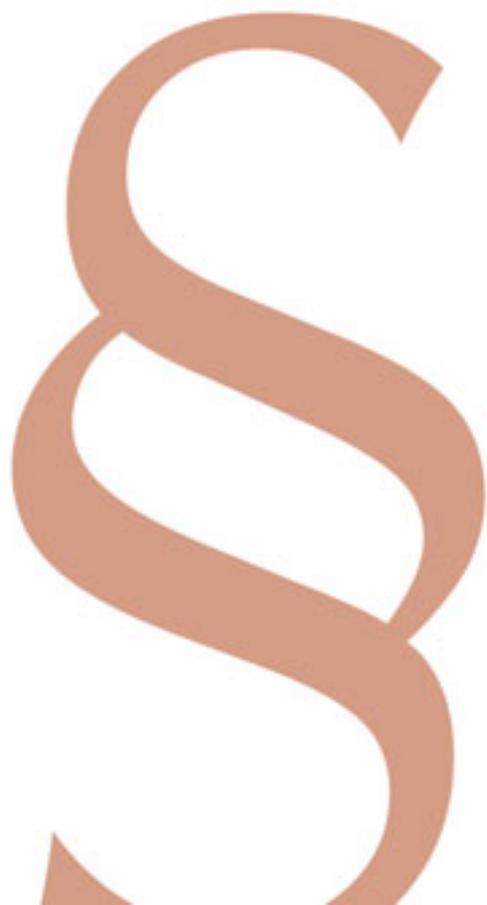


Christian Mezger

**Die vollständige Abwicklung
insolventer Handelsgesellschaften**

Zugleich ein Beitrag zur
gesellschaftsrechtlichen Liquidation



Christian Mezger

**Die vollständige Abwicklung
insolventer Handelsgesellschaften**

Zugleich ein Beitrag
zur gesellschaftsrechtlichen Liquidation



Herbert Utz Verlag · München

Neue Juristische Beiträge

herausgegeben von

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf)

Prof. Dr. Thomas Küffner (Fachhochschule Landshut)

Prof. Dr. Georg Steinberg (Universität zu Köln)

Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Band 75

Zugl.: Diss., Freiburg, Univ., 2010

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.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2011

ISBN 978-3-8316-4014-0

Printed in Germany
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

VORWORT

Getragen vom aufgekommenen Unternehmergeist verläuft die Gründung einer Gesellschaft meist reibungslos. Ganz anders stellt sich die Lage dar, wenn es darum geht, eine Gesellschaft wieder vom Markt zu nehmen, diese also abzuwickeln. Auch wenn die Übertragung dieser Gedanken auf die vorliegende Untersuchung, welche im Sommersemester 2010 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen wurde, sicherlich zu weit ginge, sind doch gewisse Parallelen erkennbar. Ich möchte daher die Gelegenheit nutzen, mich an dieser Stelle bei denjenigen Personen zu bedanken, deren Unterstützung zum Gelingen dieser Arbeit maßgeblich beigetragen hat.

Allen voran möchte ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Dieter Leipold danken, der mir alle Freiheiten bei Wahl und Bearbeitung der Thematik beließ sowie stets und gerne mit wichtigen Anregungen und Hilfestellungen zur Seite stand. Die Mitarbeit an seinem Lehrstuhl habe ich als große Bereicherung empfunden, die mir in bester Erinnerung bleiben wird. Außerdem danke ich Herrn Prof. Dr. Uwe Blaurock für die äußerst zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens. Besonderer Dank gebührt daneben meinen Eltern, die mich nicht nur während des Studiums sowie der Promotion in jeder Hinsicht unterstützt und damit die vorliegende Untersuchung erst ermöglicht haben. Ebenso dankbar bin ich meiner Frau Claudi, die es immer wieder geschafft hat, mich zu motivieren und mein Vertrauen in den erfolgreichen Abschluss des Projekts zu stärken.

Meinen ehemaligen Kollegen Dr. Stefan Matthies und Jakob Pickartz sowie meiner Schwägerin Heike danke ich herzlich für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die vielen wertvollen Hinweise. Für zahlreiche unterstützende und weiterführende Gespräche möchte ich mich außerdem bei meinem Bruder Steffen sowie meinem ehemaligen Kollegen Dr. Daniel Maier bedanken.

Bad Krozingen im Herbst 2010

Christian Mezger

INHALTSVERZEICHNIS

EINFÜHRUNG.....	1
I. Einleitung.....	1
II. Untersuchungsgegenstand.....	3
III. Gang der Untersuchung.....	7
ERSTER TEIL: DIE ABWICKLUNG VON HANDELSGESELLSCHAFTEN IM GESELLSCHAFTSRECHTLICHEN LIQUIDATIONSVERFAHREN.....	9
I. Auflösungsgründe.....	9
1. Freiwillige Auflösungsgründe.....	12
2. Sonstige Auflösungsgründe	13
a. Auflösung wegen Insolvenz und Vermögenslosigkeit	13
b. Auflösung durch gerichtliche Entscheidung	14
c. Auflösung durch Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes in das Ausland ..	16
aa. Ausgangspunkt Sitztheorie.....	16
bb. Neuorientierung aufgrund der Niederlassungsfreiheit.....	17
cc. Rechtslage bei GmbH und AG nach Einführung des MoMiG	19
dd. Weitergehende legislatorische Bestrebungen.....	20
d. Sonstige rechtsformübergreifende Auflösungsstatbestände	21
e. Vom Typus der Gesellschaft abhängige Auflösungsgründe	22
aa. Auflösungsgründe für oHG und KG	22
bb. Auflösungsgründe für die GmbH	23
cc. Auflösungsgründe für die AG.....	25
dd. Auflösungsgründe für die KGaA.....	25
ee. Auflösungsgründe für die eG.....	26
3. Zulässigkeit der Erweiterung der Auflösungsgründe.....	27
4. Konkurrenz von Auflösungsgründen	28
II. Auswirkungen der Auflösung auf die Gesellschaft.....	29
III. Abwicklungsverfahren	32
1. Die Bestellung von Liquidatoren	32
a. Die Person des Liquidators.....	32
b. Vertretungsmacht des Liquidators	35
c. Aufgaben des Liquidators.....	37
2. Die Feststellung des Gesellschaftsvermögens	37
3. Beendigung der laufenden Geschäfte der Gesellschaft.....	38
4. Einziehung der Forderungen.....	39
5. Umsetzung des übrigen Gesellschaftsvermögens in Geld	40
6. Befriedigung der Gläubiger.....	42
a. Gläubigerbefriedigung im Liquidationsverfahren	42
b. Gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger in der (massearmen) Liquidation	43
aa. Gesetzliche Regelung	43

bb. Entwicklung der Rechtsprechung und herrschenden Ansicht	44
cc. Gegenansicht	46
aaa. Gläubigergleichbehandlungspflicht aus § 64 GmbHG	46
bbb. Gläubigergleichbehandlung in der massearmen Liquidation nach Schulz ..	47
ccc. Gläubigergleichbehandlung in der massearmen Liquidation nach Konzen ..	54
ddd. Gläubigergleichbehandlung durch Ausgleichshaftung unter den Gläubigern	56
eee. Ergebnis	57
7. Verteilung des Restvermögens der Gesellschaft	58
8. Liquidationsschlussbilanz und Schlussrechnungslegung	61
9. Anmeldung der Löschung der Gesellschaft und Aufbewahrung der Bücher und Papiere	62
IV. Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft	64
V. Zusammenfassung und Ausblick	67
ZWEITER TEIL: VOLLBEENDIGUNG VON HANDELSGESELLSCHAFTEN	68
I. Vermögenslosigkeit als Vollbeendigungsvoraussetzung	68
II. Registerlöschung als Vollbeendigungsvoraussetzung	69
III. Löschung und Fehlen sonstigen Abwicklungsbedarfs	70
IV. Lehre vom Doppeltatbestand	71
1. Grundsätze	71
2. Unterscheidung zwischen Personenhandelsgesellschaften und juristischen Personen ..	72
V. Lehre vom Tripletatbestand	73
VI. Stellungnahme	73
1. Probleme bei alleinigem Abstellen auf die Vermögenslosigkeit	74
2. Probleme bei alleinigem Abstellen auf die Registerlöschung	75
a. Fiktion des Fortbestands der Gesellschaft	76
b. Sondervermögenstheorie	76
c. Gesamthandsmodell	78
d. Ergebnis	79
3. Probleme beim Abstellen auf Löschung und Fehlen sonstigen Abwicklungsbedarfs ..	79
4. Probleme bei der Lehre vom Doppeltatbestand	81
5. Zwischenergebnis	81
6. Definition der Vermögenslosigkeit	82
7. Nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf als Vollbeendigungsvoraussetzung ..	85
a. Vorteil der Lehre vom Tripletatbestand	85
b. Konflikt mit § 394 FamFG	86
c. Begrenzung auf Abwicklungsmaßnahmen im Gläubigerinteresse	87
8. Unterscheidung zwischen juristischen Personen und Personengesellschaften	89
VII. Ergebnis	90

