

Band 3

Schriftenreihe des
Centrum
für Deutsches & Europäisches
Insolvenzrecht

Herausgegeben von Stefan Smid, Silke Wehdeking
und Mark Zeuner



Malte Engeler

**Die zweigliedrige Personengesellschaft
in der Insolvenz**



PETER LANG
Internationaler Verlag der Wissenschaften

Gesellschaftsschuldner insolvenzrechtlich verwaltet werden kann⁵⁸. Mit Vollbeendigung der Gesellschaft hörte die Gesellschaft schließlich auf zu existieren und damit verschwand auch die eigentliche Insolvenzschuldnerin.

An diese Folgeproblematik anknüpfend reagierte die Literatur nun mit verschiedenen Lösungsvorschlägen.

Ein Teil will die herrschende Meinung schlicht umgehen, indem sie § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB nicht anwendet, um damit das Ausscheiden selbst zu verhindern. So könnte die Insolvenzschuldnerin erhalten und durch die gleichzeitige Vermeidung der Gesamtrechtsnachfolge auch die Haftungsproblematik vermieden werden.

Zum anderen wird die Durchführung eines Sonderinsolvenzverfahrens in Analogie zum Nachlassinsolvenzverfahren vorgeschlagen⁵⁹.

Die Reduktionslösung steht dabei im direkten Widerspruch zum herrschenden Verständnis von der liquidationslosen Vollbeendigung, während der Weg über das Sonderinsolvenzverfahren die herrschende Ansicht aufgreift und zu einem sinnvollen Ergebnis zu bringen versucht.

I. Die teleologische Reduktion des § 131 Abs. 3 Nr.2 HGB

Erster Anknüpfungspunkt in Bezug auf dieses Problemfeld ist damit die Frage, ob der vom zweiten Senat ausgegebene Leitsatz Gültigkeit behalten muss oder unter Umständen korrigiert werden kann⁶⁰. Dies wird zunehmend unter Verweis auf eine mögliche Reduktion des § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB vertreten⁶¹, mit der Folge, dass der § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB in der Simultaninsolvenz der zweigliedrigen Personengesellschaft schlicht nicht angewandt wird.

Eine solche Einengung des Anwendungsbereichs bietet sich an, weil auf diesem Weg zwei Hauptprobleme der neuen Ausscheidensregel umgangen würden. Die Insolvenz eines Gesellschafters würde nicht mehr zu dessen Ausscheiden führen und die Gesellschaft damit nicht mangels Personenmehrheit vollendet. Damit wird zum einen dem möglichen Fortführungsinteresse des verbleibenden Gesellschafters Rechnung getragen. Die Gesellschaft bliebe vorerst erhalten und

58 Im Fall des BGH, Fn. 4, wurde das Verfahren über die KG mangels Masse nicht eröffnet, so dass eine Stellungnahme zu insolvenzrechtlichen Fragen nicht stattfand.

59 Vgl. ausführlich B. II.

60 Schon der Gesetzgeber erwog, dass ein und derselbe Grund nicht zur Auflösung und zum Ausscheiden führen kann, vgl. *Frey/v. Bredow*, ZIP 1998, S. 1623 dort Fn. 20.

61 MüKo-HGB/Schmidt, § 131, Rn. 76; früher auch Schäfer, in: Staub-HGB, 4. Aufl. 2004, § 131, Rn. 76, der nunmehr ebenfalls der Analogie zum Nachlassinsolvenzverfahren zuneigt, vgl. 5. Aufl. 2009, Rn. 114.

könnte durch Aufnahme eines neuen solventen Gesellschafters wieder geschäftsfähig gemacht werden. Alternativ stünde dem verbleibenden Gesellschafter auch die Möglichkeit offen, den insolventen Gesellschafter im Wege einer vertraglichen Ausscheidensvereinbarung loszuwerden und die Gesellschaft in einem einzelkaufmännisch geführten Unternehmen umzuwandeln.

In beiden Fällen würde durch den Erhalt der Personengesellschaft verhindert, dass die ansonsten drohende Vollbeendigung unabhängig vom Willen des verbleibenden Gesellschafters vollendete Tatsachen schafft. Die angemahnten haftrungsrechtlichen Folgeprobleme der ansonsten drohenden Gesamtrechtsnachfolge würden bereits im Ansatz bekämpft.

Zum anderen bliebe mit Verbleib des insolventen Gesellschafters in der Gesellschaft auch ein taugliches Insolvenzobjekt erhalten für den Fall, dass die Gesellschaft parallel in die Insolvenz fällt.

