

CHRISTOPH THOLE

**PROF. DR. IUR., DIPL.-KFM.
Hundskapfklunge 15**

72074 Tübingen

Dienstlich:

Eberhard Karls Universität
Tübingen

Juristische Fakultät

Geschwister-Scholl-Platz

72074 Tübingen

Fon priv.: 07071/ 9898434

Handy: 0171/3 88 88 62

Fon dienst.: 07071 / 29-72557

Fax: 07071 / 29-5944

e-mail: christoph.thole@
uni-tuebingen.de

Stellungnahme

zum Zwischen- und Endurteil des OLG Dresden vom 09.12.2015,
13 U 223/15

im Auftrag von Herrn Rechtsanwalt Dr. Bruno M. Kübler als
Insolvenzverwalter der Future Business KGaA

von

Prof. Dr. Christoph Thole, Dipl.-Kfm.

Ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und
Insolvenzrecht sowie Europäisches und Internationales Privat- und
Verfahrensrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen

21.12.2015

I. Gutachterliche Stellungnahme

1. Möglichkeit des Opt-In gemäß § 24 Abs. 2 SchVG 2009 nach Insolvenzeröffnung

Das OLG Dresden geht davon, dass den Schuldverschreibungsgläubigern nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr die Möglichkeit zusteht, ein Opt-In in das SchVG 2009 zu beschließen. Es begründet dies damit, dass nach einhelliger Auffassung auf den Beschluss nach § 24 Abs. 2 SchVG die §§ 5-21 SchVG anzuwenden seien. Daraus folge, dass zugleich § 19 SchVG 2009 gelte. Diese Vorschrift besage, dass die Schuldverschreibungsgläubiger nach Verfahrenseröffnung nur und ausschließlich noch befugt seien, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen und insoweit inhaltlich auf die Möglichkeiten beschränkt seien, die die Insolvenzordnung bietet. Daraus folge zugleich, dass die Gläubiger nach Verfahrenseröffnung auch keinen Beschluss im Sinne des § 24 Abs. 2 SchVG mehr fassen könnten. Es bleibe bei der Anwendbarkeit der Regeln des SchVG 1899.

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen.

Zunächst missversteht der Senat möglicherweise die von ihm zitierten Ausführungen zur Anwendbarkeit der §§ 5-21 SchVG auf den Beschluss nach § 24 Abs. 2 SchVG. Mit den Hinweisen in der Literatur soll lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass für die Beschlussfassung und die Beschlussfassung bei § 24 Abs. 2 SchVG 2009 bereits die Vorgaben des SchVG 2009 gelten, ihre Wirkung also vorweggenommen wird, obwohl erst der Opt-In-Beschluss die Anwendbarkeit des SchVG 2009 eröffnen soll¹. Eine inhaltliche Aussage zur Beschränkung des Opt-In nach Verfahrenseröffnung ist damit nicht verbunden.

In inhaltlicher Hinsicht ist zunächst von der Entscheidung des BGH vom 01.07.2014 auszugehen². In dieser Entscheidung hat der BGH sehr großzügig eine Möglichkeit des Opt-In auch für solche Schuldverschreibungen angenommen, die nicht dem SchVG 1899 unterfallen. Der BGH führt aus³:

¹ Deutlich Hartwig-Jacob/Friedl, in: Frankfurter Kommentar zum SchVG, § 24 Rdnr. 15.

² BGH, 01.07.2014, II ZR 381/13, ZIP 2014, 1876.

³ BGH, 01.07.2014, II ZR 381/13, ZIP 2014, 1876 Rdnr. 10.