DRITTER TEIL: VOLLABWICKLUNG IM INSOLVENZVERFAHREN.....	91
I. Meinungsspektrum und –entwicklung unter Geltung der Konkursordnung.....	91
II. Die Vollarwicklung von Handelsgesellschaften im Gesetzgebungsverfahren zur Insolvenzordnung.....	98
1. Darstellung des Gesetzgebungsverfahrens.....	99
2. Zusammenfassung und Folgerungen.....	102
III. Meinungsstand unter Geltung der Insolvenzordnung	104
1. Argumente für eine verfahrensimmanente Pflicht zur Vollliquidation unter Geltung der InsO	104
a. § 199 Satz 2 InsO	104
b. § 35 Abs. 1 InsO.....	105
c. §§ 32a Abs. 1 GmbHG a.F., 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.....	106
d. § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG bzw. § 141a Abs. 1 Satz 2 FGG a.F.....	109
e. Bezugnahmen auf die bereits zur Konkursordnung bestehenden Argumente.....	111
2. Argumente gegen eine verfahrensimmanente Pflicht zur Vollliquidation unter Geltung der InsO	111
a. §§ 32 Abs. 3, 85 Abs. 2, 80 Abs. 1 InsO.....	112
b. § 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO.....	113
c. § 184 Abs. 1 InsO.....	114
d. § 201 Abs. 1 InsO.....	115
e. Sonstige Argumente	115
3. Zusammenfassung.....	116
IV. Stellungnahme.....	117
1. Entbehrlichkeit der gesellschaftsrechtlichen Liquidation neben dem Insolvenzverfahren.....	117
2. Rahmenbedingungen einer Vollarwicklung im Insolvenzverfahren.....	119
a. Eröffnung des Insolvenzverfahrens.....	120
b. Keine Einstellung des Verfahrens ohne Verwertung und Verteilung der Masse... 120	
c. Nachtragsverteilung bei unvollständiger Verwertung und Verteilung der Masse . 121	
d. Fortsetzung als Hindernis der Vollarwicklung.....	123
e. Kein auf Sanierung oder Reorganisation gerichtetes Insolvenzplanverfahren..... 124	
f. Zusammenfassung.....	124
3. Gesetzliche Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollarwicklung.....	125
a. Logisch-grammatische Auslegung	127
b. Systematische Analyse.....	128
aa. Untersuchung der für eine Vollliquidationspflicht vorgebrachten Normen 128	
aaa. § 199 Satz 2 InsO	128
bbb. § 35 Abs. 1 InsO und Neuerwerb bei Handelsgesellschaften	129
ccc. §§ 32a Abs. 1 GmbHG a.F., 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	132
ddd. §§ 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG bzw. § 141a Abs. 1 Satz 2 FGG a.F.....	134
bb. Untersuchung der gegen eine Vollliquidationspflicht vorgebrachten Normen 137	
aaa. §§ 32 Abs. 3, 85 Abs. 2, 80 Abs. 1 InsO	137
bbb. § 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO.....	144
ccc. § 184 Abs. 1 InsO	145
ddd. §§ 201 Abs. 1, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO	148

eee. § 89 Abs. 1 InsO	149
cc. Ergebnis der systematischen Analyse	150
c. Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsverfahren	151
aa. § 1 InsO	152
bb. § 199 Satz 2 InsO	156
cc. Art. 23 Nr. 1 EGrinsO i.V.m. §§ 141a Abs. 1 Satz 2 FGG a.F., 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG	156
d. Zusammenfassung und Ergebnis	159
4. Die Vollabwicklung als Zweck des Insolvenzverfahrens	159
a. Zwecke des § 1 InsO	160
b. Abschließende Aufzählung der Verfahrensziele in § 1 InsO	162
c. Vollabwicklung als Verfahrenszweck	164
d. Unvereinbarkeit von Vollabwicklung und gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung	165
e. Rangverhältnis zwischen Gläubigerbefriedigung und Vollabwicklung	168
aa. Die Gläubigerbefriedigung als „Hauptzweck“ des Insolvenzverfahrens	168
bb. Stellungnahme zur Einordnung der Gläubigerbefriedigung als „Hauptzweck“	171
f. Zusammenfassung und Ergebnis	178
VIERTER TEIL: AUSWIRKUNGEN DES VOLLABWICKLUNGSZWECKS.....	180
I. Anforderungen an die Vollabwicklung.....	180
1. Verfahrensimmanente Vollbeendigung von Personenhandelsgesellschaften	181
2. Verfahrensimmanente Vollbeendigung juristischer Personen	182
3. Zusammenfassung	189
II. Realisierbarkeit der Vollabwicklung.....	189
1. Originär verfahrensfreies Vermögen	190
a. Begriff der Insolvenzmasse	190
b. Untersuchung der Masse insolventer Handelsgesellschaften	191
aa. Rechte mit personenrechtlichem Einschlag	192
aaa. Recht zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft	192
bbb. Rückforderungsanspruch des Schenkers wegen Verarmung	193
ccc. Widerrufsrecht des Schenkers	194
ddd. Zusammenfassung	195
bb. Namensrechte	195
aaa. Firma	195
bbb. Marken	199
ccc. Zusammenfassung	199
cc. Immaterialgüterrechte	200
aaa. Urheberrechte	200
(1) Die insolvente Gesellschaft als Inhaberin des Urheberrechts	202
(2) Die insolvente Gesellschaft als Lizenznehmerin	206
bbb. Erfindungen, Patente und Arbeitnehmererfindungen	208
ccc. Geschmacks und Gebrauchsmuster	210
ddd. „Know-how“	211
eee. Zusammenfassung	211
dd. Das Unternehmen und seine Bestandteile	212

aaa. Unternehmen, Goodwill und Kundenstamm	212
bbb. Genehmigungen	213
ee. Unübertragbare dingliche Rechte	213
aaa. Nießbrauch	213
bbb. Beschränkt persönliche Dienstbarkeit	215
ccc. Vorkaufsrechte	216
ddd. Zusammenfassung	218
ff. Unübertragbare schuldrechtliche Positionen	218
aaa. Anspruch auf Ausführung eines Auftrags	218
bbb. Recht des Angebotsempfängers auf Annahme eines Vertragsangebots	220
ccc. Schuldbefreiungsansprüche	221
ddd. Recht des Hinterlegers auf Rücknahme einer hinterlegten Sache	222
eee. Zusammenfassung	223
gg. Mitgliedschaften in anderen Gesellschaften	224
hh. Massefreies Vermögen und Existenzschutz	227
ii. Persönliche Komponente des Massebegriffs	229
jj. Neuerwerb und Insolvenzmasse	229
c. Zusammenfassung und Ergebnis	230
2. Nachträglich massefreies Vermögen	233
a. Beschränkung auf die echte Freigabe	233
b. Zulässigkeit der echten Freigabe	235
aa. Grundsätzliche Zulässigkeit der echten Freigabe	235
bb. Zulässigkeit der echten Freigabe in der Insolvenz von Handelsgesellschaften	237
aaa. Vereinbarkeit der Freigabe mit dem Vollabwicklungszweck	237
(1) Wirksamkeit der Freigabe aufgrund des Vollabwicklungszwecks	237
(2) Zulässigkeit der Freigabe aufgrund des Vollabwicklungszwecks	239
(3) Zeitpunkt der Freigabe	242
bbb. „Rechtslogischer“ Ausschluss der Freigabe an schuldnerische Handelsgesellschaften	243
c. Auswirkungen einer Freigabe auf die Vollabwicklung	248
d. Haftungsfolgen einer unzulässigen Freigabe	251
e. Zusammenfassung	253
3. Unvorhergesehener Abwicklungsbedarf	254
a. Unvorhergesehener Abwicklungsbedarf im Sinn des § 203 Abs. 1 InsO	255
aa. Voraussetzungen der Nachtragsabwicklung und Anordnungsermessen	255
bb. Der Begriff der Angemessenheit gemäß §§ 203 Abs. 3 Satz 1, 211 Abs. 3 Satz 2 InsO	256
cc. Nachtragsverteilung und Kostenvorschuss	259
dd. Ausbleibende Nachtragsverteilung und Vollabwicklung	260
b. Sonstiger unvorhergesehener vermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf	266
c. Unvorhergesehener nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf	271
d. Zusammenfassung und Ergebnis	276
4. Dauer und Kosten des Verfahrens	277
a. Dauer des Insolvenzverfahrens	278
aa. Liquidationsmaßnahmen im Insolvenzverfahren	279
bb. Weitergehende Vollabwicklungsmaßnahmen im Insolvenzverfahren	281
cc. Längere Verfahrensdauer und bestmögliche Gläubigerbefriedigung	284
dd. Exkurs: Nachschussverteilung bei der Genossenschaftsabwicklung	285

