

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 187188****letzte Aktualisierung: 10. Januar 2022****GmbHG § 58a****Beachtung der Frist nach § 58a Abs. 4 S. 2 GmbH bei einer vereinfachten Kapitalherabsetzung im Rahmen eines Insolvenzplans****I. Sachverhalt**

Eine GmbH geht in ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung. Die Sachwalterin stellt einen Insolvenzplan auf, dem die Gläubigerversammlung am 18.9.2020 zustimmt. Das Insolvenzverfahren wird daraufhin durch Beschluss des Insolvenzgerichts vom 30.9.2020 aufgehoben. Dieser Beschluss ist seit dem 16.10.2020 rechtskräftig. Der Insolvenzplan regelt einen Kapitalschnitt, nämlich eine vereinfachte Herabsetzung des Stammkapitals von EUR 120.000,00 auf Null und eine Kapitalerhöhung auf EUR 50.000,00. Die neue Stammeinlage wird von der neuen, investierenden Gesellschafterin (GmbH) übernommen und nach der Zustimmung der Gläubigerversammlung sowie nach Erlass des Aufhebungsbeschlusses, aber noch vor dessen Rechtskraft, eingezahlt.

Aus verschiedenen Gründen datiert die Anmeldung der Fortsetzung der Gesellschaft sowie der Kapitalmaßnahmen durch den alten, gemäß Insolvenzplan bevollmächtigten Geschäftsführer der Schuldnerin erst vom 22.2.2021 und ging erst am 14.3.2021 beim Registergericht ein. Die Rechtspflegerin will die Anmeldung zurückweisen, weil die Drei-Monats-Frist des § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG hätte eingehalten werden müssen; da dies nicht der Fall gewesen sei, sei die Bestätigung der Kapitalmaßnahme im Insolvenzplan durch die Gläubigerversammlung nichtig.

§ 58a regelt allerdings die Kapitalherabsetzung durch Beschluss der Gesellschafter; hier haben aber weder die Sachwalterin (Insolvenzverwalterin) noch die alte oder die neue Gesellschafterin etwas beschlossen, sondern die Gläubiger der Insolvenzsuldnerin haben dem Kapitalschnitt zugestimmt.

II. Frage

Ist § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG (Nichtigkeit der Gesellschafterbeschlüsse bei Fristversäumnis) auf das Insolvenzverfahren anwendbar, direkt oder analog?

III. Zur Rechtslage

1. Ausgangspunkt: Verhältnis von Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht bei Aufnahme der Kapitalherabsetzung in den Insolvenzplan

Seit dem ESUG (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011, BGBl. I 2011, S. 2582, Begründung RegE BT-Drucks. 17/5712) ermöglicht § 225a Abs. 2, Abs. 3 InsO die Aufnahme u.a. von Kapitalherabsetzungen in den gestaltenden Teil des Insolvenzplans, sofern diese gesellschaftsrechtlich zulässig sind (§ 225a Abs. 3 InsO). Dabei sind insbesondere auch Kapitalherabsetzungen explizit erwähnt (§ 225a Abs. 2 S. 3 InsO).

Werden dabei – wie bei einer Kapitalherabsetzung – auch Anteilsrechte der Gesellschafter betroffen, ist für diese eine eigene Gruppe zu bilden (§ 222 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 InsO). Die Gesellschafter werden daher auch zum Erörterungs- und Abstimmungstermin geladen (§§ 43, 235 InsO) und stimmen dort oder in einem gesonderten Abstimmungstermin (§ 241 InsO) über die Maßnahme ab. Die Maßnahme muss grundsätzlich mit Mehrheit (zur Berechnung § 238a Abs. 1 S. 1, 2 InsO) der Anteilsinhaber angenommen werden (§ 244 Abs. 3, Abs. 1 Nr. 2 InsO), wobei dieses Beteiligungsrecht der Gläubiger häufig nur auf dem Papier steht (Casper, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl. 2016 § 58a Rn. 30; Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121, 125): Beteiligt sich kein Gesellschafter an der Abstimmung, gilt gem. § 246a InsO die Zustimmung als erteilt; lehnen die Gesellschafter die Maßnahme ab, ergibt sich aus dem Obstruktionsverbot nach § 245 InsO, dass – unter den Voraussetzungen der § 245 Abs. 1 Nr. 1-3 InsO – die Maßnahmen auch gegen den Willen sämtlicher Anteilsinhaber wirksam werden (§ 254 InsO).

