
DB-Tagung: Aktuelle Aspekte der Unternehmenssanierung

Treuepflicht des Gesellschafters in Krise und Insolvenz

Prof. Dr. Florian Jacoby
Düsseldorf, 21. März 2014

- Generelle Verhaltensregel für die Beziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern
- Schlagwort: Einfluss bringt Verantwortung mit sich
- Fallgruppen (bei Abstimmungen)
 - Mehrheit darf sich keine Sondervorteile verschaffen
 - Sperrposition kann zu positiver Stimmpflicht führen
- Insbesondere in der Krise
 - BGHZ 129, 136 – Girmes („Kapitalschnitt“)
 - BGHZ 183, 1 – „Sanieren oder Ausscheiden“

[16] Mit der Begründung des Gesellschaftsverhältnisses unterliegen [die Gesellschafter] der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht schließt gegenüber der Gesellschaft die Pflicht ein, deren Interessen wahrzunehmen und gesellschaftsschädigende Handlungen zu unterlassen [...]. Gegenüber den einzelnen Mitgesellschaftern gebietet sie, in dem durch den Gesellschaftszweck vorgegebenen mitgliedschaftlichen Bereich bei der Verfolgung der eigenen Interessen an der Beteiligung auf die Belange der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen.

[17] Nach diesen Grundsätzen [haben] die Gesellschafter der Neu-GbR mit dem von ihnen unter Ausschluss der übrigen Gesellschafter der Alt-GbR verfolgten und umgesetzten Sanierungsplan die gesellschaftlicherliche Treuepflicht nicht nur gegenüber der Alt-GbR, sondern auch gegenüber ihren Mitgesellschaftern verletzt [...]. Die Gründung einer neuen Gesellschaft durch die Gesellschafter einer bestehenden Gesellschaft, die denselben Zweck wie die Altgesellschaft verfolgt, ist regelmäßig als treuwidrig zu beurteilen, wenn sie nicht mit Billigung aller Altgesellschafter geschieht.

- **LG Frankfurt ZIP 2013, 1720 (Beschränkung materieller Ansprüche):**
Der Gewinnauszahlungsanspruch eines Kommanditisten kann nach § 169 Abs. 1 HGB durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht begrenzt sein. [...] Diese Pflicht kann soweit reichen, dass Gewinnansprüche nicht nur gestundet werden müssen, sondern auch zeitweise auf sie verzichtet wird [...]
- **LG Frankfurt ZIP 2013, 1831 (Unterlassen von Insolvenzantrag und Plan):**
Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens [hat] nicht zu einer Zäsur geführt, die die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen aufgrund gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten unterbinden würde. Eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bei der Einleitung eines Insolvenzverfahrens kann nicht durch Betreiben eines rechtstaatlichen Verfahrens, wie dem Insolvenzverfahren, „reingewaschen“ werden.
Weder das Obstruktionsverbot des § 245 InsO noch die Regelungen über das Stimmrecht der Anteilseigner in § 238a InsO stehen einer Untersagung der Stimmabgabe für einen Insolvenzplan gegenüber einem Anteilseigner-Gruppenmitglied, das seine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verletzt hat, entgegen.
- **OLG Frankfurt ZIP 2013, 2018 (Verfahrenskonzentration):**
Mit den insolvenzplanrechtlichen Regelungen der Insolvenzordnung ist es nicht vereinbar, es einzelnen Beteiligten zu gestatten, außerhalb des Insolvenzverfahrens Entscheidungen anderer Gerichte zu erwirken, in denen diese selbstständig bestimmte Vorfragen, deren Beantwortung in die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts fällt [...] zu klären.

Treuepflichten – Diskussion wie vor ESUG nur andersherum?

