

Schriften zum Prozessrecht

Band 270

**Der Vorwurf
missbräuchlichen Verhaltens
im Insolvenzrecht**

Von

Christopher Lutz



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTOPHER LUTZ

Der Vorwurf missbräuchlichen Verhaltens
im Insolvenzrecht

Schriften zum Prozessrecht

Band 270

Der Vorwurf missbräuchlichen Verhaltens im Insolvenzrecht

Von

Christopher Lutz



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
hat diese Arbeit im Jahr 2020
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D 5

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r), Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0219
ISBN 978-3-428-18045-5 (Print)
ISBN 978-3-428-58045-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Rechtsprechung sowie Literatur konnten weitgehend bis Anfang März 2020 berücksichtigt werden.

Zuvorderst möchte ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M. (McGill) danken. Er hat nicht nur meine Begeisterung für das Insolvenzrecht geweckt und mir die Gelegenheit gegeben, viele schöne Jahre an dem von ihm geleiteten Institut für deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht zu verbringen, sondern diese Arbeit zu jeder Zeit auch fachlich gefördert. Dabei hat er – wohl wissend, mit welchen Widrigkeiten die Erstellung einer solchen Arbeit verbunden sein kann – ein feines Gespür für die von Herrn Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp im Vorwort seiner Dissertationsschrift zur Rechtmissbrauchslehre bereits scherhaft beschriebene „labile Psyche“ eines Doktoranden aufgebracht. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Eberhard Schilken für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie die hilfreichen Anregungen im Rahmen seiner Bewertung.

Zum Gelingen dieser Arbeit haben darüber hinaus zahlreiche weitere Menschen einen Beitrag geleistet. Ihnen allen schulde ich ebenfalls großen Dank. Da wären zunächst die vielen liebenswerten Kolleginnen und Kollegen des vorerwähnten Instituts, die mir über die Jahre sehr ans Herz gewachsen sind und ohne deren tägliches Zutun die Erstellung dieser Arbeit weitaus weniger Freude bereitet hätte. Namentlich genannt seien an dieser Stelle Dr. Johannes Richter sowie David Rüther, LL.M. (Columbia), denn sie haben die Arbeit in zahlreichen Gesprächen zudem in fachlicher Hinsicht vorangetrieben. Auf vielfältige Art und Weise gefördert haben diese Arbeit ferner Dr. Asher Brungs, Lukas Klement, LL.M. sowie Dr. Maximilian Schmidt. Ihr freundschaftlicher Rückhalt war für die Erstellung der Arbeit ebenso bedeutsam wie die Ermutigungen meiner Freundin Johanna Steffens, die während der gesamten Entstehungszeit über die Maßen Geduld und Verständnis aufgebracht hat und auch dann keinen Groll gehegt hat, wenn ich dem Institut gegenüber dem sonntäglichen Ausflug ohne jede Notwendigkeit einmal wieder den Vorzug gegeben habe.

Den größten Dank schulde ich ohne jeden Zweifel meiner Familie, allen voran meinen lieben Eltern. Ihre aufopferungsvolle Unterstützung und ihr steter Zuspruch waren für mich auch bei der Erstellung dieser Arbeit von unschätzbarem Wert. Ihnen ist die Arbeit in tiefer Dankbarkeit gewidmet.