„Eine Beschränkung der Möglichkeit, durch Mehrheitsbeschluss für die Anwendung des neuen Schuldverschreibungsgesetzes zu optieren, auf die dem SchVG 1899 unterfallenden Schuldverschreibungen widerspräche der vom Gesetzgeber beabsichtigten weiten Geltung der neuen Regelungen. Der Gesetzgeber wollte mit dem Schuldverschreibungsgesetz die Schwächen des SchVG 1899, das nur für inländische Schuldner galt, beseitigen und auch von ausländischen Schuldnern nach deutschem Recht begebene Anleihen erfassen (Regierungsentwurf BT-Drs. 16/12814, S. 13). Ein Nebeneinander von alten Schuldverschreibungen mit der Möglichkeit, Mehrheitsentscheidungen zu treffen, und solchen ohne diese Möglichkeit entspricht nicht der Zielsetzung des Gesetzgebers, Mehrheitsentscheidungen vor allem im Sanierungsfall zu ermöglichen, und führte zu einer Anwendung von § 24 Abs. 2 SchVG nur in einem tatsächlich schmalen Bereich der von inländischen Emittenten begebenen Schuldverschreibungen nach § 1 SchVG 1899. Nach der Gesetzesbegründung sollten dagegen alle Gläubiger die Möglichkeit erhalten, durch Mehrheitsbeschluss für die Anwendung des neuen Schuldverschreibungsgesetzes zu optieren (Regierungsentwurf BT-Drs. 16/12814, S. 27).“

Eine Einschränkung dergestalt, dass der Opt-In nach Verfahrenseröffnung nicht mehr möglich ist, kann der Entscheidung nicht entnommen werden. Insbesondere scheint das OLG demgegenüber davon auszugehen, dass statt des SchVG 2009 das SchVG 1899 anwendbar bleibe. Das ist indessen gerade nicht der Fall. Denn die streitgegenständliche Schuldverschreibung würde nur dann vom SchVG 1899 erfasst sein, wenn der Nennwert mehr als 300.000 DM und die Zahl der ausgegebenen Stücke mindestens 300 betragen hätte (§ 1 Abs. 1 SchVG 1899). Beides war nicht der Fall.

Daraus aber folgt, dass die Argumentation des OLG auch zu dem zweiten Begründungsansatz, nämlich zur fehlerhaften Bekanntmachung nach § 6 SchVG 1899, schon in sich fehlerhaft ist. Wäre das Opt-In nach § 24 Abs. 2 SchVG nicht möglich, wäre § 6 SchVG 1899 mangels Anwendbarkeit des SchVG 1899 überhaupt nicht anwendbar (dazu noch unten 2.). Dies zeigt zudem, dass das Ergebnis des OLG in praktischer Hinsicht fragwürdig ist, weil die vom Gesetzgeber ausdrücklich gewünschte (!)⁴ Kollektivierung der Gläubigerrechte durch einen gemeinsamen Vertreter dann gar nicht möglich wäre.

Fraglich ist allein, ob aus § 19 Abs. 1 SchVG abzuleiten ist, dass ein Opt-In-Beschluss der Schuldverschreibungsgläubiger wegen des Vorrangs der Insolvenzordnung nicht mehr in Betracht kommt. In diese Richtung argumentiert das OLG unter Berufung auf die Literatur, u.a. unter Zitierung eines von mir verfassten Aufsatzes⁵.

Diese Begründung differenziert aber nicht hinreichend. Richtig ist, dass die Beschlussfassungen der Schuldverschreibungsgläubiger nach Verfahrenseröffnung einem

⁴ Regierungsentwurf BT-Drs. 16/12814, S. 25.

⁵ So das OLG unter III. 1, S. 7 unter Berufung auf Thole, ZIP 2014, 293 ff. u.a.

Vorrang des Insolvenzrechts unterliegen⁶. Insoweit ist es auch richtig, dass die Schuldverschreibungsgläubiger nicht eigenmächtig eine Änderung der Anleihebedingungen beschließen und der Gesamtheit der am Insolvenzverfahren vertretenen (Insolvenz-)Gläubigern ihren Restrukturierungswillen aufzwingen können.

Indes verkennt das OLG, dass dies nur eine inhaltliche Schranke für die nach dem Opt-In erfolgende Beschlussfassung darstellt. So geht es nicht an, dass die Schuldverschreibungsgläubiger beispielsweise eine Restrukturierung der Anleihe nur durch eine Stundung beschließen, während ein zur Abstimmung gestellter Insolvenzplan im Insolvenzverfahren eine hälftige Kürzung der Anleihenforderung vorsieht o.ä. Mithin ist der Vorrang des Insolvenzverfahrens inhaltlich geknüpft an den Inhalt des von den Schuldverschreibungsgläubigern getroffenen Beschlusses. Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um eine Änderung der Anleihebedingungen durch eine Maßnahme nach § 5 Abs. 3 SchVG 2009, sondern um die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters. Diese Bestellung hat der Gesetzgeber für das Insolvenzverfahren aber ausdrücklich als erwünscht angesehen⁷, und, wie der BGH ausgeführt, eben auch für vor dem 05.08.2009 emittierte Schuldverschreibungen, bei denen die Anwendbarkeit des SchVG 1899 nicht gegeben ist.

