

ZInsO-Aufsätze

Die Einbeziehung der Anteilseigner in den Insolvenzplan nach ESUG

Muster-Arbeitshilfen für Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung

von Richter am Amtsgericht Martin Horstkotte und Rechtsanwalt Torsten Martini, Berlin*

Mit Wirkung zum 1.3.2012 sind dank des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen Kapitalmaßnahmen nunmehr auch unmittelbar im Insolvenzplan möglich.¹ Die wegen der bisher fehlenden Möglichkeit der Einbeziehung der Anteilseigner in die Sanierung durch Insolvenzplan notwendige Verknüpfung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen mit dem Insolvenzplan durch Bedingungen entfällt weitestgehend. Diese Verknüpfung scheint in wenigen neuen Vorschriften der InsO erfolgreich umgesetzt worden zu sein. Die Vorschrift über die Gruppenbildung in § 222 enthält für die Anteilseigner in Nr. 4 eine Regelung für die am Schuldner beteiligten Personen. Der neue § 225a regelt, dass, wie und mit welchen Folgen sie beteiligt werden können. § 254 Abs. 2 suspendiert außerhalb des Insolvenzverfahrens geltende Formvorschriften und räumt dem Insolvenzverwalter Befugnisse ein, die außerhalb der Insolvenz den Organen der Gesellschaft zustünden. Also ist anscheinend alles ganz klar. Doch die Tücken, die Auslegungsnotwendigkeit der neuen Vorschriften der InsO zeigen sich in praxi, nämlich dann, wenn man versucht, einen Insolvenzplan (mit Debt-Equity-Swap) nebst dazugehörigen Anmeldungen zum handelsregisterlichen Vollzug nach neuem Recht tatsächlich aufzustellen. Dies soll nachstehend als Arbeitshilfe – ähnlich der Formulierungsvorschläge, wie sie aus den einschlägigen Vertragshandbüchern bekannt sind – versucht werden, und zwar anhand zweier fiktiver Beispiele.

A. Beispiel 1: „Aus Schulden werden Aktien“

Szenario:

Schuldnerin ist die Y-AG mit einem Grundkapital von 10 Mio. €, zerlegt in 10 Mio. Stückaktien als Namensaktien, die sich zumeist im Streubesitz befinden. Sie ist nicht am geregelten Markt notiert; ihre Aktien werden im Freiverkehr gehandelt. Die letzte Handelsbilanz weist einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 9 Mio. € aus. Gewinn-, Kapital- und gesetzliche Rücklagen sind vollständig aufgelöst; ein Gewinnvortrag ist nicht vorhanden. Ihre Hausbank, die X-Bank AG, verfügt über einen Darlehens-

rückgewähranspruch i.H.v. 10 Mio. € inklusive aufgelaufener Zinsen. Im Rahmen eines Kaptalschnitts, also nach vorgängiger Kapitalherabsetzung in vereinfachter Form auf 0 € soll durch eine Kombination von Kapitalerhöhung gegen Bar- und Sacheinlagen (Letzteres im Rahmen eines Debt-Equity-Swaps) das Grundkapital wieder auf 10 Mio. € erhöht werden, wobei allein die X-Bank AG zur Zeichnung junger Aktien zugelassen wird. Die im Rahmen des Debt-Equity-Swaps durch die X-Bank AG zu erbringende Sacheinlage erfolgt gegen Erlass eines darlehensrechtlichen Rückgewähranspruchs i.H.v. 10 Mio. €. Der korrespondierende Einbringungswert wird mit 7 Mio. € angenommen.

Musterinsolvenzplan „Y AG“ Planverfasser: Insolvenzverwalter Rechtsanwalt Jürgen Meier, Musterstadt

Plangliederung

I. Darstellender Teil

1. Übersicht

- a) Plankonzept
- b) Zahlen/Daten/Anschriften

2. Sanierungskonzept

- a) Kurzbeschreibung des Unternehmens
- b) Bisherige Maßnahmen
- c) Geplante Maßnahmen
- d) Plan
- e) Risiken

* Der Autor *Martin Horstkotte* ist RiAG Berlin-Charlottenburg und dort für Insolvenz- und Handelsregistersachen zuständig. Der Autor *Torsten Martini* ist FAInsR und Insolvenzverwalter und Partner der Sozietät LEONHARDT in Berlin.

¹ Hierzu jüngst eingehend *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121; *Weber/Schneider*, ZInsO 2012, 369; allgemein *Rattunde*, AnwBl. 2012, 144.

3. Gläubiger

a) Einteilung der Gruppen

aa) Gruppe 1

bb) Gruppe 2

cc) Gruppe 3

dd) Gruppe 4

b) Änderung der Beteiligtenrechte

c) Quote bei Zerschlagung

d) Planerfüllung

II. Gestaltender Teil

III. Zusammenfassung des wesentlichen Inhalts (§ 235 InsO)

IV. Plananlagen²

I. Darstellender Teil³

1. Übersicht⁴

a) Plankonzept⁵

Der Insolvenzverwalter der Y AG legt im Auftrag der Gläubigerversammlung einen Insolvenzplan vor,⁶ der zur Vollbeendigung des Insolvenzverfahrens bei Fortführung der AG führen soll. Teil des Sanierungskonzepts ist eine teilweise Umwandlung eines Darlehensrückgewährungsanspruchs der X-Bank i.H.v. 10 Mio. € in Anteile an der Schuldnerin im Wege eines Debt-Equity-Swaps.

Die Schuldnerin ist ein Vertriebsunternehmen der Papierindustrie, deren Rechtsvorgängerin seit Ende des 19. Jahrhunderts in Deutschland tätig ist. Sie genießt in der Branche einen ausgezeichneten Ruf und ist für Handel und Lieferanten ein verlässlicher Partner im Bereich des Vertriebs von Papier- und Celluloseware im Bereich away from home. Es bestehen Bezugsverträge mit zahlreichen großen deutschen und internationalen Handelsunternehmen. Die Hauptmarke ist seit den 1950er Jahren in Deutschland eingeführt. Der Schwerpunkt liegt heute, konsequent für das margenschwache Tissuegeschäft, im Vertrieb von Handelsmarken, die ca. 80 % des Umsatzes ausmachen. Der Rest verteilt sich auf die eigenen Marken sowie Auftragsfertigung für Mitbewerber.

Durch den ausgezeichneten Ruf der Gesellschaft innerhalb und außerhalb Deutschlands ist der Konzern wertvoller als die Summe seiner Teile, sodass eine Zerschlagung für die Gläubiger schädlich wäre.

Das Unternehmen ist wesentlich fremdkapitalfinanziert. Durch notwendige Abschreibungen trat eine Überschuldungssituation ein. Das Anlagevermögen – ein Maschinenpark – hat noch einen Wert von 3 Mio. € unter Fortführungsgesichtspunkten. Unter Liquidationsgesichtspunkten ist es weit weniger wert: Die speziell für die Schuldnerin konfektionierten Produktionsanlagen für Toilettenpapier, Küchenrollen und Servietten müssten auseinandergebaut, ihre Einzelteile verkauft werden. Sie sind in der vorhandenen Form für Mitbewerber kaum brauchbar.⁷ Die X-Bank als Hausbank hat eine Darlehensforderung über 10 Mio. € fällig gestellt. Die letzte Handelsbilanz weist einen durch das Eigenkapital nicht gedeckten Fehlbetrag von 9 Mio. € auf. Die Rücklagen sind aufgelöst. Ein Gewinnvortrag ist nicht vorhanden. Das operative Geschäft ist profitabel, jedoch nicht in der Lage, die Fremdkapitalzinsen in gegenwärtiger Höhe abzuwerfen.

Werden die Forderungen der Bank auf einen Betrag gesenkt, der unter dem Vermögenswert liegt, ist eine Sanierung möglich und die AG ist bilanziell saniert. Die X-Bank soll im Wege eines Debt-Equity-Swaps nach Kapitalschnitt an

2 Zum dokumentierenden Teil des Insolvenzplans und den einzelnen Plananlagen gem. § 229 InsO vgl. *Smid/Rattunde*, Der Insolvenzplan, 2. Aufl. 2005, Rn. 5.83 ff. (im Folgenden *Smid/Rattunde*; 3. Aufl. als *Smid/Rattunde/Martini* in Vorbereitung, erscheint voraussichtlich Juni 2012).

3 Der darstellende Teil des Insolvenzplans (§ 220 InsO) hat die Aufgabe, die Voraussetzungen zu erläutern, unter denen die Krise und die beabsichtigte Sanierung des Gemeinschuldners stehen.

4 Der darstellende Teil des Insolvenzplans sieht zunächst einen Überblick über das Plankonzept, eine Beschreibung des Unternehmens und seiner wirtschaftlichen und steuerlichen Verhältnisse vor, vgl. *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 5.14 ff.

5 Der notwendige Inhalt des darstellenden Teils ergibt sich aus § 220 Abs. 1 InsO, der „Soll“-Inhalt aus § 220 Abs. 2 InsO. Im Sinne der Gläubigerakzeptanz empfiehlt es sich, die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens kurz darzustellen. Ebenso sollte das Sanierungskonzept bereits in einigen Sätzen Gegenstand des darstellenden Teils sein, um dem Leser einen „roten Faden“ für die nicht immer spannungsgeladene Lektüre des darstellenden Teils an die Hand zu geben.

6 Zur Planvorlageberechtigung des Insolvenzverwalters *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 3.5.

7 Daher wird später im Rahmen des Überschuldungsstatus unter Liquidationsgesichtspunkten von einem Wert von 100.000 € ausgegangen.

dem Unternehmen beteiligt werden. Das Kapital soll auf „Null“ vereinfacht herabgesetzt werden. Sodann soll das Kapital unter Ausschluss des Bezugsrechts der Altaktionäre wiederum auf 10 Mio. € Grundkapital erhöht werden. Davon soll die X-Bank 10 Mio. € im Wege der Sacheinlage (nämlich durch Einbringung ihrer mit 7 Mio. € bewerteten Darlehensforderung mit einem Nominalwert von 10 Mio. € und weitere 3 Mio. € gegen Bareinlage mit einem Aufgeld von 100 %) erbringen. Die Forderungen der übrigen Gläubiger – rd. 2 Mio. € – sollen aus den wieder vorhandenen liquiden Mitteln quotal befriedigt werden. Die Insolvenzsituation wird beseitigt, die AG kann als saniert weiter am Markt tätig sein.

b) Zahlen/Daten/Anschriften⁸

Handelsregister:	AG C, HRB 12345
Grundkapital:	10 Mio. €
Börse:	keine Notierung am geregelten Markt – Freiverkehr
Aktionäre:	10 Mio. Stückaktien als Namensaktien, im Wesentlichen Streubesitz
Vorstände:	gegenwärtig:
	Peter Becker
	Dr. Stefan Schwarz (Sprecher)
	Christian Hansen, Finanzen
Prokura:	./.
Aufsichtsrat:	gegenwärtig noch A, B und C
	Vorgeschlagen zur Neubestellung:
	D, Bankdirektor in B
	E, Investmentbanker in K
	F, Ingenieur in D
Buchführung:	selbst, SAP R3
Steuerberater:	Schnell Steuerberatungsgesellschaft mbH, Musterstadt
Wirtschaftsprüfer:	Präzis Wirtschaftsprüfungs AG, Musterstadt
Umsatz:	ca. 5 Mio. € p.a.
Finanzamt:	Finanzamt für Körperschaften I, C..., St.-Nr. 27/048/09158
Sanierungsberater:	(bis zur Insolvenz) Sanierungsspezialist-GmbH
Arbeitnehmer:	23; kein Betriebsrat, keine Vertreter im Aufsichtsrat
Anschrift:	Blumenstraße 1, 10789 Musterstadt
Telefon:	030/...
Insolvenzverwalter:	Rechtsanwalt Jürgen Meier
Verwalterkonto:	Musterstädter Bank AG

2. Sanierungskonzept⁹

a) Kurzbeschreibung des Unternehmens¹⁰

Die Anfänge des Konzerns reichen bis in das Jahr 1889 zurück ...

b) Bisherige Maßnahmen¹¹

Zu Beginn des Planverfahrens fand der Verwalter die X-Bank als Hausbank vor, bestrebt, sich wegen ihrer Kreditforderungen zu befriedigen. Da die Zerschlagung keine realistische Handlungsalternative war (zu vernachlässigender

⁸ Fakultativer Inhalt nach § 220 Abs. 2 InsO.

⁹ Die Darstellung des Sanierungskonzepts sollte Angaben zur bisherigen Entwicklung des Unternehmens, zu den Ursachen der Insolvenz und zu den Maßnahmen, die zur Sanierung des Unternehmens erforderlich sind – bisherige und geplante Maßnahmen – enthalten.

¹⁰ Die Kurzbeschreibung des Unternehmens zeigt den historischen Werdegang und auch die Ursachen der Insolvenz auf, näher *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 5.19. Zwingend ist dies alles nicht. Für den von der Insolvenz Betroffenen, auch für denjenigen, der bisher keine oder wenige Berührungspunkte mit dem Unternehmen hatte, ist es aber wichtig, zu wissen, wie es zur Insolvenz gekommen ist und was geplant ist, Stichwort „positives Insolvenzklimate“.

¹¹ Die Unterteilung der Sanierungsmaßnahmen in „bisherige“ und „geplante“ empfiehlt der IDW-Standard S 6, näher *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 5.24. Sanierungsmaßnahmen sind nach autonomen (*Smid/Rattunde* [Fn. 2], Rn. 5.25 ff.), d.h. solche ohne Hilfsmittel des Insolvenzrechts, und heteronomen (*Smid/Rattunde* [Fn. 2], Rn. 5.33 ff.), also spezifisch insolvenzrechtlichen, zu differenzieren. Letztere stellen das Kernstück des betreffenden darstellenden Teils des Insolvenzplans dar, vgl. *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 5.34. Dieser Insolvenzplan sieht nur finanzwirtschaftliche Maßnahmen vor, gleichwohl das Unternehmen leistungswirtschaftliche Schwächen aufweist. Die leistungswirtschaftliche Sanierung wäre in diesem Beispielfall Sache des Unternehmens nach erfolgreicher Beendigung des Insolvenzverfahrens. Optimalerweise nutzt man die Gunst der Stunde zur Umsetzung auch leistungswirtschaftlicher Maßnahmen, s. hierzu auch Beispiel 2.

Zerschlagungswert des Werks bzw. seiner Teile, Vernichtung des good will, Marktsättigung), begann der Insolvenzverwalter sofort mit der Suche nach Investoren¹² und stellte fest, dass Interessenten vorhanden sind. Die Suche ist nicht abgeschlossen. Der Insolvenzplan kann gleichwohl vorgelegt werden, da er auch ohne einen Investor zur bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger führt. Dem Planverfasser als (vorläufigem) Insolvenzverwalter des Konzerns ist es im Wesentlichen gelungen, den Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten.¹³ Hier befand er sich mit dem Management und der Belegschaft sowie den Gläubigern im Konsens.¹⁴

c) Geplante Maßnahmen

Nachdem die InsO nunmehr seit dem 1.3.2012 Kapitalmaßnahmen auch innerhalb des Insolvenzplans zulässt, sieht dieser einen Debt-Equity-Swap vor.^{15, 16}

d) Plan

Die bilanzielle Sanierung der AG soll durch eine Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital erfolgen. Zur bilanziellen Sanierung reicht es aus, das Fremdkapital der Bank im Wesentlichen zu Grundkapital zu machen und aus den im Wege der Bareinlage mit Aufgeld aufzubringenden Mitteln die übrigen Gläubiger quotal zu befriedigen. Der Rest verbleibt bei der Gesellschaft. Er wird auch benötigt, da ihre Liquidität aufgebraucht ist.

Da die übrigen Gläubiger der AG zur endgültigen Befriedigung aus dem dann vorhandenen liquiden Vermögen eine Quote erhalten (und auf den Rest verzichten) sind bei Rechtskraft des Plans und seiner Erfüllung bilanzielle und rechnerische Überschuldung beseitigt und – da die „nachgeschossenen Gelder“ hierfür nur teilweise benötigt werden – die Zahlungsfähigkeit wieder hergestellt, sodass das Insolvenzverfahren aufgehoben werden kann.

e) Risiken¹⁷

Folgende Risiken, die zum Scheitern des Plans führen können, bestehen insbesondere in steuerlicher Hinsicht ...¹⁸

3. Gläubiger¹⁹

a) Einteilung der Gruppen^{20, 21}

Der Verfasser des Plans folgt bei der Abgrenzung der Beteiligtengruppen²² zunächst der Einteilung im Gesetz. § 222 InsO sieht vor, dass Gruppen gebildet werden sollen für absonderungsberechtigte Gläubiger, wenn in deren Rechte eingegriffen wird (§ 222 Abs. 1 Nr. 1 InsO),²³ für Arbeitnehmer (§ 222 Abs. 3 InsO) und für sonstige nicht nachrangige (Klein-)Gläubiger (§ 222 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 InsO)²⁴ und – wenn in deren Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte eingegriffen wird – für die am Schuldner beteiligten Personen.

12 Die Investorenauswahl ist typische Sanierungsmaßnahme, s. *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 5.33.

13 Zum Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters bei gegenseitigen nicht erfüllten Verträgen vgl. *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 5.37 ff.