Bonn, im März 2020

Christopher Lutz

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
I. Problemstellung und Zielsetzung	17
II. Gang der Untersuchung	18
<i>1. Teil</i>	
Grundlagen der Missbrauchslehre und der Missbrauchsvorwurf im Insolvenzverfahren	21
1. Kapitel	
Rechtsmissbrauch im Zivilrecht	22
I. Geschichtliche Entwicklung des Rechtsmissbrauchs im Privatrecht	22
II. Wesen des Rechtsmissbrauchs	24
III. Innen- oder Außentheorie	26
IV. Individueller und institutioneller Rechtsmissbrauch	27
1. Fallgruppen des individuellen Rechtsmissbrauchs	28
a) Früheres unredliches Verhalten	29
aa) Unredlicher Erwerb der eigenen Rechtsstellung	29
bb) Unredliche Vereitelung von Gegenrechten	30
cc) Kein genereller Missbrauchseinwand bei vertrags- oder gesetzeswidrigem Verhalten	30
b) Widersprüchliches Verhalten	31
c) Gegenwärtig unredliches Verhalten	33
aa) Geringfügiges Eigeninteresse und Unverhältnismäßigkeit	33
bb) Fehlendes Eigeninteresse und zweckwidrige Rechtsausübung	34
2. Anwendungsfälle institutionellen Missbrauchs	36
V. Verhältnis des Rechtsmissbrauchs zu anderen Instituten	36
1. Abgrenzung zur Normauslegung und Rechtsfortbildung	37
2. Abgrenzung zur Gesetzesumgehung	38
3. Abgrenzung zum Betrug	39
VI. Zusammenfassung	39

2. Kapitel

	Rechtsmissbrauch im Zivilprozessrecht	40
I.	Geschichtliche Entwicklung des Rechtsmissbrauchs im Zivilprozessrecht	40
II.	Rechtsmissbrauch und treuwidriges Verhalten im Zivilprozessrecht	41
1.	Rechtsmissbrauchsverbot im Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren ..	41
a)	Erkenntnisverfahren	41
b)	Zwangsvollstreckungsverfahren	43
c)	Gründe für die beschränkte Geltung der Missbrauchslehre	43
2.	Differenzierung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht	44
III.	Verhältnis von Rechtsmissbrauch zum Rechtsschutzinteresse	45
1.	Gesetzliche Regelung	45
2.	Rechtsschutzinteresse als Anknüpfungspunkt für Missbrauch im Prozessrecht ..	46
3.	Fälle fehlenden Rechtsschutzinteresses	47
a)	Nichterreichen der Prozesszwecke	47
b)	Unzweckmäßige Prozesse	47
c)	Zweckwidrige Prozesse	48
IV.	Zusammenfassung	50

3. Kapitel

	Missbrauchsvorwurf und Insolvenzverfahren	51
I.	Missbrauchsausschluss durch Ordnungsfunktion?	52
1.	Institutionelle Bedeutung des Insolvenzverfahrens	52
2.	Rechtsschutzinteresse als Anknüpfungspunkt des Missbrauchseinwands	54
3.	Aktienrechtliche Anfechtungsklage als Vergleichsfall	56
a)	Missbrauch der Anfechtungsbefugnis durch den Aktionär	56
aa)	Missbräuchliche Anfechtungsklage – Grundsätze	56
bb)	Dogmatische Anknüpfung	59
b)	Übertragbarkeit der Missbrauchsdogmatik?	59
II.	Missbräuchlicher Einsatz des Insolvenzverfahrens	60
1.	Differenzierung zwischen individuellem und institutionellem Missbrauch	60
a)	Individueller Missbrauch des Insolvenzverfahrens	60
aa)	Früheres unredliches Verhalten	60
bb)	Widersprüchliches Verhalten	61
cc)	Gegenwärtig unredliches Verhalten	63
(1)	Fehlendes schützenwertes Eigeninteresse	63
(2)	Verfolgung verfahrensfremder Zwecke	64

