

Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen
Analyse des Rechts

Band 49

Formwechsel eines insolventen Unternehmens

Von

Susann Friedemann



Duncker & Humblot · Berlin

SUSANN FRIEDEMANN

Formwechsel eines insolventen Unternehmens

Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts

herausgegeben von

Heinz Grossekketter, Münster · Bernhard Großfeld, Münster

Klaus J. Hopt, Hamburg · Christian Kirchner, Berlin

Dieter Rückle, Trier · Reinhard H. Schmidt, Frankfurt/Main

Band 49

Formwechsel eines insolventen Unternehmens

Von

Susann Friedemann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2001 / 2002 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2004 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Druck: WB-Druck GmbH & Co., Rieden im Allgäu

Printed in Germany

ISSN 0935-5065

ISBN 3-428-11297-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die nachfolgende Arbeit ist die leicht überarbeitete und aktualisierte Fassung meiner Dissertation, die im Wintersemester 2001 / 2002 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin angenommen wurde. Die Anfertigung der Arbeit wurde mit Mitteln des Landes Berlin zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses nach dem Nachwuchsförderungsgesetz (NAFÖG) unterstützt.

Die Idee zu der vorliegenden Arbeit hatte mein Doktorvater Herr Prof. Dr. Thomas Raiser, dem ich an dieser Stelle sehr herzlich für die Betreuung und die mir gewährte Freiheit bei der Bearbeitung des Themas danke.

Besonderer Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Axel Flessner für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die wertvollen Korrekturhinweise.

Schließlich danke ich den Herausgebern für die Aufnahme der Dissertation in diese Schriftenreihe.

Den größten Dank schulde ich jedoch meinem Mann für sein Verständnis und seine Rücksichtnahme bei der Erstellung dieser Arbeit.

Susann Friedemann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
I. Einführung	11
II. Motive für einen Formwechsel in der Insolvenzsituation	14
1. Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH	15
2. Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft	19
III. Problemstellung und Gang der Untersuchung	21

Erstes Kapitel

Voraussetzungen für die Umwandlung eines insolventen Rechtsträgers	24
I. Reorganisation des Rechtsträgers im Insolvenzverfahren	24
1. Einstellung des Insolvenzverfahrens auf Schuldnerantrag	24
2. Reorganisation im Insolvenzplan	25
3. Rechtsformänderung im Insolvenzplan	27
a) Gesellschafterautonomie und Insolvenzplan	28
b) Organkompetenzen	29
c) Anforderungen an den Inhalt des Insolvenzplans	30
II. Umwandlungsfähigkeit insolventer Rechtsträger	32
1. Einführung und Problemstellung	32
2. Verhältnis von Umwandlung und Insolvenz	34
a) Wortlaut des § 191 III UmwG	34
b) Schutzrichtungen des Umwandlungsverbots	35
aa) Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter	35
bb) Schutz der Gläubiger	36
(1) Verbot der Vermögensverteilung	36
(2) Beseitigung des Auflösungsgrundes	39

c) Ausschluss der Umwandlung durch den Insolvenzzweck?	41
aa) Zweck des Insolvenzverfahrens	41
bb) Feststellung des Insolvenzzwecks	42
3. Stellungnahme	44
III. Vorliegen der Umwandlungsfähigkeit in anderen Fällen	47
1. Abweisung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse	47
a) Relevanz der Neuordnung der InsO	48
b) Aspekte des Gläubigerschutzes	49
2. Einstellung des Verfahrens mangels Masse und Masseunzulänglichkeit	51
IV. Ergebnis	53

Zweites Kapitel

Schutz der Gläubiger durch das Umwandlungsgesetz beim Formwechsel eines insolventen Unternehmens 55