b. Kosten des Insolvenzverfahrens	286
aa. Gerichtskosten	287
bb. Vergütung und Auslagen des Insolvenzverwalters	290
cc. Vergütung und Auslagen der Mitglieder des Gläubigerausschusses	296
dd. Massebelastungen durch gesellschaftsinterne Maßnahmen	297
ee. Massebelastungen durch Aufbewahrungspflichten	298
c. Zusammenfassung	300
5. Zusammenfassung der Realisierbarkeit der Abwicklung	302
III. Auswirkungen auf die Gesellschaft und deren Organe	304
1. Auswirkungen auf die Gesellschaft	304
2. Auswirkungen auf die Gesellschaftsorgane	305
a. Fortbestand der Organstellung	305
b. Abgrenzung der Kompetenzbereiche zum Insolvenzverwalter	307
aa. Verdrängungsbereich	307
bb. Insolvenzfrequer Bereich	308
cc. Schuldnerbereich	311
dd. Überschneidungsbereich	312
3. Zusammenfassung	313
IV. Ergebnis Vierter Teil	313
ERGEBNIS UND SCHLUSS	316
LITERATURVERZEICHNIS	I

EINFÜHRUNG

I. EINLEITUNG

Beinahe täglich finden sich derzeit Berichte über wirtschaftliche Schwierigkeiten namhafter Unternehmen in den Medien. Die wirtschaftliche Entwicklung der letzten Monate bis Jahre in Verbindung mit fehlgegangenen unternehmerischen Entscheidungen macht auch vor großen und traditionsreichen Unternehmen nicht halt. Die im Fokus der Presse stehenden Insolvenzverfahren von Arcandor¹, Hertie², Kampa³, Karmann⁴, Märklin⁵, Qimonda⁶, Rosenthal⁷, Schiesser⁸ oder Woolworth⁹ sind dabei nur die „Spitze des Eisbergs“.

Einige dieser Unternehmen können vermutlich – wie aus der jüngeren Vergangenheit die Beispiele Arcandor, Ihr Platz¹⁰ oder Herlitz¹¹ zeigen – gerettet werden. Nach einer übertragenden oder reorganisierenden Sanierung werden sie weiter am Markt tätig sein. Das Insolvenzverfahren ist in diesem Fall lediglich ein Durchgangsstadium oder „Heilungsprozess“. Eine Sanierung kommt allerdings, wie auf der anderen Seite die Beispiele Philipp Holzmann¹² oder aktuell Hertie und Quelle zeigen, nicht bei allen Unternehmen in Betracht. Bei den Unternehmen, bei denen eine Sanierung ausscheidet oder scheitert, stellt sich dann die Frage, wie deren Abwicklung erfolgt und welche Abwicklungsmaßnahmen vorgenommen werden müssen, bis die Gesellschaft als solche aufhört zu existieren und endgültig aus dem Rechtsverkehr ausscheidet.

Obwohl das aktuelle Tagesgeschehen zeigt, welche praktische Relevanz die Abwicklung insolventer Gesellschaften aufweist, lassen sich den gesetzlichen Regelungen diesbezüglich nur wenige Informationen entnehmen. Geregelt ist, dass Handelsgesell-

¹ Arcandor AG, Insolvenzantrag vom 9. Juni 2009 beim Amtsgericht Essen; gleichzeitig wurden Insolvenzanträge für die zum Arcandor Konzern gehörenden Gesellschaften Primondo GmbH, Quelle GmbH sowie Karstadt Warenhaus GmbH gestellt.

² Hertie GmbH, Insolvenzantrag vom 31. Juli 2008 beim Amtsgericht Essen.

³ Kampa Haus GmbH, Insolvenzantrag vom 11. März 2009 beim Amtsgericht Aalen.

⁴ Wilhelm Karmann GmbH, Insolvenzantrag vom 8. April 2009 beim Amtsgericht Osnabrück.

⁵ Gebr. Märklin & Cie. GmbH und Märklin Holding GmbH, Insolvenzanträge vom 4. Februar 2009 beim Amtsgericht Göppingen.

⁶ Qimonda AG, Insolvenzantrag vom 23. Januar 2009 beim Amtsgericht München.

⁷ Rosenthal AG, Insolvenzantrag vom 1. April 2009 beim Amtsgericht Hof.

⁸ Schiesser AG und Schiesser Group AG, Insolvenzanträge vom 1. April 2009 beim Amtsgericht Konstanz.

⁹ DWW Woolworth Deutschland GmbH & Co. KG, Insolvenzantrag vom 11. April 2009 beim Amtsgericht Frankfurt a.M.

¹⁰ Ihr Platz GmbH & Co. KG, Insolvenzantrag vom 30. Mai 2005 beim Amtsgericht Osnabrück.

¹¹ Herlitz AG, Insolvenzantrag vom 22. April 2002 beim Amtsgericht Charlottenburg.

¹² Philipp Holzmann AG, Insolvenzantrag vom 21. März 2002 beim Amtsgericht Frankfurt a.M.

schaften unabhängig von ihrer Rechtsform durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens „aufgelöst“ werden¹³. Trotz dieser „Auflösung“ existiert die Gesellschaft allerdings weiter: Während durch die „Auflösung“ lediglich der Liquidations- oder Abwicklungsprozess in Gang gesetzt wird¹⁴, lässt erst die „Vollbeendigung“ die Gesellschaft als Rechtsträger erlöschen¹⁵. Wie der zur Vollbeendigung führende Abwicklungsprozess genau auszusehen hat, bleibt allerdings weitgehend offen. Die ausführlichen gesellschaftsrechtlichen Liquidationsregelungen finden in der Insolvenz jedenfalls nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung¹⁶ keine Anwendung. Die Regelungen der Insolvenzordnung sind demgegenüber in erster Linie darauf ausgelegt, die Gläubiger des Schuldners zu befriedigen, § 1 Abs. 1 InsO, während bezüglich der insolvenzrechtlichen Liquidation von Gesellschaften mit Ausnahme des § 199 Satz 2 InsO keine Regelungen bestehen.

Vor diesem Hintergrund kann nicht verwundern, dass die Frage, ob vorbehaltlich einer Sanierung eine vollständige Abwicklung insolventer Gesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens zu erfolgen hat, oder ob das Insolvenzverfahren lediglich die Vermögensverwertung zugunsten der Gläubiger umfasst, während spezifisch liquidationsrechtliche Maßnahmen in einem anschließenden gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren getroffen werden müssen, nicht einheitlich beantwortet wird. Dabei sah im Gesetzgebungsverfahren zur Insolvenzordnung zunächst alles nach einer Klärung der Abwicklungsproblematik insolventer Handelsgesellschaften aus. Der Regie-

¹³ Vgl. für die **offene Handelsgesellschaft (oHG)** §§ 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB; für die **Kommanditgesellschaft (KG)** §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB; für die **Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)** §§ 289 Abs. 1 AktG i.V.m. 161 Abs. 2, 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB; für die **Partenreederei** § 506a HGB (ob es sich bei der Partenreederei um eine Handelsgesellschaft nach § 6 Abs. 1 HGB handelt, ist streitig; bejahend *K. Schmidt*, GesR., S. 1894 f. m.w.N.; ablehnend *Ruhwedel*, S. 159.); für die **Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWiV)** Art. 36 der Verordnung Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung i.V.m. §§ 1 EWIVAG, 131 Abs. 1 HGB; für die **Aktiengesellschaft (AG)** § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG; für die **Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)** § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG; für die **eingetragene Genossenschaft (eG)** § 101 GenG, wobei zu beachten ist, dass es sich bei der eG mangels Eintragung in das Handelsregister nicht um eine Handelsgesellschaft handelt, auch wenn diese Formkaufmann im Sinne des § 6 Abs. 2 HGB ist (vgl. *Brüggenmann* in: Staub, § 6 Rdnr. 3; *Emmerich* in: Heymann, § 6 Rdnr. 2); für die **Europäische Gesellschaft (SE)** Art. 63 der Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) i.V.m. § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG.

¹⁴ Vgl. *BAG NJW* 1988, 2637; *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 60 Rdnr. 2; *Kübler/Assmann*, § 6 IV 1. a) (S. 62); vgl. zu Kapitalgesellschaften *Hirte*, ZInsO 2000, 127 (128).

¹⁵ Vgl. *BAG NJW* 1988, 2637; *Hirte*, ZInsO 2000, 127 (128); *Vallender*, NZG 1998, 249 (250).