Inhaltsverzeichnis	9
--------------------	---

(a) Gläubigeranträge	65
(aa) Druckanträge	65
(bb) Ausforschungsanträge	67
(cc) Ausschaltung eines Wettbewerbers	68
(dd) Beendigung von Schuldverhältnissen	69
(b) Schuldneranträge	70
(c) Stellungnahme und Analyse der Fälle unter Berücksichtigung der Missbrauchslehre	71
b) Institutioneller Missbrauch des Insolvenzverfahrens?	75
2. Antragspflicht und Missbrauchsvorwurf	76
3. Beweis- und Darlegungslast für den Missbrauchseinwand	78
III. Missbrauchseinwand gegen die Beendigung des Insolvenzeröffnungsverfahrens	80
1. Missbräuchliche Erledigungserklärung bei Gläubigeranträgen	80
2. Missbrauch und Rücknahmeberechtigung bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit	82
3. Stellungnahme	84
a) Keine Einschränkung allein im Hinblick auf § 1 InsO	85
b) Gefahr des Leerlaufens der Antragspflicht	88
aa) Antragspflicht gem. § 15a InsO	88
bb) Missbrauch durch Verhinderung einer Prüfung der Eröffnungsvoraussetzungen	89
IV. Zusammenfassung	92

2. Teil

Sanierung und Missbrauchsvorwurf	94
---	----

4. Kapitel

Die strategische Insolvenz im deutschen Insolvenzrecht	95
I. Sanierungsmöglichkeiten des Insolvenzrechts	95
1. Frühere Rechtslage	95
2. Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)	96
a) Gesetzliche Änderungen	96
b) Gesellschaftsrechtliches Gestaltungspotenzial in der Insolvenz	97
II. Strategische Insolvenz als Besonderheit des Sanierungsrechts	98
III. Gestaltungsspielraum im Hinblick auf die Insolvenzgründe	100
1. Zahlungsunfähigkeit	101
2. Überschuldung	102

3. Drohende Zahlungsunfähigkeit	102
4. Fazit: Insolvenzeröffnungsgründe lassen Gestaltungsspielraum	103
IV. Zusammenfassung	104

5. Kapitel

Missbrauch durch den Schuldner? 105

I. Werbung mit der Eigenverwaltung – Beispieldfall aus der Sanierungspraxis	106
II. (Vorläufige) Eigenverwaltung und Schutzzschirmverfahren – Missbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten?	106
1. Missbrauchsvorwurf im Zusammenhang mit der (vorläufigen) Eigenverwaltung und dem Schutzzschirmverfahren	106
a) (Vorläufige) Eigenverwaltung gem. §§ 270 ff. InsO	106
b) Schutzzschirmverfahren gem. § 270b InsO	107
2. Stellungnahme unter Berücksichtigung der allgemeinen Rechtsmissbrauchslehre	108
a) Missbrauchseinwand vor dem Hintergrund der Masseschmälerung	108
b) Missbrauchseinwand bei zielgerichteter Herbeiführung der Insolvenssituation	110
III. Rechtsschutzmöglichkeiten und haftungsrechtliche Konsequenzen	113
1. Rechtsschutzmöglichkeiten	114
2. Haftungsrechtliche Folgen	115
IV. Zusammenfassung	116

6. Kapitel

Missbrauch durch den Mehrheitsgesellschafter? 118

I. Suhrkamp Verlag GmbH & Co. KG – Beispieldfall aus der Sanierungspraxis	118
1. Ausgangssituation	118
2. Verfahrensgang	119
II. Verdrängung eines Minderheitsgesellschafters – Missbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten?	120
1. Reichweite des Gesellschafterschutzes durch das wertbezogene Schutzkonzept des ESUG	120
a) Am Liquidationswert orientierter Vergleichsmaßstab	121
b) Einschränkungen zum Schutz des Minderheitsgesellschafters	122
aa) Wirtschaftlicher Ausgleich der Sonderrechte	122
bb) Unzulässigkeit der Verschlechterung der Mitgliedschaft bei nicht bezifferbarer Werthaltigkeit	123
c) Stellungnahme und Ausgangspunkt der weiteren Untersuchung	124