Die Fragen, auf welchem Weg ein ansonsten nötiges Sonderverfahren über den Gesellschaftsrest durchgeführt werden könnte, stellten sich dann ebenso wenig wie die Frage zur Haftung des Alt-Kommanditisten einer zweigliedrigen GmbH & Co. KG.

1. Die Entwicklung der Reduktionslösung nach *Karsten Schmidt*

Die Diskussion um die Reduktion des § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB wurde maßgeblich von Karsten Schmidt angestoßen und jedenfalls quantitativ dominiert⁶². Sein Beitrag soll deshalb zum Verständnis der Motive und der dogmatischen Begründung zunächst dargestellt werden⁶³.

Karsten Schmidt greift das Thema erstmalig in GmbHR 2002 konkret auf⁶⁴. Er arbeitet dabei zunächst die Motive für die Reform des § 131 HGB heraus und führt aus, dass das Ziel, Unternehmen zu erhalten, in der zweigliedrigen Gesellschaft speziell der Ein-Mann-GmbH & Co. KG durch die Neuregelung ins Gegen teil verkehrt wird, sobald GmbH und Co. KG simultan in die Insolvenz fallen. Die herrschende Meinung von der liquidationslosen Vollbeendigung führen zu den von *Schmidt* nicht hinnehmbaren Haftungsproblemen bei dem verbleibenden Gesellschafter.

Schmidt sieht aber insbesondere darin ein Problem, dass als Folge der Vollbeendigung eine separate insolvenzrechtliche Abwicklung von Komplementär-

62 Früher ebenfalls *Schäfer*, Großkomm-HGB 4. Aufl. 2004, § 131, Rn. 76.

63 Zum aktuellen Überblick von Schmidts Lösung vgl. *Karsten Schmidt*, Die GmbH in der Krise, 4. Auflage 2009, S. 848 bis 849

64 *Karsten Schmidt*, GmbHR 2002, S. 1213.

GmbH und Co. KG drohe. Der Verbleib der insolventen Komplementär-GmbH müsse jedoch entgegen § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB gesichert werden, um den Rechtsträger „GmbH & Co. KG“ zu erhalten. Wesentliches Motiv *Schmidts* für die Reduktion des § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB ist also primär das Ziel, auch in der Simultaninsolvenz der GmbH & Co. KG ein koordiniertes Insolvenzverfahren über KG und Komplementär-GmbH um ein Unternehmensinsolvenzverfahren im weitesten Sinne zu ermöglichen.

Als Lösung schlägt *Schmidt* deshalb die Nichtanwendung des § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB für die Simultaninsolvenz von Komplementär-GmbH und KG vor. Seiner Ansicht nach ergibt sich dies zwingend aus der Notwendigkeit nach einem koordinierten Insolvenzverfahren über die GmbH & Co. KG, welches eben nur dann möglich bleibt, wenn die GmbH weiterhin Bestandteil der KG bliebe⁶⁵.

Schmidt ergänzt dieses faktische Bedürfnis aber auch mit einer dogmatischen Argumentation. Er vergleicht die Situation mit einer insolventen oHG, in der alle Gesellschafter insolvent werden. Auch dort scheiden nicht etwa alle Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, sondern bleiben Mitglieder der insolventen, aufgelösten Gesellschaft, die dann insolvenzrechtlich liquidiert wird⁶⁶. Die Insolvenz der Gesellschaft stelle dort letztlich nur eine Zweckänderung dar, hin zur Liquidation⁶⁷.

Für die GmbH & Co.KG folgert *Schmidt* daraus, dass die GmbH ebenfalls nicht ausscheidet, sondern die Gesellschaft insgesamt aufgelöst ist und im Verbund abgewickelt wird. Für *Schmidt* ergibt sich dies aus dem Verhältnis von § 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB und § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB⁶⁸. Im Ergebnis läuft *Schmidts* Vorschlag also darauf hinaus, dass § 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB im Verhältnis zu § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB dann die vorrangige Norm sei, wenn sowohl die Gesellschaft als auch ihre persönlich haftenden Gesellschafter gleichzeitig insolvent werden.⁶⁹

Für die GmbH & Co. KG folge daraus, dass bei zeitgleicher Verfahrenseröffnung über KG und GmbH die Komplementärin nicht ausscheidet, sondern Teil der insolventen KG bleibt und mit ihr abgewickelt wird. Die Gesellschaftsinsolvenz ginge damit im Falle des gleichzeitigen Auftretens der Gesellschafterinsolvenz vor.

