

Reorganisation der Schuldnergesellschaft nach neuem Insolvenzrecht

A. UNTERNEHMENSTRAGENDE GESELLSCHAFTEN UND INSOLVENZSANIERUNG

I. Gesellschaftsrechtliche Neutralität der InsO

Ab 1999 stehen Wissenschaft und Praxis vor der Herausforderung eines neuen Insolvenzrechts. Diese Kodifikation, die an Stelle der KO, der VerglO und der GesO tritt, hat vielfältige Auswirkungen auf gesellschaftsrechtliche Problemlagen, doch bringt sie keine grundstürzenden Änderungen. Die Neuregelungen der InsO betreffen zum Beispiel die nunmehr anerkannte Insolvenzfähigkeit der BGB-Gesellschaft¹, die vom Gesetzgeber in einer Reihe mit den Personenhandelsgesellschaften als »Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit« bezeichnet wird (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO).² Ferner sei hingewiesen auf die ausschließliche Geltendmachung der persönlichen Gesellschafterhaftung durch den Insolvenzverwalter (§ 93 InsO).³ Auch die Neuregelungen im Kapitalersatzrecht, namentlich die nachrangige Insolvenzteilnahme kapitalersetzender Darlehen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO)⁴, die Verschärfungen des An-

1 Prütting, ZIP 1997, 1725, 1731 ff.; K. Schmidt, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 911, 913 f.; Bork, Einführung in das neue Insolvenzrecht, 1995, Rn. 34 f.; Noack, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, 1998.

2 Zur Terminologie der neueren Gesetzgebung (vgl. auch § 1059a Abs. 2 BGB) krit. Zöllner, FS Claussen, 1997 S. 423, 429 in Fn. 17; ferner Seibert, JZ 1996, 785; zur Diskussion um die Rechtsnatur der BGB-Gesellschaft aus jüngerer Zeit Zöllner, FS Gernhuber, 1993, S. 563; Timm, NJW 1995, 3209; Raiser, AcP 194 (1994), 495; ders. in dieser FS, S. 469 ff.; Grunewald, AcP 197 (1997), 305, 313; Ulmer im Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1997, Vor § 705 Rn. 8 und § 705 Rn. 131 ff.; ders., AcP 198 (1998), 113.

3 K. Schmidt, ZGR 1996, 209, 216 f.; ders., Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, 1990, S. 80 ff.; Bork, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 1017, 1025 ff.; Hasselbach, DB 1996, 2213, 2217; Armbruster, Die Stellung des haftenden Gesellschafters in der Insolvenz der Personenhandelsgesellschaft, 1996, S. 141 ff.

4 Noack, FS Claussen, 1997, S. 307, 308 ff.; ders. in: Prütting (Hrsg.), Insolvenzrecht 1996 – RWS Forum 9, 1997, S. 195, 206 f.; Loritz in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 91 ff.; W. Uhlenbruck, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 879, 893 f.

fechtungsrechts (§ 135 InsO)⁵ und der Geschäftsleiterhaftung (§ 26 Abs. 3 InsO)⁶ verdienen die Beachtung des Gesellschaftsrechtlers.⁷ Der das deutsche Gesellschaftsrecht seit den sechziger Jahren⁸ prägende Jubilar hat das Konkursrecht in der Lehre immer gerne gelesen, weshalb auf sein Interesse für die hier vorgelegte Untersuchung gehofft werden darf.

Da die Insolvenz einer Gesellschaft meist deren Ende bedeutet, ist verständlich, daß dieser Sachverhalt nicht zu den bevorzugten Materien der Gesellschaftsrechtsdiskussion gehört.⁹ Das Inkrafttreten der Insolvenzordnung sollte Anlaß genug sein, dem Unternehmensträger in der Krise und dessen möglicher »Reorganisation« verstärkt Aufmerksamkeit zu widmen. Eines läßt sich gleich zu Anfang feststellen: Ein »Insolvenzgesellschaftsrecht« gibt es nach wie vor nicht. Das neue Insolvenzrecht bringt wichtige Randkorrekturen, aber es tritt nicht an, die Organisations- und Kapitalverfassung der Schuldnergesellschaft einem insolvenzrechtlichem Sonderregime zu unterstellen. Das Objekt der Begierde ist nach wie vor nur das Vermögen der Schuldnergesellschaft. Darauf sind die Macht des Insolvenzverwalters, die Entscheidungen des Insolvenzgerichts und der Gläubigerversammlung bezogen. Dieser Fokus läßt die Neuordnung der internen Verhältnisse des Vermögensinhabers – der Schuldnergesellschaft – außer Reichweite.

II. Berücksichtigung der Unternehmensinsolvenz

Das Vermögen der Schuldnergesellschaft besteht in aller Regel im Unternehmen, das sie betreibt. Eine in sich geschlossene Sonderregelung für die Unternehmensinsolvenz kennt die InsO nicht.¹⁰ Damit hält das neue Recht an der der Konkursordnung zugrunde liegenden Auffassung¹¹ fest, wonach es gleichgültig ist, welchen Zwecken das schuldnerische Vermögen dient. Insolvenzschnldner als Rechtssubjekt ist die

5 Hirte in: *Hommelhoff/Röbricht* (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht 1997 – RWS-Forum* 10, 1998, S. 145, 171 ff.; *Paulus* in: *Kübler/Prütting* (Hrsg.), *Kommentar zur InsO*, 1998, § 135 Rn. 1 ff.; *Henckel*, *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 1997, S. 645, 668 f.

6 *Häsemeyer* in: *Leipold* (Hrsg.), *Insolvenzrecht im Umbruch*, 1991, S. 101, 110; *W. Uhlenbruck* (Fn. 4), S. 879, 889; *ders.*, *KTS* 1994, 169, 172.

7 Weitere »gesellschaftsrechtliche Aspekte des neuen Insolvenzrechts« bespricht *W. Uhlenbruck* (Fn. 4) S. 879 ff.; *ders.*, *GmbHR* 1995, 82 und 195; *ders.* in *Braun/Uhlenbruck*, *Unternehmensinsolvenz*, 1997, S. 64 ff.; *K. Schmidt* (Fn. 1), S. 911 ff.; *Noack* (Fn. 1); zur GmbH in Konkurs und Insolvenz eingehend *Müsgen*, *MittRhNotK* 1997, 409–433.

8 *Zöllner*, *Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, 1963.

9 So die Feststellung von *Ulmer*, *ZHR* 194 (1985), 541, 543 in einer Besprechung der Reformvorschläge der Insolvenzrechtskommission.

10 *W. Uhlenbruck* (Fn. 4) S. 879, 880; *Henckel*, *FS Merz*, 1992, S. 197, 199 ff.

11 *K. Schmidt*, *FS 100 Jahre KO*, 1977, S. 247, 249 ff.; *Timm/Körber* in: *Gottwald* (Hrsg.), *Insolvenzrechtshandbuch*, 1990, § 80 Rn. 2.

Gesellschaft als Unternehmensträgerin¹², während das Unternehmen als Rechtsgegenstand Bestandteil der Insolvenzmasse ist.¹³ Eine rechtliche Verselbständigung des Unternehmens wurde verschiedentlich erwogen¹⁴, doch letztlich ohne Erfolg.¹⁵ Ohne Belang ist, welche wirtschaftliche Rolle der Insolvenzschuldner spielt. Allerdings ist diese Neutralität durch die Regelung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens (§§ 304–314 InsO) immerhin für einen nicht unwesentlichen Bereich aufgegeben. Auch die Restschuldbefreiung hat die Unterschiede zwischen Insolvenzschuldnern vertieft (§§ 286–303 InsO), wobei freilich die Grenzlinie nicht zwischen unternehmerischen Insolvenzschuldnern verläuft, sondern zwischen natürlichen Personen und Gesellschaften.

