagen auf einen festen Betrag zu begrenzen und damit Rechtssicherheit zu erlangen, da dieses Risiko aufgrund der noch unbestimmten Anzahl an zu erwartenden Klagen ansonsten unüberschaubar geworden wäre. Dagegen konnte im Sanierungsplan die Einrichtung eines Haftungsfonds mit dem Gesamtbetrag von \$ 2 Milliarden für sämtliche Asbestkläger vorgesehen werden, was bei zu erwartenden bis zu 60.000 Klagen lediglich einem durchschnittlichen Betrag von knapp über \$ 30.000 entspricht. Dieser lag damit deutlich unter dem zu erwartenden Betrag, den ein einzelnes Opfer ansonsten als Schadensersatz (insbesondere inklusive punitive damages) erhalten hätte.²⁵ Trotz dieser Haftungsbeschränkung stimmte selbst die Gruppe der Asbestgläubiger dem Sanierungsplan im Jahr 1987 zu, da sie anscheinend froh darüber waren, nach dem mit dem Verfahren verbundenen fünfjährigen Moratorium überhaupt noch eine finanzielle Entschädigung zu erhalten.²⁶ Der durch das Moratorium gewonnene zeitliche Spielraum konnte gleichzeitig dazu genutzt werden, bestehende Ansprüche gegen Versicherer geltend zu machen, die eine Zahlung vorher verweigert hatten.²⁷ Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass es der *Manville Corporation* durch die Einleitung des Chapter 11-Verfahrens und dem damit verbundenen Moratorium hinsichtlich der einzelnen Klagen gelang, ihr Haftungsrisiko auf Kosten der Asbest-Gläubiger deutlich zu reduzieren, was außerhalb der Insolvenz so nicht möglich gewesen wäre. Größtenteils lag dies vermutlich an der Drohkulisse, die mit der Verfahrenseinleitung einherging und den Gläubigern deutlich machte, dass sie mit keiner vollständigen Befriedigung ihrer Forderungen mehr rechnen konnten. Aufgrund des Erfolgs von *Manville* folgten bis zum Jahre 1991 weitere 11 von 25 der größten Asbest-Hersteller diesem Beispiel.²⁸ Das Chapter 11-Verfahren kann demnach als rechtliches Gestaltungsmittel dazu eingesetzt werden, um noch unbekanntes Haftungsrisiken aufgrund delikt-rechtlicher Masseklagen zu begegnen.

²⁴ *Delaney*, Strategic Bankruptcy, S. 66 f., 74 ff.

²⁵ *Delaney*, 23 Law & Society Review (1989), 643 (661 f.); *ders.*, Strategic Bankruptcy, S. 72.

²⁶ *Delaney*, 23 Law & Society Review (1989), 643 (656); *ders.*, Strategic Bankruptcy, S. 72.

²⁷ *Delaney*, Strategic Bankruptcy, S. 79.

²⁸ *Spender*, 25 Sydney Law Review (2003), 223 (228).

Sachverzeichnis

- Anfechtungsklage 138
- Anteilsbewertung 52 ff.
- Aufopferungsgedanke 44 ff.
- Ausländische Sanierungsverfahren 23 f.
- Austrittsrecht 90 f.

- Bankruptcy Code 7 ff.
- Beseitigungspflicht 43 f.
- Beschlussmängelrecht 89 f.
- Bezugsrechtsausschluss 95 ff.
- Blockadeposition 36 f.
- Börsenkurs 231 f.

- Chapter 11-Verfahren 7 ff.

- Deadlock 29 f.
- Debt-Equity-Swap 25 f., 30 f., 55, 95 ff.
- Dominoeffekt 134 f., 143, 196, 245

- Einstweiliger Rechtsschutz 188 ff.
- Eröffnungsbeschluss 169 ff.

- Forum Shopping 22
- Fortsetzungsbeschluss 94 f.

- Gesellschafterausschluss 104
- Gesellschafterbeschluss
 - Erforderlichkeit Aktiengesellschaft 152 ff.
 - Erforderlichkeit GmbH 146 ff.
 - Erforderlichkeit GmbH & Co. KG 160 f.
 - Erforderlichkeit KG 159 f.
 - Erforderlichkeit OHG 157 ff.
- Gesellschafterrechte
 - Ausgestaltung in der Insolvenz 48 ff.
 - Verfassungskonformität 226 ff.
- Gesellschafterstellung in der Insolvenz
 - Dogmatische Begründung 41 ff.
 - Rechtfertigung der Einbeziehung 36 ff.
- Gesellschafterstreit 28 f., 139 f.
- Gesellschaftsvertrag 104 f.
- Gesellschaftszweck 83 f., 101, 147 f., 154 f.
- Gläubigerantrag 25 f., 137 f.
- Gleichbehandlungsgrundsatz
 - Gesellschaftsrechtlich 87
 - Insolvenzrechtlich 173 ff.
- Gruppenbildung 173 ff.