2. Schutz des Minderheitsgesellschafters durch die gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten	124
a) Ursprung und Wirkungsweise	125
b) Potenzielle Wirkung der Treuepflichten in der Insolvenz	126
c) Fortgeltung der Treuepflichten?	126
aa) Überlagerung der Treuepflichten durch das Insolvenzrecht	127
bb) Keine Auswirkung auf die Treuepflichten	128
d) Stellungnahme	129
aa) Ausschluss im eröffneten Verfahren	129
bb) Geltung im Vorfeld der Insolvenz	130
3. Schutz des Minderheitsgesellschafters durch den gegen das Insolvenzverfahren gerichteten Missbrauchsvorwurf	131
a) Meinungsstand zum zweckwidrigen Einsatz des Insolvenzverfahrens	131
b) Stellungnahme	134
aa) Untersuchung des Missbrauchseinwands unter Berücksichtigung der allgemeinen Rechtsmissbrauchslehre	134
bb) Teleologische Reduktion des § 225a Abs. 3 InsO?	136
(1) § 1 InsO und die Zielsetzung des Insolvenzverfahrens	136
(2) Zweckwidrigkeitsvorwurf vor dem Hintergrund der dienenden Funktion des Insolvenzverfahrens	140
cc) Verbleibt ein Anwendungsbereich des Missbrauchseinwands?	142
III. Rechtsschutz	144
1. Rechtsschutz im Eröffnungsverfahren	145
a) Rechtsschutzzinteresse analog § 14 Abs. 1 InsO	145
b) Sofortige Beschwerde	145
aa) Regelung des § 34 Abs. 2 InsO	146
bb) Überlegung einer analogen Anwendung	146
(1) Analoge Anwendung auf die Gläubiger	146
(2) Analoge Anwendung auf die Gesellschafter	147
(a) Planwidrigkeit der Regelungslücke	147
(aa) Unmittelbare Betroffenheit zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung	148
(bb) Gleichwohl keine planwidrige Regelungslücke	148
(b) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit?	149
(c) De lege ferenda	150
c) Schutzschrift	151
aa) Zulässigkeit der Schutzschrift im Insolvenzverfahren	151
bb) Schutzschrift aus Gesellschafterperspektive	152
d) Anspruch auf Unterlassung und Rücknahme eines Insolvenzantrages	153

aa) Meinungsstand	153
(1) Einflussnahme auf die Antragstellung	153
(2) Außerinsolvenzgerichtlicher Rechtsschutz des Minderheitsgesellschafters	155
bb) Stellungnahme zum außerinsolvenzgerichtlichen Rechtsschutz	156
(1) Differenzierung zwischen Begründetheit und Zulässigkeit	156
(2) Materiell-rechtlicher Anspruch	156
(a) Allgemein zivilrechtlicher Anspruch	156
(b) Einfluss des Gesellschaftsrechts auf Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche	158
(aa) Gesellschaftsrechtliche Anforderungen an die Antragstellung	158
(bb) Einfluss auf Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche	159
(3) Zulässigkeit außerinsolvenzgerichtlichen Rechtsschutzes	160
(a) Identität des Prüfungsumfangs	161
(b) Keine Verzögerungsgefahr	163
(c) Zusammenfassung	164
2. Rechtsschutz im eröffneten Verfahren	165
a) Überprüfbarkeit der Unzulässigkeit durch das Insolvenzgericht	165
aa) § 250 Nr. 2 InsO	165
bb) § 231 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und § 250 Nr. 1 InsO	166
(1) Unzulässigkeit der Maßnahme als Teil der Inhaltsprüfung	166
(2) Keine umfassende Zweckmäßigkeitprüfung	167
(3) Auswirkung der Insolvenzeröffnung auf die Vornahme unzulässiger Planmaßnahmen	168
(a) Ausschluss des Einwands der Unzulässigkeit durch die Verfahrenseröffnung?	168
(b) Keine Auswirkungen der rechtskräftigen Eröffnungsentscheidung	169
(aa) Reichweite und Bedeutung der Rechtskraft im Hinblick auf den Insolvenzplan	169
(bb) Mangelnde Schutzwürdigkeit – Grundsätze der Quasiresstitution	171
b) Außerinsolvenzgerichtlicher Rechtsschutz gegen den Insolvenzplan	172
aa) Materiell-rechtlicher Anspruch	173
bb) Zulässigkeit außerinsolvenzgerichtlichen Rechtsschutzes	173
c) Rechtsschutz gegen die Planbestätigung	173
aa) Beschwerderecht gem. § 253 InsO	174
bb) Erweiterung des Beschwerderechts bei unzulässigen Maßnahmen	175
cc) Ausschluss des „Freigabeverfahrens“ gem. § 253 Abs. 4 Satz 1 InsO	177
dd) Verhältnis zum Minderheitenschutzantrag gem. § 251 InsO	177