I. Anwendung des Gründungsrechts	56
1. Kapitalausstattung beim Formwechsel einer aufgelösten Kapitalgesellschaft	57
a) Formwechsel und Unterbilanz	57
b) Relevanz der besonderen Insolvenzsituation	59
aa) Anforderungen aufgrund der Fortsetzung der Kapitalgesellschaft	60
bb) Schutzbedürfnis der Gläubiger	61
c) Behandlung nicht vollgezahlter Anteile	63
2. Haftung der Anteilshaber beim Formwechsel	64
a) Haftungstatbestände	65
b) Relevanz des Insolvenzplans	67
II. Konzept der Sicherheitsleistung in der Insolvenz	68
1. Einführung und Problemstellung	68
2. Sicherungsbedürfnis der Insolvenzgläubiger	71
a) Tatbestand des Anspruchs auf Sicherheitsleistung	72
aa) Fälligkeit der Forderungen	72
bb) Fälligkeitsregelung als Ausschluss für eine Sicherheitsleistung	74

b) Bedenken gegen eine Absicherung der Gläubiger	75
aa) Einfluss von Schutznormen der InsO	76
bb) Ausschluss durch den Insolvenzplan	77
(1) Anspruch auf Sicherheitsleistung als Insolvenzforderung?	77
(2) Konkludenter Verzicht	78
(3) Restriktion des § 22 UmwG	78
c) Vorliegen einer konkreten Gefährdung	81
aa) Anforderungen an die Glaubhaftmachung	81
bb) Konkrete Gefährdung beim Formwechsel in der Insolvenz	82
3. Sicherung anderer Gläubiger	84
III. Schutz der Sonderrechte	86
1. Einführung und Problemstellung	86
2. Wandelschuldverschreibungen in der Insolvenz	88
a) Stellung der Obligationäre im Insolvenzverfahren	88
aa) Auswirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens	88
bb) Ausübung der Umtausch- bzw. Bezugsrechte im Insolvenzverfahren	91
b) Änderungen der Anleihebedingungen	94
aa) Vergemeinschaftung der Obligationärsinteressen nach dem SchVG	95
bb) Reichweite des Schutzes der Schuldverschreibung	96
cc) Schutz des Umtausch- bzw. Bezugsrechts	97
c) Ergebnis	98
3. Einfluss des Formwechsels auf die Stellung der Sonderrechtsgläubiger	99
a) Gleichwertigkeit der Mitgliedschaft	100
b) Notwendigkeit einer Absicherung der Obligationäre bei Reorganisation im Insolvenzplan	103
IV. Schadensersatz nach § 205 UmwG	104
1. Einführung	104
2. Schutz der Insolvenzgläubiger	105
a) Verletzung der Pflicht zur Vermögensüberprüfung	106
b) Mängel bei der Information der Gläubiger	108
c) Fehlender Vollzug der Umwandlung	109
3. Schutz übriger Gläubiger	110
V. Zusammenfassung	111

Drittes Kapitel

Stellung der Anteilshaber bei der Rechtsformänderung eines insolventen Unternehmens	114
I. Information durch einen Umwandlungsbericht	115
1. Notwendigkeit des Umwandlungsberichts	116
2. Erforderliche Angaben	117
II. Mitwirkung durch einen Umwandlungsbeschluss	120
1. Erforderlichkeit eines Fortsetzungsbeschlusses	120
2. Mehrheitserfordernisse	122
a) Einfluss der Fortsetzung des Rechtsträgers	122
b) Relevanz von Satzungsänderungen	123
3. Zustimmungspflicht	124
a) Stimmpflichten in der Sanierungssituation	124
b) Praktische Probleme	127
4. Zustimmungserfordernis der Vorzugsaktionäre	129
a) Beeinträchtigung der Vorzugsrechte durch den Formwechsel	129
b) Dividendenvoraus bei Auflösung der Gesellschaft	132
c) Auflösung und Stimmrecht der Vorzugsaktionäre	134
aa) Anwendungsbereich der §§ 140 II, 141 AktG	134
bb) Bewertung	135
d) Konsequenzen für den Umwandlungsbeschluss eines aufgelösten Rechtsträgers	138
III. Austritts- und Abfindungsrecht anlässlich der Umwandlung	140
1. Voraussetzungen für ein Verlassen des Verbandes nach §§ 207 ff. UmwG	141
a) Verhältnis von Widerspruch und Abstimmungsverhalten	141
b) Angemessene Abfindung	143
aa) Relevanz der Regelung der Forderungserfüllung im Insolvenzplan	143
bb) Höhe der Abfindung	144
2. Einschränkung des Austrittsrechts in der Sanierungssituation	147
3. Strategien in der Insolvenz	151
a) Verzicht auf eine Barabfindung	151
b) Veräußerung der Beteiligung	152

