

*Ulrich Torggler*

## **Sanieren oder Ausscheiden**

- I. Prolog
- II. Hoffmanns Erzählungen (*Girmes*)
- III. Zwischen Skylla und Charybdis
  - A. Sanieren oder Ausscheiden I (BGH II ZR 240/08 BGHZ 183, 1)
  - B. Sanieren oder Ausscheiden II (BGH II ZR 122/09 WM 2011, 885)
  - C. Rezeption
- IV. Tu felix austria?
  - A. Einführung
  - B. Personengesellschaften
    - 1. Gemeinsame Voraussetzungen
      - a) Fortführungsunmöglichkeit, insbesondere Sanierungsbedürftigkeit
      - b) Sanierungsfähigkeit
      - c) Sanierungswürdigkeit
    - 2. Kapitalerhöhung
    - 3. Ausschluss
  - C. Kapitalgesellschaften
    - 1. Einführung: Subsidiäre Anwendung von GesBR-Recht
      - a) Spezialität und Subsidiarität
      - b) Voraussetzungen der (subsidiären) Anwendbarkeit
        - (1) Grundsatz der Spezialität
        - (2) Grundsatz der Exklusivität
        - (3) Grundsatz der Angemessenheit
        - (4) Grundsatz der Flexibilität
    - 2. Kapitalerhöhung
    - 3. Gemeinsame Voraussetzungen
    - 4. Ausschluss
- V. Zusammenfassung

### **I. Prolog**

Als Sanierung kann die Summe der Maßnahmen zur Überwindung einer existenzbedrohenden Unternehmenskrise verstanden werden. Mögliche Maßnahmen sind unter anderem eine strategische Neuausrichtung, insbesondere durch Unternehmensverkäufe und/oder Konzentration auf Kerngeschäftsfelder, Beteiligungsverkäufe, Schließung von Filialen, Ablauf- und Leitungsoptimierung.

In aller Regel geht es nicht ohne Zuführung neuen Kapitals. In erster Linie kommt Eigenkapital in Frage, wobei die Investoren und daher auch die sanierungsbedürftige Gesellschaft selbst auf eine vorhergehende (idR nominelle) Kapitalherabsetzung Wert legen werden. Denn sonst wird das frische Kapital zur Verlustdeckung verwendet und die Renditeerwartung der Eigenkapitalgeber durch Verlustvorträge beeinträchtigt.

Bei der unmittelbar folgenden Kapitalerhöhung haben die Gesellschafter grundsätzlich ein Bezugsrecht, das – insbesondere im sanierungstypischen Fall einer Barkapitalerhöhung – idR nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>1)</sup> Dabei besteht ein typisches Problem kollektiven Handelns: Aus der Sicht des einzelnen Gesellschafters besteht ein gewisser Anreiz, selbst im Rahmen eines aussichtsreichen Sanierungskonzepts „dem schlechten Geld kein gutes hinterherzuwerfen“, wenn nur die Mehrheit beitragswillig ist. Denn wenn und weil die Minderheit eine (wenn auch relativ kleinere) Beteiligung behält, partizipiert sie an zukünftigen, sanierungsbedingten Erträgen auch dann, wenn sie selbst dazu nichts beiträgt. Es besteht also die Möglichkeit des „Trittbrettfahrens“ auf den Anstrengungen der Mehrheit, zumal die Minderheit in der gesellschaftsinternen Verhandlungssituation insofern am „längeren Ast sitzt“, als die Mehrheit im Alternativszenario einer Liquidation oder Insolvenz mehr zu verlieren hat. Da jede „Freifahrt“ die Rendite stattfindender Sanierungsinvestitionen mindert und bei Personengesellschaften eine ungleiche Zeichnung zudem das (interne) Haftungsrisiko der Beitragswilligen vermehrt, können selbst aussichtsreiche und daher auch volkswirtschaftlich erwünschte Sanierungen scheitern.<sup>2)</sup> Hinzu kommt, dass wegen dem Bedürfnis nach Fairness und Reziprozität<sup>3)</sup> auch eine zunächst bestehende Beitragsbereitschaft zu schwinden neigt, wenn Trittbrettfahren stattfindet oder absehbar ist.