¹⁶ Vgl. für die **oHG** § 145 Abs. 1 HGB; für die **KG** §§ 161 Abs. 2, 145 Abs. 1 HGB; für die **EWiV** Art. 35 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung i.V.m. § 10 Abs. 1 EWIVAG; für die **AG** § 264 Abs. 1 AktG; für die **KGaA** §§ 278 Abs. 3, 264 Abs. 1 AktG; für die **GmbH** § 66 Abs. 1 GmbHG; für die **SE** Art. 63 der Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) i.V.m. § 264 Abs. 1 AktG. Gleiches gilt für die eG, wenngleich keine ausdrückliche Regelung im GenG besteht, vgl. *Fandrich* in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 101 Rdnr. 1; zu beachten ist jedoch, dass die insolvenzrechtliche Abwicklung bei der eG durch §§ 102 ff. GenG modifiziert wird.

rungsentwurf zur Insolvenzordnung lautete in § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO¹⁷ diesbezüglich eindeutig:

„Bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit tritt das Verfahren [gemeint ist das Insolvenzverfahren; Anm. d. Verf.] an die Stelle der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung.“

Allerdings findet sich diese Regelung in der in Kraft getretenen Insolvenzordnung nicht wieder. Vielmehr wurde § 1 RegE InsO aufgrund der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags „redaktionell gestrafft“¹⁸, was für § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO die vollständige Streichung zur Folge hatte. Während nunmehr einerseits aufgrund der Formulierung „redaktionell“ vertreten wird, eine sachliche Änderung sei mit dieser Kürzung nicht erfolgt¹⁹, wird andererseits davon ausgegangen, dass entsprechende Vorgaben im Gesetzgebungsverfahren nicht in die endgültige Fassung der Insolvenzordnung eingegangen seien, so dass es bei einem Nebeneinander von Insolvenzverfahren und gesellschaftsrechtlicher Liquidation bleibe²⁰. Der *BGH* lässt es schließlich dahingestellt, ob der Entschluss zur Straffung des § 1 RegE InsO eine Änderung von dessen Inhalt zur Folge hat²¹.

Obwohl also die Abwicklung insolventer Gesellschaften praktisch zum Alltagsgeschäft gehört, sind die rechtlichen Grundlagen und insbesondere das einschlägige Verfahren weitgehend ungeklärt. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es daher, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu betrachten und auszuwerten, um mit der daraus entwickelten Lösung zu einer Klärung der Problematik beizutragen.

II. UNTERSUCHUNGSgegenSTAND

Zentraler Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Frage, wie die Abwicklung formell insolventer Handelsgesellschaften, für die keine Sanierung in Betracht kommt, erfolgen muss.

¹⁷ BT-Drs. 12/2443, S. 10; zur Begründung vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 84, 109.

¹⁸ BT-Drs. 12/7302, S. 155.

¹⁹ *Bork*, Rdnr. 135; *K. Schmidt* ZGR 1998, 633 (637); ausführlich dazu Dritter Teil II. 2., S. 102 ff., sowie Dritter Teil IV. 3. c. aa., S. 152 ff.

²⁰ *Pape* in: *Kübler/Prütting*, § 15 Rdnr. 19; *derselbe* in: *Hess/Pape*, Rdnr. 269; siehe ausführlich unten Dritter Teil II. 2., S. 102 ff., sowie Dritter Teil IV. 3. c. aa., S. 152 ff.

²¹ Vgl. *BGHZ* 148, 252 (258 f.) = *NJW* 2001, 2966 (2967); *BGHZ* 163, 32 (35) = *NJW* 2005, 2015 (2016).

Denkbar wäre zunächst – wie von § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens vorgesehen – eine zwingende Abwicklung innerhalb des Insolvenzverfahrens, so dass nach Beendigung des Verfahrens die Gesellschaft vollständig abgewickelt ist und eine Liquidation nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen weder stattfinden muss noch darf.

Demgegenüber könnte das Insolvenzverfahren auch als reines Gläubigerbefriedigungsverfahren verstanden werden, so dass jegliche Liquidationsmaßnahmen, die nicht unmittelbar mit der Befriedigung der Gläubiger in Verbindung stehen, einem Abwicklungsverfahren nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen im Anschluss an das Insolvenzverfahren vorbehalten blieben.

Eine dritte Möglichkeit wäre, dass eine Vollabwicklung von Handelsgesellschaften sowohl im Insolvenzverfahren als auch im Rahmen eines anschließenden gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens erfolgen kann. Hinsichtlich der Frage, wann eine Abwicklung im Insolvenzverfahren und wann im gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren zu erfolgen hat, sind in diesem Fall eine Reihe von Möglichkeiten denkbar: Als eine Extremposition käme eine grundsätzliche Vollabwicklungspflicht innerhalb des Insolvenzverfahrens mit bestimmten Ausnahmen in Betracht. Auf der anderen Seite könnte die Abwicklung regelmäßig innerhalb eines gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens im Anschluss an das Insolvenzverfahren erfolgen, soweit nicht im Einzelfall ohnehin bereits der gesamte Abwicklungsbedarf bei der insolvenzrechtlichen Gläubigerbefriedigung gedeckt wurde. Dazwischen wäre eine Reihe von mehr oder weniger zu einer der Extrempositionen tendierenden Lösungen vorstellbar bis hin zu einer Entscheidung über die Art des Abwicklungsverfahrens durch den Insolvenzverwalter oder einen sonstigen Verfahrensbeteiligten.

Die Untersuchung kann aber nicht auf die Frage beschränkt werden, innerhalb welches Verfahrens die Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften durchzuführen ist, sondern muss auch die Auswirkungen des durchzuführenden Abwicklungsverfahrens berücksichtigen. Keine Probleme sind diesbezüglich im Fall der Abwicklung im Rahmen einer sich an das Insolvenzverfahren anschließenden gesellschaftsrechtlichen Liquidation zu erwarten: Das auf vollständige Abwicklung gerichtete und gesetzlich detailliert geregelte Liquidationsverfahren ändert sich nicht dadurch, dass vor der Abwicklung ein Insolvenzverfahren durchgeführt wurde. Die Folgen für das Insolvenzverfahren können hingegen, sollte eine vollständige Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften vorbehaltlich einer Sanierung zwingend oder jedenfalls regelmäßig bereits in diesem Verfahren stattfinden, durchaus weitreichend sein. So wäre die Abwicklung im

Insolvenzverfahren im Gegensatz zur gesellschaftsrechtlichen Liquidation, bei der die Liquidatoren die Abwicklung durchzuführen hätten, durch den Insolvenzverwalter als zentraler Gestalt des Insolvenzverfahrens zu besorgen. Damit der Insolvenzverwalter in diesem Fall überhaupt die vollständige Abwicklung durchführen kann, müssten seine Kompetenzen so weit reichen, dass der gesamte erforderliche Abwicklungsbedarf von der „Abwicklungsbefugnis“ des Insolvenzverwalters umfasst wäre. Sollte mit der herrschenden Ansicht von der Vermögenslosigkeit einer Gesellschaft als Vollbeendigungsvoraussetzung auszugehen sein, müsste dem Insolvenzverwalter also die gesamte Vermögensabwicklung und damit auch die Abwicklung der nach § 36 InsO mangels Vollstreckungsunterworfenheit an sich massefreien Vermögensgegenstände obliegen. Zu klären wäre insoweit auch, wie eine vollständige Vermögensabwicklung mit der Möglichkeit des Insolvenzverwalters zur Freigabe von Massegegenständen in Einklang zu bringen ist.

Da der Gang des durchzuführenden Abwicklungsverfahrens zudem wesentlich davon abhängt, welche Maßnahmen zu ergreifen sind, damit eine Gesellschaft aufhört zu existieren, muss es ebenfalls Bestandteil dieser Untersuchung sein, die Voraussetzungen der Vollbeendigung von Gesellschaften herauszuarbeiten. Obwohl die Beendigung von Gesellschaften, sei es durch Insolvenz, sei es durch Zeitablauf oder Zweckerreichung, keinesfalls ein theoretisches Problem darstellt, besteht auch diesbezüglich keine Einigkeit in Rechtsprechung und Schrifttum²².

Schließlich soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit trotz der insolvenzrechtlichen Schwerpunktsetzung eine Darstellung der wesentlichen Grundzüge einer gesellschaftsrechtlichen Abwicklung ohne Rücksicht auf die Rechtsform der jeweils abzuwickelnden Gesellschaft erfolgen. Auf diese Weise können die notwendigen Grundlagen für den problemträchtigeren Fall der Abwicklung insolventer Gesellschaften, in welchem mit Insolvenz- und Gesellschaftsrecht zwei unterschiedliche, miteinander in Einklang zu bringende Rechtsgebiete aufeinander treffen, gelegt werden. Hierdurch soll zudem gewährleistet werden, eine umfassende rechtsformübergreifende Darstellung der Abwicklung von Gesellschaften unabhängig von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu erhalten.