Trotz dieses Grundansatzes wird der Umstand, daß es sich um ein unternehmerisch genutztes Vermögen handelt, an etlichen Stellen der InsO stärker als im früheren Konkursrecht berücksichtigt. So beschließt die Gläubigerversammlung im Berichtstermin, »ob das Unternehmen des Schuldner stillgelegt oder vorläufig fortgeführt werden soll« (§ 157 Satz 1 InsO). Im Eröffnungsverfahren ist der vorläufige Insolvenzverwalter sogar gehalten, »ein Unternehmen, das der Schuldner betreibt, bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen« (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO).¹⁶ Der Insolvenzverwalter hat bei der Erstellung des Verzeichnisses der Massegegenstände eine Wertermittlung vorzunehmen, wobei sowohl die Fortführung als auch die Stilllegung des Unternehmens zu unterstellen sind (§ 151 Abs. 2 Satz 2 InsO). Auf Antrag des Verwalters sind die Zwangsversteigerung und -verwaltung einstweilen einzustellen, wenn das Grundstück nach der Entscheidung der Gläubigerversammlung für eine Fortführung des Unternehmens benötigt wird (§§ 30d Abs. 1 Nr. 2, 153b Abs. 1 ZVG). Gegen absonderungsberechtigte Gläubiger hilft das Recht des Insolvenzverwalters zur freihändigen Verwertung (§§ 166, 51 InsO), die insbesondere im weiteren Einsatz des Gegenstands im Unternehmen bestehen kann.¹⁷ Auch die bis zum Berichtstermin mögliche Abwehr von Aussonderungsrechten (§ 107 Abs. 2 InsO) oder die Kündigungssperre in der Mieterinsolvenz (§ 112 InsO) ist im Zusammenhang mit dem Bestreben zu sehen, das Unternehmensvermögen solange zusammenzuhalten, bis über Liquidation oder Fortführung entschieden ist.

12 Mißverständlich bezeichnet *W. Uhlenbruck* (Fn. 4), S. 879, 892 die *Gesellschafter* als Unternehmensträger.

13 *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl. 1977, § 1 Rn. 8.

14 *Th. Raiser*, Das Unternehmen als Organisation, 1969, S. 86, 166 ff.

15 *K. Schmidt*, FS 100 Jahre KO, 1977, S. 247, 250 f.; *Balz*, Sanierung von Unternehmen oder von Unternehmensträgern, 1986, S. 22.

16 *Wellensiek* in: *K. Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 1997, Rn. 527 ff. (S. 281 ff.); *W. Uhlenbruck* in: *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, 1997, S. 237 f.

17 *Warrickoff*, KTS 1996, 489, 496.

III. Erhalt des Unternehmens als Insolvenzszweck

Der »Erhalt des Unternehmens« wird in § 1 InsO als möglicher Zweck einer Insolvenzplanregelung genannt.¹⁸ Damit ist noch nichts darüber gesagt, wer Träger des nach Durchführung eines Insolvenzverfahrens weiterbestehenden Unternehmens ist. Dafür kommen zwei Möglichkeiten in Betracht. Die erste Alternative ist die Veräußerung des Unternehmens an einen Dritten (übertragende Sanierung). Die andere Möglichkeit ist, das Unternehmen in der bisherigen Trägerschaft zu belassen (Reorganisation).¹⁹

In der rechtspolitischen Reformdiskussion der achtziger Jahre war eine Zeitlang die Vorstellung dominant, man müsse der Sanierung des Unternehmensträgers den Vorzug geben.²⁰ Das Insolvenzrecht dürfe nicht einem Zerschlagungsfatalismus huldigen, sondern habe aus beschäftigungs- und wachstumspolitischen Erwägungen gerade für diese Sanierungsoption einzutreten.²¹ Die Rechtsentwicklung hat indessen einen anderen Gang genommen. Mit der 1986 erschienenen programmatisch angelegten Monographie von *Manfred Balz*, die den plakativen Titel »Sanierung von Unternehmen oder von Unternehmensträgern?« trägt, wurden die schließlich Gesetz gewordenen Grundlinien vorweg gezeichnet. *Balz* plädiert für die übertragende Sanierung und wendet sich gegen eine hoheitlich verordnete Zwangssanierung der Schuldnergesellschaft.²² In der Allgemeinen Begründung zum Regierungsentwurf einer InsO wird dem Insolvenzrecht als einem zentralen Bestandteil des Wirtschaftsprivatrechts die Aufgabe der richtigen rechtlichen Ordnung des Marktaustritts versagender Wirtschaftseinheiten zugewiesen. Die Regierungsbegründung betont, die Insolvenzrechtsreform setze sich von der Auffassung ab, daß es ein öffentliches Interesse an der Perpetuierung von Unternehmensträgern gebe, und seien sie Träger von Großunternehmen. Schließlich sei der Insolvenzeintritt kein Anlaß, die Marktmechanismen durch hoheitliche Wirtschaftsregulierung zu verdrängen. Insolvenz

18 Zur gesetzlichen Statuierung von Zwecken des Insolvenzrechts *Smid*, DZWiR 1997, 309 ff.

19 Die Terminologie ist uneinheitlich. Manchmal wird auch »Sanierung« als Oberbegriff verwendet, doch muß dann klargestellt werden, ob eine Unternehmens- oder eine Trägersanierung gemeint ist. Letztere wird als Reorganisation bezeichnet (wie hier *Eidenmüller* in: *Ott/Schäfer* [Hrsg.], Effiziente Verhaltenssteuerung und Kooperation im Zivilrecht, 1997, S. 145).

20 So insbesondere die Kommission für Insolvenzrecht: Erster Bericht der Kommission, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 1985, S. 162 f., die sogar den Einsatz öffentlicher Mittel befürwortete; ferner *Flessner*, Sanierung und Reorganisation, 1981, S. 253.

21 *K. Schmidt*, Gutachten D zum 54. Deutschen Juristentag, 1982, S. 24; dagegen *Stürner*, ZIP 1982, 761, 771.

22 *Balz* (Fn. 15), S. 20 ff., 36 ff., 71 ff.

bedeute nicht den Notstand des Privatrechts, der gleichsam die Errichtung einer privaten Notstandsverfassung rechtfertige.²³

Die InsO versteht sich als vermögensorientiertes Verfahrensgesetz, das von einem Gleichrang von Liquidation, übertragender Sanierung und Reorganisation ausgeht. Die marktwirtschaftliche Aufgabe wird darin gesehen, die in dem insolventen Unternehmen gebundenen Ressourcen der wirtschaftlich produktivsten Verwertung zuzuführen. Wirtschaftspolitisch gebe es keine Gründe, die Sanierung des Schuldners generell vor der übertragenden Sanierung des Unternehmens zu bevorzugen oder auch nur irgendeine Art der Sanierung²⁴ stets als Zerschlagungsliquidation vorzuziehen. Auf ein »normatives Sanierungsleitbild« wollen die Gesetzesredaktoren verzichten²⁵, was angesichts des den Unternehmenserhalt als Planziel bezeichnenden § 1 InsO nicht ohne weiteres einleuchtet.