IV. Umwandlungsrechtlicher Rechtsschutz zugunsten der Anteilshaber	154
1. Ausgleich gemäß § 196 UmwG	155
2. Unbedenklichkeitsverfahren	158
a) Unbedenklichkeitsbeschluss beim Formwechsel	158
b) Relevanz der Insolvenzsituation	161
3. Schadensersatz nach § 205 UmwG	162
V. Zusammenfassung	165

Viertes Kapitel

Verzahnung der Umwandlung mit dem Insolvenzplanverfahren	168
I. Instrument des bedingten Insolvenzplans	168
1. Grundmodell des bedingten Insolvenzplans	169
2. Rechtsfolgen der Nichterfüllung	169
3. Risiken für die Insolvenzgläubiger	171
II. Planbedingung und Absicherung der Insolvenzgläubiger	172
1. Umwandlungsbeschluss während des Insolvenzverfahrens	173
a) Relevanz der fehlenden Umwandlungsfähigkeit	173
b) Vorbereitung der Beschlussfassung	175
2. Bestimmung der Klagefrist	176
3. Handelsregisteranmeldung und Umwandlungsfähigkeit	177
4. Bedingung des Insolvenzplans	179
5. Kooperation der Anteilshaber	182
III. Ergebnis und Ausblick	183
Literaturverzeichnis	186
Sachwortverzeichnis	197

Abkürzungsverzeichnis

In das Abkürzungsverzeichnis wurden nur Abkürzungen aufgenommen, die sich nicht bereits aus dem Abkürzungsverzeichnis von Kirchner, Hildebert, 4. Auflage 1993, Berlin / New York ergeben bzw. nicht allgemein bekannt sind.

abgedr.	abgedruckt
DAV	Deutscher Anwaltverein
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Hrsg.	Herausgeber
InVo	Insolvenz und Vollstreckung
i.S.v.	im Sinne von
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Sanierung und Insolvenz
o.g.	oben genannte
Vorbem.	Vorbemerkung
ZinsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
zit.	zitiert

Einleitung

I. Einführung

Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz über die Bereinigung des Umwandlungsrechts¹ vom 28. 10.1994 die Umwandlungsmöglichkeiten von Rechtsträgern deutlich erhöht und in einem Gesetz zusammengefasst. Im Lichte des bisherigen Umwandlungsrechts stellt dies einen bedeutenden Meilenstein dar. Im gleichen Jahr fand mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Neuordnung des Insolvenzrechts² ein weiteres wichtiges Reformvorhaben seinen Abschluss, dessen Inkrafttreten jedoch um 4 Jahre hinausgeschoben wurde. Dabei stellt die Insolvenzordnung erstmals ein einheitliches Regelwerk dar und löst die mehr als hundertjährige Konkursordnung, die mehr als siebenjährige Vergleichsordnung und die als Übergangsrecht für die neuen Bundesländer aufgestellte Gesamtvollstreckungsordnung ab. Daher können beide Gesetze auch noch nach 8 bzw. 4 Jahren ihres Inkrafttretens als relativ junge Gesetze bezeichnet werden, deren Regelungen sich in der Praxis bewähren müssen.

In der Krise bzw. Insolvenz kann das Bedürfnis bestehen, von den Möglichkeiten des UmwG Gebrauch zu machen. Vorrangig wurden Sanierungsfusionen zur Vermeidung einer Liquidation oder Insolvenz des in der Krise befindlichen Rechtsträgers eingesetzt, indem der überschuldete Rechtsträger auf einen gesunden Rechtsträger verschmolzen wurde,³ was zu seinem Erlöschen führte. Dagegen bot sich selten die Möglichkeit einer Rechtsformänderung eines aufgelösten Rechtsträgers nach Beendigung eines Konkursverfahrens, da dieses meist mit einer Zerschlagung des Rechtsträgers endete. Im Gegensatz zur Verschmelzung ist die formwechselnde Umwandlung durch eine Rechtsträgeridentität gekennzeichnet, die zur Folge hat, dass der Rechtsträger in der im Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform ohne Vermögensübergang weiterbesteht (§ 202 I Nr. 1 UmwG).

Nummehr wird der Erhalt des Unternehmens, der neben einer übertragenden Sanierung auch durch eine Reorganisation des insolventen Rechtsträgers möglich ist, als gleichberechtigtes Verfahrensziel anerkannt (§ 1 S. 1 InsO).⁴ Die als Regelfall

¹ BGBl. I, S. 3210; im Folgenden als UmwG bezeichnet.