Eine tiefere Begründung dieser Lösung anhand der klassischen dogmatischen Voraussetzungen für eine Reduktion, die angesichts des klaren Wortlauts der Norm sicher angebracht ist, bleibt er allerdings schuldig. In diesem frühen Sta-

65 Karsten Schmidt, GmbHR 2002, S. 1214.

66 Karsten Schmidt, GmbHR 2002, S. 1214.

67 Vgl. Grundlach/Frenzel/Schmidt, DStR 2004, S. 1658.

68 Karsten Schmidt, GmbHR 2002, S. 1214

69 Zu dieser Ansicht im Detail unter: B. III. b) (2) (c).

dium der Diskussion geht Schmidt außerdem auch noch nicht darauf ein, wie die gleichzeitige Insolvenz von Gesellschafter und Gesellschaft von der zeitlich verzögerten Insolvenz beider Rechtsträger abzugrenzen ist.

Anlässlich eines Urteils des OLG Hamm vom 03.07.2003⁷⁰ greift Schmidt seinen Lösungsvorschlag dann erneut in GmbHR 2003⁷¹ auf. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

OLG Hamm vom 03.07.2003

Über das Vermögen einer GmbH & Co.KG, deren Kommanditistin ebenfalls eine Co. KG war, wurde ein Insolvenzverfahren eröffnet. Gleichzeitig wurde über das Vermögen aller Gesellschafter, also der Komplementär-GmbH, der Kommandit-GmbH & Co. KG am gleichen Tag wie der Eröffnung über die unternehmenstragende GmbH & Co.KG ein Insolvenzverfahren eröffnet.

Streitfrage war nun, ob die GmbH & Co.KG wegen liquidationslose Vollbeendigung aus dem Handelsregister gelöscht werden müsste.

Die Vorinstanzen (Register- und Beschwerdegericht) hatten das einmütig bejaht und blieben damit auf der Linie der herrschenden Meinung.

Das OLG konnte dem im Ergebnis nicht folgen, beschritt aber einen uneleganten Weg. Es bejahte zwar das Ausscheiden der Gesellschafter, ließ dann aber offen, ob die Gesellschaft dadurch aufgelöst sei.

Jedenfalls, so das Gericht, sei die Gesellschaft durch die eigene Insolvenz aufgelöst und damit als aufgelöste Gesellschaft zu liquidieren⁷².

Im Ergebnis stimmt Schmidt dem zu, weist aber treffend darauf hin, dass man das Ausscheiden der Gesellschafter schwerlich bejahen kann, ohne daraus auch die Auflösung der Gesellschaft zu folgern.

Er sieht sich durch das Urteil dennoch in seinem Ansatz bestätigt, das vom OLG erreichte richtige, aber schlecht begründete Ergebnis über die Nichtanwendung des § 131 Abs.3. Nr. 2 HGB zu erzielen.

Wiederum verweist er darauf, dass dieser Weg im Wesentlich deshalb nötig sei, um eine koordinierte Abwicklung des gesamten Unternehmens zu erreichen⁷³. Dies sei insbesondere bei der GmbH & Co.KG notwendig und nur über eine Reduktion des § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB zu erreichen.

Nach Schmidt gelte diese Reduktion des Anwendungsbereichs aber keineswegs für alle zweigliedrigen Gesellschaften. Zwingend geboten sei dies nur bei der GmbH & Co.KG, um das Unternehmen als Haftungszentrum zu erhalten⁷⁴,

70 OLG Hamm Fn. 25.

71 Karsten Schmidt, GmbHR 2003, S. 1406.

72 So das Verständnis des Urteilstenors bei Karsten Schmidt, GmbHR 2003, S. 1405.

73 Karsten Schmidt, GmbHR 2003, S. 1406.

74 Karsten Schmidt, a.a.o..

und das auch nur, wenn Komplementär und Kommanditgesellschaft simultan insolvent werden. Auf die Unterschiede zwischen der Simultaninsolvenz einer GmbH & Co. KG im Gegensatz etwa zu einer Simultaninsolvenz einer oHG geht Schmidt (noch) nicht ein und begründet diese Differenzierung ebenfalls noch nicht weiter.

In der ZIP 2008⁷⁵ verfeinert Schmidt diese Unterscheidung aus Anlass des BGH-Urteils vom 07.07.2008⁷⁶ erstmals.