Wenn die Gläubigerversammlung nichts gegenteiliges beschließt, so hat der Insolvenzverwalter unverzüglich nach dem Berichtstermin das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwerten (§ 159 InsO). Die Liquidation des Unternehmens der Schuldnergesellschaft und die Erlösverteilung (§§ 187 ff. InsO) geschieht nach insolvenzrechtlichen Regeln, die hier nicht weiter interessieren. Bemerkenswert ist lediglich § 199 Satz 2 InsO. Die Vorschrift ordnet an, daß ein etwaiger Überschuß nach gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen an die am Schuldner beteiligten Personen zu verteilen ist. Insofern ist eine namentlich von *K. Schmidt* erhobene Forderung erfüllt worden, wonach der Insolvenzverwalter auch als gesellschaftsrechtlicher Liquidator fungieren solle.²⁶ Das Verfahren übernimmt bei Gesellschaften die Aufgabe der gesellschaftsrechtlichen Abwicklung bis zur Herbeiführung der Lösungsreife.²⁷

1. Regelung der übertragenden Sanierung

Die wirtschaftlich sinnvollste Verwertung des unternehmerisch genutzten Schuldnervermögens liegt vielfach im Verkauf im Ganzen oder jedenfalls in wesentlichen Teilen. Diese Veräußerung an Dritte fördert die neue Insolvenzgesetzgebung durch

23 Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs (BegrRegE), bei *Kübler/Prütting* (Hrsg.), RWS-Dokumentation, Bd. I, 1994, S. 95.

24 Überblick zu Sanierungskonzeptionen bei *Bork* (Fn. 1), Rn. 355 (S. 163 ff.); *Groß*, Sanierung durch Fortführungsgesellschaften, 2. Aufl. 1988, Rn. 248 ff. (S. 97 ff.); *Hess/Fechner*, Sanierungshandbuch, 2. Aufl. 1996; *Flessner* (Fn. 20), S. 2 ff.; *Gottwald*, KTS 1984, 1 ff.

25 Allgemeine BegrRegE, bei *Kübler/Prütting* (Fn. 23) S. 98; vgl. demgegenüber aber *Smid*, DZWIR 1997, 309, 313 f.

26 *K. Schmidt*, Wege (Fn. 3), S. 106 ff.; *ders.*, Kölner Schrift (Fn. 1), S. 911, 918 f.; *ders.*, KTS 1994, 309 ff.

27 Allgemeine BegrRegE, bei *Kübler/Prütting* (Fn. 23) S. 105. Krit. zu dieser Regelung *Henckel*, ZIP 1991, 133, 134; *Kilger*, FS Merz, 1992, S. 253, 269 f.; *Hess/Pape*, InsO und EGIInsO – Grundzüge des neuen Insolvenzrechts, 1995, Rn. 34.

Streichung von § 419 BGB.²⁸ Hingegen konnte § 25 HGB unberührt bleiben, da die Norm einer teleologischen Reduktion für den Fall der Veräußerung durch den Insolvenzverwalter unterliegt.²⁹

Mit Hilfe von *Verfahrensregeln* möchte die InsO gewährleisten, daß es bei der übertragenden Sanierung mit rechten Dingen zugeht. Bei einer »Betriebsveräußerung an besonders Interessierte«³⁰ ist zwingend die Gläubigerversammlung einzuschalten; bei einer »Betriebsveräußerung unter Wert«³¹ kann das Insolvenzgericht eine Befassung der Gläubigerversammlung anordnen. Sollte die übertragende Sanierung im Insolvenzplan vorgesehen sein, bewirken die dort maßgeblichen Verfahrensvorschriften einen angemessenen Minderheitenschutz und die notwendige Transparenz. Insbesondere kann auch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens die zur Unternehmensfortführung eigens gegründete »Übernahmegesellschaft« (§ 260 Abs. 3 InsO) einer nachwirkenden insolvenzrechtlich geprägten Überwachung unterliegen (§§ 260–269 InsO).

Der Erwerb des Unternehmens ist vielfach erst dann interessant, wenn auch die steuerlichen Verluste übernommen werden können. Ein körperschaftssteuerlicher Verlustabzug kommt aber nur bei einem Erwerb der Anteilsrechte an der Schuldnergesellschaft in Betracht.³² Zu einem »share deal« ist der Insolvenzverwalter aber nicht befugt; auch ein Insolvenzplan kann eine solche Transaktion nicht mit für die Gesellschafter gestaltender Wirkung vorsehen. Entgegen *Uhlenbruck* ist die Frage für das neue Recht keineswegs »offen«, ob im Rahmen einer übertragenden Sanierung die wertlosen Gesellschaftsanteile ohne Mitwirkung der Gesellschafter auf einen neuen Rechtsträger übertragen werden können.³³

2. Sanierung des Unternehmensträgers

Die Sanierung des Unternehmensträgers, also die Reorganisation, ist in der InsO nicht besonders geregelt. Das kann bei dem vermögensbezogenen Ansatz des neuen Insolvenzrechts nicht überraschen, denn Eingriffe in die organisationsrechtliche Struktur der unternehmenstragenden Schuldnergesellschaft liegen jenseits seiner Regelungsmacht. Damit hat sich die InsO deutlich von Vorstellungen abgesetzt, die zunächst die Reformdebatte beherrschten. Die 1978 berufene Kommission für Insolvenzrecht hatte die Sanierung des Unternehmensträgers in den Mittelpunkt

28 *Canaris*, ZIP 1989, 1161; *K. Schmidt*, ZIP 1989, 1025.

29 BGHZ 104, 151, 153; BGH NJW 1992, 911; RGZ 58, 166; *Lieb* im Münchener Kommentar zum HGB, 1996, § 25 Rn. 32; *Roth* in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, 1996, § 25 Rn. 4; *Heymann/Emmerich*, HGB, 2. Aufl. 1995, § 25 Rn. 12.

30 Amtliche Überschrift von § 162.

31 Amtliche Überschrift von § 163.

32 *Maus*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 707, 713.

33 *W. Uhlenbruck* (Fn. 4), S. 879, 893.

der Überlegungen gestellt. Im Unterschied zum Vergleich sollte nicht nur eine Entschuldung, also ein Forderungsverzicht der Gläubiger, sondern auch eine Änderung der Verfassung des Unternehmensträgers und der Stellung der Anteilseigner im Zuge der Reorganisation erfolgen. Dabei wurde – entgegen noch weitergehenden Vorschlägen zur Verlagerung von Kompetenzen auf die Insolvenzgläubiger – die Entscheidungsbefugnis über die gesellschaftsrechtlichen Änderungen bei den Gesellschaftern belassen. Freilich sollten ihre außerhalb des Insolvenzverfahrens zu treffenden Beschlüsse weithin von dem Insolvenzgericht auf ihre Übereinstimmung mit den Notwendigkeiten der Reorganisation geprüft werden können.³⁴ Eine ablehnende Entscheidung wäre durch richterlichen Gestaltungsakt in ein zustimmendes Votum zu verwandeln gewesen. Namentlich diese »Ersetzungsbefugnis« des Insolvenzrichters hat Kritik hervorgerufen³⁵, und zusammen mit dem schon angedeuteten Trendwechsel im rechtspolitischen Ansatz³⁶ wurde es still um derlei Vorstellungen.

Die Entscheidung ist zwar gegen ein insolvenzgesetzliches Reorganisationsverfahren gefallen³⁷, doch steht das neue Recht einer »erhaltenden Sanierung« nicht etwa negativ gegenüber. Die Reorganisation des Unternehmensträgers kann vorteilhafter sein als die übertragende Sanierung durch Veräußerung des Unternehmens, etwa weil bestehende Geschäftsverbindungen und an die Schuldnergesellschaft gebundene, nicht übertragbare Rechte, z.B. Konzessionen, weiter genutzt werden sollen. Generelle Vorteile gegenüber einer übertragenden Sanierung sind aber nicht erkennbar, so daß die InsO mit Recht darauf verzichtet hat, die Reorganisation als prioritär anzustrebendes Verfahren zu etablieren. Die Reorganisation ist nach jetzt geltendem Recht in einem nicht immer ganz einfachen Zusammenspiel von insolvenzrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Regelungen ins Werk zu setzen. Dazu ist das Insolvenzplanverfahren näher zu betrachten.

