

ESUG und die Einbeziehung der Anteilsinhaber - „contra“

von *Carsten Schäfer*, Universität Mannheim

A. Einführung: wieso contra?

- Einbeziehung der Anteilseigner ist als solche gerechtfertigt.
- Voraussetzungen und Grenzen werden aber noch unzureichend beachtet.
- Suhrkamp-Verfahren hat elementare Defizite des ESUG erkennen lassen;
 - s. insbes. LG Berlin ZIP 2014, 2197 einerseits,
 - BGH IX ZB 13/14, ZIP 2014, 1442 andererseits.

A. Einführung: wieso contra?

Programm:

Teil C: Materiell-rechtliche Seite der Gesellschafter-Einbeziehung

I. Zur richtigen Ermittlung des Anteilswerts

II. Unmöglichkeit eines Wertausgleichs

III. Gesellschaftsrechtlich (un-)zulässige Maßnahmen

Teil D: Rechtsschutz der Anteilsinhaber

I. Befund

II. Verbesserungsvorschläge

Zuvor aber:

B. Suhrkamp – ein irrelevantes Luxusproblem?

- Sofern Beteiligung wertlose rechtliche Hülle, ist gegen Einbeziehung in den Plan nichts Prinzipielles einzuwenden (Vorbehalt für Bezugsrecht).
- Wertlosigkeit muss aber durch zweckadäquate Unternehmensbewertung erwiesen sein.
- Insbes. keine „Enteignung“ der Differenz zwischen Fortführungs- und Zerschlagungswert (s. C I).
- Suhrkamp hat Fehlanreize des ESUG überdeutlich gezeigt: „strategische“ Ziele konnten nahezu schrankenlos auf Kosten des Minderheitsgesellschafters durchgesetzt werden.

C. Die materiell-rechtliche Seite

I. Zur richtigen Ermittlung des Anteilswerts

- Prämisse: Werthaltige Beteiligungen sind zu schützen.
 - S. §§ 225a Abs. 5, 251 Abs. 3, 253 Abs. 3 InsO;
 - BegrRegE (BT-Drs 17/5712, S. 18, 32): „*restlicher Vermögenswert darf nicht entzogen werden*“; „*finanzielle Kompensation ..., sofern die Anteile noch werthaltig*“;
 - BGH IX ZB 13/14, ZIP 2014, 1442, Rn 41: Anteilswert bei Fortführung ist nicht mit Null anzusetzen;
 - Von zentraler Bedeutung ist daher zunächst Wertermittlung; insofern *kein Sonderrecht* im Planverfahren! – Im Einzelnen:

C. Die materiell-rechtliche Seite

- Unternehmensbewertung zu Fortführungswerten (unzutr. z.B. *Decher/Voland*, ZIP 2013, 103, 107).
- Liquidationswert der Gesellschaft = Fortführungswert des Unternehmens.
- dabei Sanierungsmaßnahmen im Plan zu berücksichtigen („Wurzeltheorie“), s. *Schäfer/Wüstemann* ZIP 2014, 1758.
- Gläubigervorrang hat mit Bewertung nichts zu tun.

C. Die materiell-rechtliche Seite

- Rechtsträgergebundene Rechte dürfen Gesellschaftern wertmäßig nicht vorenthalten werden (Bsp. Suhrkamp: „Backlist“).
 - aA *Hölzle* ZIP 2014, 1822 f.
 - Ergibt schon einfache Auslegung „*schlechter gestellt als ... ohne Plan*“.

C. Die materiell-rechtliche Seite

II. Unmöglichkeit eines Wertausgleichs

- Rechtmäßigkeit „gesellschaftsrechtlicher“ Maßnahmen zweifelhaft, wenn Wertverlust nicht bezifferbar und deshalb Ausgleich nicht in Betracht kommt.
- These LG Berlin ZIP 2014, 2197: Immer möglich, weil Anteile ohnehin wertlos, so dass auch völliger Entzug zulässig wäre.
- Prämisse aber unzutreffend (s. I.).
- Richtigerweise stößt „wertbezogener Ansatz“ an Grenzen, wo Wertausgleich ausscheidet; Maßnahme ist dann unzulässig (*Schäfer* ZIP 2015, 1208).

C. Die materiell-rechtliche Seite

III. Gesellschaftsrechtlich (un-)zulässige Maßnahmen

- *Ansatz*: Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen sind grds. zulässig, *wenn* Anteil völlig wertlos *oder* Wertverlust bezifferbar ist *und* ausgeglichen wird.
- *Sonderfall* Bezugsrecht:
 - Bezugsrecht überdauert Mitgliedschaft, besteht daher zwingend auch bei Wertlosigkeit (§ 228 AktG, BGH ZIP 1999, 1444 – Hilgers).
 - Ausschluss daher auch im InsoPlan nur aus sachlichem Grund (grds. nicht bei Barkapitalerhöhungen).