Vor allem wird in der Literatur durchweg angenommen, dass auch nach Verfahrenseröffnung noch Beschlüsse der Schuldverschreibungsgläubiger möglich sind, die aber zunächst nur für das Innenverhältnis beachtlich sind⁸. Für diesen Beschluss sollen dann die Regeln des SchVG gelten, was einen Bedarf für ein Opt-In in das SchVG begründet. Das könnte zum Beispiel ein Beschluss der Schuldverschreibungsgläubiger sein, sich an einer Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital (Debt-Equity-Swap) zu beteiligen. Der Gesetzgeber der InsO ist ausdrücklich davon ausgegangen, dass ein solcher Beschluss im Insolvenzplanverfahren vorgelegt werden kann und dann alle Schuldverschreibungsgläubiger trotz der Freiwilligkeitsregel des § 225a Abs. 2 S. 2 InsO bindet⁹.

Daraus wird deutlich, dass Beschlussfassungen und Mehrheitsbeschlüsse auch nach Insolvenzeröffnung noch sinnvoll sein können, weil, wie im eben gebildeten Beispiel, damit eine Bindung der bei der Abstimmung unterlegenen Gläubiger zumindest im Innenverhältnis erzielt werden kann. Im Übrigen ist noch darauf hinzuweisen, dass es auch für möglich erachtet wird, einen Beschluss nach den Regeln des SchVG als Planbedingung im Sinne des

⁶ Thole, ZIP 2014, 293, 295.

⁷ Regierungsentwurf BT-Drs. 16/12814, S. 25.

⁸ Kuder/Obermüller, ZInsO 2009, 2025, 2027; Scherber, in: Preuße, § 19 Rdnr. 34, Bliesener/Schneider, in: Bankrechts-Kommentar, 17. Kap., § 19 Rdnr. 24; vgl. auch OLG Zweibrücken, ZInsO 2013, 2119, 2120.

⁹ Regierungsentwurf zum ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 31.

§ 249 InsO in einen Insolvenzplan aufzunehmen¹⁰. Das bedingt aber denkllogisch, dass solche Beschlüsse nach Verfahrenseröffnung noch möglich sind. Entscheidend ist stets allein, dass der Vorrang des Insolvenzrechts nicht unterlaufen wird; dies ist aber nur eine inhaltliche Schranke für die Beschlussfassung und deren Wirkungen.

Darüber hinaus unterscheidet das OLG nicht hinreichend zwischen der Einwahl in das neue Recht und der dann vorgenommenen weiteren Beschlussfassung. Mit dem Opt-In werden zunächst die Anleihebedingungen nur auf das neue Recht umgestellt; das schließt die Bestellbarkeit eines gemeinsamen Vertreters ein, für den dann die Regeln etwa des § 7 SchVG 2009 gelten, denn auch die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters ist insoweit eine Änderung der Anleihebedingungen, wie der Eingangssatz in § 5 Abs. 1 SchVG 2009 zeigt.

Auf dieser Grundlage aber ist die Argumentation des OLG in einem entscheidenden Punkt widersprüchlich: Ist nämlich – die Annahme des OLG unterstellt – das Opt-In nach Verfahrenseröffnung nicht mehr möglich, aber – wie das OLG offenbar annimmt – das SchVG 1899 weiterhin anwendbar, so würde § 18 SchVG 1899 gelten. Diese Vorschrift sieht aber gerade – wie § 19 SchVG 2009 – vor, dass nach Verfahrenseröffnung vom Insolvenzgericht eine Versammlung der Schuldverschreibungsgläubiger zwecks Wahl eines gemeinsamen Vertreters einzuberufen ist. Anders formuliert: Unter den Prämissen des OLG Dresden wäre selbst bei Unwirksamkeit des Opt-In die Wahl des gemeinsamen Vertreters (vorbehaltlich der Fragen der Einberufung und Bekanntmachung) trotzdem wirksam, denn dies ist ein weiterer Beschluss, der vom Opt-In-Beschluss zu trennen ist.