Das Thema der Untersuchung wird allerdings insoweit eingegrenzt, als lediglich die Abwicklung von Handelsgesellschaften betrachtet wird. Zwar stellt sich das Problem der Gesellschaftsabwicklung in der Insolvenz grundsätzlich auch bei der nach § 11

²² Vgl. dazu Zweiter Teil, S. 68 ff.

Abs. 2 Nr. 1 InsO insolvenzfähigen²³ Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), aufgrund der geringen Zahl eröffneter Insolvenzverfahren gegenüber sonstigen Personengesellschaften²⁴ und insbesondere im Vergleich zu Kapitalgesellschaften²⁵ kann die Berücksichtigung der GbR wegen der geringen praktischen Relevanz jedoch unterbleiben. Auf der anderen Seite erstreckt sich die Untersuchung auf die eingetragene Genossenschaft (eG). Zwar handelt es sich bei dieser formal mangels Eintragung in das Handelsregister nicht um eine Handelsgesellschaft, die eG aus diesem Grund nicht in die Untersuchung einzuschließen, wäre jedoch bloßer Formalismus. Auch eine eG besitzt nach 17 Abs. 2 GenG i.V.m. § 6 Abs. 2 HGB unabhängig von der Erforderlichkeit eines nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetriebs gem. § 1 Abs. 2 HGB die Eigenschaft eines Formkaufmanns²⁶. Hinsichtlich der Anwendbarkeit handelsrechtlicher Regelungen steht die eG daher den Handelsgesellschaften gleich. Ist also im Rahmen dieser Arbeit von Handelsgesellschaften die Rede, ist die eG, wenn nicht ausdrücklich anders erwähnt, einbezogen.

Soweit eine Unterscheidung verschiedener Gesellschaftsformen notwendig wird, werden schließlich im Rahmen der vorliegenden Untersuchung lediglich die offene Handelsgesellschaft (oHG), Kommanditgesellschaft (KG), Aktiengesellschaft (AG), Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), eingetragene Genossenschaft (eG) und GmbH & Co. KG berücksichtigt. Die sonstigen Gesellschaftstypen sollen demgegenüber aufgrund der geringen Zahl eröffneter Insolvenzverfahren²⁷ und der damit verbundenen geringeren praktischen Rele-

²³ Noch zu Zeiten der zum 1. Januar 1999 aufgehobenen Konkursordnung war die Konkursfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht anerkannt, vgl. § 209 KO in der Fassung vom 4. Juli 1980 mit Wirkung zum 1. Januar 1981, der das selbstständige Konkursverfahren für Personengesellschaften nur hinsichtlich der oHG, der KG sowie der KGaA anordnete. Das Konkursverfahren konnte lediglich über das Vermögen der Gesellschafter eröffnet werden, vgl. *BGHZ* 23, 307 (313) = *NJW* 1947, 750 (752). Bezüglich der unternehmenstragenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts war dies jedoch schon unter Geltung der Konkursordnung umstritten, vgl. nur *Kilger/K. Schmidt*, *InsG*, § 209 KO Anm. 4); *K. Schmidt*, *Wege*, S. 29 f.; vgl. zur Begründung der Insolvenzfähigkeit von Gesellschaften bürgerlichen Rechts auch die Begründung zu § 13 Abs. 2 Nr. 1 RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 112.

²⁴ Von den 1.366 im Jahr 2008 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen von Personengesellschaften war lediglich in 238 Fällen mit voraussichtlichen Forderungen von nur 176.855.000 € Schuldnerin eine GbR, vgl. *Statistisches Jahrbuch 2009*, S. 503; dem stehen beispielsweise 920 eröffnete Insolvenzverfahren mit voraussichtlichen Forderungen von 3.191.171.000 € bei der GmbH & Co. KG gegenüber, vgl. *Statistisches Jahrbuch 2009*, S. 503.

²⁵ Dort weist die GmbH als die insolvenzanfälligste Kapitalgesellschaft im Jahr 2008 6.878 eröffnete Insolvenzverfahren mit erwarteten Forderungen von 9.355.130.000 € auf, vgl. *Statistisches Jahrbuch 2009*, S. 503.

²⁶ Zu beachten ist jedoch, dass die eG zur Erlangung der Formkaufmannseigenschaft nach herrschender Meinung einer Eintragung in das Genossenschaftsregister bedarf. Grund hierfür ist die Notwendigkeit der formalen Abgrenzbarkeit der Kaufmannseigenschaft, vgl. *K. Schmidt*, *HandelsR*, S. 296 m.w.N.

²⁷ Rechtsformübergreifend lediglich 380 eröffnete Insolvenzverfahren im Jahr 2008 sowie voraussichtlichen Forderungen von nur 275.240.000 €, vgl. *Statistisches Jahrbuch 2009*, S. 503.

vanz der Frage nach der Vollabwicklung innerhalb des Insolvenzverfahrens außer Betracht bleiben.

III. GANG DER UNTERSUCHUNG

Der erste Teil der Arbeit widmet sich der Abwicklung von Handelsgesellschaften im gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren. An dieser Stelle sollen weitestgehend ohne Berücksichtigung des jeweils abzuwickelnden Gesellschaftstyps sowie ohne Einbeziehung des Sonderfalls der Abwicklung einer insolventen Gesellschaft die wesentlichen Elemente einer gesellschaftsrechtlichen Abwicklung beginnend mit den verschiedenen, in die Liquidation überführenden Auflösungsgründen als Grundlage der weiteren Untersuchung dargelegt werden.

Sobald der Beginn der gesellschaftsrechtlichen Abwicklung, der Gang des Liquidationsverfahrens sowie die Beendigung der Abwicklung feststehen, soll in einem zweiten Teil untersucht werden, zu welchem genauen Zeitpunkt während oder am Schluss der Abwicklung bzw. unter welchen Voraussetzungen ohne vorherige Durchführung eines Abwicklungsverfahrens eine Handelsgesellschaft als solche vollbeendet ist, wann eine Gesellschaft also aufhört, als Rechtsträger zu existieren.

Mit den geklärten Vorfragen kann im Anschluss in einem dritten Teil die für die vorliegende Arbeit zentrale Untersuchung erfolgen, inwieweit die Durchführung derartiger Abwicklungsmaßnahmen bis hin zur Vollbeendigung einer Handelsgesellschaft im Insolvenzfall im Rahmen des Insolvenzverfahrens stattfinden muss. Zunächst soll dazu die Entwicklungen der zu dieser Thematik vertretenen Ansichten unter Geltung der Konkursordnung bis hin zum jetzigen, unter Geltung der Insolvenzordnung bestehenden Meinungsspektrum mit den jeweils vorgetragenen Argumenten dargestellt werden. Auf dieser Grundlage soll geklärt werden, inwieweit sich eine Pflicht zur Vollabwicklung oder sonstige Anhaltspunkte für die Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften aus der Insolvenzordnung ergeben. Neben der Untersuchung derjenigen Normen, die Anhaltspunkte für oder wider eine insolvenzverfahrensimmanente Abwicklung von Handelsgesellschaften liefern, wird an dieser Stelle auch eine historische Betrachtung des bereits angesprochenen Gesetzgebungsverfahrens²⁸ erfolgen. Mit Abschluss des dritten Teils soll feststehen, ob eine Handelsgesellschaft nach den gesetzlichen Vorgaben innerhalb eines über ihr Vermögen eröffneten Insolvenzverfahrens

²⁸ Vgl. oben, Einführung I., S. 2 f.

vollständig abzuwickeln ist und falls ja, ob diese Pflicht generell oder lediglich grundsätzlich mit möglichen, zu untersuchenden Ausnahmen im Einzelfall besteht.