- Rückblick: Reformdiskussion ESUG
 - Ausgangspunkt: **Minderheitsgesellschafter** schulden aus ihrer Treuepflicht („Sanieren oder Ausscheiden“) sanierungsbedingte Eingriffe in ihre Gesellschafterrechte hinzunehmen
 - Ziel: Verfahrensmäßige Durchsetzung dieser Treuepflicht in einem Insolvenzverfahren
 - Mittel: Zwangseingriffe in Gesellschafterrechte in der Insolvenz
- Heute: Diskussion des ESUG
Berücksichtigung der Treuepflichten des **Mehrheitsgesellschafters** im Insolvenzverfahren

- I. Einleitung (zur Treuepflicht)
- II. Zäsur durch Verfahrenseröffnung wegen Insolvenzgrunds
- III. Abhängige Stellung des Gesellschafters
- IV. Phase 1: Treuepflicht bis zur Eröffnung
- V. Phase 2: Treuepflicht im (Plan-)Verfahren

1. Im Insolvenzverfahren selbst (an dem Schuldner und Gläubiger beteiligt sind) ist kein Raum für gesellschaftsrechtliche Treuepflichten; der Gesellschafter nimmt am Verfahren als nachrangiger Gläubiger teil (§§ 226, 238a, 251 InsO).
2. Dem Gesellschaftsrecht einschl. Treuepflichten unterliegt die Organisation, wie der Schuldner seine Verfahrensbefugnisse innerhalb des Insolvenzverfahrens (§§ 13, 212, 218 InsO) wahrnimmt.
3. Minderheitsgesellschafter können vor Streitgericht während, aber außerhalb des Insolvenzverfahrens eine Verletzung des Gesellschaftsrechts nicht nur auf Sekundärebene (Schadensersatz), sondern auch auf Primärebene etwa mit dem Ziel Antragsrücknahme oder Einstellungsantrag geltend machen, weil das Gesellschaftsrecht nicht Gegenstand der insolvenzgerichtlichen Prüfung ist.

- Vorher:
 - Gesellschaftszweck
 - Gesellschaftsrechtliche Organisationsordnung
 - Einzelzwangsvollstreckung (Prioritätsprinzip)
- Nachher:
 - Zweck: Gläubigerbefriedigung
 - Kennzeichen
 - Zugriff auf Vermögen (Masse, §§ 80, 35 f. InsO)
 - Fortführung oder Stilllegung des Unternehmen (§ 157 Satz 1 InsO)
 - Auflösung des Unternehmensträgers (z.B. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG)
 - Liquidation
 - Fortsetzungsperspektive durch Insolvenzplan (§ 225a InsO)
 - Charakterisierung
 - Nicht nur Gesamtvollstreckung,
 - sondern auch gesellschaftsrechtliche Abwicklung nach insolvenzrechtlichen Vorgaben.

Schritte der gerichtlichen Entscheidung über den Insolvenzgrund

- Eröffnung wegen Eröffnungsgrunds
 - Zulassungsverfahren
(Zulässigkeit des Antrags, BGHZ 153, 205, 208)
 - Eröffnungsverfahren
(§ 5 Abs. 1 InsO: Amtsermittlung)
 - Eröffnungsbeschluss
 - Beschwerdeverfahren (BGHZ 169, 17)
- Einstellung nach § 212 InsO
wegen „Wegfalls“ des Eröffnungsgrunds

III. Abhängige Stellung des Gesellschafters

- Vermögensrechte
 - Anspruch auf Bilanzgewinn
 - Bezugsrecht
 - Teilnahme am Liquidationserlös
- Verwaltungsrechte
 - Teilnahme an Gesellschafterversammlung
 - Auskunfts- und Einsichtsrechte
 - Stimmrecht
 - Anfechtungsbefugnis

Die Schwäche der Stellung des Gesellschafters beruht auf deren Abhängigkeit von der Gesellschaft.

- Die Mitgliedschaftsrechte des Gesellschafters erfordern den Fortbestand der Gesellschaft.
- Akteur im Außenverhältnis ist im materiell-rechtlichen Rechtsverkehr, aber auch prozessual (Insolvenzverfahren) die Gesellschaft (= Schuldner), nicht die Gesellschafter.