Letztlich erscheint die Argumentation des OLG Dresden zirkulär: Wenn – wie das OLG im Ausgangspunkt annimmt – auf den Opt-In-Beschluss bereits die Vorschriften der §§ 5-21 SchVG 2009 anwendbar sind, dann gilt § 19 SchVG 2009 und folglich kann der gemeinsame Vertreter nach § 19 Abs. 2 SchVG 2009 gewählt werden. Nichts anderes ist hier geschehen. Dann aber kann der Beschluss zur Bestellung von RA Gloeckner nicht wegen Verstoßes gegen § 6 SchVG 1899 nichtig sein, weil dann unter der eigenen Prämisse des OLG § 6 SchVG 1899 gar nicht anwendbar ist. Man kann also nicht argumentieren, die Gläubiger können nicht für die Anwendung des neuen Rechts optieren, weil sie nach dem prospektiv anwendbaren SchVG 2009 nur noch einen gemeinsamen Vertreter wählen dürfen; und einen gemeinsamen Vertreter dürfen sie nicht nach den Regeln des SchVG 2009 wählen, weil sie noch nicht ins neue Recht optiert haben. Genau diese Argumentationslinie verfolgt aber letztlich das OLG Dresden.

¹⁰ Kessler/Rühle, BB 2014, 907, 912.

Daraus folgt:

Die Möglichkeit eines Opt-In nach § 24 Abs. 2 SchVG besteht auch nach Verfahrenseröffnung.

2. Bekanntmachungsmangel nach § 6 Abs. 1 SchVG 1899

Das OLG Dresden geht davon aus, dass die Bekanntmachung zur Versammlung vom 22.07.2014 wegen Verstoßes gegen § 6 SchVG 1899 nicht ordnungsgemäß gewesen sei und deshalb die Beschlussfassung nichtig sei.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass § 6 SchVG 1899 aus zweierlei Gründen nicht anwendbar ist. Die Vorschrift ist schon mangels Anwendbarkeit des SchVG 1899 (§ 1 SchVG 1899) nicht einschlägig. Darüber hinaus ist sie auch nach dem eigenen Ansatzpunkt des OLG nicht einschlägig. Denn das OLG geht, wie bereits bemerkt, mit der allgemeinen Auffassung davon aus, dass bereits für den Opt-In-Beschluss prospektiv die Regeln des SchVG 2009 gelten. Gelten aber die Regeln des SchVG 2009, kann § 6 SchVG 1899 nicht anwendbar sein.

Fraglich kann allein sein, ob nach § 12 Abs. 2 S. 1 SchVG 2009 eine einmalige Bekanntmachung im Bundesanzeiger erfolgen musste. Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass durchaus ungeklärt ist, ob für die Einberufung die Regeln des SchVG gelten oder jene der InsO. Zwar spricht § 19 Abs. 2 SchVG von den „Vorschriften dieses Gesetzes“, also von dem SchVG. Teilweise wird aber gleichwohl angenommen, dass das Insolvenzgericht allein die ihm vertrauten insolvenzverfahrensrechtlichen Regelungen anwenden muss¹¹. Dann aber wäre die Bekanntmachung nach § 9 InsO ausreichend. Gegen dieses Verständnis könnte aber § 19 Abs. 5 SchVG sprechen, der davon ausgeht, dass die Bekanntmachungen nach dem SchVG *zusätzlich* im Internet nach den Regeln des § 9 InsO bekanntgemacht werden.

Letztlich kann dies aber dahinstehen, wenn die Versammlung entsprechend § 74 Abs. 2 S. 2 InsO lediglich vertagt wurde. Denn insoweit kann auf die Bekanntmachung verzichtet werden.