Der sich anschließende vierte Teil beschäftigt sich mit der Frage, welche Auswirkungen das im dritten Teil gefundene Ergebnis auf die Abwicklung der Gesellschaft im Insolvenzverfahren und bzw. oder gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren hat und inwieweit die gesetzlichen Vorgaben einer praktischen Realisierbarkeit zugänglich sind. Sollte eine Abwicklung – jedenfalls regelmäßig – innerhalb des Insolvenzverfahrens durchzuführen sein, stellen sich an dieser Stelle eine Reihe von Folgefragen, denen die weitere Untersuchung nachgehen soll: So ist in diesem Fall zu prüfen, welche Folgen eine gegebenenfalls bestehende Vollabwicklungspflicht im Insolvenzverfahren auf die Insolvenzmasse hat, inwieweit also überhaupt originär bestehendes oder durch Freigabe entstehendes massefreies Vermögen in der Gesellschaftsinsolvenz denkbar ist. Ebenfalls muss untersucht werden, welche Folgen eine derartige Pflicht für die Notwendigkeit der Durchführung einer Nachtragsabwicklung hat, soweit im Einzelfall entgegen einer unter Umständen bestehenden Pflicht keine Vollabwicklung erfolgt ist. Zu untersuchen ist darüber hinaus, welche Auswirkungen für die Dauer und die Kosten des Insolvenzverfahrens entstehen. Schließlich ist zu prüfen, wie die Kompetenzen der Gesellschaftsorgane in einer derartigen verfahrensimmanenten Liquidation einzuordnen sind und welche Folgen sich für das Verhältnis des Insolvenzverwalters zu den Organen der insolventen Gesellschaft ergeben.

Sind die Auswirkungen des für insolvente Gesellschaften durchzuführenden Abwicklungsverfahrens untersucht, sollen die gefundenen Ergebnisse abschließend gesammelt und damit zusammenfassend eine Antwort auf die Frage gegeben werden, inwieweit eine Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens zu erfolgen hat und welche Auswirkungen gegebenenfalls für das Insolvenzverfahren bestehen.

ERSTER TEIL: DIE ABWICKLUNG VON HANDELSGESELLSCHAFTEN IM GESELLSCHAFTSRECHTLICHEN LIQUIDATIONSVERFAHREN

Zentraler Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften. Die Abwicklung im Insolvenzfall ist jedoch nicht der typische Fall der Vollbeendigung einer Gesellschaft, sondern eine Konstellation, in welcher mit Gesellschafts- und Insolvenzrecht zwei verschiedene Rechtsgebiete miteinander in Einklang zu bringen sind. Bevor der Frage, wie und wann die Abwicklung einer Handelsgesellschaft im Insolvenzverfahren erfolgt, weiter nachgegangen wird, soll daher zunächst der Grundfall der Abwicklung einer Handelsgesellschaft im gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren dargestellt werden.

Das Liquidationsverfahren wird in der gesellschaftsrechtlichen Literatur üblicherweise getrennt nach den jeweiligen Gesellschaftsformen dargestellt. Der Schwerpunkt der Darstellung für die vorliegende Arbeit soll allerdings auf den rechtsformübergreifenden Grundsätzen des Verfahrens liegen, um die Besonderheiten einer Abwicklung im Insolvenzverfahren im Vergleich zu einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation herausarbeiten zu können. Aus diesem Grund erfolgt die Darstellung nicht nach Rechtsformen getrennt, sondern versucht, die wesentlichen Grundsätze, Stadien und Beteiligten des Liquidationsverfahrens weitgehend frei von der Rechtsform der zu liquidierenden Gesellschaft zu erläutern.

I. AUFLÖSUNGSGRÜNDE

Ausgangspunkt der gesellschaftsrechtlichen Liquidation ist die Auflösung der Gesellschaft. Dabei darf die Auflösung keinesfalls mit der Beendigung der Gesellschaft als Rechtsträger gleichgesetzt werden. Vielmehr überführt die Auflösung nach allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum die weiterexistierende Gesellschaft lediglich in das Stadium der Liquidation²⁹, während erst die Vollbeendigung die Gesellschaft als Rechtsträger erlöschen lässt³⁰.

²⁹ Vgl. *BGH* NJW 1982, 99; *BGH* NJW-RR 2007, 1261 (1262); *BAG* NJW 1988, 2637 (für die GmbH); *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, § 60 Rdnr. 2; *Kübler/Assmann*, § 6 IV 1. a) (S. 62); *K. Schmidt*, *GesR*, S. 308 f.; vgl. allgemein zu Kapitalgesellschaften *Hirte*, *ZInsO* 2000, 127 (128).

³⁰ *Hirte*, *ZInsO* 2000, 127 (128); *Hüffer*, § 262 Rdnr. 3; vgl. auch *Vallender*, *NZG* 1998, 249 (250).

Etwas anderes gilt nur in den Ausnahmefällen der Beendigung von Gesellschaften ohne Abwicklungsverfahren³¹: So ist die Durchführung eines Liquidationsverfahrens dann nicht nötig, wenn bei einer Personengesellschaft alle Anteile in einer Hand zusammenfallen oder sämtliche Gesellschafter bis auf einen ausscheiden oder ausgeschlossen werden. In diesem Fall geht das Gesellschaftsvermögen auf den verbleibenden Gesellschafter ohne Liquidation im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über³² und die Gesellschaft erlischt³³. Anders ist dies hingegen bei juristischen Personen. Nach §§ 1 GmbHG, 2 AktG können Einpersonengesellschaften gegründet werden. Nach überwiegender Ansicht führt bei juristischen Personen selbst der Wegfall aller Mitglieder lediglich zur Auflösung und nicht zur Vollbeendigung der Gesellschaft³⁴. Der Grund für die unterschiedliche rechtliche Behandlung der Personengesellschaften gegenüber juristischen Personen liegt darin, dass eine juristische Person gegenüber ihren Mitgliedern verselbstständigt ist³⁵.

Daneben erlischt eine Gesellschaft durch Auflösung ohne Durchführung eines Liquidationsverfahrens gemäß § 2 UmwG auch dann unmittelbar, wenn sie mit einer anderen Gesellschaft zu einer neuen Gesellschaft (Verschmelzung durch Neugründung nach §§ 2 Nr. 2, 36 ff. UmwG) oder auf eine andere Gesellschaft (Verschmelzung durch Aufnahme gemäß §§ 2 Nr. 1, 4 ff. UmwG) verschmolzen wird. Gleiches gilt nach § 123 Abs. 1 UmwG, wenn ein nach § 3 UmwG verschmelzungsfähiger Rechtsträger auf zwei oder mehrere bestehende (Aufspaltung zur Aufnahme, §§ 123 Abs. 1 Nr. 1, 126 ff. UmwG) oder neu entstehende Gesellschaften (Aufspaltung zur Neugründung im Sinne der §§ 123 Abs. 1 Nr. 2, 135 ff. UmwG) aufgespalten wird.

³¹ Vgl. hierzu *K. Schmidt*, GesR, S. 308 ff.; teilweise werden Gründe, die unmittelbar zur Vollbeendigung der Gesellschaft führen, mangels folgendem Abwicklungsverfahren nicht als Auflösungsgründe im Sinne der hier verwendeten Terminologie bezeichnet, vgl. *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 131 Rdnr. 9; anders hingegen die gesetzliche Terminologie, vgl. nur §§ 2, 123 Abs. 1 UmwG.

³² Zur Gesamtrechtsnachfolge des verbleibenden Gesellschafters bei Ausscheiden aller übrigen Gesellschafter: *BGHZ* 48, 203 (206); *BGH NJW* 1993, 1917 (1918); *BGH NZI* 2005, 287; *BGH NJW* 2008, 2992; zur Gesamtrechtsnachfolge bei Übertragung sämtlicher Anteile an einen Erwerber: *BGHZ* 71, 296 (299 f.) = *NJW* 1978, 1525 = *MDR* 1978, 840; *BGH BB* 1979, 397; *OLG Düsseldorf NJW-RR* 1999, 619; allerdings führt das Zusammenfallen sämtlicher Gesellschaftsanteile in einer Hand dann nicht zur Beendigung der Gesellschaft, wenn hinsichtlich eines geerbten Anteils Testamentsvollstreckung und Nacherschaf angeordnet ist, hierzu *BGHZ* 98, 48 (57) = *NJW* 1986 2431 (2433 f.); *BGH NJW* 1996, 1284 (1286). Streitig ist allerdings, auf welcher Rechtsgrundlage die Gesamtrechtsnachfolge beruht: vgl. hierzu *Dreyer*, *JZ* 2007, 606 (610) m.w.N.

³³ Vgl. *BGHZ* 65, 79 (82 f.); *BGHZ* 113, 132 (133); *BGH NJW* 1993, 1917 (1918); *BGH NJW-RR* 2002, 538 (540); *BGH NJW* 2008, 2992 (2993); *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 131 Rdnr. 35; *Lorz* in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, § 131 Rdnr. 10; *Ott/Vuita* in: *MüKo InsO*, § 11 Rdnr. 71b; *K. Schmidt*, GesR, S. 209; a.A.: *Baumann*, *BB* 1998, 225 ff., der die Zulässigkeit einer nachträglichen Einmann-Personengesellschaft bejaht.

³⁴ Siehe zum Meinungsstand und zu den Voraussetzungen, unter denen eine gesellschafterlose Gesellschaft (am Beispiel der GmbH) entstehen kann, *Erster Teil I. 2. e. bb.*, S. 24 f.