„Frisches“ Fremdkapital ist in aller Regel nur unter Auflagen zu beschaffen, namentlich der Zusicherung einer substanziellen Eigenkapitalzufuhr. Weitere typische Sanierungsbeiträge von Fremdkapitalgebern, namentlich von Banken und Lieferanten, sind Stundungen und Forderungsverzichte. Ausschlaggebender Beweggrund ist das Überwiegen der aufgrund der Sanierung erwarteten Tilgungen und Zukunftsüberschüsse aus der Fortsetzung der Geschäftsbeziehung über die Befriedigungsaussichten im Insolvenzfall, also ein außergerichtlicher Fortführungswert des Unternehmens, der dessen Insolvenz- und damit oft Liquidationswert übersteigt.<sup>4)</sup> Voraussetzungen solcher Sanierungsbeiträge sind daher

---

<sup>1)</sup> Grundlegend BGH II ZR 142/76, *Kali und Salz*, BGHZ 71, 40; OGH 5 Ob 649/80 SZ 53/172; OGH 5 Ob 526/84 GesRZ 1986, 36; ausführlich U. Torggler, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007) 16 ff; U. Torggler, Zur sog materiellen Beschlusskontrolle, insb bei der Umwandlung (Teil I), GeS 2006, 58; s auch *Oechsler in Goette/Habersack/Kalss*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz IV<sup>3</sup> (2011) § 228 Rz 5.

<sup>2)</sup> Zum Ganzen BGH II ZR 240/08, *Sanieren oder Ausscheiden I*, Rz 31 BGHZ 183, 1; *Watzl*, „Sanieren oder Ausscheiden“ – eine rechtsformübergreifende Betrachtung (2014) 4 ff, 53 ff.

<sup>3)</sup> Für einen Überblick mwN s zB *Magen*, Fairness, Eigennutz und die Rolle des Rechts (2005) insbesondere 20 ff ([www.coll.mpg.de/pdf\\_dat/2005\\_22online.pdf](http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2005_22online.pdf), abgefragt am 15. 6. 2015).

<sup>4)</sup> ZB *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz (1999) 31 ff, 328 ff, 404 ff.

eine realistische Sanierungschance und damit ein *ex ante* aussichtsreiches Sanierungskonzept, dessen risikobereinigter Zeitwert für die Gläubiger den Zeitwert der erwarteten Quote übersteigt. Dabei hängt die Sanierungschance wiederum von dem Ausmaß des frischen Eigenkapitals ab, was eine Verhandlungssituation zwischen der sanierungsbedürftigen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern einerseits und den Gesellschaftsgläubigern andererseits erzeugt, wobei auch unter den Gläubigern Probleme des Kollektivhandelns auftreten.<sup>5)</sup>

## II. Hoffmanns Erzählungen<sup>6)</sup> (*Girmes*)

*Bolko Hoffmann* ist der breiten Öffentlichkeit als Gründer und Vorsitzender der Partei „Pro DM“ bekannt geworden, die es sich zum Ziel gesetzt hatte, die Einführung des Euro zu verhindern.<sup>7)</sup> Mehr Glück war ihm in seinem Hauptberuf beschieden, als Gründer der heute an der Börse Stuttgart notierten Effecten-Spiegel AG. Diese Gesellschaft handelt mit meist börsennotierten Beteiligungen und veröffentlicht den Effecten-Spiegel, „das Journal für den Aktionär“; früherer Herausgeber: *Bolko Hoffmann*.

Die *Girmes-Werke AG* (im Folgenden „*Girmes-AG*“) ist eine niederrheinische Textilunternehmerin mit einer Spezialisierung auf Samt- und Cordprodukte.<sup>8)</sup> Diese dürften in den Achtzigerjahren ein wenig aus der Mode gekommen sein. Dennoch war *Bolko Hoffmann* nach eigener Aussage „irgendwie ein *Girmes-Fan*“.<sup>9)</sup> Der Effecten-Spiegel war naturgemäß derselben Meinung: „*Girmes im Turn-around*“ berichtete er und prognostizierte „schwarze Zahlen“ und „erhebliche Kurssteigerungen“. Noch 1988, als sich die Pleite der *Girmes-AG* bereits abzeichnete, wurde die Aktie als „extrem preiswert und ein klarer Kauf“ gepriesen. Die Aktionäre würden bei dem damals bereits absehbaren Kapitalschnitt „keinen Pfennig verlieren“, sondern sogar gewinnen. „*Girmes sind ein dicker Tip*“.