34 Erster Bericht (Fn. 20) Leitsätze 2.2.20, 2.4.9.2 und 3, Begründung S. 189 ff., 278 ff.

35 *Ulmer*, ZHR 149 (1985) 541, 546 f., 554 ff.; *Balz* in: *Kübler* (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts – RWS-Forum 3, 1989, S. 1, 8 f.; rückblickend auch *K. Schmidt* (Fn. 1), S. 911, 924 (beklemmende Vision vom Insolvenzrichter als gesellschaftsrechtlicher Zwangsbeglücker); anders *ders.*, Gutachten (Fn. 21), S. 81: »Unter Insolvenzbedingungen ... muß es möglich sein, Neinstimmen der Gesellschafter ... durch begründeten Gerichtsbeschuß zu ersetzen.«

36 Oben bei Fn. 22; dazu auch die Darstellung in der Allgemeinen BegrRegE, bei *Kübler/Prütting* (Fn. 23) S. 132; *Balz* in: *Kübler* (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts – RWS-Forum 3, 1989, S. 1, 9.

37 Dazu früh die folgenreiche Kritik von *Stürmer*, ZIP 1982, 761 ff.; eingehend zu Vor- und Nachteilen eines gesetzlichen Reorganisationsverfahrens *Eidenmüller* (Fn. 19), S. 145, 152 ff.; ferner *Drukarczyk*, Unternehmen und Insolvenz, 1987, S. 241 ff.

B. GESELLSCHAFTSRECHTLICHE REORGANISATION UND INSOLVENZPLANVERFAHREN

I. Insolvenzplan

Die InsO führt den Insolvenzplan (§§ 217–269 InsO) als ein neuartiges Instrument ein, das den Beteiligten einen Rechtsrahmen für die einverständliche Bewältigung der Insolvenz im Wege von Verhandlungen und privatautonomen Austauschprozessen ermöglicht.³⁸ Im Insolvenzplanverfahren wird der entscheidende Beitrag zur Deregulierung der Insolvenzabwicklung gesehen.³⁹ Die Beteiligten können jede Art der Abwicklung wählen (Liquidation, übertragende Sanierung, Reorganisation) und diese Möglichkeiten auch kombinieren.

1. Regelungsbefugnisse der Beteiligten

Jedoch unterscheiden sich die beiden erstgenannten Abwicklungsmodi einer Insolvenz im Hinblick auf die Dispositionsmacht der Beteiligten grundlegend von der dritten Möglichkeit der Insolvenzbewältigung. Über die Einzelliquidation des Vermögens der Schuldnergesellschaft oder über die Verwertung im Ganzen in Gestalt der übertragenden Sanierung können sie ohne Mitwirkung der Anteilseigner der Schuldnergesellschaft befinden. Die Schuldnergesellschaft hat zwar ein Widerspruchsrecht, doch ist der Widerspruch nur in engen Grenzen beachtlich (§ 247 Abs. 2 InsO). Bei der Reorganisation liegen die Dinge anders. Eingriffe in gesellschaftsrechtliche Strukturen können durch den Insolvenzplan nicht vorgenommen werden. Bei dieser Ausgangslage sind die dennoch gegebenen Gestaltungsmöglichkeiten auszuloten.

Der gestaltende Teil des Insolvenzplans legt fest, wie die »Rechtsstellung der Beteiligten« geändert werden soll (§ 221 InsO). Mit der Rechtskraft der Bestätigung des Plans treten diese Wirkungen für und gegen alle Beteiligten ein (§ 254 Abs. 1 Satz 1 InsO). Beteiligt an dem Insolvenzplanverfahren sind die absonderungsberechtigten Gläubiger, die nicht nachrangigen und die nachrangigen Insolvenzgläubiger

38 Zum Insolvenzplan *Prütting*, FS Henckel, 1995, S. 669; *Burger/Schellberg* DB 1994, 1833; *Burger*, FS Koren, 1993, S. 363; *Braun*, in: *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, 1997, S. 423 ff. (dort auch zum US-amerikanischen Vorbild, S. 427 ff., 491 ff.); *Maus* (Fn. 32) S. 703; *Smid*, WM 1996, 1249; *Stürner* in: *Leipold* (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 41; *Smid/Rattunde*, Der Insolvenzplan, 1998; *Funke*, FS Helmrich, 1994, S. 627; *Bork*, in: *Leipold* (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 51; *Eidenmüller*, in: *Schenk/Schmidtchen/Streit* (Hrsg.), Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Bd. 15, 1996, S. 164.

39 Allgemeine BegrRegE, bei *Kübler/Prütting* (Fn. 23) S. 114; *Smid*, WM 1996, 1249, 1250; zweifelnd *Henckel*, KTS 1989, 477, 482 ff.

(§§ 217, 221, 222 Abs. 1 InsO). In einem weiteren Sinn ist auch die Schuldnergesellschaft beteiligt, weil ihre Vermögenshaftung Gegenstand des Plans ist (§ 227 InsO).⁴⁰ Die Schuldnergesellschaft ist aber nur vermögensmäßig betroffen. Ihr Organisationsverfassung kann nicht zum Gegenstand einer Planregelung gemacht werden. Dafür gibt es keine insolvenzrechtliche Grundlage, und gesellschaftsrechtlich versteht es sich von selbst, daß die Vertretungsorgane nicht mit den Gesellschaftsgläubigern eine dahingehende Planvereinbarung treffen können.

Die *Gesellschafter* sind nicht Beteiligte des Planverfahrens.⁴¹ Sie haben auch kein Recht zur Planinitiative. Zur Vorlage eines Plans ist nur der Insolvenzverwalter und der Schuldner berechtigt (§ 218 Abs. 1 Satz 1 InsO). Weitergehende Vorstellungen einer Gesellschaftermitwirkung, die noch den Regierungsentwurf einer InsO bestimmten⁴², wurden in der Schlußphase des Gesetzgebungsverfahrens nicht übernommen. Bei der GmbH können die Gesellschafter über ihre Direktionsbefugnis den Geschäftsführer anhalten, einen Insolvenzplan für die Gesellschaft vorzulegen. Diese indirekt gegebene Planinitiative kann in Verbindung mit dem Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit, der nur für den Schuldner gilt, interessant sein, um früh in ein gerichtlich überwachtes Sanierungsverfahren einzutreten.⁴³

2. Fortbestand des Unternehmensträgers als Plangrundlage

Eine Sanierung der Schuldnergesellschaft kann lediglich bedeuten, daß die Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten. Damit ist dasselbe wie bei einem Vergleich oder Zwangsvergleich nach früherem Recht erreicht. Indessen werden die Gläubiger ein solches Überleben der Schuldnergesellschaft vielfach nur billigen, wenn dort neben der »von außen« kommenden finanziellen Entlastung auch ein Beitrag der Gesellschafter erfolgt. Insbesondere eine Stärkung der Eigenkapitalbasis wird nicht nur erwünscht, sondern notwendig sein, um das Weiterleben der Gesellschaft nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens auf eine sichere Grundlage zu stellen.

Nur in zwei rudimentären Regelungen hat die InsO die Fortführung des Unternehmens durch die Schuldnergesellschaft berücksichtigt. Die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter zur Fortführung des Unternehmens auf der Grundlage des Plans ist als Anlage beizufügen (§ 230 Abs. 1 Satz 2 InsO). Wenn die Gläubiger aus den Erträgen der Unternehmensfortführung befriedigt werden sollen, muß ein Ergebnis- und Finanzplan aufgestellt und als Anhang dem Plan beigefügt

40 *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 20. Aufl. 1997, § 88 und § 91 I.

41 Unzutreffend *W. Uhlenbruck*, GmbHR 1995, 195, 210.

42 §§ 254 Abs. 1 Satz 2, 293 Abs. 1 Satz 2 RegEGInsO (bei *Kübler/Prütting* [Fn. 23] S. 448 und S. 486).