Insoweit legt das OLG den zivilprozessualen Begriff der Vertagung zu eng aus. Die ZPO umfasst in § 227 ZPO unter dem Oberbegriff der Terminsänderung die Fälle der Aufhebung oder Verlegung eines Termins sowie die Vertagung einer Verhandlung. Aufhebung ist die

¹¹ Scherber, in: Preuß, § 19 Rdnr. 25.

Beseitigung eines Termins vor seinem Beginn; Verlegung die Beseitigung eines Termins vor seinem Beginn unter gleichzeitiger Benennung eines neuen Termins und Vertagung die Bestimmung eines neuen Termins bei einem bereits begonnenen, aber noch nicht beendeten Termin¹². Eine Fortsetzung ist im Gegensatz zur Vertagung dann gegeben, wenn in dem selben Termin nach einer verhandlungsfreien Zwischenzeit weiterverhandelt werden soll¹³. Andere prozessuale Fälle gibt es im Grundsatz nicht.

Auf dieser Grundlage erscheint es nicht richtig, wenn das OLG lediglich darauf abstellt, dass in dem Protokoll der Versammlung vom 13.05.2014 der Wille zu vertagen, nicht hinreichend zum Ausdruck gekommen sei; es sei dort festgehalten, dass die Versammlung nicht fortgesetzt und ein neuer Termin vom Amts wegen bestimmt wird.

Denn eine Aufhebung oder Verlegung kann dies schon deshalb nicht sein, weil der Termin am 13.05.2014 bereits begonnen hatte. *Gerade weil* das Gericht betont, es soll der Termin am 13.05.2014 nicht fortgesetzt werden, was gerade in den auf der Versammlung entstandenen Unklarheiten hinsichtlich der Stimmabgabe und der Unruhe begründete, wird der Wille des Gerichts deutlich, die Versammlung an einem anderen Termin zu Ende zu führen. Eine Fortsetzung wäre ja die Fortführung der Versammlung im selben Termin, und gerade dies wollte das Gericht nicht. Daher kann es sich nur um eine Vertagung im prozessualen Sinne handeln. Es erscheint auch fernliegend anzunehmen, dass das Gericht sozusagen eine ganz eigenständige neue Gläubigerversammlung i.S.d. § 19 SchVG einberufen wollte, was nämlich die unnötige Wiederholung des gesamten Einberufungsprozedere erforderlich gemacht hätte. Wenn ein Gericht im Zivilprozess einen neuen, weiteren Termin zur Verhandlung bestimmt, würde man gleichermaßen nicht annehmen, das bisherige Verhandlungsergebnis sei damit verloren.

Daher liegt mithin auch kein Einberufungsmangel vor. Die Versammlung wurde zum 13.05.2014 wirksam einberufen und am 22.07.2014 lediglich zu Ende geführt. Dass nicht schon bei Verkündung im Termin am 13.05.2014 ein neuer Termin bestimmt wurde, dürfte, selbst wenn man dies für eine Vertagung verlangen wollte, unschädlich sein, weil dieser Mangel dadurch geheilt worden wäre, dass sodann der Termin am 22.07.2014 ordnungsgemäß unter www.insolvenzbekanntmachungen.de verkündet wurde. Denn insoweit handelt es sich dann um einen Beschluss nicht mehr bei der Einberufung, sondern bei der Durchführung der Gläubigerversammlung. Dafür gelten aber ausschließlich die insolvenzrechtlichen Regeln, was bei § 19 SchVG auch einhellig anerkannt ist¹⁴.

¹² Roth, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 227 Rdnr. 3.

¹³ Roth, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 227 Rdnr. 3.

¹⁴ Fürmaier, in: Veranneman, § 19 Rdnr. 10; Friedl, in: Frankfurter Kommentar, § 19 Rdnr. 38.