² Gesetz vom 05. 10. 1994, BGBl. I, S. 2866; im Folgenden als InsO bezeichnet.

³ Vgl. *Heckschen*, FS Widmann, S. 31, 32; *Pfeifer*, ZInsO 1999, 547, 549.

⁴ In der Arbeit soll an dem von der Kommission für Insolvenzrecht geprägten Begriff der Reorganisation festgehalten werden, da mit dieser Begriffswahl der Erhalt des Rechtsträgers in den Vordergrund gestellt wird, vgl. dazu *Erster Bericht*, Einleitung, S. 15 ff.

normierte Fortführung des Betriebes durch den Insolvenzverwalter, die gesetzgeberischen Anreize zur frühzeitigen Antragstellung sowie das Regelungsinstrument des Insolvenzplans machen deutlich, dass das Insolvenzverfahren im Gegensatz zum Konkursverfahren verstärkt auch auf den Erhalt des Rechtsträgers ausgerichtet ist.⁵ Formwechselnde Umwandlungen insolventer Gesellschaften sind nach der Neuordnung des Insolvenzrechts daher aus einem völlig neuen Blickwinkel zu betrachten. Insbesondere interessiert, inwieweit Rechtsformänderungen insolventer Rechtsträger im Rahmen einer Reorganisation durchführbar sind. Dabei ergeben sich an der Schnittstelle zwischen Insolvenz- und Umwandlungsrecht zahlreiche Fragen. Die zeitnahe Verabschiedung der InsO und des UmwG legt die Vermutung nahe, dass keine Abstimmung beider Gesetze aufeinander erfolgte.

Für die Insolvenzgläubiger ist eine Reorganisation des Unternehmensträgers nur dann von Interesse, wenn der Fortführungswert größer als der Liquidationswert erscheint,⁶ da für sie die Erzielung einer möglichst hohen Befriedigungsquote im Vordergrund steht. Darüber hinaus können sie am Erhalt der Geschäftsbeziehung interessiert sein. Weiterhin werden vor allem an den Rechtsträger gebundene Lizenzen oder Betriebskonzessionen als Motive für eine Reorganisation des Rechtsträgers anstelle einer übertragenden Sanierung angeführt.⁷ Gerade bei Großunternehmen dürfte eine Rolle spielen, dass bei der Wahl der Fortführung des Rechtsträgers eine kosten- und zeitaufwendige Einzelübertragung aller Vermögensgegenstände vermieden wird.⁸ Ebenso können etwaige Verlustvorträge weiterhin genutzt werden,⁹ auch wenn durch den Wegfall der Steuerfreiheit der Sanierungsgewinne seit 01. 01. 1998 dieser Vorteil weitestgehend entwertet wurde.

Für die Anteilseigner stellt sich die Fortführung des Rechtsträgers gegenüber der übertragenden Sanierung vorteilhaft dar, da dieser Weg die Rettung von Teilen ihres Investments in Aussicht stellt.¹⁰ In jedem Fall werden alle Beteiligten eine Reorganisation des insolventen Rechtsträgers einschließlich einer Rechtsformänderung nur favorisieren, wenn sie dabei besser stehen als bei einer ordnungsgemäßen Zerschlagung.

Allein die Durchführung eines Formwechsels führt aber nicht bereits zur Beseitigung der Überschuldung, sondern kann nur eine sachgerechtere Rechtsform zur

⁵ Anders als noch der Entwurf der Kommission für Insolvenzrecht geht die InsO jedoch von einer Gleichbehandlung der Erhaltung des Rechtsträgers neben einer übertragenden Sanierung sowie der Liquidation aus, vgl. die Allg. Begr. des RegE, abgedr. in *Uhlenbruck*, S. 232.

⁶ *Wutzke*, ZinsO 1999, 1; *Swoboda*, S. 6; *Groß*, S. 257.

⁷ Vgl. *Gravenbrucher Kreis*, ZIP 1989, 468, 471; *Braun/Uhlenbruck*, S. 583; *Smid/Rattunde*, Rn. 82.

⁸ *Groß*, S. 421 f.; *Smid/Rattunde*, Rn. 82; *Schmidt/Uhlenbruck – K. Schmidt*, Rn. 816.