43 *Maus* (Fn. 32), S. 707, 714.

werden (§ 229 InsO).⁴⁴ Diese Bestimmung ist gleichsam noch der Nachklang der in den achtziger Jahren geplanten großen Regelung, wonach die Reorganisation zentraler Bestandteil eines grundlegend reformierten Insolvenzrechts werden sollte.

II. Reorganisationsmaßnahmen

In den Leitsätzen der Reformkommission wurden als Reorganisationsmaßnahmen genannt: Änderungen der Kapital- und Finanzstruktur des Unternehmens; organisatorische und personelle Maßnahmen bei dem betroffenen Unternehmen; Änderungen der rechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft.⁴⁵ Diese Aneinanderreihung ist wenig systematisch. Die sachlich richtige Trennlinie verläuft zwischen bloßen Geschäftsführungsangelegenheiten und den nur durch Gesellschafterentscheidung zu ordnenden Änderungen.⁴⁶ Grundsätzlich können und sollen die letzteren Vorgänge mit dem gesellschaftsrechtlich neutralen Planverfahren des geltenden Insolvenzrechts *kombiniert* werden.⁴⁷

1. Änderung des Gesellschafterkreises

Die Änderung des Gesellschafterkreises ist vor allem unter dem Aspekt interessant, daß die Gläubiger oder ein Teil der Gläubiger zu Gesellschaftern werden. Dazu kann Anlaß bestehen, wenn die bisherige Zusammensetzung und Führung der Gesellschaft, insbesondere bei einer GmbH, keine Aussicht für eine positive Entwicklung bietet.⁴⁸ Mit den Altgesellschaftern muß ein *Übereinkommen* erzielt werden, daß sie ihre Anteile abtreten oder im Zuge einer Kapitalerhöhung die interessierten Dritten an der Gesellschaft beteiligen. Im Planverfahren ist die zustimmende Erklärung des Gläubigers, der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte übernehmen soll, als Anlage dem Plan beizufügen (§ 230 Abs. 2 InsO). Gegen seinen Willen darf kein Beteiligter genötigt werden, Mitglied einer Gesellschaft zu werden.⁴⁹

44 *Maus* (Fn. 32), S. 707, 721; *Braun* (Fn. 38), S. 528 ff.; *W. Uhlenbruck*, WiB 1994, 849, 854. Die Kritik an der Praktikabilität dieser Prognoserechnungen ist vor und nach Verabschiedung der InsO nicht verstummt; *Stürmer* (Fn. 38), S. 46 f.; *Jauernig* (Fn. 40), § 88 III; *Eidenmüller* (Fn. 19), S. 158 f.

45 Erster Bericht (Fn. 20), Leitsatz 2.2.6. Abs. 1 (S. 168 f.).

46 *Ulmer*, ZHR 149 (1985), 541, 560 f.

47 Unzutreffend *Hess/Weis*, InVo 1996, 169 f., die von einer Aufnahme in den Insolvenzplan ausgehen; mit dem von ihnen genannten § 228 InsO haben gesellschaftsrechtliche Änderungen nichts zu tun.

48 Zu den Gründen für ein gesellschafterliches Engagement der Gläubiger *Groß*, Sanierung durch Fortführungsgesellschaften, 2. Aufl. 1988, Kap. III Rn. 66 ff.

49 Nur in einem frühen Stadium der Reformdebatte wurde eine Zwangsumwandlung von Kreditforderungen in Gesellschaftsbeteiligungen erwogen; dazu *W. Uhlenbruck*, BB 1983, 1485, 1487.

Die *Abtretung von Geschäftsanteilen* an einer GmbH ist in § 254 Abs. 1 Satz 2 InsO erwähnt. Danach gelten die in den Plan aufgenommenen Willenserklärungen der Beteiligten als in der vorgeschriebenen Form abgegeben. Diese auf die Einhaltung der Formvorschriften zielende Regelung ist schwer verständlich, denn die Gesellschafter sind nun einmal nicht Beteiligte des Planverfahrens. Das Vertretungsorgan der Schuldnergesellschaft, die in einem eingeschränkten Sinn verfahrensbeteiligt ist, kann selbstverständlich nicht über die Geschäftsanteile der Gesellschafter verfügen. Ein kleiner Anwendungsbereich der Norm ist nach diesen Überlegungen nur der Fall, daß die Schuldnergesellschaft Anteile an einer Tochter-GmbH im Zuge der Insolvenzplanregelung abtritt.

Zu einer *Beteiligung im Rahmen einer Kapitalerhöhung* wird es bei AG und GmbH meist nur kommen, wenn zuvor die Kapitalstruktur an die schlechte wirtschaftliche Lage der Schuldnergesellschaft angepaßt worden ist. Notwendig ist ein »Kapitalschnitt«, dessen Durchführung als Sanierungsmaßnahme bei der GmbH⁵⁰ vor einigen Jahren erleichtert wurde. 1994 hat man im Zuge der Insolvenzrechtsreform die insoweit für die Sanierung einer GmbH nötigen Normen geschaffen (und sofort in Kraft gesetzt⁵¹), die entsprechend dem aktienrechtlichen Vorbild eine vereinfachte Kapitalherabsetzung ermöglichen (§§ 58a ff. GmbHG; §§ 229 AktG). Der normalerweise durch Befriedigung bzw. Sicherheitsleistung bewirkte Gläubigerschutz wird bei einer Herabsetzung, die dazu dienen soll, Wertminderungen auszugleichen oder sonstige Verluste zu decken (§ 58a Abs. 1 GmbHG)⁵², durch eine Zweckbindung des freiwerdenden Kapitals ersetzt.⁵³ Die regulären Schutzmechanismen, insbesondere Gläubigeraufruf und Sperrjahr (§ 58 Abs. 1 Nr. 1, 3 GmbHG), konnten entfallen. Für die praktisch häufig mit der Kapitalherabsetzung verbundene Kapitalerhöhung bleibt es bei der allgemeinen Regelung; lediglich für die Unterschreitung des Mindestnennbetrags ordnet § 58a Abs. 4 GmbHG an, daß diese in Kombination mit einer Barkapitalerhöhung gestattet ist.⁵⁴

2. Kapitalerhöhung

Über die Zulässigkeit einer Kapitalerhöhung während des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer AG oder GmbH wurde früher heftig gestritten. Das Reichsgericht war der Auffassung, wegen der insolvenzbedingten Auflösung der Gesellschaft

50 *Gottwald*, KTS 1984, 1, 7 f.

51 Art. 48 Nr. 4 EGInsO (BGBl. I, 1994, S. 2931).

52 Zum höchst mißverständlichen Gesetzswortlaut *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 16. Aufl. 1996, § 58a Rn. 4.

53 *Hirte*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 955, 962; *ders.*, FS Claussen, 1997, S. 115, 116.