³⁵ Vgl. hierzu bereits *Flume*, *BGB AT I/1*, S. 97 ff.; ebenso *Windbichler*, § 21 Rdnr. 34.

Die Auflösung kann auch dann ohne Liquidationsverfahren zur Vollbeendigung führen, wenn die Gesellschaft nach § 394 FamFG³⁶ gelöscht wird. Zweck der Auflösung und Löschung der Gesellschaft bei Vermögenslosigkeit ist es, derartige Gesellschaften aus dem Rechtsverkehr zu entfernen, um damit potenzielle Gläubiger zu schützen³⁷. Nach § 394 Abs. 1 FamFG können Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie Genossenschaften von Amts wegen oder auf Antrag im Handelsregister gelöscht werden, soweit keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Die Löschung führt nach §§ 262 Abs. 1 Nr. 6 AktG, 289 Abs. 2 Nr. 3 AktG, 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG, § 81a Nr. 2 GenG jeweils in Verbindung mit § 394 Abs. 1 FamFG zur Auflösung der Gesellschaft. § 394 Abs. 1 FamFG findet daneben gemäß § 394 Abs. 4 FamFG entsprechende Anwendung auf offene Handelsgesellschaften sowie Kommanditgesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist³⁸. Auch diese werden durch Löschung wegen Vermögenslosigkeit aufgelöst, vgl. §§ 131 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 HGB (bei der KG in Verbindung mit § 161 Abs. 2 HGB), § 394 Abs. 1, 4 FamFG. Die der Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach § 394 FamFG zugeordnete Rechtsfolge ist entgegen der gesetzlich verwendeten Terminologie in aller Regel nicht lediglich die „Auflösung“, sondern die Vollbeendigung der Gesellschaft, wie §§ 264 Abs. 2 AktG, 290 Abs. 3 AktG, 66 Abs. 5 GmbHG, 145 Abs. 3 HGB (evtl. in Verbindung mit § 161 Abs. 2 HGB), 83 Abs. 4 GenG zeigen, nach denen eine Liquidation bei Löschung wegen Vermögenslosigkeit nur stattfindet, wenn sich nach der Löschung herausstellt, dass noch der Verteilung unterliegendes Vermögen vorhanden ist³⁹.

Mit Ausnahme dieser Fallgruppen überführt das Vorliegen eines Auflösungsgrundes die Gesellschaft jedoch unter deren Fortbestand⁴⁰ in das Liquidationsverfahren. Die für die jeweilige Gesellschaft maßgeblichen gesetzlichen Auflösungsgründe sind abschließend. Für die oHG und die KG hat der *BGH* entschieden, dass die maßgeblichen

³⁶ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I 2008, S. 2586), in Kraft getreten zum 1. September 2009. § 394 FamFG entspricht im Wesentlichen dem durch die Norm ersetzten § 141a FGG in der bis zum 31. August 2009 geltenden Fassung.

³⁷ *Hüffer*, Anh § 262 Rdnr. 1; *K. Schmidt*, GmbHR 1994, 829 (830); *Vallender*, NZG 1998, 249 (250).

³⁸ Dies gilt jedoch nach § 394 Abs. 4 Satz 2 FamFG nur dann, wenn die zur Vermögenslosigkeit geforderten Voraussetzungen sowohl bei der Gesellschaft als auch bei den persönlich haftenden Gesellschaftern vorliegen. Nach § 394 Abs. 4 Satz 3 FamFG kann eine Löschung nach § 394 Abs. 1 FamFG schließlich bei offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften ohne persönlich haftende natürliche Personen auch dann nicht erfolgen, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere oHG oder KG gehört, bei welcher ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

³⁹ Vgl. in diesem Sinne zur alten Rechtslage des § 2 LösSchG bereits *OLG Düsseldorf* NJW-RR 1995, 611 f. = *Rpfleger* 1995, 257 (258).

⁴⁰ So die inzwischen allgemeine Ansicht; vgl. mit weiteren Nachweisen *Paura*, S. 4; grundlegend zur Existenz der Gesellschaft im Liquidationsverfahren bereits *Wimpfheimer*, S. 81 ff., insbesondere S. 114.

Auflösungsgründe abschließend in § 131 HGB aufgeführt seien⁴¹. Im Hinblick auf Auflösungsgründe in Sondergesetzen, vgl. z.B. § 38 Abs. 1 Kreditwesengesetz, das Vereinsverbot nach § 3 VereinsG (gegebenenfalls i.V.m. § 17 VereinsG) oder den genannten umwandlungsrechtlichen Regelungen, kann dem nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Dennoch kann von einem „Numerus clausus“ der gesetzlichen Auflösungsgründe⁴² gesprochen werden, da jedenfalls über die gesetzlichen sowie die auf dem Wesen der jeweiligen Gesellschaftsform beruhenden⁴³ Auflösungsgründe hinaus keine weiteren bestehen können⁴⁴.

Es empfiehlt sich, die Auflösungsgründe nach *Hirte*⁴⁵ in freiwillige, also solche, die auf einem freien Willensentschluss der Gesellschafter beruhen, und unfreiwillige oder sonstige, das heißt jene, die im öffentlichen Interesse liegen und damit zwingend sind, zu untergliedern.

1. Freiwillige Auflösungsgründe

Die auf einem freien Willensentschluss der Gesellschafter beruhenden Auflösungsgründe unterscheiden sich im Hinblick auf die zu liquidierende Gesellschaftsform lediglich im Detail. So ist sämtlichen Gesellschaftsformen die Möglichkeit der Auflösung durch Beschluss der Gesellschafter gemein. Unterschiede ergeben sich nur hinsichtlich der für einen Auflösungsbeschluss erforderlichen Mehrheit⁴⁶.

Neben der Auflösung durch Beschluss ist auch die Auflösung durch Ablauf einer gesellschaftsvertraglich vereinbarten Zeit zu den freiwilligen Auflösungsgründen zu

⁴¹ BGHZ 75, 178 (179); BGHZ 82, 323 (326).

⁴² So K. Schmidt, GesR, S. 308.

⁴³ Zum Beispiel das Zusammenfallen sämtlicher Gesellschaftsanteile bei Personengesellschaften in einer Hand, vgl. oben, Erster Teil I., S. 10

⁴⁴ Vgl. Hopt in: Baumbach/Hopt, § 131 Rdnr. 6; Lorz in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 131 Rdnr. 26 ff.; K. Schmidt, GesR, S. 308.

⁴⁵ *Hirte*, ZInsO 2000, 127 (128).

⁴⁶ Für die oHG ordnet § 131 Abs. 1 Nr. 2 HGB die Auflösung der Gesellschaft bei entsprechendem Gesellschafterbeschluss an, wobei vorbehaltlich einer anderweitigen gesellschaftsvertraglichen Regelung gemäß § 119 HGB grundsätzlich Einstimmigkeit erforderlich ist. Gleiches gilt gemäß § 161 Abs. 2 HGB für die KG sowie nach §§ 289 Abs. 1 AktG, 161 Abs. 2 HGB für die KGaA. Demgegenüber erfordert ein zur Auflösung führender Beschluss der Hauptversammlung bei einer AG nach § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG eine Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Entsprechend den vom *Reichsgericht* (RGZ 125, 356 [359]) aufgestellten Grundsätzen ist darüber hinaus eine Mehrheit der abgegebenen Stimmen nach § 133 Abs. 1 AktG erforderlich, sofern die Satzung keine abweichende Regelung trifft (vgl. *Hüffer*, § 262 Rdnr. 11). Ebenso ist eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen beim Beschluss der Gesellschafterversammlung hinsichtlich der Auflösung einer GmbH nach § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG notwendig. Gleiches gilt schließlich für die eG gemäß § 78 Abs. 1 Satz 1 GenG. Auch dort ist mindestens eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen zur Beschlussfassung der Generalversammlung erforderlich.

zählen, da diese ebenfalls auf einem freien Willensentschluss der Gesellschafter beruht. Auch dieser Auflösungsgrund besteht ohne Rücksicht auf die jeweilige Gesellschaftsform bei sämtlichen Handelsgesellschaften, vgl. §§ 131 Abs. 1 Nr. 1 HGB (i.V.m. §§ 161 Abs. 2 HGB, 289 Abs. 1 AktG), 262 Abs. 1 Nr. 1 AktG, 60 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG, 79 Abs. 1 GenG.

Schließlich sind auch die Auflösungsgründe des Umwandlungsgesetzes, vgl. §§ 2, 123 UmwG, zu den freiwilligen Auflösungsstatbeständen zu zählen, da auch der Umwandlung ein freier Entschluss der Gesellschafter vorangeht. Wie bereits dargestellt, ist hinsichtlich der umwandlungsrechtlichen Auflösungsgründe jedoch zu beachten, dass diese die Gesellschaft nicht in ein Abwicklungsverfahren überführen, sondern unmittelbar die Vollbeendigung der Gesellschaft auslösen⁴⁷.