14 Stichwort „positives Insolvenzklima“.

15 Es ist eine Binsenweisheit, dass all dies nach bisheriger Rechtslage wesentlich komplizierter gewesen wäre. Der Insolvenzverwalter hätte im Vorgriff auf den Insolvenzplan Maßnahmen auf Gesellschaftsebene vorbereiten müssen, ohne dass klar sein konnte, ob diese jemals umgesetzt werden können, weil der Erfolg des Plans offen ist. So ist z.B. schon zweifelhaft, ob der Insolvenzverwalter Gelder für Hauptversammlungen und deren Vorbereitungen aus der Masse bestreiten durfte, wenn nicht feststeht, dass die Gläubiger und die Gesellschaft sein Sanierungskonzept mittragen. Es musste also mit Bedingungen gearbeitet werden, um Gesellschafts- und Insolvenzrecht zu verknüpfen, was auf beiden Seiten häufig zu vertaner Arbeit führte, wenn die beabsichtigten Ergebnisse nicht eintraten und es dann doch zur Zerschlagung oder bestenfalls übertragenden Sanierung kam.

16 Eingehend zum Debt-Equity-Swap im Insolvenzplan nach ESUG *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121.

17 Die Bewertung der Sanierungsfähigkeit des Schuldners und der Tauglichkeit einzelner Sanierungsmaßnahmen beinhaltet auch, mögliche Risiken aufzuzeigen, die zum Scheitern des Plans führen können, *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 5.58 ff.

18 Hier ist insbesondere auf die steuerrechtliche Problematik des Sanierungsgewinns einzugehen. Das ESUG hat das Problem nicht gelöst, was bisweilen als wesentlicher Makel des „neuen Insolvenzrechts“ angesehen wird. Zur steuerrechtlichen Problematik des Sanierungsgewinns vgl. *Fritze*, in: *Rattunde* (Hrsg.), *Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung* (DStV e.V.), 2011, Rn. 1085. Es empfiehlt sich dringend, bereits den Planentwurf mit dem zuständigen Finanzamt vorab zu klären und möglichst eine verbindliche Auskunft der steuerlichen Auswirkungen des Plans zu erhalten. Gem. § 89 Abs. 2 AO besteht ein Rechtsanspruch auf eine verbindliche Auskunft des Fiskus zu den steuerlichen Auswirkungen eines konkreten Sachverhalts. Wesentliche Erleichterungen hat das ESUG demgegenüber in Bezug auf Akkordstörer gebracht, also diejenigen Gläubiger, die – ggf. um sich Sondervorteile zu verschaffen – durch Rechtsmittel gegen den Plan dessen Rechtskraft verhinderten, was früher durch den dadurch eintretenden Schwebezustand häufig zum faktischen Zusammenbruch führte, da ein Unternehmen sich nicht beliebig lange im Insolvenzverfahren weiterführen lässt (Vertrauensverlust, Schwierigkeiten in Bezug auf längere Vertragsverhältnisse). Diese Problematik ist nunmehr durch die Beschränkung des Minderheitenschutzes in § 251 InsO und der Rechtsmittel in § 253 InsO entschärft.

19 Der darstellende Teil des Insolvenzplans enthält Regelungen über die Einteilung der Gläubigergruppen, über die Änderung der Gläubigerrechte, die zu erwartende Quote im Zerschlagungsfall sowie über die Planerfüllung. Vgl. *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 7.1 ff.

20 Zur Funktion und zu den Maßstäben der Gruppeneinteilung *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 7.1 ff. und 7.9 ff.

21 Fehler bei der Gruppeneinteilung können nachhaltige Konsequenzen haben. Vgl. jetzt § 231 Abs. 1 Nr. 1 InsO; weiterführend *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 12.13 ff.

22 Früher war hier i.d.R. von „Gläubigergruppen“ die Rede. Das ist infolge der Einbeziehungsmöglichkeit der Shareholder nunmehr unpräzise. Stattdessen spricht auch das Gesetz konsequent nur noch von Beteiligten.

23 Zur Gruppenbildung von Absonderungsberechtigten vgl. *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 7.13 ff.

24 Zur Gruppe der Kleingläubiger *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 7.17 ff.

Der vorliegende Plan sieht eine Gruppe derjenigen Gläubiger vor, die sich an der Gesellschaft neu beteiligen (ergo die X-Bank): eine Gruppe der Kleingläubiger, eine Gruppe der sonstigen Gläubiger und eine Gruppe der Anteilsinhaber.²⁵ Eine Gruppe der nachrangigen Gläubiger entfällt, da diese Forderungen als erlassen gelten sollen, § 225 InsO.

aa) Gruppe 1

Besteht aus der X-Bank. Sie hat eine fällige Darlehensforderung von 10 Mio. €, die, bewertet mit 7 Mio. €, im Wege der Sacheinlage eingebracht werden soll. Die Bank übernimmt des Weiteren eine Bareinlage von 3 Mio. € mit einem Aufgeld von 100 %.²⁶

bb) Gruppe 2

Enthält alle übrigen nicht nachrangigen Verbindlichkeiten der Schuldnerin, soweit sie nicht in Gruppe 3 fallen. Sie erhalten eine Quote von 5 %. In der Summe geht der Planverfasser von Forderungen in dieser Gruppe von 1,95 Mio. € aus.²⁷

cc) Gruppe 3

Enthält die Gläubiger, die gemein haben, dass ihre Forderungen gegen die Schuldnerin jeweils nicht über 100 € betragen. Sie erhalten aus Gründen der Vereinfachung und weil Kleinstüberweisungen Kosten bei dem zu sanierenden Unternehmen verursachen, eine Quote von 95 %. In Gruppe 3 fallen auch Gläubiger, die nach dem Nominalwert ihrer Forderung an sich in Gruppe 2 fallen, aber vorab auf ihre Forderung insoweit verzichten, als dass diese sodann nur noch 100 € oder weniger beträgt.²⁸ In Summe geht der Planverfasser von Forderungen in dieser Gruppe von 50.000 € aus.

dd) Gruppe 4

Umfasst die Aktionäre der Schuldnerin. Ihre Anteile sind insolvenzbedingt wertlos.²⁹ Sie verlieren ihre Anteile durch die Kapitalherabsetzung „auf 0“ und werden zur Zeichnung der nach Kapitalerhöhung neu ausgegebenen Aktien nicht zugelassen.

b) Änderung der Beteiligtenrechte³⁰

Die Gläubiger der Gruppe 2 erhalten 5 % ihrer Forderungen, die Gläubiger der Gruppe 3 erhalten 95 %. Beide verzichten jeweils auf den Rest. Dies ist mehr als sie bei der Zerschlagung erhielten. Die Gläubigerin der Gruppe 1, die X-Bank, verzichtet auf ihre darlehensrechtliche Rückgewährforderung, wird Anteilseignerin und schießt im o.g. Umfang im Rahmen einer Kapitalerhöhung gegen Bareinlage mit Agio nach. Die Gruppe 4, die Aktionäre der Schuldnerin, erhalten nichts. Ihre Anteile sind insolvenzbedingt ohnehin wertlos.³¹

c) Quote bei Zerschlagung³²

Kein Beteiligter soll durch den Plan schlechtergestellt werden, als er ohne den Plan stünde, vgl. § 251 InsO. Dies wird durch den Verfasser nachgewiesen.³³ Zu diesem Zweck wird nachfolgend die Quote berechnet, die die Beteiligten erhielten, wenn ein Insolvenzplan nicht zustande käme. Für diesen Fall ist von einer Zerschlagung der AG auszugehen. Diese kann, für den konkreten Fall, nachfolgend bestimmt werden. Der Fortführungswert, den der Verfasser in seinem Bericht zur Gläubigerversammlung gesetzmäßig anzugeben hatte (§ 151 Abs. 2 Satz 1 InsO), steht naturgemäß für eine Ausschüttung an die Gläubiger nicht zur Verfügung, sondern stellt eine rechnerische Vergleichsgröße dar³⁴ Bei

25 Da in Absonderungsrechte nicht eingegriffen wird, erübrigt sich eine separate Gruppe.

26 Vor Inkrafttreten waren hier komplizierte Verknüpfungen der gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen mit den Maßnahmen des Insolvenzplans mit aufschiebenden Bedingungen notwendig, s. hierzu das Muster in *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Anh. 1 („Präsident AG“).

27 Das ESUG hat das Problem „vergessener“ Gläubiger nur teilweise gelöst. Während solche Gläubiger mit nicht unerheblichen Forderungen nach alter Rechtslage der Todesstoß beinahe jeden Plans waren (weil sie nach ganz h.M. die Quote erhielten, die sie erhalten hätten, wenn sie sich rechtzeitig gemeldet hätten), sieht das Gesetz nunmehr immerhin eine verkürzte Verjährungsfrist (§ 259b InsO) und einen Vollstreckungsschutz vor, wenn Zwangsvollstreckungen einzelner Gläubiger die Plandurchführung gefährden (§ 259a InsO).

28 Ansonsten würde nämlich ein Gläubiger mit einer Forderung von 101 € (Gruppe 2!) eine Quote von 5,05 € erhalten, während ein Gläubiger mit einer Forderung von 100 € (Gruppe 3!) eine Quote von 95 € erhalte.

29 Hierzu später im Einzelnen Fn. 47.

30 Zur Änderung von Gläubigerrechten, insbesondere zu Eingriffen in Rechte von Sicherungsgläubigern, vgl. allgemein *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 6.1 ff.

31 *Simon/Merkelbach* sprechen in diesem Zusammenhang in NZG 2012, 121 sehr plastisch von einem „insolvenzrechtlichen squeeze out“.

32 Zum Minderheitenschutz gem. § 251 InsO und zur gerichtlichen Prognose vgl. *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 15.1 ff.

33 Der Nachweis erfolgt – wenn nicht bereits im darstellenden Teil nachweisbar dargelegt – in Zweifelsfällen mittels eines durch Sachverständigengutachten belegten Vergleichs mit dem Zerschlagungsfall, vgl. auch *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 15.19. Dies ist die Achillesferse des Plans, s. nachfolgende Fußnote.

34 Hier ist im Einzelnen darzulegen, was die Beteiligten erhielten, käme es zur Regelabwicklung. Dies ist i.d.R. die Zerschlagung und nicht die Fortführung, da sich der Insolvenzverwalter ja ansonsten den beschwerlichen Weg der Planerstellung sparen und das Unternehmen b. a. W. fortführen könnte. I.d.R. wird aber zerschlagen. Kann nicht dargelegt werden, dass ein Beteiligter ohne Plan weniger oder bestenfalls das Gleiche erhalte, ist entweder das Einverständnis des Beteiligten beizubringen oder aber es ist von der Möglichkeit des § 251 Abs. 3 InsO Gebrauch zu machen. Das ESUG macht es dem Planverfasser jetzt wesentlich einfacher, da ein dissentierender Gläubiger nunmehr bereits im Abstimmungstermin *glaubhaft* machen muss, dass er durch den Plan voraussichtlich schlechtergestellt wird, § 251 Abs. 2 InsO. Weist der Plan hinsichtlich der Vergleichsrechnung keine groben handwerklichen Fehler auf, dürfte dies praktisch kaum möglich sein.

Verbindlichkeiten von insgesamt 12 Mio. €³⁵ und geschätzten Verfahrenskosten von 50.000 € verbleiben 50.000 € zur Verteilung auf die Insolvenzgläubiger. Dies entspricht einer Quote von etwa 0,4 %.³⁶ Aber auch in diesem Fall erhielten die Aktionäre nichts.

d) Planerfüllung³⁷

Die Schuldnerin wird voraussichtlich in der Lage sein, die Verpflichtungen aus dem Insolvenzplan zu erfüllen.³⁸ Gegenüber der Gruppe 1 versteht sich dies von selbst, weil sie verzichtet und „frisches Geld“ nachschießt. Aus dieser dann vorhandenen Liquidität werden u.a. die Beteiligten der übrigen Gruppen abgefunden. Für den Fall, dass ein Beteiligter eine Schlechterstellung i.S.d. § 251 Abs. 1 Nr. 2 InsO behauptet und glaubhaft macht, sieht der Plan im gestaltenden Teil eine Rückstellung von 0,5 Mio. € vor.³⁹

II. Gestaltender Teil⁴⁰

1. Die infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen gem. § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG aufgelöste Gesellschaft wird fortgesetzt.⁴¹
2. Das Grundkapital wird zum Zwecke des Ausgleichs von Vermögensminderungen in vereinfachter Form von 10 Mio. € um 10 Mio. € auf 0 € herabgesetzt.^{42, 43, 44}

35 Bank: 10 Mio. €; 2 Mio. € sonstige Verbindlichkeiten.

36 Die Vergleichsrechnung hat so präzise zu sein wie irgendwie möglich. In einem realistischen Fall wären die Verfahrenskosten möglichst genau zu berechnen, es wäre darzustellen, welche Masseverbindlichkeiten entstehen (insbesondere Auslauflohne, Auslaufmieten, Steuern) und welcher Betrag dann noch zur Verfügung stünde. Dies ist die Achillesferse des Plans (denn sie bietet einem Plan ablehnend gegenüberstehenden Gläubiger die meisten Angriffspunkte) und gleichzeitig eine „Versuchung“ für jeden Planverfasser. Wenn hier die Liquidationsquote bei Regelabwicklung künstlich heruntergerechnet wird, senkt dies naturgemäß die im Sanierungsfall zu zahlende Quote. Generell kann auf diese Vergleichsrechnung gar nicht genügend Sorgfalt verwandt werden. Zu bedenken ist dabei, dass die Verfahrenskosten im Zerschlagungs- und Sanierungsfall typischerweise unterschiedlich hoch ausfallen.

37 Hierzu *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 18.1 ff.

38 Zweckmäßigerweise zu belegen durch Planungen als Anlage zum Insolvenzplan.

39 Zur Bemessung der notwendigen Rückstellung trifft die Gesetzesbegründung bemerkenswerterweise keine Aussage, gleichwohl das Gericht ausweislich der Gesetzesbegründung eine Verpflichtung trifft, zu prüfen, ob die vorgesehene Rücklage ausreichend bemessen ist. Enthält der Plan eine seriöse Vergleichsrechnung, kann der Richter den worst case an sich selbst berechnen, indem er in jeder Gruppe gerade so viele Ablehnungen unterstellt, dass der Plan gerade noch angenommen wird. Die Addition rund der Hälfte der Gläubigerforderungen jeder Gruppe ergibt den Betrag der dissentierenden Gläubiger. Wird aus dieser Gesamtsumme die im Plan ausgewiesene Quote im Zerschlagungsfall berechnet, kennt der Richter die notwendige Rückstellung. Weder Gesetz noch seine Begründung beantworten jedoch folgende Fragen: Darf das Gericht ohne Weiteres davon ausgehen, dass keine weiteren Verbindlichkeiten hinzukommen? Darf es ferner unterstellen, dass die Vergleichsrechnung stimmig ist oder hat es im Extremfall die Möglichkeit (wegen der Kosten zulasten der Gläubiger) einen externen Dritten, z.B. einen Wirtschaftsprüfer, prüfen zu lassen, ob die Vergleichsrechnung zutrifft? Muss die Rückstellung vom worst case ausgehen oder dürfen Wahrscheinlichkeitserwägungen angestellt werden? Im Fall eines Schuldnerplans dürfte diese Problematik allerdings nicht auftreten, da hier der Insolvenzverwalter den Plan ohnehin zur Stellungnahme erhält und daher prüfen kann. Kritisch zu den Einzelheiten der neuen Regelung, insbesondere zur Verweisung auf den ordentlichen Rechtsweg *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121.

40 Den Schwerpunkt der Maßnahmen bildet ein sog. „Kapitalschnitt“, d.h. eine Kombination aus vereinfachter Kapitalherabsetzung unter den in § 7 AktG bestimmten Mindestnennbetrag des Grundkapitals und einer nachfolgenden gemischten Kapitalerhöhung gegen Bar- und Sacheinlagen (Letzteres als Debt-Equity-Swap). Hierbei ist § 228 Abs. 2 Satz 1 AktG zu beachten, wonach die Kapitalerhöhung und ihre Durchführung binnen 6 Monaten in das Handelsregister eingetragen sein müssen. § 228 Abs. 2 Satz 2 AktG wird man in dem Sinne auszulegen haben, dass die Sechsmonatsfrist mit der gem. § 248 InsO erforderlichen Beschlussfassung des Insolvenzgerichts über die Bestätigung des Plans zu laufen beginnt und der Lauf der Frist während der Dauer eines etwaigen Rechtsmittelverfahrens gegen die Planbestätigung entsprechend § 228 Abs. 2 Satz 2 AktG gehemmt ist.

41 Die Möglichkeit der Fortsetzung folgt aus § 274 Abs. 2 Nr. 1 AktG mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses über die Bestätigung des Plans gem. § 258 Abs. 1 InsO, kann aber bereits als Planbestandteil vorgesehen sein, § 225a Abs. 3 InsO. Damit ist klargestellt, dass diese Möglichkeit für den in der Praxis bedeutungslosen Liquidationsplan nicht möglich ist (*MünchKomm-AktG/Hüffer*, 3. Aufl. 2011, § 274 Rn. 9).

42 Obgleich der Gesetzestext in § 254a Abs. 2 InsO und die regierungsamtliche Begr. (vgl. BT-Drucks. 17/5712 v. 4.5.2011, S. 32) von den „im Insolvenzplan gefassten Beschlüssen“ sprechen, handelt es sich doch nicht um in Gemäßheit der §§ 129, 130 AktG zu protokollierende Hauptversammlungsbeschlüsse, wie sich aus § 254a Abs. 2 InsO ergibt, zumal der Insolvenzplan grds. der Zustimmung aller Planbeteiligten, also insbesondere auch der Gläubiger (nach Gruppen, vgl. §§ 222, 244 InsO) und nicht nur der Anteilsinhaber bedarf. Präziser ist hier schon die Begr. des RegE an anderer Stelle: Hier ist auf S. 36 zu Nr. 39 davon die Rede, dass der Insolvenzplan diese Beschlüsse „ersetzt“.