⁹ *Braun/Uhlenbruck*, S. 656; *Krull*, S. 84.

¹⁰ Vgl. *Groß*, S. 257.

Erleichterung bzw. Unterstützung der Reorganisation schaffen.¹¹ Daher gewinnt diese Form der Umwandlung vorrangig im Zusammenspiel mit anderen Maßnahmen an Bedeutung.¹² Meist haben die Insolvenzgläubiger durch Verzichte und Stundungen, die im Insolvenzplan festgelegt werden, maßgeblichen Anteil an der leistungswirtschaftlichen Sanierung des Rechtsträgers. Darüber hinaus hängt eine erfolgreiche Reorganisation oft von der Zufuhr neuen Kapitals ab.¹³ Auch Insolvenzgläubiger können an der Übernahme von Gesellschaftsanteilen interessiert sein, um so am Sanierungserfolg teilzuhaben.¹⁴ Neue Investoren werden ihr finanzielles Engagement oft davon abhängig machen, dass mit der Beteiligung keine persönlichen Haftungsrisiken verbunden sind. Eine solche auf die Einlage beschränkte Haftung der Gesellschafter ist aber nur bei Fortführung des Rechtsträgers als Kapitalgesellschaft gewährleistet. Die zahlreichen durch das UmwG eröffneten Spielräume lassen daher eine Begrenzung des Themas auf ausgewählte Formwechsellmöglichkeiten für notwendig erscheinen.

Aufgrund der Insolvenzhäufigkeit der GmbH¹⁵, die meist auf zu geringer Eigenkapitalausstattung beruht, ist diese Rechtsform als Ausgangspunkt für die Untersuchung der Umwandlung eines insolventen Rechtsträgers geradezu prädestiniert. Aktiengesellschaften sind zwar in vergleichbar geringerem Maße von der Insolvenz betroffen; doch haben neben dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften zahlreiche Einzelgesetze¹⁶ die Rechtsform der Aktiengesellschaft attraktiv erscheinen lassen und zu einem starken Anstieg dieser Kapitalgesellschaft geführt.¹⁷ Bereits die jüngsten Zusammenbrüche von börsennotierten Unternehmen am Neuen Markt deuten auf eine Zunahme der Insolvenzen von Aktiengesellschaften hin.¹⁸ Daher beschränkt sich die folgende Arbeit auf die Untersuchung der in der Praxis relevanten Fälle des Formwechsels einer insolventen GmbH in eine Aktiengesellschaft sowie einer insolventen Aktiengesellschaft in die Rechtsform einer GmbH.

¹¹ *Limmer*; Kölner Schrift, S. 1219, 1243; *Gottwald*, KTS 1984, 1, 15; *Heckschen*, FS Widmann, S. 31, 40.

¹² *Schmidt/Uhlenbruck – K. Schmidt*, Rn. 252 f.

¹³ *K. Schmidt*, ZGR 1986, 187, 197 f.; *Krull*, S. 27 ff.

¹⁴ Vgl. *Buchalik*, NZI 2000, 294, 300; zu weiteren Beweggründen *Groß*, S. 107.

¹⁵ Von 32.278 Unternehmensinsolvenzen 2001 entfielen auf Unternehmen in der Rechtsform der GmbH 17.857 Insolvenzen, das sind 55% aller Unternehmensinsolvenzen, vgl. Nachweis in Statistisches Jahrbuch 2002, S. 136.

¹⁶ Vgl. Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmen (KonTraG), Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz (KapAEG), das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz, Handelsrechtsreformgesetz (HRefG), Namensaktiengesetz (NaStraG).

¹⁷ Nach Feststellungen der Deutschen Bundesbank hat sich die Zahl der Aktiengesellschaften von Ende 1999 von 7.375 bis Juni 2002 auf 14.304 erhöht, vgl. Nachweise in AG-Report 2002, S. R 424; *Jäger*; NZG 1999, 238 ff.

¹⁸ Im Jahr 1998 wurde über das Vermögen von 79 Aktiengesellschaften ein Insolvenzverfahren eröffnet, im Jahr 2001 bereits über das Vermögen von 442 Aktiengesellschaften, vgl. Statistisches Jahrbuch 2001, S. 140 sowie Statistisches Jahrbuch 2002, S. 136.