54 Dazu *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 58a Rn. 3 und 21 ff.; *Maser/Sommer*, GmbHR 1996, 22, 29; zur vorübergehenden Herabsetzung auf Null BGHZ 119, 305, 319 (AG).

könne eine Kapitalerhöhung nicht mehr durchgeführt werden.⁵⁵ Auch in der Literatur wurden Bedenken gegen eine Kapitalerhöhung nach Insolvenzeröffnung geäußert.⁵⁶ Diese restriktive Haltung ist nicht berechtigt, denn sie blockiert notwendige Sanierungsmaßnahmen in der Insolvenz. Jedenfalls nach neuem Insolvenzrecht, das den »Erhalt des Unternehmens« als erstrebenswertes Ziel benennt, sollte der Zulässigkeit einer Kapitalerhöhung nichts im Wege stehen.⁵⁷

Die neu zugeführten Mittel fallen – anders als nach früherer Rechtslage – in die Insolvenzmasse. § 35 InsO ordnet diese Rechtsfolge für Vermögen an, das der Schuldner während des Verfahrens erlangt. Den Gesellschaftern ist es nicht mehr möglich, vom Insolvenzbeschlagn freies Neuvermögen der Gesellschaft zu schaffen. Die von *Uhlenbruck* vertretene Auffassung, viele Sanierungsbemühungen seien zum Scheitern verurteilt, wenn die Ansprüche aus der Kapitalerhöhung zur Insolvenzmasse geschlagen würden, weshalb ein insolvenzfreier Bereich anzunehmen sei⁵⁸, ist aufgrund des Wortlauts und der deutlichen Regelungsintention des § 35 InsO nicht zu halten.⁵⁹

Außerhalb eines Insolvenzplanverfahrens kann die Eigenkapitalzufuhr dazu dienen, die Einstellung des Insolvenzverfahrens wegen Wegfalls des Eröffnungsgrundes zu erreichen (§ 212 InsO). Im Planverfahren gewinnt die Kapitalerhöhung ihre eigentliche Bedeutung. Die Gläubiger werden sich zu Zugeständnissen im Sinne einer Forderungsreduktion um so eher bereitfinden, wenn die Gesellschafter ihrerseits einen finanziellen Beitrag leisten. Die Durchführung muß gewährleisten, daß keine Seite zu »Vorleistungen« ohne die Gewähr gezwungen ist, daß der andere Teil seine Zusagen einhält. Hierfür ist die Einrichtung des Bedingten Plans (§ 249 InsO) vorgesehen. Die Durchführung der Kapitalerhöhung wird als Voraussetzung für die gerichtliche Bestätigung des Insolvenzplans vereinbart. Die Gläubiger können den Plan annehmen, doch sie können sicher sein, daß erst mit der Gesellschafterleistung das Insolvenzverfahren beendet ist (§ 258 Abs. 1 InsO). Andererseits sind die Gesellschaft davor geschützt, gutes Geld schlechtem hinterherzuwerfen, denn sie haben die Gläubigerannahme des Bedingten Planes.

55 RGZ 85, 205, 206; 77, 152, 154; OLG Bremen NJW 1957, 1560.

56 *Wiedemann* im Großkommentar zum AktG, 3. Aufl. 1973, § 182 Anm. 1 und 26; *Godin/Wilhelmi*, AktG, 4. Aufl. 1971, § 182 Rn. 15.

57 Für Zulässigkeit die heute h.M.; vgl. nur *Lutter* im Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 1990, § 182 Rn. 49; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbH, § 55 Rn. 2a; LG Heidelberg ZIP 1988, 1257 (AG); zur vor Insolvenzeröffnung beschlossenen, aber noch nicht durchgeführten Kapitalerhöhung BGH DB 1995, 208; von Zulässigkeit ausgehend BGH NJW 1998, 2054 (zur Kapitalherabsetzung).

58 *W. Uhlenbruck* (Fn. 4), S. 879, 891 f.; anders *ders.*, GmbHR 1995, 195, 204.

59 Wie hier *K. Schmidt*, in: *K. Schmidt/Uhlenbruck* (Hrsg.), Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 1996, Rn. 671 (S. 357).

Die Mitwirkung des Gesellschafters an einer Kapitalerhöhung kann grundsätzlich nicht erzwungen werden. Das versteht sich für die Übernahme der durch Kapitalerhöhung geschaffenen Anteile fast von selbst, denn sowohl § 707 BGB als auch § 53 Abs. 3 GmbHG zeigen, daß eine fremdbestimmte Leistungsvermehrung nicht möglich ist. Die gesellschaftlerliche Treubindung mag manches bewirken – zu einem Nachschuß verpflichtet sie nicht.⁶⁰ Allerdings kann unter dem Aspekt der mitgliederschäftlichen Treubindung in Betracht kommen, daß der Gesellschafter eine Kapitalerhöhung nicht *verhindern* darf. *Zöllner* sieht bei der GmbH personalistischen Typs eine Treuepflicht, die nicht geringer ist als bei der echten Personengesellschaft.⁶¹ In der Girmes-Entscheidung hat der 2. Zivilsenat des BGH die gesellschaftlerliche Treuepflicht im Rahmen eines aktienrechtlichen Sanierungsfalles bemüht, um Obstruktion zu ahnden.⁶² Der Gesellschafter kann gegenüber seinen Mitgesellschaftern verpflichtet sein, dem Kapitalerhöhungsbeschluß zuzustimmen. Dafür besteht um so mehr Anlaß, wenn die Geschäftsanteile bei Überschuldung entwertet sind, so daß der Gesellschafter im Fall der Liquidation überhaupt nichts bekommt.⁶³

Wenn im Insolvenzfall die Alternative lautet: Totalverlust oder Fortsetzungsplan, dann kann der Gesellschafter auch gehalten sein, einer Kapitalerhöhung zuzustimmen, die ihn schlechter stellt⁶⁴, weil er zum Bezug neuer Anteile nicht zugelassen wird. Der Ausschluß vom Bezugsrecht ist zulässig, wenn er im Gesellschaftsinteresse liegt, dieses Interesse nicht auf schonendere Weise gewahrt werden kann und der Nachteil für den Gesellschafter nicht außer Verhältnis zu dem Vorteil für die Gesellschaft steht.⁶⁵ In der Insolvenzsituation ist eindeutig, daß es schlimmer nicht kommen kann, so daß ein Ausschluß vom Bezugsrecht zur Gewinnung neuer Kapitalgeber grundsätzlich zuzulassen ist.⁶⁶ Selbst dann, wenn nicht Dritte eintreten sollen, sondern aus dem bisherigen Gesellschafterkreis nur ein Teil der Gesellschafter zur

60 *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 55 Rn. 23; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl. 1995, § 55 Rn. 14; abw. für »ganz besondere Umstände« *Scholz/Priester*, GmbHG, 8. Aufl. 1995, § 55 Rn. 69.

61 *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 54 Rn. 47.

62 BGHZ 129, 136; dazu *Lutter*, JZ 1995, 1053; *Flume*, ZIP 1996, 161; *Marsch-Barnert*, ZIP 1996, 853; *Bungert*, DB 1995, 1749; *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 3; *Henssler*, DZWIR 1995, 430; *Altmeyden*, NJW 1995, 1749; *Häsemeyer*, ZHR 160 (1995), 109; *Noack*, LM Nr. 2 zu § 53a AktG.

63 Zu »Treuepflichten bei amtlicher Sanierung« *Häsemeyer*, ZHR 160 (1996), 109, 131 f.

64 Einschränkung *M. Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 179.

65 Grundlegend *Zöllner* (Fn. 8), S. 349 ff.; ferner *Schockenhoff*, Gesellschaftsinteresse und Gleichbehandlung beim Bezugsrechtsausschluß, 1988, S. 61 ff.

66 *Hirte*, Bezugsrechtsausschluß und Konzernbildung, 1986, S. 74 f.; *Kautz*, Die gesellschaftsrechtliche Neuordnung der GmbH im künftigen Insolvenzrecht, 1995, S. 216; *K. Schmidt* (Fn. 59), Rn. 254 (S. 139); *Scholz/Priester*, GmbHG, § 55 Rn. 55; LG Heidelberg ZIP 1988, 1258.

schnellen Bereitstellung von Kapital in der Lage ist, die anderen aber nicht, kann das Bezugsrecht ausgeschlossen werden. In der Insolvenzsituation kommt es auf rasches Handeln an, so daß Verzögerungen aufgrund finanzieller Schwierigkeiten nicht akzeptabel sind. Die im GmbH-Recht bei säumiger Einzahlung gegebenen Befehle (§§ 21–24 GmbHG) sind kein Ausgleich für den Zeitverlust. Die Angaben über die Sanierungskapitalerhöhung im darstellenden Teil des Plans können als Orientierung dienen. Die Planbeteiligten werden in der Regel eine Frist setzen⁶⁷, bis zu deren Ablauf die gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen vorgenommen sein müssen.