43 Das bisherige Grundkapital kann mit der faktischen Folge der Expropriierung der Altaktionäre im Rahmen des gem. § 245 InsO zu beachtenden Obstruktionsverbots auf 0 € herabgesetzt werden (*Hüffer*, AktG, 9. Aufl., § 228 Rn. 2; BGHZ 119, 305, 319 = JurionRS 1992, 14386, LS 6 und Rn. 26). Einer Zusammenlegung der Aktien bedarf es im Grundsatz bei den hier vorhandenen Stückaktien nicht; vielmehr ermäßigt sich deren „virtueller Nennwert“, also der Betrag, den jede Stückaktie am Grundkapital repräsentiert, entsprechend, was ggf. bei einer Mehrheit von Aktionären zur Bildung von Teilrechten führt. Allerdings wäre bei einer Herabsetzung auf 0 € § 8 Abs. 3 Satz 3 AktG verletzt, wonach der „virtuelle Nennwert“ jeder Stückaktie mindestens 1 € zu entsprechen hat. Gleichwohl wird eine vereinfachte Kapitalherabsetzung auf 0 € im Rahmen eines Kapitalschnitts für zulässig erachtet (BGHZ 119, 305, 319 = JurionRS 1992, 14386), sodass hier eine eigentlich gem. § 222 Abs. 4 Satz 3 AktG erforderliche Festsetzung der Art der Kapitalherabsetzung unterbleibt (ebenso *Wachter/Früchtl*, AktG, § 228 Rn. 2).

44 Einer im Grunde für den hier vorgestellten Kapitalschnitt erforderlichen Hauptversammlung bedarf es nicht (§ 225a Abs. 3 InsO). Für die *Ladung* der in den Plan einbezogenen Anteilseigner ist § 235 Abs. 3 Satz 3 InsO und ggf. § 241 Abs. 2 InsO zu beachten. Schwieriger wird es bereits formal bei börsennotierten Gesellschaften (vgl. § 235 Abs. 3 Satz 4 InsO). Für das *Stimmrecht* der Angehörigen der Gruppe der Aktionäre gilt abweichend von den aktienrechtlichen Bestimmungen § 238a InsO mit der Folge, dass z.B. Inhaber von stimmrechtslosen Vorzugsaktien (§§ 139 ff. AktG) im Abstimmungstermin über den Plan stimmberechtigt sind und die Vorschriften über notwendige Sonderbeschlüsse (§§ 138, 141, 179, 182, 222 AktG) keine Geltung beanspruchen können. Allerdings dürfte das Insolvenzgericht bei der Feststellung des Stimmrechts der in den Plan einbezogenen Aktionäre faktisch erhebliche Probleme haben, insbesondere wenn es sich um eine AG handelt, deren Grundkapital in nicht einzelverbriefte Inhaberaktien eingeteilt ist. Hier kommt allein – wenn möglich – ein Rückgriff auf § 123 AktG in Betracht.

3. Sodann wird das Grundkapital unter Ausschluss des Bezugsrechts⁴⁵ der Altaktionäre um insgesamt 10 Mio. € auf 10 Mio. € wie folgt erhöht:
- a) Um 3 Mio. € gegen Bareinlagen⁴⁶ durch Ausgabe von 3 Mio. auf den Namen lautende Stückaktien zu einem Ausgabepreis von 2 € je Stückaktie (Ausgabekurs = 200 %). Zur Zeichnung wird allein zugelassen die X-Bank AG mit Sitz in B. Die Bareinlage ist sofort und nebst Aufgeld in voller Höhe zu leisten.
 - b) Um weitere 7 Mio. € gegen Sacheinlage durch Ausgabe von 7 Mio. auf den Namen lautende Stückaktien zu einem Ausgabepreis von nominal 1 € je Stückaktie. Zur Zeichnung wird allein zugelassen die X-Bank AG mit Sitz in B. Die Sacheinlage besteht in der Einbringung ihres i.H.v. 10 Mio. €⁴⁷ valutierenden Rückzahlungsanspruchs aus dem zwischen der Schuldnerin und der X-Bank AG bestehenden Darlehensvertrags v. ...

45 Die *Formalia*, die in Ansehung des Bezugsrechtsausschlusses zu beachten wären (s. § 186 Abs. 4 AktG – Bekanntmachung und Vorstandsbericht), gelten im Planverfahren nicht (vgl. § 254a Abs. 2 InsO). *Sachlich*: Soweit es um den Ausschluss des Bezugsrechts im Rahmen des Debt-Equity-Swaps, also der Grundkapitalerhöhung gegen Sacheinlage, geht, besteht im Wesentlichen Übereinstimmung, dass dieser sachlich durch die Sanierungseignung gerechtfertigt ist (vgl. *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 120 m.w.N.). Anders verhält es sich allerdings in Ansehung der Kapitalerhöhung gegen Bareinlage. Insoweit wird vertreten, der Ausschluss des Bezugsrechts sei mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG nicht vereinbar (so z.B. *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 121). U.E. kann dieser Auffassung nicht beigetreten werden: Sie verkennt, dass es sich bei wirtschaftlicher Betrachtung bei den beiden Formen der Kapitalerhöhung um eine im Bedingungszusammenhang zueinanderstehende Maßnahme handelt: Bewirkt der Debt-Equity-Swap in erster Linie vermögensmäßig eine bessere Eigenkapitalfinanzierung des Unternehmensträgers und erst in zweiter Linie unter pagatorischen Aspekten eine Entlastung vom Zins- und (ggf.) Tilgungsdienst, dient die Barkapitalerhöhung der Ausstattung des Unternehmensträgers mit Liquidität 1. Grades und damit der Sicherung der Zahlungsfähigkeit unter Cash-Flow-Gesichtspunkten. Beide Aspekte bilden indes zwei Seiten ein und derselben Medaille, nämlich der (Wieder-)Herstellung der betriebswirtschaftlichen Überlebensfähigkeit des Unternehmensträgers. Entscheidend dürfte aber die Aussage des Gesetzes in § 225a Abs. 5 Satz 1 InsO sein: Danach wird der aufgrund eigener Willensentscheidung im Rahmen der Plansanierung aus der Gesellschaft ausscheidende Anteilseigner auf eine Abfindung in Höhe eines Betrags verwiesen, der sich bei einer Abwicklung der Schuldnerin ergeben hätte. Dies bedeutet für alle praktischen Belange, da nach den nachrangigen Gläubigern i.S.v. § 39 InsO rangierend (vgl. § 199 InsO), praktisch eine Abfindung von 0. Anders ausgedrückt: Dem Anteilsrecht und dem daraus folgenden Bezugsrecht kann jedenfalls bei vermögensmäßiger Betrachtung kein Wert beigelegt werden, der es rechtfertigen würde, jedenfalls im Insolvenzfall dem Bezugsrecht als Ausfluss des Eigentums am Anteil ein schützenswertes Interesse beizumessen. Der Ausschluss des Bezugsrechts ist daher auch im Kontext der Barkapitalerhöhung sachlich gerechtfertigt.

46 Beachte § 228 Abs. 1 AktG, wonach bei einem Kapitalschnitt die Erhöhung des Grundkapitals gegen Bareinlage zu erfolgen hat. Allerdings gilt dies nur bis zur Erreichung der Mindestgrundkapitalausstattung einer AG, also bis zur Erreichung einer Grundkapitalziffer von 50.000 € (§ 7 AktG; vgl. *Hüffer* [Fn. 43], § 228 Rn. 3).

47 Die Frage, wie die *Bewertung* der eingebrachten Forderung im Rahmen eines Debt-Equity-Swaps vorzunehmen ist, ist weitgehend ungeklärt. Das dazu vorhandene Spektrum der vertretenen Auffassungen reicht unter perspektivischer Vorwegnahme der Unternehmenslage nach Plansanierung von einem Einbringungswert in Höhe des Nominalbetrags (so in der Tendenz z.B. *Maier-Reimer*, Thesen zur Tagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht am 18.11.2011 zu Nr. 3.) bis hin zu einer erforderlichen Abwertung als Ausdruck der noch fortbestehenden Insolvenzsituation (z.B. *Eilers*, GWR 2009, 3; regierungsamliche Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drucks. 17/5712, S. 32). Die amtliche Begründung geht sogar davon aus, dass eine Bewertung unter Berücksichtigung der Quotenerwartung erfolgen „könne“. Letzteres erscheint schon im Ansatz verfehlt, da diese Auffassung sich allein an Zerschlagungswertgesichtspunkten, die durch die Plansanierung ja gerade überwunden werden sollen, orientiert (so aber wohl *Simon/Merkelbach*, NZG 2012, 120, 121). Das ist systematisch verfehlt: Ein Vermögensgegenstand ist grds. mit seinem „true value“ anzusetzen. Im Rahmen dieser Bewertung sind – jedenfalls für handelsbilanzielle Zwecke – vom Anschaffungskostenprinzip (einschließlich planmäßiger Abschreibungen) ausgehend – nur solche Bewertungsabschläge zu berücksichtigen, die zu einer „voraussichtlich dauernden Wertminderung“ führen (vgl. beispielhaft § 253 Abs. 3 HGB). Dies macht bereits deutlich, dass eine Bewertung auch unter prognostischen Gesichtspunkten zu erfolgen hat. Geht man mithin verantwortlich von einer erfolgreichen Plansanierung aus, spricht nichts dagegen, bei der Bewertung der einzubringenden Forderung Going-Concern-Gesichtspunkte zugrunde zu legen. I.Ü. ist rechtstatsächlich auf folgendes hinzuweisen: Das Anliegen des Gesetzgebers würde – wollte man der an einer Quotenerwartung im Abwicklungsfall orientierten Auffassung folgen – praktisch konterkariert. Das hier gebildete Beispiel zeigt, dass der Inferent, würde eine Plansanierung nicht gelingen, nur mit einer minimalen Quote würde rechnen können. Eine am Zerschlagungsszenario orientierte Bewertung würde – gewissermaßen „up front“ – die Planalternative ad absurdum führen. Dies kann so nicht gewollt sein. Zutreffender Ansicht nach ist daher bei der zu unterstellenden Möglichkeit der Planerfüllung von der Bewertung der eingebrachten Forderung zu Going-Concern-Gesichtspunkten auszugehen. Das bedeutet nicht zwingend den Ansatz von Nominalwerten; denkbar ist auch ein Zwischenwertansatz wie im vorliegenden Beispiel favorisiert (systematisch ebenso *Weber/Schneider*, ZInsO 2012, 374 f., die die Bewertung anhand der hypothetischen Fähigkeit der Schuldnerin ausrichten wollen, in der diese prognostisch in der Lage sein würde, die Rückführung des Darlehens aus den laufenden, für diese Zwecke freien Einzahlungsüberschüssen abgezinst auf den Gegenwartswert nach Discounted-Cash-Flow-Gesichtspunkten zu bedienen). Wichtig bleibt jedoch festzuhalten: Die Bewertung hat unter Berücksichtigung prognostischer Aspekte, also der Annahme der Unternehmensfortführung – und sei es auch unter mehr oder minder gravierender Veränderung der leistungswirtschaftlichen Rahmenbedingungen – zu erfolgen; Gegenteiliges zu vertreten würde bedeuten, den Sanierungsansatz des Plans zu diskreditieren. Last but not least: Der für eine *Nominalbewertung* streitende Ansatz bekommt gewissermaßen „Schützenhilfe“ von demselben Bundesgesetzgeber, der sich im Rahmen der Aktienrechtsnovelle 2012 von dem tradierten System des Gläubigerschutzes durch eine an der Vermögenssubstanz orientierten Betrachtung „schiebchenweise“ verabschiedet: Durch die Änderung der §§ 192, 194 AktG soll die Möglichkeit geschaffen werden, einen „Debt-Equity-Swap auf Vorrat“ zu schaffen, vermöge dessen die AG in den Stand versetzt wird, „umgekehrte Wandelanleihen“ zu emittieren. § 194 Abs. 1 Satz 2 AktG i.d.F. des RegE stellt klar, dass auch im Fall der Ausübung des Umtauschrechts durch die Gesellschaft („Put-Option“) in ihrer durch die drohende Zahlungsunfähigkeit gekennzeichneten Krise der damit einhergehende Erlass des Darlehensrückgewähranspruchs des Inhabers der Wandelanleihe keine Sacheinlage darstellt, mithin eine Bewertung dieses Anspruchs auch in der Unternehmenskrise unterbleibt (vgl. dazu den RegE Aktienrechtsnovelle 2012 [Quelle: http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_Aktienrechtsnovelle.pdf?__blob=publicationFile], dort insbesondere S. 21 – 24). Einen Überblick über die streitbefangenen Fragen vermittelt *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 632, *Simon/Merkelbach* und *Weber/Schneider*; jeweils m.w.N. *Hinweis*: Das Haftungsrisiko des Inferenten ist durch Ausschluss der Differenzhaftung gem. § 254 Abs. 4 InsO deutlich abgemildert. Allein dieser Umstand wird allerdings das Registergericht veranlassen, im Rahmen der – wenn auch rudimentär – vorzunehmenden Kapitalaufbringungsprüfung besonders genau zu sein, um eine unzulässige Unterpariemission, der nicht ein Differenzhaftungsanspruch wertkompensierend gegenübersteht, im Interesse des Schutzes der (zukünftigen) Gläubiger im Rahmen des gem. § 184 Abs. 2 Satz 1 AktG Zulässigen zu verhindern. *Formal*: Die amtliche Begründung geht auf S. 32 davon aus, dass „zur Frage der Werthaltigkeit des Anspruchs ggf. Gutachten einzuholen seien“. Das ist unscharf und für die AG auch nicht passend. Empfehlenswert ist daher ein Rückgriff auf die Bestimmungen des AktG, die im Fall einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen die Prüfung der Werthaltigkeit des Gegenstands der Sacheinlage einem externen Prüfer überantwortet (vgl. §§ 183 Abs. 3, 33 ff. AktG). Daran orientiert sich die hiesige Empfehlung. Aus Sicht des planverfassenden Insolvenzverwalters ist dies schon zur Vermeidung einer Haftung nach § 60 InsO der empfehlenswerte Weg.

nach Maßgabe des zwischen der Schuldnerin und der X-Bank AG geschlossenen Einbringungsvertrags gem. Nr. 4. dieses Plans.

Die aus der Kapitalerhöhung hervorgehenden neuen Aktien sind ab Beginn des Kalenderjahres, in dem die gerichtliche Bestätigung des Insolvenzplans Rechtskraft erlangt, gewinnbezugsberechtigt.

4. Einbringungs- und Erlassvertrag zwischen der Schuldnerin und der X-Bank AG:⁴⁸

Zum Zwecke der Deckung der Einbringungsverpflichtung gem. Nr. 3.b) des Plans erlässt die X-Bank hiermit der dies annehmenden Schuldnerin ihre Verpflichtung zur Rückführung des ihr gegen die Schuldnerin zustehenden fälligen Darlehensrückgewähranspruchs i.H.v. 10 Mio. €.

5. Die Satzung der Schuldnerin wird in § 3 (Grundkapital und Einteilung) wie folgt geändert:⁴⁹

„§ 3 (Grundkapital und Einteilung)

Das Grundkapital beträgt 10.000.000 EUR und ist eingeteilt in 10.000.000 Stückaktien, die je 1 EUR am Grundkapital verkörpern.

Die Aktien lauten auf den Namen.“

6. Der bisherige Aufsichtsrat, bestehend aus A, B und C wird abberufen.⁵⁰

Anstelle dessen werden in den Aufsichtsrat berufen: D, E und F. Die Genannten haben gegenüber der Gesellschaft erklärt, dass sie mit der Amtsübernahme einverstanden sind und dass in ihrer Person jeweils keine Bestellungshindernisse i.S.v. § 100 AktG bestehen.

7. Die Gläubiger der Gruppe 2 erhalten auf ihre festgestellten Forderungen eine Quote von 5 % und verzichten auf den darüber hinausgehenden Teil.

8. Die Gläubiger der Gruppe 3 erhalten auf ihre festgestellten Forderungen eine Quote von 95 % und verzichten auf den darüber hinausgehenden Teil.⁵¹

9. Im Hinblick auf Gläubiger, die im Abstimmungstermin glaubhaft machen, dass sie durch den Plan voraussichtlich schlechtergestellt werden, hat die X-Bank eine Bürgschaft über 500.000 € gestellt, die diese Gläubiger in Anspruch nehmen können, wenn ihr Antrag zulässig ist und sodann gerichtlich rechtskräftig geklärt ist, dass eine solche Schlechterstellung tatsächlich vorliegt.

10. Die Ausschüttung jeglicher nach dem gestaltenden Teil vorgesehener Zahlungen erfolgt nach Aufstellung eines Verteilungsverzeichnisses in entsprechender Anwendung des § 188 InsO, das auf der Geschäftsstelle des Gerichts zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt wird. Die Schuldnerin wird die Summe der Forderungen sowie den für die Verteilung verfügbaren Betrag dem Insolvenzgericht anzeigen.