D. Rechtsschutz der Anteilsinhaber

I. Befund

- Ernüchternder Befund von *Zipperer* ZIP 2015, 2002:
 - Keine Beschwerdemöglichkeit gegen rechtswidrige Verfahrenseröffnung;
 - Weitgehende Funktionslosigkeit der Anhörungsrüge;
 - Keine Beachtung gesellschaftsrechtlicher Fragen durch die Inso-Gerichte.
- ABER: Rechtsschutz materiell-rechtlicher Positionen im Inso-Verfahren muss auch innerhalb desselben gewährleistet sein.

D. Rechtsschutz der Anteilsinhaber

II. Reformvorschläge

1. Beschwerdebefugnis für Gesellschafter gegen von der Gesellschaft (Mehrheitsgesellschafter!) gestellten Insolvenzantrag (Änderung des § 34 Abs. 2 InsO).
2. Klarstellung, dass freiwillige Insolvenzanträge durch Gesellschafter(versammlung) zustimmungsbedürftig sind, nämlich (näher *Schäfer FS Müller-Graff*, 2015, 241):
 - a. Antrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit mit qualifizierter Mehrheit (Auflösungswirkung; Entmachtung der Gesellschafter durch besonderes Abstimmungsverfahren).

Reformvorschläge

- b. Antrag auf Eigenverwaltung (und Schutzschirmverfahren), weil diese wg. § 276a Inso zu erheblichem Kompetenzverlust in Geschäftsführungsfragen führt, und zwar bei Personengesellschaft und GmbH der Gesellschafterversammlung, bei der AG des Aufsichtsrats. Insofern ist jeweils Zustimmung erforderlich (qualifizierte Mehrheit?).
- c. Darüber hinaus ist erwägenswert, die Zustimmung als Zulässigkeitsvoraussetzung des jeweiligen Antrags (Eröffnung, Eigenverwaltung) auszugestalten.

Reformvorschläge

3. Klarstellung, dass Beschwerde nach § 253 InsO nicht von einem Minderheitsschutzantrag iSv. § 251 InsO abhängt (wie BGH v. 17.7.2014 – IX ZB 13/14, ZIP 2014, 1442).
4. Klarstellung, dass im Falle einer gesellschaftsrechtlich unzulässigen Maßnahme (s. Nr. 9) regelmäßig zugleich ein „besonders schwerer Rechtsverstoß“ iSv. § 253 Abs. 4 InsO vorliegt. Anhaltspunkt kann insofern insbes. OLG München ZIP 2014, 472 sein (im Rahmen des § 246a AktG).

Reformvorschläge

5. Eröffnung eines Rechtsmittels gegen die „Freigabeentscheidung“ um zu einer abschließenden Beurteilung durch ein sachnahes Gericht zu gelangen; ggf. Verlagerung der Entscheidung vom LG auf das OLG (wie bei § 246a AktG).
6. Änderung der Formulierung in § 253 Abs. 2 Nr. 3 („*glaubhaft macht, dass er durch den Plan wesentlich schlechtergestellt wird, als er ohne einen Plan stünde...*“) (und korrespondierend § 251 Abs. 2 InsO). – Der Bezugspunkt „ohne Plan“ ist unklar und wird z.T. dahin verstanden, dass es ausschließlich um einen Vergleich mit dem Regelinsolvenzverfahren geht, woraus wiederum die (angeblich gesetzlich angeordnete) Wertlosigkeit der Gesellschaftsanteile abgeleitet wird (dazu oben C I.).

Reformvorschläge

7. Eventuell Streichung des § 238a InsO – Allgemein umstrittene Regel; Rechtfertigung nicht erkennbar.
8. Ggf. Klarstellung, dass für die Bewertung der Anteile allgemeine Regeln gelten (oben C).
9. Präzisierung des Begriffs der „gesellschaftsrechtlich zulässigen“ Maßnahme in § 225a Abs. 2 InsO:
 - a. Vorbehalt zwingender gesellschaftsrechtlicher Schutzinstrumente zum Individual- und Minderheitenschutz (insbes. Treupflicht, Gleichbehandlungsgrundsatz, wichtiger Grund).

Reformvorschläge

- b. Insbes. Unzulässigkeit solcher Maßnahmen, die zur Entwertung aktuell noch werthaltiger Anteile führen, aber mangels Bezifferbarkeit nicht ausgeglichen werden können.
 - c. Klarstellung, dass Bezugsrecht der Alteigentümer auch bei Kapitalschnitt „zu Null“ besteht (vgl. auch § 228 Abs. 1 AktG: part. Ausschluss der Sacheinlage).
10. Streichung des überflüssigen (und oft missinterpretierten) § 225a Abs. 5 (mit Verweis auf „Vermögenslage bei Abwicklung“).