IV. Haftungsrechtliche Folgen	178
1. Allgemein zivilrechtliche Haftung bei unzulässiger Verfahrenseinleitung und Vornahme einer unzulässigen Planmaßnahme	178
2. Gesellschaftsrechtlicher Einfluss auf die Haftungsansprüche	180
a) Ansprüche gegen die Geschäftsleitung bei Missachtung der gesellschaftsinternen Kompetenzverteilung	180
b) Ansprüche gegen Mehrheitsgesellschafter wegen Verletzung der Treuepflicht	181
3. Einzelfragen zum Schadensersatzanspruch auf Rechtsfolgenebene	182
a) Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands – Naturalrestitution	182
aa) Unmöglichkeit der Naturalrestitution	183
bb) Normativer Ausschluss	184
b) Nachweisbarkeit von Schaden und Kausalität	185
c) Mitverschulden gem. § 254 BGB	186
V. Zusammenfassung	187

7. Kapitel

Missbrauch durch die Gläubiger? 189

I. Pfleiderer AG und IVG Immobilien AG – Beispiele Fälle aus der Sanierungspraxis ..	190
1. Pfleiderer AG	190
a) Ausgangssituation	190
b) Verfahrensgang	190
2. IVG Immobilien AG	191
a) Ausgangssituation	191
b) Verfahrensgang	192
II. (Feindliche) Übernahme durch die Gläubiger – Missbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten?	192
1. Debt Equity Swap gem. § 225a Abs. 2 Satz 1 InsO – Übernahme im Insolvenzverfahren	194
a) Kapitalherabsetzung	194
b) Kapitalerhöhung	195
c) Bezugsrechtsausschluss	195
d) Bewertung der Anteile der Altgesellschafter und das in diesem Zusammenhang diskutierte Missbrauchsrisiko	196
2. Distressed Debt Investing	199
a) Geschäftsmodell und Abgrenzung	199
b) Investorstrategien	200
aa) Active und Passive Investing	200
bb) Einfluss durch Financial Covenants	201

c) Rechtsfragen bezüglich des Forderungserwerbs	202	
aa) Forderungserwerb aus schuldrechtlicher Sicht	202	
bb) Forderungserwerb aus insolvenzrechtlicher Sicht	204	
3. Stellungnahme zur Zulässigkeit von Unternehmensübernahmen und dem dies- bezüglich erhobenen Missbrauchsvorwurf	204	
a) Vorwurf der Instrumentalisierung und des Missbrauchs des Insolvenzverfah- rens bei Unternehmensübernahmen mittels Debt Equity Swap	204	
b) Treuepflichtbindung der Gläubiger?	209	
c) Einschränkung des Distressed Debt Investing?	210	
III. Rechtsschutzmöglichkeiten und haftungsrechtliche Folgen	212	
1. Rechtsschutzmöglichkeiten	212	
2. Haftungsrechtliche Folgen	214	
IV. Zusammenfassung	215	
 Schlussbetrachtung		217
I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	217	
II. Ausblick	222	
 Literaturverzeichnis	224	
 Entscheidungsverzeichnis	259	
 Sachverzeichnis	268	

Abkürzungen

BeckRS	Rechtsprechungsdatenbank in beck-online
COMI	Center of Main Interests
D.	Digesta Iustiniani
ders./dies.	derselbe/dieselbe
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Festgabe
gem.	gemäß
IfM	Institut für Mittelstandsforschung Bonn
jurisPR-InsR	juris Praxisreport Insolvenzrecht
MwStR	MehrwertSteuerrecht
Vorbem.	Vorbemerkung

Im Übrigen wird auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Auflage, Berlin/Boston 2015 sowie *Duden*, Die deutsche Rechtschreibung, 27. Auflage, Berlin 2017 verwiesen.