11. Die Kosten des Insolvenzverfahrens inklusive der Kosten des Insolvenzplans trägt die Schuldnerin.

12. Der Insolvenzverwalter wird bevollmächtigt, die zur Umsetzung notwendigen Maßnahmen zu ergreifen und offensichtliche Fehler des Plans zu berichtigen.⁵²

III. Zusammenfassung des wesentlichen Inhalts⁵³

Der vorgelegte Insolvenzplan dient der erhaltenden Sanierung der Schuldnerin. Statt der Zerschlagung des Unternehmens erfolgt nach Kapitalherabsetzung auf „0“ mit anschließender Kapitalerhöhung eine Beteiligung der bisherigen Hausbank der Schuldnerin als Hauptgläubigerin als neue Aktionärin im Wege des Debt-Equity-Swaps. Die Gläubiger erhalten, soweit sie nicht Kleingläubiger mit Forderungen bis zu 100 € sind (dann erhalten sie eine Quote von 95 %) eine Quote von 5 % ihrer Forderungen. Nachrangforderungen gelten als erlassen. Die Altaktionäre der insolvenzbedingt wertlosen Anteile erhalten nichts.

48 Da die X-Bank AG als Gläubigerin am Verfahren beteiligt ist, kann der Erlassvertrag selbst zum Inhalt des Plans gemacht werden.

49 S. Fn. 42.

50 Auch für diese, grds. der Hauptversammlung der AG vorbehaltene Maßnahme, gilt bei Einbeziehung der Anteilseigner in den Insolvenzplan § 225a Abs. 3 InsO.

51 Eine Gruppe der Kleingläubiger bietet sich immer dann an, wenn der Betrag, den die Gläubiger ansonsten erhielten, so gering wäre, dass ihnen ein Zuwarten kaum zumutbar und/oder der auszuschüttende Betrag vernachlässigbar gering ist. Der angenehme Nebeneffekt ist, dass die Zustimmung der Gläubiger dieser Gruppe i.d.R. sicher ist. Darüber hinaus wird Verwaltungsaufwand im Rahmen der Quotenausshüttung durch Kleinstüberweisungen vermieden.

52 Diese Klausel beruht – in Anlehnung an Durchführungs- und Vollzugsvollmachten in notariellen Verträgen – auf dem auf Empfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 17/7511, S. 48 f.) neu eingefügten § 221 Satz 2 InsO und schafft eine erhebliche Erleichterung bei zu spät erkannten Formfehlern des Plans, die ansonsten zu dessen Undurchführbarkeit führten. Sie muss im gestaltenden Teil ausdrücklich vorgesehen sein. Überprüfbar ist eine Ausnutzung dieser Ermächtigung durch den Insolvenzverwalter insoweit, als dass die Berichtigung der Bestätigung durch das Insolvenzgericht bedarf, § 284a InsO.

53 Gem. § 235 Abs. 3 Satz 2, 2. Alt. InsO erfolgt die Ladung zum Erörterungs- und Abstimmungstermin unter Beifügung eines Abdrucks des Plans oder einer Zusammenfassung seines wesentlichen Inhalts. Diese hat zwar der Vorlegende nach dem Gesetz nur auf Anforderung vorzulegen, es bietet sich aber an, diese dem Plan bereits unaufgefordert beizufügen. Für die Gruppe der Aktionäre gilt § 235 Abs. 3 Satz 3 InsO, Einzelheiten bei Fn. 44.

Anhang I:**HGB-Fortführungsbilanz (vereinfacht) vor dem Insolvenzplan**

	in T€		in T€
Anlagevermögen	3.000 ⁵⁴	Verbind. Bank	10.000
Negatives EK	9.000	LuL	2.000
Σ	12.000	Σ	12.000

HGB-Fortführungsbilanz nach erfolgreicher Planumsetzung, aber vor Quotenausschüttung

	in T€		in T€
Anlagevermögen	3.000 ⁵⁵	Eigenkapital	8.855
Bank	6.000 ⁵⁶	LuL und Bank	145 ⁵⁷
Σ	9.000	Σ	9.000

Anhang II:**Antrag Sacherhöhungsprüfung gem. § 183 Abs. 3 AktG**

Jürgen Meier

– Rechtsanwalt –

als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Y AG

AG C

– Handelsregister –

In der Handelsregistersache der

Y AG

– HRB 12345 –

teile ich unter Bezugnahme auf den in Ablichtung beigegefügten Beschluss des AG C v. ... – 36c IN 1234/... – mit, dass über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet und ich zum Insolvenzverwalter bestellt wurde.

Es ist beabsichtigt, den Unternehmensträger im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens zu sanieren. Der Insolvenzplan wird – neben anderen gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen – u.a. auch einen sog. Debt-Equity-Swap vorsehen, indem die Gläubigerin X-Bank AG aufgrund Erlassvertrags auf die Rückzahlung ihrer Darlehensforderung i.H.v. 10.000.000 € verzichtet und anstelle dessen Stückaktien erhalten soll, die einen Betrag i.H.v. 7 Mio. € am Grundkapital der Gesellschaft verkörpern.⁵⁸ Es handelt sich bei dieser Maßnahme, die im Rahmen des gestaltenden Teils des Insolvenzplans gem. § 225a Abs. 2 InsO zulässig ist, um eine Erhöhung des Grundkapitals der Gesellschaft gegen Sacheinlagen.

Da die Voraussetzungen des § 183a AktG nicht erfüllt sind, beantrage ich für diese Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage gem. §§ 183 Abs. 3, 33 ff. AktG einen Prüfer zu bestellen.⁵⁹ Hierzu schlage ich die ABC-GmbH – Wirtschaftsprüfungsgesellschaft – vor und füge diesem Antrag deren schriftliche Erklärung bei, aus der sich ihre Bereitschaft zur Übernahme des Amtes, der Verzicht auf Gebühren- und Auslagenerstattung gegenüber dem Land B ebenso ergibt wie ihre Versicherung, dass keine ihrer Bestellung entgegenstehende Gründe i.S.v. § 33 Abs. 5 AktG bestehen.⁶⁰

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwalt Jürgen Meier

als Insolvenzverwalter

54 Unterstellt: Buchwert = Fortführungswert.

55 Unterstellt: Buchwert = Fortführungswert.

56 3 Mio. € Barkapitalerhöhung nebst 100 % Agio.

57 Die fortbestehenden Verbindlichkeiten aus LuL ergeben sich aus einer vorgesehenen Quote von 5 % für Gruppe 2 (Gläubiger mit Forderungen von zuvor insgesamt 1,95 Mio. €) und einer Quote von 95 % für Gruppe 3 (Gläubiger mit Forderungen von insgesamt 50.000 €).

58 Zur Bewertung s. Ausführungen bei Fn. 47.

59 Im Regelfall wird der Antrag durch den Vorstand der Gesellschaft gestellt. Aus der Befugnis des Insolvenzverwalters, gem. § 254a Abs. 2 Satz 3 InsO die später erforderlichen Anmeldungen beim Registergericht vorzunehmen, folgt seine Berechtigung, bereits vorbereitende Schritte zu ergreifen und wie hier z.B. den Antrag auf Bestellung des Sachkapitalerhöhungsprüfers zu stellen.

60 Die Beifügung der entsprechenden Erklärungen des vorgeschlagenen Prüfers beschleunigt das Verfahren. Ebenso empfiehlt es sich, mit Rücksicht auf die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Bewertung deren Prämissen (s. dazu Fn. 47) mit dem Prüfer vorab abzustimmen.

Anmeldung zum Handelsregister

Jürgen Meier

– Rechtsanwalt –

als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Y AG⁶¹

AG C

– Handelsregister –

In der Handelsregistersache der

Y AG

– HRB 12345 –

lege ich als gem. § 254a Abs. 2 Satz 3 InsO zur Anmeldung der nachfolgenden Tatsachen Berechtigter vor:

1. Beglaubigte Abschrift des Beschlusses des AG C – Insolvenzgericht – v. ... – 36c IN 1234/... –, aus dem sich ergibt, dass über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet und ich zum Insolvenzverwalter bestellt wurde;
2. Beglaubigte Abschrift des Insolvenzplans v. ..., der unter Nr. II. (gestaltender Teil des Plans) verschiedene gesellschaftsrechtliche Maßnahmen (Kapitalherabsetzung in vereinfachter Form, Kapitalerhöhung gegen Bar- und Sacheinlage, den gem. § 188 Abs. 3 Nr. 2 AktG beizufügenden Einbringungsvertrag⁶² und die Abberufung des bisherigen und die Bestellung eines neuen Aufsichtsrats)⁶³ beinhaltet;
3. Beglaubigte Abschrift des mit Rechtskraftvermerk versehenen Beschlusses des AG C – Insolvenzgericht – v. ... – 36c IN 1234/... – aus dem sich ergibt, dass der zu Nr. 2 genannte Plan gerichtlich bestätigt wurde;
4. Zweitschrift des durch die X-Bank AG ausgestellten Zeichnungsscheins über die Zeichnung der 1 Mio. neuen Stückaktien;
5. Prüfungsbericht des externen, durch Beschluss des Registergerichts v. ... bestellten Prüfers zur Werthaltigkeit der im Rahmen der Sachkapitalerhöhung eingebrachten Forderung;
6. Von mir, dem bestellten Insolvenzverwalter, unterschriebenes Verzeichnis,⁶⁴ das den Zeichner, die auf ihn entfallenden Aktien, den Ausgabebetrag und die geleisteten Zahlungen/Leistungen wiedergibt;
7. Von mir unterzeichnete Berechnung der durch die Kapitalerhöhung anfallenden Kosten, die von der Gesellschaft zu tragen sind;⁶⁵
8. Bestätigung der X-Bank AG, dass die im Rahmen der beschlossenen Barkapitalerhöhung genannte Einzahlung durch Gutschrift auf das Gesellschaftskonto erfolgt ist und dem Vorstand zur endgültigen freien Verfügung steht;
9. Vollständiger Wortlaut der Satzung mit Notarbescheinigung entsprechend § 181 Abs. 1 Satz 2 AktG;
10. Liste der neu bestellten Aufsichtsratsmitglieder;⁶⁶
11. Beschluss des Aufsichtsrats v. ... über die Abberufung der bisherigen Liquidatoren und Bestellung von Vorstandsmitgliedern.

61 Da der Insolvenzplan unter Einbeziehung der Anteilseigner aufgestellt ist und gem. § 225a Abs. 3 InsO Regelungen enthält, die gesellschaftsrechtlicher Natur sind, bedarf sein Inhalt in diesem Umfang der Eintragung in das Handelsregister, um Wirksamkeit zu erlangen (vgl. regierungsamtliche Begr. BT-Drucks. 17/5712, S. 36). Solange das Insolvenzverfahren nicht gem. § 258 InsO aufgehoben ist, ist der Insolvenzverwalter gem. § 254a Abs. 2 Satz 3 InsO berechtigt, die entsprechenden Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister vorzunehmen.

62 Da sowohl die Gesellschaft als Schuldnerin wie auch die X-Bank in ihrer Stellung als Gläubigerin Planbeteiligte sind, können entsprechende Regelungen Bestandteil des Plans sein, für den – wenn es um Rechtsgeschäfte gehen würde, die besonderen Formvorschriften unterliegen wie z.B. gem. § 15 GmbHG, § 873 BGB – eben diese Anforderungen gem. § 254a Abs. 2 Satz 2 InsO suspendiert sind.

63 S. § 225a Abs. 3 InsO.

64 Da der Insolvenzverwalter gem. § 254a Abs. 2 Satz 3 InsO zur Anmeldung der einen Bestandteil des Insolvenzplans ausmachenden gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen berechtigt ist, wird man ihn auch als berechtigt ansehen müssen, die im Zusammenhang mit der Anmeldung beizubringenden erforderlichen, formalen Dokumente zu unterzeichnen – dies insbesondere in Fällen, in denen der (bisherige) Vorstand obstruiert.

65 S. Fn. 64.

66 S. Fn. 64.

und melde zur Eintragung in das Handelsregister an:⁶⁷

- 1) Aufgrund Insolvenzplans v. ... ist das Grundkapital in vereinfachter Form von 10 Mio. € um 10 Mio. € auf 0 € herabgesetzt.

Die Kapitalherabsetzung ist durchgeführt.

Wegen der zu beachtenden Voraussetzungen für die vereinfachte Kapitalherabsetzung verweise ich auf die handelsbilanzielle Vermögenslage der Gesellschaft im darstellenden Teil des Insolvenzplans unter dortiger Bezugnahme auf den letzten geprüften und den handelsbilanziellen Anforderungen genügenden Jahresabschluss per ...

- 2) Das Grundkapital ist sodann aufgrund Insolvenzplans v. ... von 0 € auf 10 Mio. € erhöht.

Die Kapitalerhöhung ist durchgeführt, und zwar wie folgt:

um 3 Mio. € gegen Bareinlage durch Ausgabe von 3 Mio. auf den Namen lautende Stückaktien zu einem Ausgabepreis von 2 € je Stückaktie (Ausgabekurs = 200 %),

um weitere 7 Mio. € gegen Sacheinlage durch Ausgabe von 7 Mio. auf den Namen lautende Stückaktien zu einem Ausgabepreis von nominal 1 € je Stückaktie.

Die Sacheinlage besteht in dem Erlass eines Betrags i.H.v. 10 Mio. € des durch die X-Bank AG fällig gestellten und per heute i.H.v. 10 Mio. € einschließlich aufgelaufener Zinsen valutierenden Rückzahlungsanspruchs aus dem zwischen der Schuldnerin und der X-Bank AG bestehenden Darlehensvertrag v. ... nach näherer Maßgabe des zwischen der Gesellschaft und der X-Bank AG geschlossenen Einbringungsvertrags gem. Nr. ... des Insolvenzplans.

- 3) Die Satzung ist geändert in § 3 (Grundkapital und Einteilung).
- 4) Durch rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan über das Vermögen der Gesellschaft v. ... ist die Fortsetzung der Gesellschaft auf den Zeitpunkt der Aufhebung des Insolvenzverfahrens bestimmt worden.⁶⁸ Den Beschluss des Insolvenzgerichts über die Verfahrensaufhebung gem. § 258 InsO reiche ich zu gegebener Zeit nach.
- 5) Durch Beschluss des Aufsichtsrats v. ... sind – aufschiebend bedingt durch die Aufhebung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft – die bisherigen Liquidatoren A und B abberufen und G und H als neue Vorstände bestellt.⁶⁹

Sie vertreten die Gesellschaft satzungsgemäß.

Ich, der die Kapitalmaßnahmen und die Änderung der Satzung anmeldende Insolvenzverwalter, versichere, dass das bisherige Grundkapital voll eingezahlt ist.

- Die auf jede Aktie zu leistende Bareinlage ist durch Einzahlung durch Gutschrift i.H.v. ... € auf das zzt. noch meiner Verwaltung unterliegende Konto der Gesellschaft bei der X-Bank AG erfolgt. Der eingezahlte Betrag steht zur endgültigen freien Verfügung der Gesellschaft. Eine Rückzahlung erfolgte nicht und wird nicht erfolgen.
- Hinsichtlich der zu leistende Sacheinlage versichere ich, dass deren Gegenstand nach Maßgabe der Festsetzungen im Insolvenzplan und Zeichnungsschein endgültig zur freien Verfügung der Gesellschaft steht.

67 Soweit es um den *Vollzug* der Anmeldung geht, stellt sich die zentrale Frage nach der Abgrenzung der Prüfungspflichten und -kompetenzen zwischen Insolvenz- und Registergericht. Zitat aus der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/5712, S. 36, 37): „Nicht durch den Plan ersetzt werden nachfolgende konstituierende Publizitätsakte wie die Eintragung ins Register. Die im Insolvenzplan gefassten Beschlüsse bzw. sonstigen Willenserklärungen müssen nach Maßgabe der einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen in das jeweilige Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts- oder Vereinsregister eingetragen werden, um Wirksamkeit zu erlangen. Dabei hat das Registergericht nur eine eingeschränkte Prüfungskompetenz, denn das wirksame Zustandekommen des Plans wird bereits durch das Insolvenzgericht überprüft. Dem Registergericht kommt hier vor allem eine beurkundende Funktion zu.“ Stellungnahme: Die Prüfungspflicht des Insolvenzgerichts im Rahmen der Prüfung gem. § 231 Abs. 1 InsO bzw. des Planbestätigungsverfahrens gem. § 248 InsO umfasst all das, „was es sieht und sehen kann“ – d.h. die Formulierungen des Plans und ihre Übereinstimmung mit zwingendem Gesellschaftsrecht. Vom Insolvenzgericht auch die Prüfung der keinen Planbestandteil bildenden Dokumente zu verlangen, die eher beurkundungsrechtlicher Natur sind, insbesondere der in § 188 Abs. 3 AktG oder § 57 Abs. 3 GmbHG erwähnten Anlagen zur Anmeldung bzw. der Nachweise über die Werthaltigkeit einer Sacheinlage, ginge zu weit. Hinsichtlich der Werthaltigkeit der Sacheinlage folgt die Prüfungskompetenz des Registergerichts – wenn auch eingeschränkt – aus § 184 Abs. 3 AktG, denn die Sicherung der Kapitalaufbringung dient nicht etwa dem Schutz der *vorhandenen*, sondern dem der *zukünftigen* Gläubiger. Daraus folgt spiegelbildlich, dass dem Registergericht in den v.g., nicht durch das Insolvenzgericht zu prüfenden Punkten eine Prüfungskompetenz und eine Prüfungspflicht verbleibt. In den Fällen allerdings, in denen die Planbestätigung durch das Insolvenzgericht *zu Unrecht* erfolgt ist, weil der Plan eine gesellschaftsrechtlich unzulässige Rechtsfolge (Beispiel: Kapitalerhöhung bei einer GmbH durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile im Nennwert von je 0,50 € – das wäre ein Verstoß gegen § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) oder eine wesentliche Überbewertung des Gegenstandes der Sacheinlage – beinhaltet, muss das Registergericht die Eintragung in Ausnutzung des eigenen Prüfungsrechts versagen und ggf. auf eine Planberichtigung (s. § 221 Satz 2 InsO – wichtig, dass eine entsprechende Bevollmächtigung des Insolvenzverwalters in den Plan aufgenommen wird!) hinwirken.