Dabei ersetzt der Insolvenzplan jedoch nur die Beschlussfassung der Gesellschafter über die vereinfachte Kapitalherabsetzung. Die Anmeldung zum und Eintragung im Handelsregister bleiben weiterhin erforderlich, allerdings ist gem. § 254a Abs. 2 S. 3 InsO neben den Gesellschaftsorganen auch der Insolvenzverwalter zur Anmeldung berechtigt (Haas, NZG 2012, 961, 964 f.).

2. Grundsätzlich: Jedenfalls „zwingendes“ Gesellschaftsrecht zu beachten

Im Einzelnen ist dabei nicht unumstritten, wie weit der Verweis auf das Gesellschaftsrecht reicht, insbesondere was „gesellschaftsrechtlich zulässig“ im Sinn von § 225a Abs. 3 InsO bedeutet. Nicht final geklärt ist insbesondere, ob die Maßnahme einer sachlichen Rechtfertigung nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Maßstäben (letztlich auf der Treuepflicht basierende Themen wie Minderheitenschutz, Einschränkung von Bezugsrechtsausschlüssen etc.) bedarf (so etwa Simon/Merkelbach, NZG 2012, 121, 125 f.) oder ob die gesellschaftsrechtlichen Regelungen von bestmöglicher Gläubigerbefriedigung verdrängt werden, sodass die Residualinteressen der Gesellschafter dahinter zurücktreten müssen (so die wohl überwiegende Meinung, s. für die h. M. jüngst die Darstellung bei Glöckler, Anwendbares Recht und Anerkennung bei gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen im Sanierungsplanverfahren, 2021, S. 61 ff., S. 65 m. w. N.).

Einigkeit besteht hingegen dahingehend, dass „zwingendes Gesellschaftsrecht“ im Sinn des „numerus clausus des Gesellschaftsrechts“ auch bei im Insolvenzplan aufgenommenen Maßnahmen eingehalten werden muss (Glöckler, S. 63; Eidenmüller, NJW 2014, 17; Haas, NZG 2012, 961, 965; Klausmann, NZG 2015, 1300, 1304; ähnlich Noack/Schneiders, DB 2016, 1619, 1624). Durch das Insolvenzrecht können also keine Rechtsinstitute geschaffen werden,

die so nach Gesellschaftsrecht, etwa durch den Alleingesellschafter, nicht geschaffen werden könnten. Ansonsten besteht die Gefahr einer Irreführung der nicht am Planverfahren beteiligten (zukünftigen) Stakeholder.

3. Subsumtion der Frist nach § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG

Um eine Frage der *materiellen* Beschlussrechtfertigung geht es vorliegend nicht. Hier ist (lediglich) die Frage, ob die Frist nach § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG eingehalten werden muss. Die Vorschrift regelt, dass die Beschlüsse nichtig sind, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach Beschlussfassung in das Register eingetragen sind.

a) Anwendbarkeit der Frist nach § 58a Abs. 4 GmbHG auf Maßnahmen im Insolvenzplan

Bei der Anwendung von § 58a Abs. 4 GmbHG ist zunächst festzuhalten, dass dieser seinem Wortlaut nach nicht auf Maßnahmen im Insolvenzplan zugeschnitten ist.

Mit dem Wortlaut „Beschlüsse“ sind in § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG die Beschlüsse über die vereinfachte Kapitalherabsetzung und die Kapitalerhöhung gemeint, die bei einem Kapitalschnitt auf Null Euro (d. h. das Kapital wird zunächst auf Null Euro herabgesetzt und anschließend wieder auf mindestens 25.000 EUR heraufgesetzt) von den Gesellschaftern gefasst werden. Solche Beschlüsse muss es bei der Aufnahme in den Insolvenzplan nicht zwingend geben. Gedanklich steht allerdings die Abstimmung der Gläubiger (und der Gesellschafter, sofern sie mitwirken) über die Maßnahme an Stelle der Beschlüsse. Für den Fristlauf lässt sich daher argumentieren, dass dieser mit der Beschlussfassung über den Plan bzw. mit Wirksamwerden des Plans (Rechtskraft der Bestätigung des Plans, § 254 InsO) beginnt (so etwa Brünkmans, in: Brünkmans/Thole, Handbuch Insolvenzplan, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 101; Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, 2. Aufl. 2015 Rn. 267). Dass die in § 58a Abs. 4 S. 3 GmbHG vorgesehene Fristhemmung im Fall der Anwendung auf den Insolvenzplan keinen unmittelbar ersichtlichen Anwendungsbereich hätte, dürfte dabei jedenfalls nicht entscheidend gegen die Übertragbarkeit sprechen.