Einleitung

I. Problemstellung und Zielsetzung

„Jedem Rechtsinstitut droht der Missbrauch“, konstatiert der frühere weitere aufsichtführende Richter der Insolvenzabteilung des Amtsgerichts Mannheim Zipperer im Rahmen seiner Untersuchung der Rechtsschutzmöglichkeiten von Gesellschaftern im Insolvenzeröffnungsverfahren.¹ Lässt man den Blick über die Literatur und Rechtsprechung zum Insolvenzrecht schweifen, so scheint dies nach allgemeiner Auffassung auch für das Insolvenzverfahren zu gelten. Schon zu Zeiten der KO war anerkannt, dass der Konkursantrag etwa bei verfahrensfremder Zweckverfolgung als missbräuchlich zurückzuweisen war. Auch nach Einführung der InsO wurden Insolvenzanträge vereinzelt immer wieder als missbräuchlich zurückgewiesen und zuletzt mehren sich die Stimmen, die die Erledigungserklärung eines Gläubigerantrages nach Begleichung der dem Antrag zugrunde liegenden Forderung zum Schutze der übrigen Gläubiger als missbräuchlich beurteilen. Besondere Brisanz hat der gegen das Insolvenzverfahren gerichtete Missbrauchsvorwurf darüber hinaus durch die gesetzlichen Änderungen des ESUG² erhalten. Das Insolvenzverfahren wird seither in zunehmendem Maße auch als Gestaltungsmittel wahrgenommen und stellt sich gleichsam als „Transmissionsriemen“ eigener Interessen dar.³ Insbesondere der Fall um die Suhrkamp Verlagsgesellschaft, in dem der Minderheitsgesellschafter über das Insolvenzplanverfahren im Wege einer Umwandlung *de facto* entmachtet und damit eine Gesellschafterauseinandersetzung beseitigt wurde,⁴ hat das Gestaltungspotenzial der gesetzlichen Änderungen eindrucksvoll unter Beweis gestellt und wird dementsprechend vielfach auch als „Geburtsstunde“⁵ strategischer Insolvenzen in Deutschland bezeichnet. In die euphorische Stimmung um die Neuerungen mischte sich jedoch ebenso Skepsis ob der gesetzlichen Ausgestaltung der (vorläufigen) Eigenverwaltung, des Schutzschildverfahrens sowie der Reichweite gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen im Insolvenzplanverfahren. In diesem Zusammenhang war zuletzt immer wieder vom Missbrauch des Insolvenzverfahrens die Rede.⁶ Anders als in den zahlreichen

¹ Zipperer, ZIP 2015, 2002 (2009).

² Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen v. 07.12.2011, BGBl. I, S. 2582 ff.

³ Weitzmann, in: FG Wehr, S. 385 (393).

⁴ Vgl. hierzu noch 6. Kapitel I.

⁵ Hölzle, ZIP 2015, 83 (84).

⁶ Für die (vorläufige) Eigenverwaltung sowie das Schutzschildverfahren vgl. Hölzle, ZIP 2012, 158 (159); Pape, in: FS Vallender, S. 363 (372); Brünkmans, in: HK, InsO, Vor §§ 270 ff. Rz. 6; Folts, in: FK, InsO, vor §§ 270 ff. Rz. 11. Die Frage des Rechtsmissbrauchs diskutieren