68 Vgl. den Nachweis zur Zulässigkeit der aufschiebenden Bedingung der Bestimmung über die Fortsetzung der Gesellschaft im Insolvenzplan.

69 Vgl. Fn. 63. Die dortigen Erwägungen gelten hier entsprechend.

Die Voraussetzungen der §§ 188 Abs. 2, 36 Abs. 2, 36a AktG sind daher erfüllt.

Hinsichtlich der ebenfalls angemeldeten Fortsetzung der Gesellschaft versichere ich, der anmeldende Insolvenzverwalter, dass mit der Verteilung des Vermögens der Gesellschaft noch nicht begonnen wurde und nach Eintragung der angemeldeten Kapitalmaßnahmen die Aktiva der Gesellschaft deren Verbindlichkeiten übersteigen.⁷⁰

Wir, die auf den Zeitpunkt der Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft neu bestellten Vorstandsmitglieder, versichern, dass uns der Notar ... über unsere unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Registergericht belehrt hat, dass wir niemals wegen vorsätzlich begangener Straftaten gem. § 82 GmbHG, §§ 399 ff. AktG, § 331 HGB, § 313 UmwG, § 17 PublG, Insolvenzverschleppung, §§ 283 – 283d, 263 – 264a, 265b – 266a StGB oder vergleichbarer ausländischer Straftaten vorbestraft sind und dass uns weder durch gerichtliches Urteil noch durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezuges untersagt ist.⁷¹

Ich, der anmeldende Insolvenzverwalter, beantrage,⁷² zunächst die angemeldeten Kapitalmaßnahmen und die Änderung der Satzung, sodann *gesondert vom übrigen Inhalt der Anmeldung nach Vorlage des Beschlusses über die Aufhebung des Insolvenzverfahrens* die Fortsetzung der Gesellschaft sowie die Abberufung der Liquidatoren und die Bestellung der neuen Vorstände in das Handelsregister einzutragen.

B, den ...

Unterschriften in notariell beglaubigter Form⁷³ des

- Insolvenzverwalters
- und der neuen Vorstandsmitglieder

Anlagen zur Registeranmeldung:

Zeichnungsschein^{74, 75, 76}

In dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Y-AG ist durch Insolvenzplan v. ..., bestätigt durch rechtskräftigen Beschluss v. ... des AG C als Insolvenzgericht (36y IN 1234/...), bestimmt, dass das Grundkapital zunächst zum Ausgleich von Verlusten im Rahmen der planmäßigen Sanierung des Unternehmensträgers in vereinfachter Weise von 10 Mio. € um 10 Mio. € auf 0 € herabgesetzt und sodann um insgesamt 10 Mio. € auf 10 Mio. € erhöht wird. Das Bezugsrecht der Altaktionäre wurde ausgeschlossen.

Wir, die X-Bank AG, wurden allein zur Zeichnung der neuen, auf den Namen lautenden Stückaktien, die je 1 € des Grundkapitals repräsentieren und ab dem 1. des Jahres, in dem der Insolvenzplan rechtskräftig wird, gewinnbezugsberechtigt sind, wie folgt zugelassen:

- Erhöhung des Grundkapitals um 3 Mio. € gegen Bareinlagen durch Ausgabe von 3 Mio. auf den Namen lautende Stückaktien zu einem Ausgabepreis von 2 € je Stückaktie (Ausgabekurs = 200 %).
- Grundkapitalerhöhung um weitere 7 Mio. € gegen Sacheinlage durch Ausgabe von 7 Mio. auf den Namen lautende Stückaktien zu einem Ausgabepreis von nominal 1 € je Stückaktie.
- Die Sacheinlage besteht in dem Erlass eines durch uns fällig gestellten Rückzahlungsanspruchs über 10 Mio. € aus dem zwischen der Schuldnerin und uns abgeschlossenen Darlehensvertrag v. ... nach näherer Maßgabe des zwischen der Schuldnerin und uns geschlossenen Einbringungsvertrags gem. Nr. 3. dieses Insolvenzplans.

⁷⁰ Gem. § 274 Abs. 2 AktG hat die Anmeldung der Fortsetzung der Gesellschaft grds. durch die (bisherigen) Abwickler zu erfolgen. Da indes die Fortsetzung der Gesellschaft gem. § 225a Abs. 3 InsO zum Gegenstand des gestaltenden Teils des Insolvenzplans gemacht werden kann, erfasst dieser Umstand auch die Anmeldebefugnis des Insolvenzverwalters gem. § 254a Abs. 2 Satz 3 InsO. Ein *Nachweis*, dass mit der Verteilung des Vermögens noch nicht begonnen wurde (so § 274 Abs. 3 Satz 2 AktG) wird man vom Insolvenzverwalter, der das gesamte, gem. § 35 InsO dem insolvenzrechtlichen Beschlag unterliegende Vermögen seit Eröffnung des Verfahrens verwaltet hat, nicht verlangen; seine entsprechende Versicherung reicht.

⁷¹ Vgl. § 81 Abs. 3 AktG.

⁷² Es handelt sich hier um einen *Verfahrensantrag*, zu unterscheiden von der Anmeldung der zur Eintragung begehrten Tatsachen, der dem Registergericht (quasi nach Art eines Stufenverhältnisses ähnlich der Stufenklage im Zivilprozess) vorgibt, in welcher logischen Reihenfolge die angemeldeten Tatsachen in das Handelsregister einzutragen sind.

⁷³ Für die Form der Anmeldung gilt – da die InsO insoweit keine Spezialregelung enthält – § 12 HGB, d.h. notarielle Beglaubigung der Unterschriften der Anmeldenden bzw. der Personen, die als neue Vorstände gem. § 81 Abs. 3 AktG betreffend das Nichtbestehen von Bestellungshindernissen zu versichern haben.

⁷⁴ Da die X-Bank AG als Gläubigerin Planbeteiligte ist, könnte der Zeichnungsschein auch in den Insolvenzplan aufgenommen werden. Da dessen Regelungen jedoch unter der (aufschiebenden) Bedingung seiner rechtskräftigen gerichtlichen Bestätigung stehen, vereinbart sich dies nicht mit § 185 Abs. 2 AktG, sodass es empfehlenswert erscheint, den Zeichnungsschein gesondert auszufertigen.

⁷⁵ Da die Zeichnung als Offerte, gerichtet auf den Abschluss eines Zeichnungsvertrags (korporationsrechtlicher Vertrag eigener Art), gilt und daher – anders als der Einbringungsvertrag, der systematisch als Teil des Insolvenzplans unter dem Vorbehalt der rechtskräftigen Bestätigung durch das Insolvenzgericht steht – Bindungswirkung gem. §§ 130 ff. BGB entfaltet, empfiehlt es sich, mit der Zeichnung bis zur Rechtskraft des Insolvenzplans zuzuwarten.

⁷⁶ Von dem Zeichnungsschein ist eine Zweitschrift zu erstellen, die bei der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister einzureichen ist (§ 188 Abs. 3 Nr. 1 AktG).

Wir zeichnen hiermit sämtliche 10 Mio. neuen Aktien zu den v.g. Bedingungen und verpflichten uns, die geschuldete anteilige Bareinlage einschließlich des genannten Agios zur Sicherung der Liquidität des Unternehmens unverzüglich auf das bei unserem Institut für die Schuldnerin geführten Sonderkontos Nr. ... (Sonderkonto Kapitalerhöhung I) zu überweisen.^{77,78}

Unsere Zeichnung wird unverbindlich, wenn die Durchführung der Kapitalerhöhung nicht bis zum ... in das Handelsregister eingetragen ist.⁷⁹

B, den ...

(Unterschriften für die X-Bank AG in vertretungsberechtigter Anzahl)

VERZEICHNIS DER ZEICHNER

der 1 Mio. Stückaktien mit Gewinnberechtigung v. ... an aus der Kapitalerhöhung gemäß Insolvenzplan v. ... der Y-AG:

Zeichner	Stückzahl der gezeichneten Aktien	Ausgabekurs	Geleistete Einzahlung (bei Sacheinlagen: geleistete Sacheinlage)
X-Bank AG mit Sitz in Berlin (AG C, HRB ...)	3 Mio.	200 %	6 Mio.
X-Bank AG mit Sitz in Berlin (AG C, HRB ...)	7 Mio.	100 %	Sacheinlage: Erlass von 10 Mio. € betreffend den Darlehensrückgewähranspruch aus dem Darlehensvertrag v. ... nach Maßgabe des Einbringungsvertrags, enthalten im Insolvenzplan v. ...

B, den ...

(Unterschrift des Insolvenzverwalters)

Berechnung der Kosten

Für die durch den Insolvenzplan v. ... bestimmte und durchgeführte Kapitalerhöhung der Y-AG entstehen folgende Kosten:

1.	Notar- und Gerichtskosten:	ca. ... €
2.	Veröffentlichungskosten:	ca. ... €
3.	Prüfung der Werthaltigkeit der Sacheinlage:	ca. ... €

B, den ...

(Unterschrift des Insolvenzverwalters)

Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats der Y-AG⁸⁰

1. D (Name, Vorname), Beruf Bankdirektor, wohnhaft in B (Vorsitzender)
2. E (Name, Vorname), Beruf Investmentbanker, wohnhaft in K (stellv. Vorsitzender)
3. F (Name, Vorname), Beruf Ingenieur, wohnhaft in D.

B, den ...

(Unterschrift des Insolvenzverwalters)

77 Gem. §§ 188 Abs. 2, 36a Abs. 1 AktG wäre eine „Volleinzahlung“ eigentlich nicht erforderlich. Da die Sanierung des Unternehmensträgers allerdings nach aller praktischen Erfahrung nicht allein mit der Entlastung von Zins- und Tilgungsdienst und Zuführung von Liquidität in Höhe der Mindesteinzahlung bewerkstelligt wird, sieht die Zeichnungsverpflichtung hier die vollständige Einzahlung sowohl des geringsten Ausgabebetrags wie des Agios vor.

78 Nach h.M. steht der endgültig freien Verfügbarkeit der Einlagenleistung nicht entgegen, dass diese auf ein Konto der Inferentin erfolgt (vgl. Hüffer [Fn. 43], § 54 Rn. 17).

79 I.Ü. enthält der Zeichnungsschein alle Pflichtbestandteile gem. § 185 AktG mit einer durch die Kapitalerhöhung im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens zwingenden Abweichung von § 185 Abs. 1 Nr. 1 AktG.

80 Erforderlich bei jeder Veränderung, vgl. § 106 AktG.

Protokoll der Sitzung des Aufsichtsrats der Y-AG⁸¹

Ort der Sitzung: Berlin, Hotel K

Zeit der Sitzung: Sonntag, den ..., von ... Uhr bis ... Uhr

Teilnehmer: D, E und F

Aufgrund Insolvenzplans v. ..., seit dem ... rechtskräftig infolge gerichtlicher Bestätigung v. ... sind die oben bezeichneten Personen zu neuen Mitgliedern des Aufsichtsrats der Gesellschaft bestellt. Wir haben die Bestellung angenommen.

Dies vorausgeschickt, beschließt der Aufsichtsrat hiermit, was folgt:

1. Zum Vorsitzenden des Aufsichtsrats wird D gewählt.
2. Zum stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrats wird E gewählt.

Der Aufsichtsratsvorsitzende und sein Stellvertreter nehmen die Wahl an.

3. Der bisherige Vorstand (jetzt Liquidatoren) der Gesellschaft, bestehend aus den Herren Becker, Dr. Schwarz und Hansen, wird mit sofortiger Wirkung abberufen. Ihnen wird Entlastung nicht erteilt.
4. Zum neuen Vorstand der Gesellschaft – bedingt durch die Eintragung ihrer Fortsetzung – werden bestellt: G und H. Sie vertreten die Gesellschaft nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmung über die Vertretung der Gesellschaft.

Die Entscheidungen erfolgten einstimmig.

(Unterschriften von D, E und F)

B. Beispiel 2: „Sanieren und Ausscheiden“**Szenario:**

Die S-GmbH mit Sitz in B betreibt ein Unternehmen im Geschäftszweig des Handels mit gebrauchter Bekleidung in 100 bundesweit verteilten Einzelhandelsgeschäften, die sich allesamt in von verschiedenen Dritten gemieteten Geschäftslokalen befinden. Alleingesellschafter und zugleich Geschäftsführer sind die Herren A und B mit Geschäftsanteilen im Nennwert von je 100.000 € des insgesamt 200.000 € betragenden Stammkapitals. Diese haben der Gesellschaft die gesamte Liquidität 1. Grades entzogen. Durch den Sozialversicherungsträger A wird ein zulässiger Gläubigerantrag, gerichtet auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der S-GmbH gestellt, woraufhin es zur Anordnung der vorläufigen (schwachen) Insolvenzverwaltung durch das AG C – Insolvenzgericht –

kommt und Rechtsanwalt M zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt wird. Es bestehen fällige Verbindlichkeiten von 5 Mio. €, im Wesentlichen gegenüber der Belegschaft, Sozialversicherungsträgern, dem Fiskus, ferner aus Lieferung und Leistung gegenüber verschiedenen Gläubigern. 50 der 100 betriebenen Filialen erweisen sich als operativ profitabel und fortführungswürdig. Die NewCo GmbH wird als an einer Übernahme des Unternehmens interessierter Investor für die profitablen Filialen gefunden. Eine übertragende Sanierung scheitert aber an der mangelnden Bereitschaft der Vermieter der Geschäftslokale, mit dem Investor neue Mietverträge abzuschließen. Zur Sicherung des akut erforderlichen Liquiditätsbedarfs während der Phase der vorläufigen Insolvenzverwaltung hat der vorläufige Verwalter mit Zustimmung des Gerichts bei der NewCo GmbH als potenziellem Investor ein Massedarlehen i.H.v. 250.000 € zu marktüblichen Konditionen aufgenommen.

Musterinsolvenzplan „S-GmbH“

Planverfasser: Insolvenzverwalter Rechtsanwalt Jürgen Meier, Musterstadt

Plangliederung⁸²**I. Darstellender Teil****1. Übersicht****a) Plankonzept**

Der Insolvenzverwalter der S-GmbH legt im Auftrag der Gläubigerversammlung einen Insolvenzplan vor, der zur Vollbeendigung des Insolvenzverfahrens bei Fortführung der GmbH führen soll.⁸³

⁸¹ Vgl. §§ 107 ff. AktG, zur Vorstandswahl § 84 AktG.

⁸² S. hierzu Beispiel 1 zur AG. Auch im Folgenden wird hier auf allgemeine Erläuterungen verzichtet, soweit sie sich schon aus Beispiel 1 zur AG ergeben.

⁸³ Dass im Ergebnis nur 50 der 100 Filialen erhalten bleiben sollen, macht den Sanierungsplan nicht zu dem in der Praxis keine Rolle spielenden Zerschlagungsplan. Er stellt vielmehr eine leistungswirtschaftliche Komponente des i.Ü. finanzwirtschaftlich geprägten Sanierungsplans dar.

Die S-GmbH mit Sitz in B betreibt ein Unternehmen im Geschäftszweig des Handels mit gebrauchter Kleidung in 100 bundesweit verteilten Einzelhandelsgeschäften, sämtlich betrieben in von verschiedenen Vermietern angemieteten Geschäftsräumen. 50 der betriebenen Filialen sind profitabel. Die Liquidität 1. Grades ist vollständig ausgeschöpft, nachdem die beiden jeweils einzelvertretungsberechtigten geschäftsführenden Gesellschafter A und B, beteiligt mit Geschäftsanteilen von jeweils 100.000 € des Stammkapitals von insgesamt 200.000 €, in die Kasse gegriffen haben. A hat sich nach Caracas abgesetzt. B ist weiterhin kooperativ, jedoch vermögenslos.⁸⁴ Die fälligen Verbindlichkeiten der Gesellschaft belaufen sich aktuell auf 5 Mio. € gegenüber Belegschaft, Sozialversicherungsträgern und dem Fiskus. Inbegriffen sind im erheblichen Umfang Verbindlichkeiten aus Lieferung und Leistung. Die in den Filialen vorhandene Betriebs- und Geschäftsausstattung, dem Vermieterpfandrecht unterliegend, hat einen Liquidationswert von 100.000 €, einen Buchwert von 0 und einen Fortführungswert von 200.000 €. Mietrückstände bestehen nicht.⁸⁵

b) Zahlen/Daten/Anschriften

Handelsregister:	AG C, HRB 12345
Stammkapital:	200.000 €
Gesellschafter:	A mit einem Geschäftsanteil im Nennwert von 100.000 €
	B mit einem Geschäftsanteil im Nennwert von 100.000 €
Geschäftsführer:	Die beiden Gesellschafter A und B, jeweils einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit
Prokura:	/.
Buchführung:	selbst, SAP R3
Steuerberater:	Schnell Steuerberatungsgesellschaft mbH, Musterstadt
Umsätze in MEUR:	ca. 5 Mio. € p.a.
Finanzamt:	Finanzamt für Körperschaften I, C..., St.-Nr. 27/048/09158
Sanierungsberater:	(bis zur Insolvenz) Sanierungsspezialist-GmbH
Arbeitnehmer:	23; kein Betriebsrat, keine Vertreter im Aufsichtsrat
Anschrift:
Insolvenzverwalter:	Rechtsanwalt Jürgen Meier
Verwalterkonto:	Musterstädter Bank AG

2. Sanierungskonzept

a) Kurzbeschreibung des Unternehmens

Die Anfänge des Unternehmens reichen bis in das Jahr 1975 zurück ...

b) Bisherige Maßnahmen

Der Planverfasser fand zu Beginn der vorläufigen Insolvenzverwaltung – er war bereits zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt worden – ein Filialunternehmen vor, bei dem die ersten Prüfungen bereits ergaben, dass von den 100 betriebenen Filialen nur 50 profitabel waren. Die Liquidität 1. Grades war aufgebraucht, die geschäftsführenden Gesellschafter haben sie dem Unternehmen entzogen. Einer der beiden Gesellschafter hat sich abgesetzt; der andere – selbst in Vermögensverfall – kommt seinen dem Verwalter gegenüber bestehenden Pflichten

84 Haftungsansprüche gegen die Gesellschafter, z.B. nach §§ 823 Abs. 2, 266 StGB, oder solche nach GmbHG entfallen daher im Überschuldungsstatus bzw. sind höchstens mit einem Erinnerungswert zu berücksichtigen. Sie blieben, da nicht insolvenzspezifisch, der Gesellschaft auch im Fall erfolgreicher Sanierung und Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach rechtskräftiger Planbestätigung erhalten. Nur können die Gläubiger der Gesellschaft eben aus den geschilderten Gründen nicht mit Massezuflüssen aus diesem Rechtsgrund rechnen. Aber ebenso wie das Gutachten eines Sachverständigen sich stets mit derartigen Ansprüchen auseinandersetzen muss, gilt dies natürlich auch für den Insolvenzplan. Ein Gutachten/ein Plan, der sich mit derartigen Ansprüchen nicht auseinandersetzt, dürfte nicht lege artis und damit fehlerhaft sein. Umfassend und instruktiv zur Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz der GmbH: *Bitter*, ZInsO 2010, 1505 ff. und 1561 ff.