Derweil hatte der Vorstand der *Girmes-AG* alle Hände voll zu tun, ein Sanierungskonzept zu schnüren, nachdem die Hälfte des Grundkapitals verloren gegangen war. Es gelang ihm, die Gesellschaftsgläubiger zu einem Forderungsverzicht iHv insgesamt 78 Mio DM zu bewegen. Von Gläubigerseite aufgestellte Voraussetzung war eine Kapitalherabsetzung von 50 auf 20 Mio DM („5:2“) und eine Kapitalerhöhung um 10 Mio DM. Für den Fall der Annahme des Konzeptes prognostizierte der *Girmes-Vorstandsvorsitzende* bereits für 1989 „ein positives Ergebnis“.

*Girmes-Fan Hoffmann* und seine Medien machten schon im Vorfeld Stimmung gegen das Konzept. Was sie dabei genau ritt, ist ungeklärt. Unbestätigten

<sup>5)</sup> *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung 344 ff, 356 ff.

<sup>6)</sup> Der Spiegel 13. 2. 1989, Hoffmanns Erzählungen, <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-13493835.html> (abgefragt am 15. 6. 2015).

<sup>7)</sup> Dazu und zum Folgenden *Bolko Hoffmann*, [http://de.wikipedia.org/wiki/Bolko\\_Hoffmann](http://de.wikipedia.org/wiki/Bolko_Hoffmann) (abgefragt am 15. 6. 2015).

<sup>8)</sup> Der Spiegel 24. 7. 1978, Textilindustrie: Phantasie geht durch, <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-40694085.html> (abgefragt am 15. 6. 2015).

<sup>9)</sup> Dazu und zum Folgenden Der Spiegel 13. 2. 1989, <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-13493835.html> (abgefragt am 15. 6. 2015).

Berichten zufolge hatte *Hoffmann* noch kurz vor der entscheidenden Hauptversammlung „große Posten“ *Girmes*-Aktien gekauft. *Hoffmanns* Dementi klang halbherzig: „Ich habe nicht ein einziges Papier, nicht persönlich“. Vielleicht spekulierte er auch ohne eigenen Einsatz auf dem Rücken aller Aktionäre, um Werbung für den Effecten-Spiegel zu machen oder die dortigen *Buy*-Empfehlungen im Nachhinein zu legitimieren.

Wie dem auch sei: *Hoffmann* warb bei den Minderheitsaktionären um Stimmrechtsvollmachten, gegen die skizzierte Kapitalherabsetzung zu stimmen. Seine Kernbotschaft: Durch eine geringere Herabsetzung sollten die Altgesellschafter weniger und die Banken mehr beitragen. Es gelang ihm, eine Sperrminorität zu erreichen. Die drohende Verweigerung des Forderungsverzichts durch die Gläubiger samt Konkurszenario ließ ihn unbeeindruckt. „Das werden die Banken nie machen“, erklärte er selbstbewusst vor der entscheidenden Hauptversammlung.

Nun soll man Prognosen aber nicht vertrauen, wenn sie nicht die Vergangenheit betreffen: Die Banken waren zwar zu weiteren Zugeständnissen bereit, nicht aber zu einem Abrücken von der Bedingung einer Kapitalherabsetzung um 60%. In einer turbulenten, achttündigen Hauptversammlung scheiterte die Kapitalherabsetzung an *Hoffmanns* Gegenvotum. Die *Girmes-AG* schlitterte in die Insolvenz und – eine tragische Heldin – schrieb damit Gesellschaftsrechtsgeschichte.