3. Umwandlung

Im selben Jahr 1994 wie die Insolvenzordnung wurde das Umwandlungsgesetz verabschiedet. Im Unterschied zur InsO trat dieses Gesetz alsbald in Kraft, so daß bis 1999 schon einige Erfahrungen mit dieser bedeutenden Kodifikation der gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung gesammelt werden konnten.⁶⁸ Im folgenden soll es nicht um Grundsatzfragen des Umwandlungsgesetzes gehen⁶⁹, sondern darum, ob und wie die Möglichkeiten der Umstrukturierung von Rechtsträgern in der Insolvenzsituation genutzt werden können.

Die »Sanierungsfusion«, bei der der insolvente Rechtsträger mit einem anderen Rechtsträger verschmolzen wird, ist seit langem als Instrument der Reorganisation bekannt.⁷⁰ Der *Formwechsel* kann aus zwei sehr unterschiedlichen Gründen in Betracht kommen: Die Gläubiger bleiben der Gesellschaft fern, doch wollen sie eine persönliche Haftung der Gesellschafter künftig sehen (daher Wechsel in die Personengesellschaft); Gläubiger haben vor, der Gesellschaft beizutreten, doch ohne das Risiko persönlicher Haftung (daher Wechsel in die Kapitalgesellschaft). Ob die *Spaltung* zu einem Sanierungsinstrument avanciert, ist eher zweifelhaft, denn im Gegensatz zur übertragenden Sanierung besteht eine gesamtschuldnerische Haftung der beteiligten Rechtsträger (§ 133 UmwG).⁷¹

a) Umwandlungsfähigkeit

Die Umwandlung steht grundsätzlich nurwerbenden Gesellschaftern zu Gebote. *Aufgelöste* Rechtsträger sind nicht umwandlungsfähig, es sei denn, ihre Fortsetzung

67 Unbeschadet der Fristsetzungsmöglichkeit durch das Insolvenzgericht (§ 249 Satz. 2 InsO).

68 Bayer, ZIP 1997, 1613 zieht eine detaillierte 1000-Tage-Bilanz.

69 Zöllner, FS Claussen, 1997, S. 423; ders., ZGR 1993, 335.

70 K. Schmidt, AG 1982, 169; Lutter/Timm, DB 1976, 1617; Möschel, FS R. Fischer, 1979, S. 489; Gottwald, KTS 1984, 1, 15.

71 Hommelhoff, in: Lutter (Hrsg.), UmwG, 1996, § 133 Rn. 24 ff.; Limmer, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 929, 941 ff.

könnte beschlossen werden (§§ 3 Abs. 3, 124 Abs. 2, 191 Abs. 3 UmwG).⁷² Da die Schuldnergesellschaft durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst ist⁷³, stellt sich für die Umwandlungsfähigkeit die Frage, ob ein Fortsetzungsbeschuß während des Insolvenzverfahrens möglich ist. Dies ist zu verneinen, da ein solcher Beschuß dem Insolvenzszweck zuwiderliefe.⁷⁴ Der »Insolvenzbeschuß« hindert die Gesellschafter, die gesetzliche Folge der Auflösung aufgrund Insolvenzeröffnung zu konterkarieren, indem sie für die Fortsetzung der Gesellschaft votieren. Erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens ist ein Fortsetzungsbeschuß wieder zulässig. Die gesetzlichen Vorschriften nennen zwei Sachverhalte, bei deren Vorliegen ein solcher Beschuß ohne weiteres gefaßt werden kann.⁷⁵ Der erste Fall ist die Einstellung des Verfahrens auf Antrag des Schuldners (§§ 212, 213 InsO). Der zweite Fall betrifft die Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach Bestätigung eines Insolvenzplans, der den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht. Ob diese Regelung abschließend ist oder ob auch sonst nach beendetem Insolvenzverfahren die Fortsetzung beschlossen werden könnte, ist umstritten⁷⁶, doch kann diese Frage auf sich beruhen, da hier nur der Fall zu klären ist, daß im Insolvenzplan der Fortbestand der Gesellschaft vorgesehen ist. Die Anforderung, der Fortbestand der Gesellschaft müsse im Insolvenzplan »vorgesehen« sein, wird durch eine entsprechende Erklärung der Beteiligten im darstellenden Teil erfüllt.⁷⁷

Im Gegensatz zum früheren Umwandlungsrecht (§ 2 Abs. 1 UmwG a.F.) fehlt im UmwG die negative Voraussetzung für die Fortsetzung, daß mit der Verteilung des Vermögens an die Gesellschafter noch nicht begonnen wurde. Im Aktien- und Ge-

72 Lutter, UmwG, 1996, § 3 Rn. 12; zur Verschmelzung nach früherem Recht Kraft im Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 339 a. F.

73 § 728 Abs. 1 Satz 1 BGB; § 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB; § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG; § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG; § 101 GenG.

74 Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl. 1994, Rn. 5b; Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl. 1973, §§ 207, 208 Rn. 5.

75 § 728 Abs. 1 S. 2 BGB; § 144 Abs. 1 HGB; § 274 Abs. 2 Nr. 1 AktG; § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG; § 117 Abs. 1 GenG.

76 Für Personengesellschaften wird eine Fortsetzung durch Beschuß überwiegend bejaht, für Kapitalgesellschaft überwiegend verneint (Kraft im Kölner Kommentar zum AktG, § 274 Rn. 6; Schulze-Osterloh, in: Baumbach-Hueck, GmbHG, § 60 Rn. 50). Beide Auffassungen treffen nicht den Kern. Bei allen Gesellschaften muß der Insolvenzgrund beseitigt sein (zutr. Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, 5. Aufl. 1992, § 131 Rn. 67 und § 144 Rn. 7). Bei Kapitalgesellschaften kann man darüber streiten, ob zusätzlich zu verlangen ist, daß das gesetzliche Mindestkapital oder sogar das statutarisch vorgesehene Kapital wieder hergestellt ist (Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 63 Rn. 74 f.).

77 Im Regierungsentwurf (§ 262 RegE InsO) war noch ausdrücklich vorgesehen, daß im darstellenden Teil auf bevorstehende Änderungen der Rechtsform hingewiesen werden soll. Der Rechtsausschuß hat insoweit gekürzt mit der zutreffenden Erwägung, der Planverfasser werde schon aus eigenem Interesse die erforderlichen Informationen geben (Begründung Rechtsausschuß zu § 220, bei Kübler/Prütting [Fn. 23] S. 452).

nossenschaftsrecht ist die Nichtverteilung des Vermögens als Voraussetzung zulässiger Fortsetzung geregelt (§ 274 Abs. 1 AktG; § 79a GenG); im GmbH-Recht gilt dies entsprechend.⁷⁸ Die Frage spielt aber in der Insolvenzsituation praktisch keine Rolle, da der Insolvenzverwalter über das Gesellschaftsvermögen verfügt, der keine Verteilung ausgerechnet an die Gesellschafter vornehmen wird.

b) Verzahnung von Insolvenz- und Umwandlungsrecht

Die Beteiligten eines Planverfahrens können die Umwandlung nicht vereinbaren, denn diese gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahme liegt in der Kompetenz der Gesellschafter. Allerdings hatte die Insolvenzrechtskommission die Vorstellung, daß das Insolvenzgericht ein ablehnendes Votum der Gesellschafter korrigieren kann.⁷⁹ Nach der InsO bleibt es sowohl bei den gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeiten als auch dabei, daß die dort getroffenen Beschlüsse nicht einem insolvenzrechtlichen Sonderregime unterliegen, das sie auf Vereinbarkeit mit den Zielsetzungen eines Insolvenzplans kontrolliert.