Auch die Rechtsfolge („Nichtigkeit der Beschlüsse“) lässt sich allerdings nicht ohne Weiteres auf den Insolvenzplan übertragen. Geht man davon aus, dass hier der Insolvenzplan an die Stelle der Beschlüsse der Kapitalherabsetzung tritt, müsste man konsequenterweise zumindest von der (Teil-)Nichtigkeit des Insolvenzplans ausgehen (so Dalle, in: Brünkmans/Thole, § 24 Rn. 59, Brünkmans, § 32 Rn. 102). Auch wenn man nicht zur (Teil-)Nichtigkeit des Insolvenzplans kommen will – immerhin handelt es sich beim Insolvenzplan um eine gerichtlich bestätigte Maßnahme – stellt sich die Frage nach der Eintragung durch das Registergericht und der Prüfungskompetenz, die das Registergericht gegenüber der vom Insolvenzgericht verabschiedeten Maßnahme hat.

b) Prüfungsrecht des Registergerichts?

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers hat das Registergericht gegenüber dem vom Insolvenzgericht bereits überprüften Plan vor allem eine beurkundende Funktion und nur eine eingeschränkte Prüfungskompetenz (Regierungsbegründung ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 36 f.).

Allerdings bleibt die Anmeldung zum Register auch bei in einem Insolvenzplan enthaltenen Maßnahmen gerade erforderlich (Regierungsbegründung ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 36). Die gesellschaftsrechtlichen Regelungen sind nach § 254a Abs. 2 InsO nur in einem beschränkten Bereich durch Insolvenzrecht überlagert worden. In § 254a Abs. 2 S. 3 InsO ist insoweit lediglich die (alternative) Zuständigkeit des Insolvenzverwalters geschaffen worden. Zumindest sind weitere Dispense von gesellschaftsrechtlichen Regeln – wie § 254a Abs. 2 S. 2 InsO sie etwa für Beschlüsse oder S. 1 sie für deren Vorbereitung vorsieht – unterblieben. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass nicht von § 254a Abs. 2 InsO erfasste Fehler vom Registergericht zu prüfen sind (AG Berlin-Charlottenburg NZG 2015, 1326, 1327; Spliedt, GmbHR 2012, 462, 470). Die Eintragsfrist nach § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG dürfte jedenfalls aus Sicht des AG Charlottenburg einen solchen Fall darstellen, da ein Dispens in § 254a Abs. 2 InsO nicht enthalten ist; zudem kann das Insolvenzgericht die Frage der rechtzeitigen Eintragung im Zeitpunkt der Bestätigung gar nicht prüfen, sodass ein Vorrang der Prüfungskompetenz des Insolvenzgerichts auch aus diesem Grund nicht entgegensteht. Entsprechend wird in der Literatur teilweise davon ausgegangen, dass Eintragsfristen (§ 228 AktG, § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG) auch bei Maßnahmen in einem Insolvenzplan zu beachten seien (Spliedt, GmbHR 2012, 462, 470; Thole, Rn. 267).

Auf die Frist nach § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG können die Gesellschafter zudem nicht verzichten. Sofern man dem ungenauen Begriff des „zwingenden Gesellschaftsrechts“ Kontur verleihen möchte und etwa danach fragt, was ein Alleingesellschafter alleine bewirken könnte (Noack/Schneiders DB 2016, 1619, 1624; ähnlich („was gesellschaftsrechtlich dispositiv ist“) Eidenmüller NJW 2014, 17, 18), ist zu konstatieren, dass auch ein Alleingesellschafter sich nicht über die Frist nach § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG hinwegsetzen könnte.

c) Abweichendes Ergebnis wegen des Zwecks von § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG?

Teilweise wird mit dem Zweck der Frist nach § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG argumentiert. Der Zweck ist allerdings nicht abschließend geklärt. Teile der Literatur gehen davon aus, dass die Regelung dem Zweck der Beschleunigung der Sanierung diene (Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 58a Rn. 42; Casper, § 58a Rn. 61). Dies lässt sich als wohl stärkstes Argument dafür heranziehen, dass § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG im Insolvenzverfahren keine Anwendung finden solle, da die Verfahrensbeschleunigung im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens bereits durch die §§ 231 Abs. 1 S. 2, 235 Abs. 1 S. 2, 236 InsO abgedeckt werde (Hölzle/Beyß, ZIP 2016, 1461, 1467; Spahlinger, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Kommentar, Std.: 4/2017, § 225a Rn. 13, dem folgend Naraschewski, in: FS 10 Jahre Österberg-Seminare, 2018, 347, 361).