In der Folge klagte nämlich ein Minderheitsgesellschafter, der *Hoffmann* keine Vollmacht erteilt hatte, diesen wegen der insolvenzbedingten Entwertung seiner Aktien. Nach Misserfolgen in den unteren Instanzen<sup>10)</sup> erzielte er vor dem BGH<sup>11)</sup> einen Teilerfolg. Die für den vorliegenden Kontext entscheidenden Leitsätze des BGH lauten sinngemäß:<sup>12)</sup>

- Auch dem Minderheitsaktionär obliegt eine Treuepflicht gegenüber seinen Mitaktionären [...] (Leitsatz 1).<sup>13)</sup> Diese wird im Falle der Erreichung einer

<sup>10)</sup> LG Düsseldorf 1. 6. 1993, 7 O 383/92; OLG Düsseldorf 12. 7. 1994, 7 U 190/93; zur schlussendlichen Abweisung durch OLG Düsseldorf, 7 U 110/93 ZIP 1996, 1211, s. *Fleischer*, Gesellschaftsrechtsgeschichten, NZG 2015, 769, 771 f. „Pyrrhussieg“.

<sup>11)</sup> BGH II ZR 205/94, *Girmes*, Rz 17 BGHZ 129, 136.

<sup>12)</sup> Zusätzlich enthält Leitsatz 9.b) Überlegungen über die primäre Abwicklung des eingetretenen Reflexschadens via Gesellschaftsvermögen: „Ist durch die treupflichtwidrige Handlung ein Vermögensschaden bei der Aktiengesellschaft entstanden, kann der Aktionär den Schadenbetrag, der – anteilig – der Minderung des Gesellschaftsvermögens entspricht, nur dann durch Leistung in sein Privatvermögen geltend machen, wenn er – bei Liquidation oder Konkurs der Aktiengesellschaft – zur vorrangigen Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern nicht benötigt wird.“ Das ist mE auf Österreich nicht übertragbar (vgl. § 117 Abs 1 Satz 2 dAktG mit § 100 öAktG; aA OGH 2 Ob 591/94 SZ 67/238 zu mittelbarem Schaden bei § 100 AktG); s. dazu *U. Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaft(-srechte), JBl 2003, 747, 750 ff; *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht (2013) Rz 480 ff.

<sup>13)</sup> Vgl. bereits BGH II ZR 75/87, *Linotype*, BGHZ 103, 184. Heute ganz hM; jeweils mwN auch der Gegenansicht *P. Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> (2012) § 47a Rz 35; *Koch* in *Hüffer*, AktG<sup>11</sup> (2014) § 53a Rz 14, 21; *Fleischer* in *Schmidt/Lutter*, AktG I<sup>2</sup> (2010) § 53a Rz 50; *Henze/Notz* in *Hopt/Wiedemann*, Großkommentar zum AktG II<sup>4</sup>

Sperrminorität jedenfalls bei abgestimmtem Verhalten (Stimmbindung) oder Stimmrechtsbündelung auf einen Stimmrechtsvertreter relevant; ob auch bei einer „Zufalls-Sperrminorität“, blieb offen (Leitsatz 3).<sup>14)</sup> <sup>15)</sup> Wegen § 117 Abs 1, Abs 7 Z 1 aF<sup>16)</sup>, § 243 Abs 2 dAktG (vgl § 101 Abs 3, § 195 Abs 2 öAktG) sei die Haftung bei der AG<sup>17)</sup> auf Vorsatz<sup>18)</sup> und solche Schäden beschränkt, die durch eine Anfechtungsklage nicht vermieden werden können.<sup>19)</sup>

---

(2004) Anh § 53a Rz 71; *Drygala* in *Zöllner/Noack*, Kölner Kommentar zum AktG I<sup>3</sup> (2010) § 53a Rz 81, 94; *Heider* in MünchKomm AktG I<sup>3</sup> (2008) § 12 Rz 23; *Bungeroth*, in MünchKomm AktG I<sup>3</sup> Vorb § 53a Rz 26; *Holzborn* in *Spindler/Stilz*, Kommentar zum AktG II<sup>2</sup> (2010) § 179 Rz 170; differenzierend *Lange* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2014) § 53a AktG Rz 11; ablehnend noch *Altmeyen*, Anm zu BGH II ZR 205/94, NJW 1995, 1739, 1750; *Flume*, Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zur Treuepflicht des GmbH-Gesellschafters und des Aktionärs – Zugleich eine Besprechung des Girmes-Urteils des BGH vom 20. März 1995 – II ZR 205/94, ZIP 1995, 161, 165.