- Holz Müller-Grundsätze 153 f.

- Insolvenzantrag
 - Gläubigerantrag 25 f.
 - Schuldnerantrag 26 ff.
 - Rechtsmissbrauch 130 ff.
 - Rücknahme 166 f.
- Insolvenzeingangsschutz
 - Gesellschaftsrechtlich 144 ff.
 - Gerichtlich 129 ff.
 - Gesetzlich 116 ff.
- Insolvenzgrund
 - Bewusste Herbeiführung 141, 200
 - Drohende Zahlungsunfähigkeit 125
 - Überschuldung 126 ff.
 - Zahlungsunfähigkeit 117 ff.
- Insolvenzplan
 - Abstrakte Gestaltungsmöglichkeiten 63 ff.
 - Konkrete Gestaltungsmöglichkeiten 94 ff.
 - Rechtsschutz 172 ff.
- Insolvenzzweck 74 f., 101, 136 f., 178 f.

- Kapitalerhöhung 95 ff.

- Liquidationswert 52 ff.

- Management Buyout 31
- Massebezug 69 ff.

- Materielle Inhaltskontrolle 99 ff.
 Minderheitenschutz
 – Gesellschaftsrechtlich 87 ff.
 – Insolvenzrechtlich 185 f.
 Missbrauch
 – Missbrauchskontrolle 20 ff.
 – Rechtsmissbrauch 130 ff.
 – Vertretungsmacht 162 ff.
 Mitgliedschaft in der Insolvenz
 – Differenzierungsansätze 59 ff.
 – Mitverwaltungskomponente 48 ff.
 – Vermögenskomponente 51 ff.
- Naturalrestitution 204 ff.
 Nullwertprämisse 51 f., 232
- Obstruktionsverbot 49, 180 ff.
- Pfleiderer 25 f.
 Pflichtangebot 92 ff.
 Planunterworfenheit 73 f.
 Prüfungskompetenz Registergericht 80 ff.
- Rangrücktritt 167 ff.
 Rechtsmissbrauch
 – Begriffsbildung 132 ff.
 – Beispielsfälle 139 ff.
 – Definition 138 f.
 – Prüfungspflicht des Gerichts 129 ff., 246
 – Rechtsfolgen 143
 – Schadensersatz 199 ff.
 Rechtsschutzmöglichkeiten
 – Allgemeines Haftungsrecht 196 ff.
 – Einstweiliger Rechtsschutz 188 ff.
 – Eröffnetes Insolvenzverfahren 169 ff.
 – Eröffnungsverfahren 166 ff.
 – Insolvenzeingangsschutz 115 ff.
- Schuldnerantrag 26 ff.
 Strategic Bankruptcy 7 ff.
 Strategische Insolvenz
 – Abgrenzung Rechtsmissbrauch 16 f.
 – Anwendungsfälle Deutschland 25 ff.
 – Anwendungsfälle USA 7 ff.
 – Begriffsbildung 12 ff.
- Bewertung 17 ff.
 – Definition 16
 – Regulierung 20 ff.
 Suhrkamp
 – Rechtsmissbrauch 129 ff.
 – Sachverhalt 28 f.
 Squeeze-Out 58 f.
- Treuepflicht
 – Begründung des Eingriffs 42 f.
 – Leistungsverweigerungsrecht 122 ff.
 – Überlagerung in der Insolvenz 81 ff.
 Treuhänder 39 ff.
 Trittbrettfahrer 38 f.
 Typenzwang 66 ff.
- Überlagerung Gesellschaftsrecht
 – Formelle Vorgaben 76 ff.
 – Materielle Vorgaben 81 ff.
 Übertragende Sanierung 36 ff.
 Umwandlungsgesetz
 – Grundlagen 107 ff.
 – Formelle Vorgaben 110 f.
 – Materielle Vorgaben 111 ff.
 Unionsrecht
 – Kapitalrichtlinie 210 ff.
 – Publizitätsrichtlinie 219
 – Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie 218 ff.
 Unternehmenswert 19, 51 ff.
- Verfassungsrecht
 – Eigentumsfreiheit 221 ff.
 – Garantie des effektiven Rechtsschutzes 238 f.
 – Rechtliches Gehör 239
 – Vereinigungsfreiheit 232 ff.
 – Verhältnismäßigkeit 75 f.
 Verhältnis von Gesellschafts- und Insolvenzrecht 63 ff.
 Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren 241 ff.
- Wertpapierübernahmegesetz 91 ff.
 Wertpapierhandelsgesetz 93 ff.