85 Der Überschuldungsstatus der Gesellschaft stellt sich unter Liquidationsgesichtspunkten wie folgt dar:

Aktiva			Passiva
Liquidität I	0 €	LuL	2 Mio. €
BGA	100.000 €	Massedarlehen	250.000 €

gem. §§ 97, 101 Abs. 1 Satz 1 InsO noch nach, wirkt also auch im Antragsverfahren mit. Kassen- und Bankbestand befinden sich bei 0 €. Der Betrieb wäre schon faktisch zum Erliegen gekommen, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter nicht – nach entsprechender Ermächtigung durch das Gericht⁸⁶ – von der NewCo GmbH als möglichen Interessen für die profitablen Unternehmensbereiche einen Massekredit⁸⁷ zur Sicherung des akut erforderlichen Liquiditätsbedarfs über 250.000 € organisiert hätte.⁸⁸ Hiermit konnte der Geschäftsbetrieb in den profitablen Filialen einstweilen gesichert werden.

c) Geplante Maßnahmen

Von den vorhandenen 100 Filialen sind 50 profitabel. Deren Übertragung auf den Interessenten NewCo GmbH im Wege einer übertragenden Sanierung wäre an sich das einfachste und günstigste Mittel.⁸⁹ Es scheitert aber daran, dass jede Filiale einen anderen Vermieter hat. Mit 50 Vermietern müssten neue Mietverträge verhandelt und abgeschlossen werden und dies in der kurzen Zeit, die zur Verfügung steht.⁹⁰ Es ist zu befürchten, dass die Vermieter der profitablen Filialen diese Situation ausnutzen, um Mietsteigerungen durchzusetzen.⁹¹ Am Ende wäre zu befürchten, dass gerade für die profitabelsten Filialen überhöhte Mieten gezahlt werden müssten oder die Verhandlungen nicht zu einem erfolgreichen Ende geführt werden können.⁹²

d) Plan

Die bilanzielle Sanierung der GmbH wird wie folgt erreicht:

Das Stammkapital wird von 200.000 € um 350.000 € auf sodann 550.000 € erhöht. I.H.v. 250.000 € erfolgt eine Sacheinlage durch Einbringung des Rückzahlungsanspruchs des Investors hinsichtlich des durch ihn ausgereichten Massendarlehens von 250.000 €. Weitere 100.000 € werden durch ihn im Wege der Bareinlage gegen Ausgabe eines weiteren Geschäftsanteils im Nennwert von 100.000 € zu einem Ausgabebetrag von 200.000 € erbracht. Zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile wird unter Ausschluss des Bezugsrechts der bisherigen Gesellschafter allein die NewCo GmbH zugelassen. Aus der dann vorhandenen Liquidität von 200.000 € werden zunächst die Verfahrenskosten von 50.000 € bezahlt. Die Gläubigerschaft erhält eine einmalige Quotenzahlung von 2 %.

Bei Rechtskraft des Plans und seiner Erfüllung ist damit die Überschuldung beseitigt und – da die „nachgeschossenen Gelder“ hierfür nur teilweise benötigt werden – die Zahlungsfähigkeit wieder hergestellt, sodass das Insolvenzverfahren aufgehoben werden kann.

e) Risiken

Folgende Risiken, die zum Scheitern des Plans führen können, bestehen insbesondere in steuerlicher Hinsicht ...⁹³

- 86 Der vorläufige „schwache“ Insolvenzverwalter konnte ein Massendarlehen nicht aufnehmen, da er Masseverbindlichkeiten nicht begründen kann. Das Gericht hätte eine vorläufige starke Insolvenzverwaltung anregen können. Der vorläufige Insolvenzverwalter hätte dann aber schon im Vorverfahren die Mieten aller Filialen zahlen müssen. Eine „starke“ vorläufige Verwaltung war hier – gerade noch – entbehrlich, da einer der beiden alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer noch an Bord ist. Hätte auch dieser sich abgesetzt, wäre eine vorläufige starke Verwaltung unumgänglich gewesen, da es ansonsten keine Verfügungen der Schuldnerin hätte geben können, denen der vorläufige Verwalter zustimmt.
- 87 Der Darlehensgeber kann verschiedene Motivationen haben. Entweder ist der Abnehmer auf das Produkt des Schuldners und damit darauf angewiesen, dass dieser seinen Geschäftsbetrieb nicht einstellt, häufig bei Vorliegen eines Alleinstellungsmerkmals, wenn nicht schnell genug für Ersatz gesorgt werden kann oder aber es ist ein Interessent für das Unternehmen vorhanden, der sicherstellen will, dass der ihn interessierende Geschäftsbetrieb nicht im Vorverfahren zum Erliegen kommt, da – s. das obige Beispiel zur AG – das Ganze häufiger mehr wert ist als die Summe seiner Teile.
- 88 Nimmt der vorläufige starke Insolvenzverwalter oder der mit einer entsprechenden Ermächtigung ausgestattete schwache vorläufige Insolvenzverwalter im Vorverfahren einen Massekredit auf, so hat dieser den Charakter einer Masseverbindlichkeit im eröffneten Verfahren, § 55 Abs. 1 Satz 1 InsO. Hierzu *Fritze* (Fn. 18), Rn. 1079. Vgl. i.Ü. auch die gesetzlichen Regelungen zur Finanzierung von Sanierungsplänen in §§ 264 – 266 InsO.
- 89 Ein Insolvenzplan ist kein Allheilmittel, kein Wert an sich und das Insolvenzverfahren nicht der richtige Ort für den sich selbst verwirklichenden „planverliebten“ Verwalter. Liegt nicht einer der typischen Plananwendungsfälle vor und hat eine übertragende Sanierung keine Nachteile, ist diese schon deshalb vorzuziehen, weil sie bei den Gläubigern i.d.R. bekannt ist, einfach und schnell zu realisieren ist und die Aufstellung eines Insolvenzplans Kosten verursacht (steuerliche Bearbeitung, gesellschaftsrechtliche Maßnahmen, ggf. Vergütungszuschläge für den Verwalter), die sich im Ergebnis zulasten der Quote der Insolvenzgläubiger auswirken, um deren Befriedigung es im Insolvenzverfahren schließlich geht.
- 90 S. hierzu die (zunächst) erfolgreiche Planinsolvenz in Eigenverwaltung der *ihr Platz GmbH & Co. KG* mit 700 Filialen. Dass „*ihr platz*“ nunmehr infolge der Insolvenz ihrer Mutter *Anton Schlecker e.K.* erneut in Insolvenz geraten ist, ändert nichts daran, dass im Rahmen der seinerzeitigen Sanierung ohne Insolvenzplan kaum ein Erhalt aller Filialen mit den bestehenden Mietkonditionen möglich gewesen wäre.
- 91 Flankiert wird die Möglichkeit der Fortführung der Filialen im Rahmen eines Planverfahrens dadurch, dass sog. „Change-of-Control-Klauseln“ in Verträgen über Dauerschuldverhältnisse gem. § 225a Abs. 4 InsO suspendiert werden.
- 92 Es handelt sich hierbei um einen der klassischen Fälle, in denen allein über einen Insolvenzplan eine Sanierung realistisch ist. Hierzu *Fritze* (Fn. 18), Rn. 1057; *Smid/Rattunde* (Fn. 2), Rn. 21.26 („*Herlitz*“). Weitere klassische Anwendungsfälle: Großunternehmen, fehlende Investoren, unübertragbare Vermögensrechte (z.B. Lizenzen) und – als Sonderfall – bei der natürlichen Person Vermeidung der Wohlverhaltensperiode und damit Verfahrensabkürzung, der rechtstechnisch nicht zu den vorerwähnten Gruppen gezählt werden kann, aber praktisch zwischenzeitlich eine große Bedeutung spielt.
- 93 S.o. bei Fn. 18.

3. Gläubiger

a) Einteilung der Gruppen

Der Verfasser des Plans folgt bei der Abgrenzung der Beteiligtengruppen zunächst der Einteilung im Gesetz. § 222 InsO sieht vor, dass Gruppen gebildet werden sollen für absonderungsberechtigte Gläubiger, wenn in deren Rechte eingegriffen wird (§ 222 Abs. 1 Nr. 1 InsO), für Arbeitnehmer (§ 222 Abs. 3 InsO), für sonstige nicht nachrangige (Klein-) Gläubiger (§ 222 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 InsO) und – wenn in deren Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte eingegriffen wird – für die am Schuldner beteiligten Personen.

Der vorliegende Plan sieht zwei Gruppen vor:

Gruppe 1 umfasst die Gesellschafter des Unternehmens, die ihre Anteile an ihn verlieren.

Gruppe 2 enthält sämtliche nicht nachrangigen Gläubiger.⁹⁴

Eine Gruppe der nachrangigen Gläubiger entfällt, da diese Forderungen als erlassen gelten sollen, § 225 InsO.⁹⁵

b) Änderung der Beteiligtenrechte

Die nicht nachrangigen Gläubiger erhalten 2 % ihrer Forderungen und verzichten auf den Rest. Dies ist mehr als sie bei der Zerschlagung erhalten würden. Die Beteiligten in Gruppe 1 erhalten von der neuen Gesellschafterin einen Kaufpreis i.H.v. 2 % ihrer Nominalbeteiligung. Das ist mehr als im Fall der Zerschlagung. Denn dann erhielten sie für ihre wertlosen Anteile nichts.

c) Quote bei Zerschlagung

Kein Beteiligter soll durch den Plan schlechtergestellt werden, als er ohne den Plan stünde, vgl. § 251 InsO ...⁹⁶

d) Planerfüllung

Die Schuldnerin wird voraussichtlich in der Lage sein, die Verpflichtungen aus dem Insolvenzplan zu erfüllen, da ihr die Gelder zur anteiligen Befriedigung durch den neuen Gesellschafter zur Verfügung gestellt werden. Für den Fall, dass ein Beteiligter eine Schlechterstellung i.S.d. § 251 Abs. 1 Nr. 2 InsO behauptet und glaubhaft macht, sieht der Plan im gestaltenden Teil eine Rückstellung von 0,5 Mio. € vor.

II. Gestaltender Teil

1. Die infolge Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen aufgelöste Gesellschaft wird aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt der Aufhebung des Insolvenzverfahrens fortgesetzt.⁹⁷
2. Das Angebot der NewCo GmbH v. ... (UR-Nr. .../... des Notars ...), gerichtet auf den Kauf und die Abtretung sämtlicher, an der Schuldnerin gehaltener Geschäftsanteile wird angenommen.^{98, 99}

⁹⁴ Da in Absonderungsrechte nicht eingegriffen wird, erübrigt sich eine separate Gruppe. Aus Vereinfachungsgründen wird auch auf eine Gruppe der Kleingläubiger verzichtet, die an sich aus Vereinfachungsgründen stets zu empfehlen ist. S. dazu aber schon Beispiel 1.

⁹⁵ Die NewCo GmbH wird durch das Massedarlehen nicht etwa Beteiligte i.S.d. § 222 InsO. Beteiligt ist der Massegläubiger nur bei Masseunzulänglichkeit, die nunmehr wegen § 210a InsO einen Insolvenzplan nicht mehr ausschließt. Der Verzicht auf die Rückzahlung erfolgt jedoch ebenso wie die Übernahme der bereits vorhandenen Anteile außerhalb des Plans. Zum Insolvenzplan bei Masseunzulänglichkeit *Zimmer*, ZInsO 2012, 388. S. hierzu insbesondere Fn. 98.

⁹⁶ Vgl. hierzu im Einzelnen die Anmerkungen zu Beispiel 1, dort 3.3.

⁹⁷ Die Möglichkeit der Fortsetzung folgt aus § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Aufhebung des Insolvenzverfahrens gem. § 258 Abs. 1 InsO nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses über die Bestätigung des Plans, kann aber bereits als Planbestandteil vorgesehen sein, § 225a Abs. 3 InsO. Anders als bei der AG ist die zu erfolgende Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft nicht konstitutiver, sondern allein deklaratorischer Natur (vgl. *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 6. Aufl., § 60 Rn. 37 m.w.N.). Vgl. i.Ü. Fn. 41 zur AG.

⁹⁸ Auch die Übertragung von Anteilsrechten als Bestandteil des gestaltenden Teils des Plans sieht das Gesetz in § 225a Abs. 3 InsO ausdrücklich vor. Da die NewCo GmbH als Investor weder Gläubiger noch Anteilseigner der S-GmbH und somit nicht Planbeteiligte ist (s.o. bei Fn. 96 und nachfolgend), dürfte für das Angebot auf Abschluss ein Geschäftsanteilskauf- und -übertragungsvertrag die Formvorschrift des § 15 GmbHG nicht suspendiert sein. Für die hier enthaltene Annahmeerklärung gilt indes auf jeden Fall § 254a Abs. 2 InsO. Etwas anderes ergibt sich auch nicht sicher aus § 225a Abs. 3 InsO. Diese Vorschrift ermöglicht nur die Umsetzung aller gesellschaftsrechtlich zulässigen Maßnahmen im Insolvenzplan, erweitert den personellen Anwendungsbereich jedoch nicht auf am Verfahren nicht beteiligte Dritte. Der Beteiligtenbegriff ergibt sich nach wie vor aus § 221 Satz 1 InsO. Dies sind – vorbehaltlich des § 210a InsO (Insolvenzplan bei Masseunzulänglichkeit) nur Gläubiger und Anteilseigner. Auch ausweislich der Gesetzesbegründung bewirkt § 254a Abs. 3 nur eine Erweiterung der „Formerleichterung“ für die in den Plan aufgenommenen Verpflichtungserklärungen der Anteilseigner und *Beteiligten*. § 254a Abs. 1 Satz 1 ist an Stelle des früheren § 254 Abs. 1 Satz 2 InsO getreten. Zu dieser nunmehr außer Kraft getretenen Vorschrift weist die Kommentarliteratur darauf hin, dass diese auch Verpflichtungserklärungen Dritter i.S.d. § 230 Abs. 3 umfasse (so z.B. *HK-InsO/Flessner*, § 254 Rn. 9, i.Ü. ohne weitere Begründung) und geht sogar davon aus, dass dies auch für die Abtretung von GmbH-Anteilen (§ 15 Abs. 4 GmbHG) gelte. Die Subsumtion der Abtretung von GmbH-Anteilen als dingliches Rechtsgeschäft unter den Begriff der Verpflichtungserklärung ist bereits – vorsichtig gesprochen – gewagt. Es kommt hinzu, dass bereits § 254a Abs. 1 Satz 1 davon spricht, dass die Wirkungen des Plans für und gegen alle Beteiligten gelten und es nahegelegen hätte, im Gesetzeswortlaut darauf hinzuweisen, wenn darunter im Falle des § 254a Abs. 1 Satz 2, 2. HS InsO a.F. nicht nur Beteiligte i.S.d. § 221 Satz 1, sondern auch Dritte i.S.d. § 230 Abs. 3 InsO zu verstehen sind. Auch in der Gesetzesbegründung zu § 254a Abs. 3 InsO n.F. ist wieder nur von „Beteiligten“ die Rede. Es ist daher jedenfalls aus Sicht des Planverfassers der sicherere Weg, wie hier vorgeschlagen vorzugehen.

⁹⁹ Das Muster folgt hier dem „Share-Deal-Modell“, d.h. der Investor erwirbt die Anteile der bisherigen Gesellschafter. Die damit einhergehenden Risiken (vgl. insbesondere § 16 Abs. 2 GmbHG) werden im Beispielfall durch den Investor akzeptiert, da dieser sich einen verlässlichen Überblick im Rahmen der üblicherweise stattfindenden Due-Diligence-Prüfung verschafft hat.