<sup>14)</sup> BGH II ZR 205/94, *Girmes*, Rz 19 BGHZ 129, 136; *Koch* in *Hüffer*, AktG<sup>11</sup> § 53a Rz 14, 21; *Dreher*, Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung, ZHR 1993, 150, 157 ff; *Bungert*, Die Treuepflicht des Minderheitsaktionärs, Anm zu BGH II ZR 205/94, DB 1995, 1749, 1751; *Timm*, Treuepflichten im Aktienrecht, WM 1991, 481, 487 f; vgl *Spindler* in MünchKomm AktG II<sup>4</sup> (2014) § 117 Rz 78; aA *Fleischer* in *Schmidt/Lutter*, AktG I<sup>2</sup> § 53a Rz 50; *Henze/Notz* in Großkomm AktG II<sup>4</sup> Anh § 53a Rz 73; *Bungeroth* in MünchKomm AktG I<sup>3</sup> Vorb § 53a Rz 26.

<sup>15)</sup> Nach Leitsatz 6 trifft den Stimmrechtsvertreter hingegen keine eigene Treuepflicht (BGH II ZR 205/94, *Girmes*, Rz 16, 23 BGHZ 129, 136; zustimmend *Henze/Notz* in Großkomm AktG II<sup>4</sup> Anh § 53a Rz 31 mwN auch zur Gegenansicht: *Bungert*, DB 1995, 1749, 1752; *Bungeroth* in MünchKomm AktG I<sup>3</sup> Vorb § 53a Rz 23; *Henssler*, Die Haftung des Stimmrechtsvertreters – Zugleich eine Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 20.3.1995 – II ZR 205/94, DZWir 1995, 430, 432; *Koch* in *Hüffer*, AktG<sup>11</sup> § 53a Rz 23; *Drygala* in KölnerKomm AktG I<sup>3</sup> § 53a Rz 85 ff; aA *Timm*, WM 1991, 481, 488; *Marsch-Barner*, Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung, ZHR 1993, 172, 182; differenzierend *Lutter*, Anm zu BGH II ZR 205/94, JZ 1995, 1053, 1056). Der Stimmrechtsvertreter haftet aber analog der deutschen Regelung über die Scheinvertretung (§ 179 Abs 1 BGB; vgl für Österreich § 22 Abs 3 MaklerG) dann, wenn er die (damals uU noch anonymen und) entsprechend § 1313a ABGB primär verpflichteten Vollmachtgeber nicht offenlegt (zustimmend *Henssler*, DZWir 1995, 430, 435; ablehnend *Koch* in *Hüffer*, AktG<sup>11</sup> § 53a Rz 23; *Altmeyen*, NJW 1995, 1739, 1750).

<sup>16)</sup> Die Privilegierung der Stimmrechtsausübung gem § 117 Abs 7 Z 1 AktG aF wurde durch das UMAG dBGBI 2005 I 2802 aufgehoben (*Koch* in *Hüffer*, AktG<sup>11</sup> § 117 Rz 13).

<sup>17)</sup> Zur GmbH s *Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 61 Rz 41; *U. Torggler*, Treuepflichten 141 f, 146 ff.

<sup>18)</sup> Zustimmend *Bungeroth* in MünchKomm AktG I<sup>3</sup> Vorb § 53a Rz 43; *Spindler* in MünchKomm AktG II<sup>4</sup> § 117 Rz 80; *Fleischer* in *Schmidt/Lutter*, AktG I<sup>2</sup> § 53a Rz 70. Der Vorsatz müsse sich auch auf den Schaden beziehen (*Drygala* in KölnerKomm AktG I<sup>3</sup> § 53a Rz 131; *Henze/Notz* in Großkomm AktG II<sup>4</sup> Anh § 53a Rz 147 unter Berufung auf OLG Düsseldorf 7 U 110/93 ZIP 1996, 1211, 1213).

<sup>19)</sup> Zustimmend *Henze/Notz* in Großkomm AktG II<sup>4</sup> Anh § 53a Rz 148; *Marsch-Barner*, ZHR 1993, 172, 191; *Fleischer* in *Schmidt/Lutter*, AktG I<sup>2</sup> § 53a Rz 70; ablehnend *Drygala* in KölnerKomm AktG I<sup>3</sup> § 53a Rz 134; *Bungeroth* in MünchKomm AktG I<sup>3</sup> Vorb § 53a Rz 43; *Spindler* in MünchKomm AktG II<sup>4</sup> § 117 Rz 76.