Im Übrigen ist auch fraglich, ob tatsächlich im konkreten Fall von einer Nichtigkeit ausgegangen werden kann. So schreibt *Maier-Reimer* zu Beschlüssen nach dem SchVG¹⁵:

„Die Nichtigkeitsgründe des § 241 AktG werden sich nicht unreflektiert übernehmen lassen. So ist es nicht zwingend, dass jeder beliebige Einberufungsfehler zur Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse führen soll.“

Gegen eine Nichtigkeit, die einen eklatanten Verstoß voraussetzte, spricht, dass die Vorgaben an die Einberufung und Durchführung und Beschlussfassung im Bereich des Zusammenspiels von SchVG und InsO und bei § 19 SchVG nicht abschließend geklärt sind. Unter dieser Prämisse erscheint der Vertagungsbeschluss und der Terminanordnungsbeschluss, der vom Insolvenzgericht nach den ihm vertrauten insolvenzrechtlichen Maßgaben ordnungsgemäß bekanntgemacht wird, nicht greifbar gesetzeswidrig, selbst wenn man von der Notwendigkeit einer Bekanntmachung im Sinne des § 12 Abs. 2 SchVG 2009 ausginge.

3. Anwendung von § 78 InsO

Schließlich ist auch noch darauf hinzuweisen, dass auch die Annahme der Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage nach meiner Einschätzung rechtsirrig erfolgt ist. Denn das OLG Dresden begründet die mangelnde Anwendbarkeit des § 78 InsO damit, dass die Gründe, die für die Beschlusskontrolle nach § 78 InsO gelten, für das alte Recht nicht zutrafen, weil das SchVG 1899 keinen Vorrang des Insolvenzrechts gekannt habe.

Damit lässt das OLG unberücksichtigt, dass die herrschende Auffassung in der Literatur von einer Anwendung des § 78 InsO auf die Beschlusskontrolle im Falle des § 19 SchVG 2009 ausgeht¹⁶. Vor allem ist auch die Prämisse in dreierlei Hinsicht fehlerhaft: Erstens ist das alte SchVG 1899 auf die streitgegenständliche Schuldverschreibung überhaupt nicht anwendbar gewesen. Zweitens folgt die Beschlussfassung über die Wahl des gemeinsamen Vertreters bzw. bei § 24 Abs. 2 SchVG bereits – wie vom OLG selbst angenommen – den Regeln des SchVG 2009. Das gilt dann auch für den Rechtsschutz.

¹⁵ Maier-Reimer, NJW 2010, 1317, 1319.

¹⁶ Bliesener/Schneider, in: Bankrechts-Kommentar, 17. Kap., § 19 Rdnr. 19; Thole, ZIP 2014, 293, 297.

Drittens ist es auch nicht richtig, dass das SchVG 1899 keinen Vorrang des Insolvenzrechts kannte. Denn § 18 Abs. 3 SchVG 1899 sieht wie § 19 Abs. 2 SchVG 2009 die Pflicht des Insolvenzgerichts zur Einberufung der Versammlung zwecks Wahl eines gemeinsamen Vertreters vor; es konnte schon unter dem alten Recht von einer Beschlusskontrolle nach § 78 InsO ausgegangen werden. Die Frage wurde damals lediglich mangels Fallmaterials nicht diskutiert.

Man kann allenfalls fragen, ob § 78 InsO deshalb nicht anwendbar ist, weil der BGH § 78 InsO nicht auf die Geltendmachung der Nichtigkeit eines Beschlusses der Insolvenzgläubigerversammlung anwendet¹⁷. Selbst wenn man daher die allgemeine Feststellungsklage öffnen wollte, wäre aber noch zu fragen, ob damit eine erga omnes-Wirkung für und gegen alle Anleihegläubiger der jeweiligen Schuldverschreibung hergestellt werden kann. Dies wird zum Teil mangels Anwendbarkeit von § 248 AktG verneint¹⁸.

II. Ergebnis

Nach meiner rechtsgutachterlichen Einschätzung leidet das Urteil des OLG Dresden an teils erheblichen Begründungsmängeln und erweist sich als rechtsirrig. Auf dieser Grundlage besteht die berechnigte Erwartung, dass der Bundesgerichtshof das Urteil in der Revisionsinstanz aufheben wird.

Tübingen, den 21.12.2015



(Prof. Dr. Christoph Thole)

¹⁷ BGH, 21.07.2011, IX ZB 128/10, ZIP 2011, 1626.

¹⁸ Friedl, in: Frankfurter Kommentar, SchVG, § 20 SchVG Rdnr. 101.