3. Das Stammkapital der Schuldnerin wird von gegenwärtig 200.000 € um insgesamt 350.000 € auf 550.000 € wie folgt erhöht:
- um 250.000 € durch Sacheinlage durch teilweise¹⁰⁰ Einbringung des Rückzahlungsanspruchs aus dem zwischen der Schuldnerin und der Inferentin bestehenden Massekreditvertrag v. ... gegen Ausgabe eines neuen Geschäftsanteils im Nennwert von 250.000 € zu einem Ausgabebetrag in gleicher Höhe nach näherer Maßgabe des gesondert abzuschließenden¹⁰¹ Einbringungs- und Erlassungsvertrags;¹⁰²
 - um weitere 100.000 € gegen Bareinlage gegen Ausgabe eines weiteren Geschäftsanteils im Nennwert von 100.000 € zu einem Ausgabebetrag i.H.v. 200.000 €.¹⁰³
- Zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile wird unter Ausschluss des Bezugsrechts der bisherigen Gesellschafter allein die NewCo GmbH zugelassen.¹⁰⁴ Die entsprechende Übernahmemecklung hat der Gesellschaft, vertreten durch ihre nachfolgend neu bestellte und zur Annahme ermächtigte¹⁰⁵ Geschäftsführung bis spätestens 3 Wochen nach rechtskräftiger Bestätigung dieses Plans zuzugehen.
4. Der Gesellschaftsvertrag der Schuldnerin wird in § 3 (Stammkapital) wie folgt geändert:
- „§ 3
Stammkapital
Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 550.000 EUR.“
- Die bisherigen Geschäftsführer (infolge Auflösung der Gesellschaft durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen nunmehr Liquidatoren) A und B werden abberufen. Ihnen wird Entlastung nicht erteilt. Zum neuen Geschäftsführer wird – aufschiebend bedingt durch die Fortsetzung der Gesellschaft – bestellt Herr Y, geboren am ..., wohnhaft in Er ist stets einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.
 - Die Gläubiger der Gruppe 2 erhalten auf ihre festgestellten Forderungen eine Quote von 2 % und verzichten auf den darüber hinausgehenden Teil.
 - Im Hinblick auf Gläubiger, die im Abstimmungstermin glaubhaft machen, dass sie durch den Plan voraussichtlich schlechtergestellt werden, hat die X-Bank eine Bürgschaft über 500.000 € gestellt, die diese Gläubiger in Anspruch nehmen können, wenn ihr Antrag zulässig ist und sodann gerichtlich rechtskräftig geklärt ist, dass eine solche Schlechterstellung tatsächlich vorliegt.
 - Die Ausschüttung jeglicher nach dem gestaltenden Teil vorgesehener Zahlungen erfolgt nach Aufstellung eines Verteilungsverzeichnisses in entsprechender Anwendung des § 188 InsO, das auf der Geschäftsstelle des Gerichts zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt wird. Die Schuldnerin wird die Summe der Forderungen sowie den für die Verteilung verfügbaren Betrag dem Insolvenzgericht anzeigen.
 - Die Kosten des Insolvenzverfahrens inklusive der Kosten des Insolvenzplans trägt die Schuldnerin.

100 „Teilweise“ deshalb, weil das Massendarlehen vereinbarungsgemäß verzinst werden soll und nur die Hauptforderung eingebracht wird.

101 Da die Inferentin nicht Planbeteiligte ist, scheidet der Abschluss des Einbringungsvertrags als Planbestandteil aus. S. hierzu bereits Fn. 98.

102 Die Frage, wie die Bewertung der eingebrachten Forderung im Rahmen eines Debt-Equity-Swaps vorzunehmen ist, ist weitgehend ungeklärt. Einzelheiten bei Fn. 47. Dieses Problem stellt sich hier allerdings nicht, da das Insolvenzgericht im Rahmen der Erteilung der Einzelermächtigung an den vorläufigen Insolvenzverwalter, den Massekredit aufzunehmen, nach h.M. bereits geprüft haben muss, ob dessen Rückzahlung als Masseverbindlichkeit (§ 55 InsO) gewährleistet ist (vgl. z.B. HambKomm-InsO/Schröder, 3. Aufl., § 22 Rn. 94; a.A. Horstkotte/Martini, ZInsO 2010, 750), mithin von der Vollwertigkeit und Liquidität ausgegangen werden kann, nach der von den Verfassern vertretenen Auffassung aber ohne dies durch den Insolvenzverwalter nachgewiesen werden kann (s. das Muster zur Bestätigung der Werthaltigkeit als Anlage zur Handelsregisteranmeldung).

103 Allein mit der Umwandlung des Rückgewähranspruchs aus dem Massekredit in Nennkapital ist der Schuldnerin nicht geholfen. Vielmehr – und das übersieht der Gesetzgeber – bedarf es i.a.R. im Rahmen eines Debt-Equity-Swaps nicht nur der Entlastung der Schuldnerin vom Zins- und Tilgungsdienst, sondern auch der zeitnahen Zuführung von „fresh money“.

104 Der Bezugsrechtsausschluss der ursprünglichen Gesellschafter A und B bereitet hier (anders als bei Beispiel 1) keine Probleme, da deren Geschäftsanteile bereits aufschiebend bedingt auf die Rechtskraft des Plans (ebenso wie die Bestimmung über die Kapitalerhöhung) auf den Investor übertragen werden.

105 Normalerweise kommt im Rahmen einer Kapitalerhöhung einer GmbH der Übernahmevertrag (anders als bei der AG) zustande durch Übernahmemecklung des Inferenten (= Offerte) und Annahme derselben durch die *Gesellschafter* (nicht Geschäftsführer; vgl. nur Roth/Altmeyen [Fn. 97], § 55 Rn. 12). Hier folgt die Übernahmemecklung (da NewCo GmbH nicht Planbeteiligte ist) zeitlich der einen Bestandteil des Plans bildenden Beschlussfassung (s. § 254a Abs. 2 InsO) nach. Allerdings kann – wie hier vorgeschlagen – die Geschäftsführung zur Annahme des in der Übernahmemecklung verkörperten Angebots ermächtigt werden (Roth/Altmeyen [Fn. 97], § 60 Rn. 37 m.w.N.).

10. Der Insolvenzverwalter wird bevollmächtigt, die zur Umsetzung notwendigen Maßnahmen zu ergreifen und offensichtliche Fehler des Plans zu berichtigen.

III. Zusammenfassung des wesentlichen Inhalts

Der vorgelegte Insolvenzplan dient der erhaltenden Sanierung der Schuldnerin. Statt der Zerschlagung des Unternehmens erfolgt eine Übernahme sämtlicher Geschäftsanteile durch einen Investor, das Kapital wird erhöht, teilweise durch eine Sacheinlage, teilweise durch Bareinlage. Die bisherigen Gesellschafter erhalten für ihre Anteile von der neuen Gesellschafterin 2 % des Nennwerts ihrer Anteile, die Gläubiger erhalten eine Quote von 2 % und verzichten auf den Rest.

Anlage zum Insolvenzplan: Notarielles Angebot des Investors

UR.Nr. /2012

Urkunde des Notars ...

(Urkundenkopf und Standardeingangsformulierung)

erschien, von Person bekannt:

Herr C, geboren am ..., geschäftsansässig ...

(Vorbefassungsvermerk)

Der Erschienene bat um Beurkundung und erklärte, was folgt:

Ich handle nachfolgend nicht im eigenen Namen, sondern als alleiniger Geschäftsführer der NewCo GmbH mit Sitz in ..., eingetragen im Handelsregister des AG C zu HRB ...

Der beurkundende Notar bestätigt nach heutiger Einsichtnahme in das elektronische Handelsregister, dass die o.g. Angaben zu den Vertretungsverhältnissen zutreffend sind.

Vorbemerkung:

- Über das Vermögen der S-GmbH mit Sitz in B (AG C, HRB ...) – nachfolgend: Schuldnerin – ist durch Beschluss des AG C – Insolvenzgericht – v. ... – 36s IN ... das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt M zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Alleingesellschafter und zugleich alleinige Geschäftsführer der Schuldnerin sind – ausgewiesen durch aktuellen Handelsregisterauszug und die letzte, in das Handelsregister aufgenommene Liste der Gesellschafter – derzeit die Herren A und B mit Geschäftsanteilen im Nennwert von je 100.000 € des insgesamt 200.000 € betragenden Stammkapitals.
- Es ist beabsichtigt, die Schuldnerin als Trägerin eines Unternehmens, dessen Gegenstand in dem Betrieb von insgesamt 100 Einzelhandelsgeschäften, die allesamt in von Dritten gemieteten Räumlichkeiten im Geschäftszweig des Handels mit gebrauchter Bekleidung betrieben werden, im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens, in das die Gesellschafter einbezogen werden sollen, zu sanieren. Der Planentwurf sieht dazu u.a. vor, dass die bisherigen Gesellschafter die von ihnen gehaltenen Geschäftsanteile an die von mir vertretene NewCo GmbH – nachfolgend: Investor –, der nicht am Planverfahren beteiligt sein wird, übertragen werden.¹⁰⁶

Dies vorangeschickt bitte ich um die Beurkundung des Angebots zum Abschluss eines Kauf- und Übertragungsvertrags über die an der Schuldnerin gehaltenen Geschäftsanteile wie folgt:

Ich unterbreite hiermit für die von mir Vertretene den jeweiligen zum Zeitpunkt der Rechtskraft der gem. § 248 InsO erforderlichen gerichtlichen Bestätigung des Insolvenzplans vorhandenen Gesellschaftern¹⁰⁷ der Schuldnerin das Angebot zum Abschluss eines Kauf- und Abtretungsvertrags nach Maßgabe des Folgenden:

- Das Angebot bezieht sich auf sämtliche, aber nicht weniger als alle zu dem in Nr. 1. genannten Zeitpunkt vorhandenen, Geschäftsanteile, gleichgültig, in wessen Inhaberschaft sich diese befinden.¹⁰⁸

¹⁰⁶ S. Fn. 98.

¹⁰⁷ Da jedenfalls ein Anteilseigner obstruktiv ist und hinsichtlich des noch verbliebenen Gesellschafters wegen seines vorangegangenen fraudulösen Verhaltens Vorsicht angebracht ist, empfiehlt es sich, das Angebot nicht an namentlich bestimmte Personen, sondern die zum Zeitpunkt der Annahme des Angebots vorhandenen Gesellschafter zu richten („Angebot an den es angeht“).

¹⁰⁸ Denkbar sind folgende obstruierende Maßnahmen der Altgesellschafter: (I.) Teilung, ggf. Zusammenlegung, (II.) Veräußerung an Dritte (in ursprünglicher Stückelung oder infolge Teilung/Zusammenlegung im Nennwert verändert) oder die Schuldnerin selbst, (III.) Einziehung durch die Schuldnerin – wegen § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG kann es allerdings nicht mehr zu einer Differenz zwischen dem Stammkapital und der Summe aller Nennwerte der Geschäftsanteile kommen, sodass eine unmittelbar wirksam werdende Einziehung zu ihrer (sachenrechtlichen) Wirksamkeit zugleich einer Bestimmung darüber bedarf, in welcher Form die Konkordanz wiederhergestellt wird (Aufstockung der Nennwerte der von der Einziehung nicht betroffenen Anteile oder Neubildung als eigene Anteile der Gesellschaft).

2. Schuldrechtliche Rechtsgrundlage ist ein Kaufvertrag, für dessen Inhalt die gesetzlichen Bestimmungen gelten. Als Kaufpreis offeriere ich namens der von mir Vertretenen den jeweiligen Inhabern der Geschäftsanteile einen Kaufpreis i.H.v. 2 %¹⁰⁹ des Nominalwerts der Geschäftsanteile, nach dinglichem Vollzug der Abtretung zu zahlen an den/die zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens dieser Vereinbarung gem. § 16 Abs. 1 GmbHG als solche legitimierten Gesellschafter.¹¹⁰
3. Das Angebot ist ferner gerichtet auf den Abschluss eines dinglichen Abtretungsvertrags über die zu 1. genannten Geschäftsanteile, d.h. ich biete – handelnd wie angegeben – den Abschluss eines Abtretungsvertrags an, vermöge dessen sämtliche, an der Schuldnerin zum maßgeblichen Zeitpunkt bestehenden Geschäftsanteile auf den von mir vertretenen Investor übergehen.
4. Das Angebot gem. vorstehender Abschn. 1. – 3. kann ausschließlich angenommen werden aufgrund entsprechender Erklärungen der Annehmenden, welche in dem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan über das Vermögen der Schuldnerin enthalten sein müssen. Eine hiervon abweichende Annahme des Angebots ist ausgeschlossen.¹¹¹
5. An dieses Angebot halte ich mich bis zur rechtskräftigen Bestätigung des Insolvenzplans über das Vermögen der Schuldnerin gebunden. Auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichte ich (§ 151 BGB).
6. Ferner verpflichte ich die von mir Vertretene, an dem Vollzug des Insolvenzplans nach Maßgabe des als *Anl. 1* beigefügten Entwurfs entsprechend den dort genannten Bedingungen mitzuwirken.

(Notaramtliche Schlussformel gem. §§ 8 ff. BeurkG (Belehrungen, sowie – nebst Anlage – vorgelesen und genehmigt)

Anmeldung zum Handelsregister

M

– Rechtsanwalt –

als Insolvenzverwalter über das Vermögen der S-GmbH¹¹²

AG C

– Handelsregister –

In der Handelsregistersache der

S-GmbH

– HRB 12345 –

lege ich als gem. § 254a Abs. 2 Satz 3 InsO zur Anmeldung der nachfolgenden Tatsachen Berechtigter vor:

1. Beglaubigte Abschrift des Beschlusses des AG C – Insolvenzgericht – v. ... – 36c IN ... –, aus dem sich ergibt, dass über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet und ich zum Insolvenzverwalter bestellt wurde;
2. Beglaubigte Abschrift des Insolvenzplans v. ..., der unter Nr. II. (gestaltender Teil) verschiedene gesellschaftsrechtliche Maßnahmen (Kapitalerhöhung gegen Bar- und Sacheinlage, und die Abberufung der bisherigen Liquidatoren sowie die Bestellung eines neuen Geschäftsführers)¹¹³ beinhaltet;

¹⁰⁹ Der Offerierung eines Kaufpreises, der ggf. oberhalb der Quotenerwartung des Gesellschafters im Abwicklungsfall liegt, ist u.E. unschädlich. Eine dadurch gegenüber der Zerschlagung gegebene Besserstellung der Anteilseigner ist zulässig. Dies ergibt sich insbesondere auch aus § 245 Abs. 1 Nr. 2 InsO, der eine angemessene wirtschaftliche Beteiligung nur *innerhalb der jeweiligen Gruppe* vorsieht.

¹¹⁰ Damit wird klarstellend § 16 Abs. 1 GmbHG als Legitimationsgrundlage für die Inhaberschaft in Bezug genommen. Zwar gilt *sachenrechtlich* im Verhältnis zu Dritten (mit Ausnahme der in § 16 Abs. 3 GmbHG definierten Bedingungen für den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen) nicht die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG. Soweit es um die *Annahme* des Angebots auf Abschluss eines Kauf- und Abtretungsvertrags der Geschäftsanteile an der Schuldnerin *als Bestandteil des gestaltenden Teils des Plans* geht, wird man auf die Legitimation der „Listengesellschafter“ zurückgreifen können und müssen (beschränkte Außenwirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG; ausführlich *Horstkotte*, ZInsO 2009, 209, 213, 215). Klarer ist die Rechtslage, soweit es um die sonstigen gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen geht, die einen Bestandteil des Plans ausmachen: Da es sich insoweit um Maßnahmen handelt, die im Normalfall der Gesellschafterversammlung vorbehalten sind (Beschlussfassungen), gilt hinsichtlich der Ladung zum Erörterungs- und Abstimmungstermin (§ 235 Abs. 3 Satz 3 InsO) sowie der Feststellung des Stimmrechts der Anteilseigner die Fiktion des § 16 Abs. 1 GmbHG, d.h. als Gesellschafter gilt derjenige, der als solcher durch die letzte in das Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste legitimiert ist.

¹¹¹ Dies soll vorsorglich ausschließen, dass die (möglicherweise obstruierenden) Gesellschafter A und B das Kauf- und Übertragungsangebot in abweichender Weise annehmen.

¹¹² Da der Insolvenzplan unter Einbeziehung der Anteilseigner aufgestellt ist und gem. § 225a Abs. 3 InsO Regelungen enthält, die gesellschaftsrechtlicher Natur sind, bedarf sein Inhalt in diesem Umfang der Eintragung in das Handelsregister, um Wirksamkeit zu erlangen (vgl. *regierungsamtliche Begr.*, BT-Drucks. 17/5712, S. 36). Solange das Insolvenzverfahren nicht gem. § 258 InsO aufgehoben ist, ist der Insolvenzverwalter gem. § 254a Abs. 2 Satz 3 InsO *berechtigt*, die entsprechenden Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister vorzunehmen. Dies ist hier unumgänglich, da die Anmeldung der Kapitalerhöhung die Mitwirkung *sämtlicher* Geschäftsführer voraussetzt (§ 78 GmbHG).

¹¹³ S. § 225a Abs. 3 InsO.