Andere gehen davon aus, dass die Eintragsfrist von drei Monaten erreichen solle, dass die Herabsetzung nicht ohne die Kapitalerhöhung durch Eintragung im Register (§ 54 Abs. 3 GmbHG) wirksam werde (Schnorbus, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 58a Rn. 17). Darauf wird erwidert, dass durch die Dreimonatsfrist nicht die gleichzeitige Eintragung sichergestellt werde; dieser Zweck werde stattdessen von § 58 Abs. 4 S. 4 GmbHG verfolgt (MHLS/Michalski, 3. Aufl. 2017, § 58a Rn. 23; Casper, § 58a Rn. 61). Allerdings handelt es sich bei der Vorschrift des Abs. 4 S. 4 GmbHG lediglich um eine Sollvorschrift, die vom Registerrichter zwar zu beachten ist, deren Nichtbeachtung jedoch nicht zur Unwirksamkeit der Eintragung führt (MünchKommGmbHG/Vetter, 3. Aufl. 2018, § 58a Rn. 110). Die Parallelität der Regelungen in § 58a Abs. 4 S. 2-4 GmbHG einerseits und der §§ 58e Abs. 3, 58f Abs. 2

GmbHG andererseits spricht im Gegenteil dafür, dass die Dreimonatsfrist nach § 58a Abs. 4 GmbHG einen Schwebezustand vermeiden sollte, hier denjenigen der Unterschreitung des Mindeststammkapitals (während dies bei §§ 58e, 58f GmbHG der Zustand ist, dass Kapitalmaßnahmen bereits vor ihrem Wirksamwerden im Jahresabschluss gezeigt werden können). Dies wird auch zur aktienrechtlichen Parallelnorm des § 228 Abs. 2 AktG, die bei Einführung des § 58a GmbHG durch das EGInsO 1994 Pate stand (s. Begründung RegE EGInsO, BT-Drs. 12/3803, S. 88), vertreten (s. MünchKommAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2021, AktG § 228 Rn. 11; BeckOGK/Marsch-Barner/Maul, 1.6.2021, AktG § 228 Rn. 9). Die Sicherstellung einer raschen Sanierung liegt ohnehin regelmäßig im Interesse der Gesellschafter, sodass eine weitere Beschleunigung an dieser Stelle nicht notwendig sein dürfte. Zur Sicherstellung einer raschen Eintragung des Registergerichts wäre eine Frist, die an die Einreichung, nicht die Beschlussfassung anknüpft, sinnvoller gewesen: Scheitert die Sanierung an der dreimonatigen Eintragsfrist und müssen die Beschlüsse wiederholt werden, bewirkt dies gerade keine Beschleunigung, sondern eine Verzögerung. Im Ergebnis führt die Frist zu einer Beschleunigung des Verfahrens allenfalls in Fällen, in denen relativ spät gegen Ende der Frist eingereicht wird und das Registergericht daraufhin rasch einträgt. Bei einer Anmeldung kurz nach Kapitalherabsetzungsbeschluss dürfte eine Eintragung nach knapp drei Monaten bei der Bearbeitungszeit der meisten Registergerichte keine Beschleunigung bedeuten. Wird die Anmeldung dagegen zu spät (sehr knapp vor Fristende) eingereicht, dürfte ein Scheitern der rechtzeitigen Eintragung nicht mehr zu einem Amtshaftungsanspruch des Registergerichts führen. Wenn man in § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG eine Norm sieht, die einen Schwebezustand vermeiden will, der gerade bei Kapitalschnitten „auf Null“ vermieden werden soll, spricht einiges dafür, die Norm auch im Rahmen des § 225a Abs. 2 InsO anzuwenden. Die spezielle Rechtsfrage des (zeitweiligen) Unterschreitens des Mindestkapitals wird von der Insolvenzordnung nicht geregelt. Es dürfte daher insoweit bei der gesellschaftsrechtlichen Vorschrift verbleiben.

4. Ergebnis

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Frage noch nicht abschließend geklärt ist. Rechtsprechung zu § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG (oder zur aktienrechtlichen Parallelnorm des § 228 Abs. 2 AktG) in Verbindung mit einem Insolvenzplan ist uns nicht bekannt. In der Literatur wird die Frage uneinheitlich beantwortet. Auch wenn wir die Argumente für die Anwendbarkeit von § 58a Abs. 4 S. 2 GmbHG für überzeugender halten, ist nicht auszuschließen, dass ein Gericht zu einer abweichenden Einschätzung kommen wird.