Zunächst arbeitet er aber erneut heraus, warum die Neuregelungen in § 131 HGB im Grunde durchaus notwendig waren. Würde bei Insolvenz eines Gesellschafters dieser nicht ausscheiden, sondern Teil der Gesellschaft bleiben und stattdessen die Gesellschaft aufgelöst werden, droht der Gesellschaft die gesellschaftsrechtliche Liquidation. Wollten sie nun doch die Gesellschaft weiterführen, wären sie gezwungen, den insolventen Gesellschafters teuer aus der Gesellschaft heraus zu kaufen. Dies wiederum könnte die Gesellschaft in Liquiditätsprobleme stürzen und sie selbst in die Insolvenz reißen⁷⁷.

Mit der neu eingefügten Ausscheidensregelung kann die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden und ist nur den vertraglich kontrollierbaren Abfindungsansprüchen nach § 738 Abs. 1 S. 2 BGB ausgesetzt⁷⁸.

Von diesem Sinn der Neuregelung schien auch der BGH angesichts dessen rigoroser Anwendung in seinem Urteil vom 07.07.2008 überzeugt⁷⁹.

BGH vom 07.07.2008

Der BGH hatte über einen Mietzinsanspruch zu entscheiden. Eine Gebäude vermietende GbR hatte diesen zur Sicherheit an ihre Bank abgetreten. Die beiden Gesellschafter der GbR waren aber nacheinander in die Insolvenz geraten, so dass sich der BGH mit der herrschenden Meinung gezwungen sah, die GbR ab dem Zeitpunkt als aufgelöst und vollbeendigt zu betrachten, als der zweite Gesellschafter wegen der Eröffnung über seinen Mitgesellschafter alleine übrig blieb⁸⁰.

Damit fielen die Mietzinsansprüche in das Vermögen des letzten Gesellschafters. Ab dessen Insolvenz war die Abtretung der Ansprüche aber wegen § 110 Abs. 1 InsO unwirksam.

75 Karsten Schmidt, ZIP 2008, S. 2337ff..

76 BGH vom 07.07.2008, – II ZR 37/07 -, ZIP 2008, 1677.

77 Karsten Schmidt, ZIP 2008, S. 2338.

78 Zur Möglichkeit solcher abweichenden Vereinbarungen vgl. allgemein Palandt/Sprau, § 738, Rn. 7. Weiterführend im Ganzen zudem Köster, in: Die Auseinandersetzung einer Gesellschaft oder Gemeinschaft nach § 84 InsO.

79 BGH Fn. 76.

80 Den § 728 Abs. 2 S.1 BGB hatten die Gesellschafter durch Fortführungsklausel abbedungen.

Da die streitbefangene Forderung aber nach Verfahrenseröffnung entstanden war und damit der Verfügungssperre des § 80 InsO unterlag, musste die Bank sie laut BGH mangels wirksamer Abtretung auf Verlangen des Gesellschafterverwalters an den Gesellschafter herausgeben.

Die Vertretung der klagenden Bank hatte hingegen vertreten, dass die GbR noch immer existiere und auch Inhaberin der Mietforderungen sei, der Verwalter des letzten Gesellschafters also nicht zur Geltendmachung berechtigt sei. Der BGH war jedoch der herrschenden Meinung gefolgt und hatte mit Ausscheiden des ersten Gesellschafters die GbR als vollendet angesehen und damit den verbliebenen Gesellschafter als Gesamtrechtsnachfolger und Inhaber der Mietforderungen⁸¹ eingesetzt.

Dieses Urteil zeigt in aller Deutlichkeit, welche ungewollten Folgen eine strenge Anwendung der herrschenden Meinung haben kann.

Anlässlich dieser geradezu kaltschnäuzigen Anwendung der herrschenden Meinung nahm *Schmidt* nun erstmals ausführlicher zu der von ihm geprägten Reduktionslösung Stellung und erklärte sich insbesondere zu der Problematik, anhand welcher Kriterien zwischen Simultan- und Sukzessivinsolvenz unterschieden werden könne. Er stellt insbesondere in Frage, ob allein der Kalender einen „rechtslogischen Automatismus“ in Gang setzen könne, der über Simultanität und Sukzessivität entscheide⁸². Dem wendet sich *Schmidt* entgegen und schlägt ein eigenes, flexibleres Modell zur Unterscheidung zwischen Simultan- und Sukzessivinsolvenz vor.

Zunächst verfeinert *Schmidt* jedoch seine Begrifflichkeiten und führt innerhalb der Simultaninsolvenz die Unterscheidung von „vertikaler Simultaninsolvenz“ und „horizontaler Simultaninsolvenz“ ein.

Die vertikale Simultaninsolvenz steht dabei für die simultane Insolvenz von Gesellschaft und mindestens einem Gesellschafter. Die Insolvenz zieht sich gewissermaßen vertikal durch die Gesellschaft⁸³.