3. Beglaubigte Abschrift des mit Rechtskraftvermerk versehenen Beschlusses des AG C – Insolvenzgericht – v. ... – 36c IN ... – aus dem sich ergibt, dass der zu Nr. 2 genannte Plan gerichtlich bestätigt wurde;
 4. Übernahmeerklärung hinsichtlich der Übernahme neuer Geschäftsanteile durch die NewCo GmbH;
 5. Von mir, dem bestellten Insolvenzverwalter ausgestellte Bescheinigung über die Werthaltigkeit der erbrachten Sacheinlage;
 6. Von mir, dem bestellten Insolvenzverwalter, unterschriebene Liste der Übernehmer der neuen Geschäftsanteile;
 7. Vollständiger Wortlaut des Gesellschaftsvertrags mit Notarbescheinigung entsprechend § 54 GmbHG;
- und melde zur Eintragung in das Handelsregister an:¹¹⁴

1. Aufgrund Insolvenzplans v. ... ist das Stammkapital von 200.000 € um 350.000 € auf 550.000 € erhöht.
2. Der Gesellschaftsvertrag ist geändert in § 3 (Stammkapital).
3. Durch rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan über das Vermögen der Gesellschaft v. ... ist die Fortsetzung der Gesellschaft auf den Zeitpunkt der Aufhebung des Insolvenzverfahrens bestimmt worden.¹¹⁵ Den Beschluss des Insolvenzgerichts über die Verfahrensaufhebung gem. § 258 InsO reiche ich zu gegebener Zeit nach.
4. Durch rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan über das Vermögen der Gesellschaft v. ... sind – aufschiebend bedingt durch die Aufhebung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft – die bisherigen Liquidatoren A und B abberufen und Y zum neuen Geschäftsführer bestellt.

Er ist stets einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Ich, der die Kapitalmaßnahmen und die Änderung der Satzung anmeldende Insolvenzverwalter, versichere,

- dass die zu leistende Bareinlage durch Einzahlung und Gutschrift i.H.v. 200.000 € (geringster Ausgabebetrag zzgl. Agio) auf das Sonderkonto der Gesellschaft bei der X-Bank AG erfolgt ist. Der eingezahlte Betrag steht zur endgültigen freien Verfügung der Gesellschaft und unterliegt derzeit noch meiner Verwaltung. Eine Rückzahlung erfolgte nicht und wird nicht erfolgen;
- hinsichtlich der zu leistenden Sacheinlage, dass deren Gegenstand nach Maßgabe der Festsetzungen im Insolvenzplan und in der Übernahmeerklärung endgültig zur freien Verfügung der Gesellschaft steht.

Hinsichtlich der ebenfalls angemeldeten Fortsetzung der Gesellschaft versichere ich, der anmeldende Insolvenzverwalter, dass mit der Verteilung des Vermögens der Gesellschaft noch nicht begonnen wurde und nach Eintragung der angemeldeten Kapitalmaßnahmen die Aktiva der Gesellschaft deren Verbindlichkeiten übersteigen.

Ich, der neu bestellte Geschäftsführer, versichere, dass mich der Notar ... über meine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Registergericht belehrt hat, dass ich niemals wegen vorsätzlich begangener Straftaten gem. § 82 GmbHG, §§ 399 ff. AktG, § 331 HGB, § 313 UmwG, § 17 PublG, Insolvenzverschleppung, §§ 283 – 283d, 263 – 264a, 265b – 266a StGB oder vergleichbarer ausländischer Straftaten vorbestraft bin und dass mir weder durch gerichtliches Urteil noch durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebetriebes untersagt ist.¹¹⁶

Ich, der anmeldende Insolvenzverwalter, beantrage,¹¹⁷ zunächst die angemeldete Kapitalmaßnahme und die Änderung des Gesellschaftsvertrags, *gesondert vom übrigen Inhalt der Anmeldung nach Vorlage des Beschlusses über die Aufhebung des Insolvenzverfahrens* die Fortsetzung der Gesellschaft sowie die Abberufung der Liquidatoren und die Bestellung des neuen Geschäftsführers in das Handelsregister einzutragen.

B, den ...

Unterschriften in notariell beglaubigter Form¹¹⁸ des

- Insolvenzverwalters
- neuen Geschäftsführers

114 S. bei Fn. 64.

115 Vgl. oben Fn. 97.

116 Vgl. § 39 Abs. 3 GmbHG.

117 S.o. bei Fn. 72.

118 Für die Form der Anmeldung gilt – da die InsO insoweit keine Spezialregelung enthält – § 12 HGB, d.h. notarielle Beglaubigung der Unterschriften der Anmeldenden bzw. der Person, die als neuer Geschäftsführer gem. § 39 Abs. 3 GmbHG die Versicherung betreffend das Nichtbestehen von Bestellungshindernissen zu versichern hat.

Einbringungs- und Erlassvertrag¹¹⁹

zwischen

Rechtsanwalt M als Insolvenzverwalter über das**Vermögen der S-GmbH mit Sitz in B**

und

der NewCo GmbH mit Sitz in ...,**vertreten durch ihren alleinigen****Geschäftsführer C****Vorbemerkung:**

Über das Vermögen der S-GmbH mit Sitz in B (AG C, HRB ...) – nachfolgend: Schuldnerin – ist durch Beschluss des AG C – Insolvenzgericht – v. ... – 36s IN ... das Insolvenzverfahren eröffnet worden und Rechtsanwalt M zum Insolvenzverwalter bestellt worden.

Durch Insolvenzplan v. ... ist das Stammkapital der Schuldnerin u.a. um 250.000 € gegen Sacheinlage durch Einbringung eines erstrangigen Teils des Rückzahlungsanspruchs der NewCo GmbH aus dem zwischen dem Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin und der Inferentin bestehenden Massekreditvertrag v. ..., der per heute einschließlich aufgelaufener Zinsen mit 259.900 € zzgl. weiter auflaufender Tageszinsen von ... € valutiert gegen Ausgabe eines neuen Geschäftsanteils im Nennwert von 250.000 € zu einem Ausgabebetrag in gleicher Höhe erhöht worden.

Dies vorangeschickt

sind sich die Vertragsparteien darüber einig, dass die NewCo GmbH der Schuldnerin und dem Insolvenzverwalter¹²⁰ über ihr Vermögen die Verpflichtung zur Rückzahlung eines erstrangigen Teilbetrags i.H.v. 250.000 € des durch sie dem Insolvenzverwalter über das Vermögen der S-GmbH gewährten, o.g. Massekredits erlässt (§ 397 BGB).

Dieser Erlassvertrag steht unter der aufschiebenden Bedingung der rechtskräftigen gerichtlichen Bestätigung des Insolvenzplans.¹²¹

B, den ...

Rechtsanwalt M NewCo GmbH

als Insolvenzverwalter über das

Vermögen der S-GmbH

Rechtsanwalt M

als Insolvenzverwalter über das Vermögen

der S-GmbH mit Sitz in B.

Bescheinigung zur Vorlage bei dem Handelsregister

Über das Vermögen der S-GmbH mit Sitz in B (AG C, HRB ...) – nachfolgend: Schuldnerin – ist durch Beschluss des AG C – Insolvenzgericht – v. ... – 36s IN ... das Insolvenzverfahren eröffnet worden und der Unterzeichnete zum Insolvenzverwalter bestellt worden.

Durch Insolvenzplan v. ... ist das Stammkapital der Schuldnerin u.a. um 250.000 € gegen Sacheinlage durch Einbringung eines erstrangigen Teils des Rückzahlungsanspruchs der NewCo GmbH aus dem zwischen dem zwischen mir, dem Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin, und der NewCo GmbH als Inferentin bestehenden Massekreditvertrag v. ..., zu dessen Abschluss ich in meiner Eigenschaft als vorläufiger Insolvenzverwalter ohne Verfügungsbefugnis aufgrund Beschlusses des Insolvenzgerichts v. ... ermächtigt wurde und der per heute einschließlich aufgelaufener Zinsen mit 259.900 € zzgl. weiter auflaufender Tageszinsen von ... € valutiert, gegen Ausgabe eines neuen Geschäftsanteils im Nennwert von 250.000 € zu einem Ausgabebetrag in gleicher Höhe erhöht worden.

¹¹⁹ Der Einbringungsvertrag ist bei Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister vorzulegen (§ 57 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG).

¹²⁰ Da der Insolvenzverwalter mit dem durch ihn verwalteten Sondervermögen (und ggf. sekundär gem. § 61 InsO, wobei eine persönliche Haftung üblicherweise ausgeschlossen wird) zur Rückzahlung des Massekredits verhaftet ist, sieht der Einbringungs- und Erlassvertrag die Einbeziehung beider in dessen Wirkungen vor.

¹²¹ Der Erlassvertrag kann bereits früh, z.B. mit seiner Annahme im Erörterungs-/Abstimmungstermin abgeschlossen werden. Zur Sicherstellung des Investors sieht er eine auf die Rechtskraft der gerichtlichen Planbestätigung bezogene aufschiebende Bedingung vor.

In meiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter über das Vermögen der S-GmbH bescheinige¹²² ich hiermit aufgrund eigener Sachkunde, dass der Anspruch der NewCo GmbH auf Rückzahlung des erstrangigen Teils i.H.v. 250.000 € des Massekredits vollwertig und liquide ist. Die entsprechenden Mittel befinden sich auf dem von mir verwalteten Anderkonto bei Z-Bank AG und sind frei von Rechten Dritter.

B, den ...

(Unterschrift)

S-GmbH

Liste der Übernehmer der neuen

Geschäftsanteile, hervorgehend aus der Kapitalerhöhung

gemäß Insolvenzplan v. ...

1. Nennwert 250.000 €

Übernehmer: NewCo GmbH mit Sitz in ... (AG ..., HRB ...)

2. Nennwert 100.000 €

Übernehmer: NewCo GmbH mit Sitz in ... (AG ..., HRB ...)

B, den ...

Rechtsanwalt M

als Insolvenzverwalter über das Vermögen der S-GmbH.

Einzelermächtigung

AG C

36s IN ...

Beschluss

Der Beschluss des AG C v. ... wird dahin gehend ergänzt, dass der vorläufige Insolvenzverwalter ermächtigt wird, bei der NewCo GmbH, ..., ein Darlehen i.H.v. 250.000 € zulasten der künftigen Insolvenzmasse zu marktüblichen Konditionen aufzunehmen.

Begründung:

I.

Rechtsanwalt M wurde durch Beschluss des AG C v. ... zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt, §§ 21 Abs. Satz 1 Nr. 2, 2. Alt., 22 Abs. 2 InsO. Mit Schriftsatz v. ... hat er beantragt, ihm zusätzlich im Wege der Einzelermächtigung zu gestatten, bei der NewCo GmbH ein Massedarlehen über 250.000 € zu marktüblichen Konditionen aufzunehmen, um den Geschäftsbetrieb aufrechterhalten zu können.

II.

Der vorläufige Verwalter mit Zustimmungsvorbehalt kann Masseverbindlichkeiten nicht wirksam begründen. Dessen Ermächtigung zur Eingehung bestimmter, im Einzelnen bestimmter, Masseverbindlichkeiten ist zulässig.¹²³ Der vorläufige Verwalter hat dargelegt, dass er das Darlehen benötigt, um den Geschäftsbetrieb fortzuführen und dass er diesen aus dem generierten Überschuss zurückführen kann,¹²⁴ sodass ihm dies zu gestatten war.

B, den ...

122 Da Gegenstand der Sacheinlage der Anspruch auf Rückführung eines Massekredits ist (§ 55 Abs. 2 InsO analog in Verbindung mit der erteilten Einzelermächtigung), ist der Insolvenzverwalter in der Lage, die Vollwertigkeit und Liquidität des eingebrachten Rückzahlungsanspruchs zum Nachweis der Werthaltigkeit des Gegenstands der Sacheinlage gegenüber dem Registergericht zu bestätigen. Eines weiteren Wertnachweises bedarf es i.d.R. nicht.

123 Hierzu *Kirchhof*, in: *Kreft*, InsO, 6. Aufl., § 22 Rn. 56 m.w.N. I.Ü. *Horstkotte/Martini*, ZInsO 2010, 752.

124 Nach überwiegender Ansicht ist die Rückführbarkeit durch den vorläufigen Verwalter anhand einer Liquiditätsprognose darzulegen: *Kreft* (Fn. 123), § 22 Rn. 84 m.w.N.; a.A. *Horstkotte/Martini*, ZInsO 2010, 752.

Vereinbarung über ein Massedarlehen

zwischen

Rechtsanwalt M als Insolvenzverwalter über das

Vermögen der S-GmbH mit Sitz in B

und

der NewCo GmbH mit Sitz in ...,

vertreten durch ihren alleinigen

Geschäftsführer C

1. Rechtsanwalt M wurde durch Beschluss des AG C v. ... zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt. Durch ergänzenden Beschluss v. ... wurde er ermächtigt, bei der NewCo GmbH ein Massedarlehen über 250.000 € zu marktüblichen Konditionen aufzunehmen.
2. Die NewCo GmbH gewährt Rechtsanwalt M in dieser Eigenschaft hiermit ein mit 4 % p.a. verzinsliches Massedarlehen über 250.000 €, für diesen nach Vertragsschluss zahlbar auf Konto ...
3. Das Darlehen hat eine Laufzeit von einem Jahr. Es ist zweckgebunden zur Fortführung des Geschäftsbetriebs der S GmbH zu verwenden.
4. Eine persönliche Haftung von Rechtsanwalt M für die Rückzahlung des Darlehens wird ausgeschlossen. Eine Haftung wegen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit bleibt unberührt.
5. Rechtsanwalt M übernimmt insbesondere keine Gewähr dafür, dass es zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kommt, er im Fall der Verfahrenseröffnung zum Insolvenzverwalter bestellt wird und sich die Ertragsituation so entwickelt, wie er dies in seiner Anregung gegenüber dem Gericht hinsichtlich der beantragten Einzelermächtigung dargestellt hat.

B, den ...

C. Resümee

1. Die Änderungen, die das Insolvenzplanrecht durch das ESUG erfahren hat, insbesondere die neu eröffnete Möglichkeit, die Rechtsstellung der Anteilseigner in den Plan einzubeziehen, stellen zweifellos einen wichtigen und richtigen Schritt auf dem Wege zur Entwicklung eines deutlich verbesserten Sanierungsklimas dar. Dass Gläubiger in Zukunft nicht mehr zwingend mit einer Quote – bestenfalls flankiert durch einen Besserungsschein – abgespeist werden müssen, sondern die Möglichkeit besteht, sie am künftigen Unternehmenserfolg teilhaben zu lassen, ist der richtige Ansatz. Das sollten beide besprochenen Beispielfälle sinnfällig verdeutlichen. Gleiches gilt im Grundsatz auch hinsichtlich der flankierenden Maßnahmen, die der Begrenzung obstruktiven Verhaltens dienen¹²⁵ oder eine vereinfachte nachträgliche Planberichtigung ermöglichen.¹²⁶

2. Das „neue Insolvenzrecht für Unternehmen“¹²⁷ wird nur dann seinen Erwartungen gerecht und Marktakzeptanz er-

reichen, wenn Gesetzgeber oder Rechtsprechung seine bisweilen auch schon im Gesetzgebungsverfahren erkannten Mängel beheben, namentlich

- die Frage der Behandlung des steuerlichen Sanierungsgewinns;¹²⁸
- die Frage nach der Zulässigkeit des Bezugsrechtsausschlusses der Altgesellschafter im Rahmen von sanierungsdienlichen Kapitalerhöhungen;¹²⁹
- das Problem der Bewertung der einzubringenden Forderung im Rahmen eines Debt-Equity-Swaps.¹³⁰

Solange dies nicht geschehen ist, sollte ein Planentwurf mit der zuständigen Finanzverwaltung im Rahmen eines Verfahrens auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft sowie dem Insolvenz- und – wegen der verbleibenden Prüfungs-kompetenz – mit dem zuständigen Handelsregister vorabgestimmt werden.

¹²⁵ Zu nennen sind hier die Änderungen in den §§ 245 (Obstruktionsverbot), 251, insbesondere Abs. 2 (Minderheitenschutz), 253, insbesondere Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 4 (Rechtsmittel).

¹²⁶ § 221 Satz 2 InsO.

¹²⁷ So der Titel des Aufsatzes von *Rattunde*, AnwBl. 2012, 144.

¹²⁸ S.o. bei Fn. 18.

¹²⁹ S.o. Fn. 45.

¹³⁰ S.o. Fn. 47 mit dem zusätzlichen Bemerkens, dass es dem Gesetzgebungsverfahren gut getan hätte, den Schwerpunkt nicht allein auf die lobbyträchtigen Aspekte (wie z.B. die Ergänzungen um die §§ 270a und 270b InsO oder die „pur-juristischen“ Fragen, die sich um die §§ 21, 22a, 56a InsO ranken, und den Insolvenzgerichten mehr Fragen als Antworten aufgeben) zu legen, sondern vielmehr auch betriebswirtschaftliche (und damit durchaus auch volkswirtschaftliche Belange) in die Betrachtung einzubeziehen.

Last but not least: Einen Mentalitätswandel beim Rechtsanwender wird kein Gesetzgeber erreichen. Solange die Insolvenz als Ausdruck des unternehmerischen Scheiterns stigmatisiert wird und bisweilen mit allen Mitteln versucht wird, den Toten am Leben zu halten, wird auch das „neue Insolvenzrecht“ nicht den Erfolg haben, den der Gesetzgeber sich offenbar wünscht. Solange Verwalter nach dem Motto „bekannt und bewährt“ den erheblichen Aufwand des Insolvenzplans im Besonderen und der Sanierung allgemein scheuen, weil schlichtes Abwickeln einfacher und schneller

vonstattengeht, weniger haftungsträchtig ist und nicht automatisch die Vergütung sinkt, wird das verbesserte Insolvenzplanrecht wohl nicht die Bedeutung erhalten, die es verdient.

Auf die mit den Änderungen des Planrechts eingeleitete sanierungsfreundliche Entwicklung, die allerdings in der Praxis erst noch gelebt werden muss, werden die Insolvenzgerichte auch im Rahmen der Erarbeitung von Modellen der Vorauswahl oder eines Rankings der Insolvenzverwalter ein wachsames Auge werfen müssen.