monografischen Abhandlungen zum ESUG, deren Anlass ebenso wie für diese Arbeit das Insolvenzverfahren über das Vermögen des bereits genannten namhaften deutschen Verlages gewesen sein dürfte, bildet der gegen die Sanierungsinstrumente der InsO gerichtete Missbrauchsvorwurf den Schwerpunkt und nicht nur einen Teilaspekt der vorliegenden Untersuchung.⁷ Darüber hinaus soll die Arbeit ganz allgemein einen Beitrag zu dem im Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren erhobenen Missbrauchsvorwurf leisten. Es wird sich zeigen, dass mit dem Vorwurf oftmals zu unbedacht umgegangen wird. Im Umgang mit dem Einwand des Rechtsmissbrauchs sollte man es keinesfalls darauf anlegen, dass sich hierfür bloß ein Gefühl einstellt,⁸ sondern unter Rückgriff auf die Grundsätze der allgemeinen Rechtsmissbrauchslehre zumindest im Ansatz eine klare Einordnung ermöglichen. Andernfalls läuft man Gefahr, die Verfahrenseinleitung zu eilig als missbräuchlich zurückzuweisen.⁹ Die Arbeit wird schließlich aufzeigen, dass der Einwand des Rechtsmissbrauchs im Insolvenzrecht auf wenige Ausnahmefälle begrenzt und in praktischer Hinsicht damit nur von geringer Bedeutung ist.

II. Gang der Untersuchung

Im ersten Teil der Untersuchung sind einleitend die Grundlagen der Missbrauchsdogmatik darzustellen. Angesichts der nahezu unerschöpflichen Literatur und Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch muss sich die Arbeit hier auf eine kurSORISCHE Darstellung beschränken. Es geht darum, die wesentlichen Merkmale der Missbrauchslehre im materiellen Zivilrecht wie auch im Zivilprozessrecht

im Zusammenhang mit dem Einsatz zur Beseitigung einer Gesellschafterauseinandersetzung unter anderem *Lang/Muschalle*, NZI 2013, 953 ff.; *Möhlenkamp*, BB 2013, 2828 ff.; Brinkmann, ZIP 2014, 197 ff.; *Brünkmans/Uebel*, ZInsO 2014, 265 ff.; *Prüting*, in: FS Kübler, S. 567 ff.; *Werner*, NWB 2014, 1453 (1459); *Ley*, in: FS Beck, S. 319 ff.; *Pape*, ZIP 2013, 2285 (2293). In Bezug auf die Übernahme mittels insolvenzrechtlichen Debt Equity Swaps findet sich der gegen das Insolvenzverfahren gerichtete Missbrauchseinwand etwa bei *H.-F. Müller*, DB 2014, 41 (44); *Möhlenkamp*, BB 2013, 2828 (2830); *Frind*, WM 2014, 590 (595); *Marotzke*, ZInsO 2015, 325 (330) wieder.

⁷ *Bulgrin*, Strategische Insolvenz, S. 130 ff.; *Krull*, Stellung und Schutz des Minderheitsgesellschafters der schuldnerischen GmbH & Co. KG im Insolvenzplanverfahren nach dem ESUG, S. 269 ff.; *Schmetzer*, Schutz der Anteilsinhaber im Insolvenz- bzw. Insolvenzplanverfahren, S. 56 ff., 197 ff.; *Brosent*, Strategische Insolvenzen, S. 151 ff. sowie *J.-H. Kern*, Die Bedeutung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im Insolvenzplanverfahren, S. 125 ff., der sich mit dem aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht abgeleiteten Missbrauchsvorwurf auseinandergesetzt hat.

⁸ So aber offenbar *Möhlenkamp*, BB 2013, 2828 (2830), der es im Hinblick auf den durch das ESUG geschaffenen Gestaltungsspielraum für erforderlich hält, dass sich für die Annahme von Rechtsmissbrauch eben „ein Gefühl“ einstellt.