Obwohl diese Konstellation nicht auf die GmbH & Co. KG beschränkt ist⁸⁴, benutzt *Schmidt* die vertikale Simultaninsolvenz doch weitgehend synonym für die GmbH & Co. KG, schließlich ist es gerade bei der GmbH & Co. KG wegen

81 Im gleichen Urteil entschied der BGH auch, dass das zwei Jahre später über die GbR eröffnete Insolvenzverfahren ins Leere gehe. Zu den daraus resultierenden Problemen für die analoge Anwendung der Regeln über das Nachlassinsolvenzverfahren siehe unter: B. IV. 1. a) (3).

82 Karsten Schmidt, ZIP 2008, S. 2341.

83 Ausdrücklich etwa die Doppelinsolvenz von Komplementär und KG, vgl. Karsten Schmidt ZIP 2008, S. 2347.

84 Siehe dazu unten: B. I. 3.a).

der Haftungsbeschränkung des Kommanditisten die Regel, dass die Gesellschaft und *nur* ein Gesellschafter insolvent werden⁸⁵.

Mit der horizontalen Simultaninsolvenz bezeichnet *Schmidt* hingegen die parallele Insolvenz aller Gesellschafter. Dies ist der typische Fall bei der insolventen oHG, bei der die Schulden der oHG regelmäßig die Insolvenz aller persönlich haftenden Gesellschafter bedeuten⁸⁶. Die horizontale Simultaninsolvenz wird von *Schmidt* bezüglich ihrer Rechtsfolgen als weniger problematisch dargestellt und deshalb auch weniger diskutiert. Wurde über das Vermögen aller Gesellschafter das Verfahren eröffnet, so scheiden, wie *Schmidt* bereits in GmbHR 2002 ausführte, nicht alle Gesellschafter aus, sondern bleiben gemeinsame Gesellschafter der insolvenzrechtlich abzuwickelnden oHG⁸⁷. Ob diese Ansicht so Bestand haben kann, wird zu untersuchen sein⁸⁸. Insbesondere die Begründung dieser Ansicht mit einer Reduktion des § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB muss hinterfragt werden.

Hauptgegenstand in *Schmidts* Ausführungen ist aber zunächst die Frage, wann überhaupt von Simultanität gesprochen werden kann. Denn nur wenn die Verfahren tatsächlich simultan über alle relevanten Vermögensmassen eröffnet werden, kann von Simultaninsolvenz gesprochen werden. Und nur dann ist der Weg zu einer Entscheidung über die Anwendung des § 131 Abs. 3 Nr. 2 überhaupt erst frei.

Diese Frage hatte das Landesgericht Oldenburg als Ausganginstanz zum Urteil des BGH mit dem Merkmal der „relativen Zeitgleichheit“ zu lösen versucht⁸⁹ und war damit sowohl beim OLG⁹⁰ als auch dem BGH⁹¹ gescheitert.

Erforderlich ist ein Kriterium, dass es im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung ermöglicht, zu entscheiden, welche Rechtsfolgen diese Eröffnung haben wird.

85 Dass auch bei der GmbH & Co. KG der Fall eintreten kann, dass alle Gesellschafter zeitgleich zur KG insolvent werden, zeigt der Fall des OLG Hamm vom 30.03.2007, – 30 U 13/06 –, ZIP 2007, 1233. Dort waren zeitgleich die unternehmenstragende GmbH & Co. KG, ihre Komplementär-GmbH und ein Kommandit-GmbH & Co. KG in die Insolvenz gefallen.

86 Karsten Schmidt, ZIP 2008, S. 2345.

87 So oben, Fn. 66.

88 *Schmidt* meint hier scheinbar die simultane Insolvenz aller beteiligten Vermögen der oHG. Ob in diesem Mischfall aber von einer horizontalen *oder* vertikalen Simultaninsolvenz gesprochen werden soll, ist fraglich. Es bietet sich vielmehr die Benennung als *totale Simultaninsolvenz* an. Angesichts der Tatsache, dass eine horizontale Simultaninsolvenz in einer oHG in aller Regel auch zur vertikalen Simultaninsolvenz mit der oHG führen wird, erscheint die Unterscheidung bei der oHG beinahe unnötig, vgl. dazu unten: B. I. 4a). Ob im Falle dieser totalen Simultaninsolvenz eine Reduktion zwingend erforderlich ist, erscheint ebenfalls fraglich, vgl. unten: B. II. 3.

89 LG Oldenburg vom 09.05.2006, – 4 O 2546/05 -, zit. n. juris.

90 BeckRS 2007, 40436

91 BGH Fn. 76.