Insolvenzbedingter Verlust des Geschäftsanteils

- Kein Zugriff auf Geschäftsanteil
 - Kein Massebestandteil, daher keine Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters aus §§ 80, 35 f. InsO.
 - Keine Haftung des Gesellschafters mit Geschäftsanteil (vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG) abseits von § 128 HGB, § 93 InsO.
- Folge der Ausgestaltung der insolvenzbedingten Liquidation des Schuldners, weil Gesellschafterstellung vom Fortbestand der Gesellschaft sowie Unterlassen einer Kapitalherabsetzung (etc.) abhängig ist.
 - Vermögensrechte: Liquidation belässt Gesellschafter allein den Überschuss (§ 72 GmbHG, § 199 Satz 2 InsO).
 - Verwaltungsrechte:
 - Während Entscheidung über Auflösung grds. bei den Gesellschaftern liegt, führt Insolvenzeröffnung unabhängig davon zur Auflösung,
 - Insolvenzzweck lässt keinen Raum für Entscheidungskompetenz der Gesellschafter.

Akteur im Insolvenzverfahren ist Gesellschaft (Schuldner)

- Insolvenzantrag
§§ 13, 15 InsO
- Beschwerde gegen Eröffnungsbeschluss
§ 34 Abs. 2 InsO
- Planinitiative
§ 218 Abs. 1 InsO
- Einstellung wegen „Wegfalls“ des Eröffnungsgrunds
§ 212 InsO

typisch BT-Drucks. 12/7302, S. 181: „Die Antragsberechtigung bei der Einstellung wegen Wegfalls des Eröffnungsgrundes wird **zur Verfahrensvereinfachung** auf den Schuldner beschränkt.“

Jüngst: Ausnahme bei § 64 InsO

- § 64 Abs. 3 Satz 1 InsO: Gegen den Beschluss steht dem Verwalter, dem Schuldner und jedem Insolvenzgläubiger die sofortige Beschwerde zu.
- BGH, Beschl. v. 20.2.2014 - IX ZB 32/12:
 - [Ls] Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin sind zur Beschwerde gegen die Festsetzung der Vergütung des Insolvenzverwalters befugt, wenn die Höhe der Festsetzung ihr Recht auf eine Teilhabe an einem Überschuss beeinträchtigen kann.
 - [10] Auf die sich aus dem Gesetz ergebende Beschwerdeberechtigung der Schuldnerin brauchen sich deren Gesellschafter im Falle eines möglichen Überschusses entgegen der Ansicht des weiteren Beteiligten zu 1 nicht verweisen zu lassen, weil der Anspruch auf einen Anteil am Überschuss nach § 199 Satz 2 InsO den an der Schuldnerin beteiligten Personen selbst und nicht der Schuldnerin zusteht.
- Diese unmittelbare Beteiligung trägt der Betroffenheit des Gesellschafters als nach-nachrangigem (Liquidationserlös-)Gläubiger Rechnung.

IV. Phase 1: Treuepflicht bis zur Eröffnung

- Treuepflichten im vorinsolvenzlichen Bereich:
Abstimmung von Sanierungsbemühungen
- Pflichtenbindung des Geschäftsführers, Insolvenzantrag zu stellen:
 - Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung, §§ 17, 19 InsO:
Insolvenzantragspflicht, freilich Dreiwochenfrist, § 15a InsO
 - Drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO:
Kein Raum neben Überschuldung wegen Maßgeblichkeit der liquiditätsbasierten Fortführungsprognose
 - Ohne Insolvenzgrund ist Antrag verboten.
- Berücksichtigung von Gesellschafterforderungen
 - Diskussion zu § 64 S. 3 GmbHG (BGHZ 195, 42)
 - Treuepflicht als Durchsetzungssperre (LG Frankfurt)?
 - Verpflichtung zum Rangrücktritt als ganz enger Ausnahmefall,
 - Aufwertung der Alternative Insolvenzplansanierung durch ESUG.