⁹ Das gilt insbesondere dann, wenn dieser (vermeintlich) missbilligenswerte Motive zugrunde liegen, vgl. zu diesem Problem allgemein *Schubert*, in: MüKo, BGB, § 242 Rz. 202 sowie *Loyal*, Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozessrecht, S. 308 f.

wiederzugeben, um den Einwand des Missbrauchs zum einen von anderen Problemkreisen abzugrenzen und zum anderen auf diese Grundsätze im Rahmen der darauffolgenden Analyse zurückgreifen zu können. Sodann ist speziell der Frage nach dem Missbrauchsvorwurf im Insolvenzverfahren nachzugehen. Das Insolvenzverfahren bringt eine „multipolare Konfliktlage“¹⁰ zwischen den Verfahrensbeteiligten mit sich, die die Beurteilung der Missbräuchlichkeit gegenüber dem Verhältnis bloß zweier Rechtssubjekte entschieden erschwert. Es wird zu klären sein, inwiefern sich die ordnende Funktion des Verfahrens auf den Einwand des Rechtsmissbrauchs auswirkt. In diesem Zusammenhang bietet sich ein Vergleich zur aktienrechtlichen Anfechtungsklage an, welche über den subjektivrechtlichen Charakter hinaus die Funktion einer objektiven Rechtskontrolle hat und damit der Erga-omnes-Wirkung des Insolvenzverfahrens angenähert ist. Unter Rückgriff auf die Differenzierung zwischen individuellem und institutionellem Missbrauch sollen die in Rechtsprechung und Literatur diskutierten Fälle zunächst geordnet und sodann einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Im Rahmen dieser Analyse wird auch auf den rechtlichen Charakter der Antragspflicht und die Auswirkungen selbiger auf den Missbrauchseinwand einzugehen sein. Abschließend ist zu erörtern, inwieweit Erledigungserklärungen von Gläubigeranträgen und der Rücknahme von Eigenanträgen juristischer Personen oder Personenhandelsgesellschaften der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs gemacht werden kann.

Gegenstand des zweiten Teils der Arbeit ist der gegen die Sanierungsinstrumente der InsO gerichtete Missbrauchsvorwurf. Unter Berücksichtigung der bis dahin gewonnenen Erkenntnisse ist zu untersuchen, ob und inwieweit in Bezug auf Sanierungsmaßnahmen und den strategischen Einsatz des Insolvenzverfahrens berechtigterweise von einem Rechtsmissbrauch gesprochen werden kann. Zunächst wird dies für den Schuldner zu klären sein, dem mitunter vorgeworfen wird, das Eigenverwaltungs- und Schutzschildverfahren missbräuchlich einzusetzen. Im Anschluss daran gilt es, den gegen den Mehrheitsgesellschafter gerichteten Missbrauchsvorwurf zu analysieren, der durch das Insolvenzverfahren der Suhrkamp Verlagsgesellschaft in der Diskussion um den Missbrauch der Sanierungsinstrumente der InsO zweifelsohne im Mittelpunkt stand. Dabei geht es ebenso wie bei dem gegen die Gläubiger in Bezug auf die Unternehmensübernahme mittels insolvenzrechtlichen Debt Equity Swaps gerichteten und im Anschluss hieran zu erörternden Missbrauchseinwand um das gesellschaftsrechtliche Gestaltungspotenzial der Vorschriften des Insolvenzplanverfahrens.¹¹

Im Anschluss an die Untersuchung des gegen die Sanierungsinstrumente gerichteten Missbrauchsvorwurfs soll jeweils der Frage nach den Rechtsschutzmöglichkeiten und haftungsrechtlichen Konsequenzen nachgegangen werden. Insbesondere der Rechtsschutz der Gesellschafter wird bei den unter dem Gesichtspunkt des

¹⁰ So die Wortwahl von Wallner, ZIP 2015, 997 (1001).

¹¹ Mitunter werden die Vorschriften des Insolvenzplanverfahrens als „in hohem Maße missbrauchsgefährlich“ beschrieben, vgl. H.-F. Müller, DB 2014, 41 (45).