Das Dilemma besteht darin, daß *in* der Insolvenz keine Umwandlung möglich ist. Insofern ist die Situation eine andere als bei der zuvor erörterten Kapitalerhöhung. Die Gläubiger, die über den Insolvenzplan befinden, wissen aber nicht sicher, ob die Gesellschafter nach rechtskräftiger Bestätigung und damit verbundener Aufhebung des Insolvenzverfahrens die Umwandlung beschließen. Der Weg über Stimmbindungen wäre gangbar⁸⁰, doch mit nicht geringen Unsicherheiten behaftet, wenn man nur an die Vollstreckungsprobleme denkt.⁸¹ Die Kooperationsbereitschaft der Gesellschafter ist also unerlässlich. Sie dürfte in der Regel erreichbar sein, denn die Alternative heißt Liquidation des Vermögens der Schuldnergesellschaft zugunsten der Gläubiger, so daß die Gesellschafter am Ende nichts bekommen. Sind sie bereit, einer Umwandlung zuzustimmen, haben sie immerhin ihre mitgliedschaftliche Beteiligung gerettet, mag diese auch rechtlich und wirtschaftlich andere Konturen erhalten. Die Frage ist, wie diese Kooperation rechtssicher gestaltet werden kann.

Das führt zu einer nochmaligen Betrachtung der Umwandlungsvorgänge. Wenn gesagt wird, die Umwandlung sei in der Insolvenz nicht statthaft, so ist dies als grundsätzliche Angabe zutreffend. Die gesetzlichen Regelungen, die ausdrücklich eine *Aufhebung* des Insolvenzverfahrens nach gerichtlich bestätigtem Insolvenzplan

78 Schulze-Osterloh, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 60 Rn. 47; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 60 Rn. 30; OLG Düsseldorf GmbHR 1979, 276.

79 Dazu bereits oben bei Fn. 34.

80 *Zöllner*, ZHR 155 (1991), 168, 180 f.

81 *Zutt*, ZHR 155 (1991), 190, 196 f.; *Zöllner*, ZHR 155 (1991), 168, 186 f.; *Noack*, *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, 1994, S. 68 ff.; *Peters*, AcP 156 (1957), 311; *Mertens*, JR 1967, 462.

verlangen, kann man nicht beiseite schieben, weil die Gläubiger schon ihre Zustimmung zu dem Plan erteilt haben.⁸² Damit braucht man nicht alle Hoffnung fahren zu lassen, wenn in Betracht gezogen wird, daß die Umwandlung nicht *uno actu* erfolgt, sondern aus mehreren Phasen besteht.⁸³ Die Verschmelzung erfordert einen Vertrag, Berichte, Prüfung und Beschlüsse, Anmeldung und Eintragung. Dasselbe gilt *cum grano salis* für die anderen Umwandlungsformen, ist es doch ein Markenzeichen des neuen Umwandlungsrechts, daß viele Gemeinsamkeiten in Rechtstechnik und Verfahren bestehen.⁸⁴

Mit der Eintragung in das Handelsregister (§ 20 UmwG) ist die Verschmelzung vollendet. Das bedeutet für das hier diskutierte Problem, daß eine Eintragung nicht erfolgen darf, solange sich die Schuldnergesellschaft im Insolvenzverfahren befindet. Jedenfalls der *Schlussakt* der Umwandlung kann erst erfolgen, wenn die Umwandlungsfähigkeit wieder hergestellt ist. Das bedeutet nicht, daß keinerlei Vorbereitungshandlung betrieben werden darf. Den Beteiligten muß eine »Anwartschaft« auf das Umwandlungsergebnis verschafft werden. Problematisch ist insoweit der Umwandlungsvertrag und der Umwandlungsbeschuß.

Der Umwandlungsvertrag bei Verschmelzung und Spaltung wird von dem Vertretungsorgan der Schuldnergesellschaft geschlossen. In der Insolvenz geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Man könnte der Auffassung sein, daß diese Folge einen Vertragsschluß durch die Vertretungsorgane nicht hindert, weil der Vertrag allein noch keine materielle Rechtsänderung bewirkt, sondern sie als Teil eines mehrgliedrigen Tatbestandes vorbereitet. Indessen beinhaltet der Umwandlungsvertrag einen organisationsrechtlichen Akt⁸⁵, für dessen Vornahme die Vertretungsorgane in der Insolvenz der Gesellschaft nicht mehr zuständig sind. Andererseits ist auch der Insolvenzverwalter nicht befugt, über die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung des Rechtsträgers zu entscheiden.⁸⁶ Eine Lösung besteht darin, nur einen *Entwurf* eines Umwandlungsvertrags zur Beschlußfassung vorzulegen (§ 4 Abs. 2 UmwG).⁸⁷ Das allerdings kann den Planbeteiligten nicht genug sein, da der endgültige Vertragsschluß erst nach Bestätigung des Insolvenzplans erfolgen würde. Um einen Vertrag schon während des Insolvenzverfahrens zu erreichen, ist ein Zusammenwirken der Vertretungsorgane und es Insolvenzverwalters notwendig. Mit der

82 So aber *Kautz* (Fn. 66), S. 263.

83 Zur Unterscheidung von Phasen *Sagasser/Bula*, *Umwandlungen*, 1995, S. 62 ff.; *Schwarz*, in: *Widmann/Mayer* (Hrsg.), *Umwandlungsrecht*, Loseblattsfg. Stand 1995, Einf UmwG Rn. 11.1.

84 Dazu *Zöllner*, ZGR 1993, 334, 335 f.

85 *Lutter*, UmwG, § 4 Rn. 4.

86 Abw. *Müsgen*, MittRhNotK 1997, 409, 426, der – ohne Begründung – den Insolvenzverwalter für befugt hält, den Umwandlungsvertrag zu schließen.

87 Das schlägt *Limmer* (Fn. 71), S. 929, 954 vor.

Zustimmung des Verwalters kann die Geschäftsleitung der Schuldnergesellschaft einen Umwandlungsvertrag schließen. Das zweite Problem besteht in dem Umwandlungsbeschluß der Gesellschafter. Dieser Beschluß kann während des Insolvenzverfahrens nicht wirksam gefaßt werden. Das bedeutet aber nicht, daß ein solcher Beschluß nichtig ist. Vielmehr ist ein dennoch gefaßter Beschluß schwebend unwirksam; er wird wirksam, wenn das Insolvenzverfahren aufgehoben ist.

Die vorgenannten Zusammenhänge können im Insolvenzplanverfahren berücksichtigt werden. Dafür eignet sich wiederum das Instrument des Bedingten Plans.⁸⁸ Bei dem Umwandlungsbeschluß der Gesellschafter handelt es sich um eine »andere Maßnahme« (§ 249 InsO). Die Planbeteiligten können vorsehen, daß der Plan nur bestätigt werden darf, wenn diese Voraussetzung erfüllt ist. Im Gegensatz zur Kapitalerhöhung kann die »andere Maßnahme« nicht vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens perfekt gemacht werden. Es muß aber das Bestreben der Beteiligten sein, die Umwandlung so weit wie möglich als »andere Maßnahme« vorzubereiten. Vertrag, Bericht, Prüfung, Beschluß und Anmeldung können während des Insolvenzverfahrens erfolgen. Wenn nach Bestätigung des Insolvenzplans und Aufhebung des Verfahrens die Umwandlungsfähigkeit wieder besteht, kann die Eintragung im Handelsregister erfolgen.

88 *Limmer* (Fn. 71), S. 929, 953; *Kautz* (Fn. 66), S. 263 f.; *Müsgen*, *MittRhNotK* 1997, 409, 426.