- Zulassungsverfahren
 - Vertretung bei Antrag
 - §§ 15, 18 Abs. 3 InsO sind abschließend.
 - Keine Prüfung auf gesellschaftsinterne Erfordernisse, str.
 - (Erkennbarer) Rechtsmissbrauch
 - Insolvenzverfahren dient der Gläubigerbefriedigung (§ 1 InsO)
 - Missbräuchlich sind Schuldneranträge, die
 - objektiv nicht zur Erreichung dieses Ziels geboten sind (Insolvenzgrund) und
 - subjektiv andere Zwecke verfolgen.
- Eröffnungsverfahren

Prüfung des Insolvenzgrunds im Hinblick auf Zeitpunkt der Eröffnung (BGHZ 169, 17)

- Gegenüber Insolvenzgericht
 - Stellungnahme im Eröffnungsverfahren
 - Zwar hat Gericht trotz Art. 103 Abs. 1 GG nicht anzuhören, weil Gesellschafter nur im abhängigen Rechtsverhältnis berührt,
 - wegen Amtsermittlung (§ 5 Abs. 1 InsO) ist Stellungnahme aber zu berücksichtigen.
 - Kein Beschwerderecht, § 34 Abs. 2 InsO
 - § 321a ZPO taugt nur zur Rüge eines Gehörsverstoßes, der mangels Anhörungspflicht selten vorliegen wird.
 - Kein Antrag nach § 212 InsO auf Einstellung
- Gegenüber Geschäftsführer/Schuldner (Streitgericht)
 - Sekundärebene: Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB gegen Geschäftsführer und Teilnehmer (§ 830 BGB) wegen missbräuchlichen Insolvenzantrags
 - Primärebene (bei Fehlen eines Insolvenzgrunds): Anträge auf
 - Rücknahme des Insolvenzantrags
 - Antrag auf Einstellung nach § 212 InsO

- Der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann gestellt werden, wenn dem FA ein Anspruch zusteht, der ihm im Insolvenzverfahren die Stellung eines Insolvenzgläubigers vermittelt, und wenn ein Insolvenzgrund vorliegt. Positiver Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse bedarf es nicht. Allerdings darf ein solcher Antrag nicht rechtsmissbräuchlich und aus sachfremden Erwägungen gestellt werden. Dies ist z.B. dann anzunehmen, wenn das FA lediglich die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Vollstreckungsschuldners bezweckt (Senatsbeschluss vom 23. Juli 1985 VII B 29/85, BFH/NV 1986, 41).
- Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) handelt es sich bei dem durch das FA gestellten Insolvenzantrag nicht um einen Verwaltungsakt (Beermann in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 251 AO Rz 107), so dass als vorläufiger Rechtsschutz eine einstweilige Anordnung nach § 114 FGO in Betracht kommt (zur Konkursordnung vgl. Senatsbeschluss vom 26. April 1988 VII B 176/87, BFH/NV 1988, 762).

V. Phase 2: Treuepflicht im (Plan-)Verfahren

Stationen zum Insolvenzplan nach Eröffnung

- Prämisse: Insolvenzgrund ist gegeben.
- (Beabsichtigter) Charakter: schleuniges, effektives Verfahren.
- Stationen:
 - Planvorlage (Initiativrecht: Schuldner und Insolvenzverwalter/Sachwalter, §§ 218, 284 InsO)
 - Vorprüfung durch das Insolvenzgericht (§ 231 InsO)
 - Niederlegung des Plans ggf. samt Stellungnahmen
 - Erörterung und Abstimmung
 - Planbestätigung
 - ggf. Zustimmungsersetzung, § 245 InsO
 - Amtsprüfung, § 250 InsO
 - Antragsprüfung zwecks Minderheitenschutz, § 251 InsO
 - Beschwerde gegen Planbestätigung, § 253 InsO

Gesellschaftsrechtlich zulässige Maßnahmen, § 225a Abs. 3 InsO

- Maßnahmen
 - Beispiele des Abs. 2: DES, Kapitalmaßnahmen, Leistung von Sacheinlagen, Ausschluss von Bezugsrechten oder Zahlung von Abfindungen an ausscheidende Anteilsinhaber,
 - Beispiele des Abs. 3: Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft, Übertragung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten,
 - generell: Beachtung des numerus clausus.
- Voraussetzungen (Insolvenz- statt Gesellschaftsrecht)
 - Formelle Anforderungen: Plan
 - Gläubiger- statt Gesellschafterversammlung
 - Abstimmung in einer Gruppe ohne Vorzugsrechte, §§ 222, 238a InsO

- Schutzausprägungen
 - Gleiche Rechte in jeder Gruppe, § 226 InsO
 - Erforderliche Abstimmungsmehrheiten, § 244 Abs. 3 InsO
 - Minderheitenschutz, § 251 InsO
 - Angemessene Beteiligung der Gruppe am Planmehrwert, § 245 Abs. 3 InsO
- Wertbezogenes Schutzkonzept:
 - Beteiligung als „Gläubigergruppe“, § 222 Abs. 1 Nr. 4 InsO
 - Abfindung nach Liquidationswert, § 225a Abs. 5 InsO
 - Maßstab bei Obstruktionsverbot ist Liquidation ohne Plan, § 245 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 InsO
 - Maßstab bei Minderheitenschutz ist Liquidation ohne Plan, § 251 Abs. 1 und 3 InsO
 - Maßstab bei Planbeschwerde ist Liquidation ohne Plan, § 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO

- Gläubigerbefriedigung als Zweck des Insolvenzverfahrens bestimmt nicht nur gesamtvollstreckungsrechtliche Abwicklung des Vermögens, sondern auch Liquidation/Fortsetzung des Unternehmensträgers.
- Liquidationswertbezogenes Schutzkonzept trägt dem Beschleunigungsgebot des Planverfahrens Rechnung, während Berücksichtigung von Alternativplänen („Erforderlichkeitsprüfung“) Verfahren aufblähen würde.
- Missbrauchseinwand ist durch Insolvenzgrund entkräftet.
- Gläubigerbefriedigung darf durch Gesellschafterkontroverse keinen Schaden nehmen.
- Regelungsdichte des Planverfahrens lässt für Treuepflicht keinen Raum.

- Gegenüber Insolvenzgericht
 - Teilnahme an Abstimmung
 - Antrag auf Minderheitenschutz
 - Rechtsmittel gegen Bestätigung
- Gegenüber Geschäftsführer/Schuldner (Streitgericht)
 - Sekundärebene: Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB gegen Geschäftsführer und Teilnehmer (§ 830 BGB) wegen missbräuchlichen Insolvenzantrags/Insolvenzplans.
 - Primärebene: Antrag auf Vorlage abweichenden Plans.
 - Keine Einwirkung auf Stimmverhalten wegen Vorrangs des Insolvenzrechts (OLG Frankfurt).

1. Im Insolvenzverfahren selbst (an dem Schuldner und Gläubiger beteiligt sind) ist kein Raum für gesellschaftsrechtliche Treuepflichten; der Gesellschafter nimmt am Verfahren als nachrangiger Gläubiger teil (§§ 226, 238a, 251 InsO).
2. Dem Gesellschaftsrecht einschl. Treuepflichten unterliegt die Organisation, wie der Schuldner seine Verfahrensbefugnisse innerhalb des Insolvenzverfahrens (§§ 13, 212, 218 InsO) wahrnimmt.
3. Minderheitsgesellschafter können vor Streitgericht während, aber außerhalb des Insolvenzverfahrens eine Verletzung des Gesellschaftsrechts nicht nur auf Sekundärebene (Schadensersatz), sondern auch auf Primärebene etwa mit dem Ziel Antragsrücknahme oder Einstellungsantrag geltend machen, weil das Gesellschaftsrecht nicht Gegenstand der insolvenzgerichtlichen Prüfung ist.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Florian Jacoby

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Zivilverfahrens-, Insolvenz- und
Gesellschaftsrecht,

Universität Bielefeld
Universitätsstr. 25 33615 Bielefeld

florian.jacoby@uni-bielefeld.de
www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/