2. Sonstige Auflösungsgründe

Neben den freiwilligen Auflösungsgründen besteht eine Vielzahl von sonstigen, im öffentlichen Interesse liegenden Auflösungsgründen. Diese Auflösungsgründe sind dem Willen der Gesellschafter entzogen und damit nicht abdingbar⁴⁸.

a. Auflösung wegen Insolvenz und Vermögenslosigkeit

Unabhängig von ihrer Rechtsform werden Handelsgesellschaften zwingend durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Gesellschaftsvermögen aufgelöst, §§ 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB (für KG bzw. KGaA i.V.m. §§ 161 Abs. 2 HGB, 289 Abs. 1 AktG), 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, § 101 GenG. Eine Fortsetzung ist jedoch dann möglich, wenn das Insolvenzverfahren auf Antrag des Schuldners nach §§ 212, 213 InsO eingestellt oder nach Bestätigung (§ 248 InsO) eines die Fortsetzung der Gesellschaft vorsehenden Insolvenzplans gemäß § 258 InsO aufgehoben wird⁴⁹. Unterschiede zwischen einzelnen Gesellschaftstypen bestehen bei der Frage, ob die Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse nach § 26 InsO einen Auflösungsgrund darstellt. Während ein derartiger Auflösungsgrund für die GmbH, § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG, die AG, § 262 Abs. 1 Nr. 4 AktG, die

⁴⁷ Siehe bereits oben, Erster Teil I., S. 10

⁴⁸ Vgl. *Morck* in: Koller/Roth/Morck, § 131 Rdnr. 1a; *Hirte*, ZInsO 2000, 127 (128); *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 11.

⁴⁹ §§ 144 Abs. 1 HGB (für die KG i.V.m. §§ 161 Abs. 2 HGB); 274 Abs. 2 Nr. 1 AktG (für die KGaA i.V.m. § 278 Abs. 3 AktG); 60 Abs. 1 Nr. 4, 2. Halbsatz GmbHG; § 117 GenG; siehe ausführlich zur Fortsetzung Erster Teil IV., S. 64 ff.

KGaA, § 289 Abs. 2 Nr. 1 AG, sowie für die eG, § 81a Nr. 1 GenG, ohne Einschränkungen normiert ist, gilt dies nach § 131 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 HGB (i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB) für oHG und KG nur dann, wenn kein persönlich haftender Gesellschafter, vgl. § 131 Abs. 2 Satz 2 HGB, bzw. kein persönlich haftender Gesellschafter einer beteiligten oHG oder KG eine natürliche Person ist⁵⁰. Grund hierfür ist, dass es eines Schutzes durch Auflösung der Gesellschaft nach der gesetzgeberischen Intention dort nicht bedarf, wo natürliche Personen nach § 128 ff. HGB persönlich haften⁵¹. Gleiches gilt für die Auflösung durch Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach § 394 FamFG⁵². Der Auflösungsgrund besteht für Aktiengesellschaften (§ 262 Abs. 1 Nr. 6 AktG), Kommanditgesellschaften auf Aktien (§ 289 Abs. 2 Nr. 3 AktG), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG) sowie eingetragene Genossenschaften (§ 81a Nr. 2 GenG); für offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften dagegen nach § 131 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 HGB (i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB) nur, wenn kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist⁵³.

b. Auflösung durch gerichtliche Entscheidung

Ein weiterer im öffentlichen Interesse liegender und dem Willen der Gesellschafter entzogener Auflösungsgrund ist bei sämtlichen Gesellschaftstypen die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung, wobei die Voraussetzungen zwischen den Rechtsformen differieren. So kann eine oHG oder KG nach §§ 131 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. 133 Abs. 1 HGB durch gerichtliche Entscheidung auf Antrag eines Gesellschafters aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt⁵⁴. Ein wichtiger Grund im Sinne des § 133 Abs. 1 HGB liegt vor, wenn das Zusammenwirken der Gesellschafter derart einträchtig ist, dass dem klagenden Gesellschafter ein Festhalten am Geschäfts-

⁵⁰ *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 131 Rdnr. 32; anderer Ansicht zur Rechtslage vor Einführung der Konkursordnung und der damit verbundenen Aufnahme des § 131 Abs. 2 HGB noch *BGH* NJW-RR 1989, 993 (995).

⁵¹ Vgl. in diesem Sinne zur gleichen Differenzierung bei § 394 Abs. 4 FamFG die Gesetzesbegründung zur Vorgängernorm des § 141a Abs. 3 FGG a.F., BT-Drs. 12/3803, S. 71; dagegen besteht nach *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 131 Rdnr. 30; *derselbe*, *Wege*, S. 187, auch bei Vorhandensein persönlich haftender Gesellschafter ein Bedürfnis, die Gesellschaft aufzulösen.

⁵² Dazu bereits Erster Teil I., S. 11.

⁵³ Ebenso genügt nach § 131 Abs. 2 Satz 2 HGB, wie erwähnt, eine persönlich haftende natürliche Person als Gesellschafter einer oHG oder KG, die wiederum Gesellschafterin der vermögenslosen Personengesellschaft ist.

⁵⁴ Im Gegensatz zur Auflösungsklage nach § 61 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist die Klage bei der oHG nicht gegen die Gesellschaft, sondern gegen sämtliche Mitgesellschafter zu richten, *Lorz* in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, § 133 Rdnr. 33; *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 133 Rdnr. 48.

vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände nicht zugemutet werden kann⁵⁵. Nach § 133 Abs. 2 HGB ist ein wichtiger Grund insbesondere gegeben, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat, oder die Erfüllung einer solchen unmöglich wird. § 133 HGB ist nach § 289 Abs. 1 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 1 Nr. 4 HGB entsprechend auch auf die KGaA anwendbar. Allerdings ist nach § 289 Abs. 4 Satz 2 und 3 AktG ein mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfassender Beschluss der Hauptversammlung für den Antrag auf Auflösung durch gerichtliche Entscheidung nötig.

Daneben kommt für die KGaA ebenso wie für die AG eine Auflösung aufgrund gerichtlicher Entscheidung auf Antrag der zuständigen obersten Landesbehörde nach § 396 Abs. 1 AktG dann in Betracht, wenn die Gesellschaft durch gesetzeswidriges Verhalten ihrer Verwaltungsträger das Gemeinwohl gefährdet und Aufsichtsrat sowie Hauptversammlung nicht für eine Abberufung der Verwaltungsträger Sorge tragen. Bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung erfolgt eine Auflösung durch gerichtliche Entscheidung gemäß §§ 60 Abs. 1 Nr. 3, 61 GmbHG, wenn die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich wird oder andere, in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende, wichtige Gründe für die Auflösung bestehen⁵⁶. Andere wichtige Gründe im Sinne des § 61 Abs. 1 GmbHG müssen dabei, wie auch nach § 133 HGB, den Fortbestand der Gesellschaft für die klagenden Gesellschafter⁵⁷ unzumutbar machen⁵⁸. Daneben kann bei der GmbH eine Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde nach §§ 60 Abs. 1 Nr. 3, 62 GmbHG zur Auflösung führen. Voraussetzung dafür ist eine gemeinwohlgefährdende Fassung rechtswidriger Beschlüsse oder gesetzeswidrige Handlungen der Geschäftsführer, sofern die Gesellschafter die Geschäftsführerhandlungen wissentlich geschehen lassen, § 62 Abs. 1 GmbHG.

Schließlich besteht die Möglichkeit der Auflösung aufgrund richterlicher Entscheidung auch bei der eG nach §§ 80, 81 GenG. Nach § 80 Abs. 1 GenG hat das zuständige Gericht (§ 10 GenG) die Auflösung der eG auf Antrag bzw. nach einer Frist von sechs

⁵⁵ BGHZ 69, 160 (169); vgl. auch die Legaldefinition des wichtigen Kündigungsgrundes bei Dauer-
schuldverhältnissen nach § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB.

⁵⁶ In den Verhältnissen der Gesellschafter liegende wichtige Gründe genügen hingegen nicht, vgl. Haas in:
Baumbach/Hueck, § 61 Rdnr. 6 f.; nach teilweise vertretener Ansicht soll die Möglichkeit einer
Anfechtungsklage analog § 61 GmbHG auch für die geschlossene AG bestehen, vgl. Hirte, ZInsO 2000, 127
(129); für die Auflösung aus wichtigem Grund auch Becker, ZGR 15 (1986), 383 (413 f.), FN 89; Lutter, JZ
1981, 216 (219); a.A. im Hinblick auf die Zweckerreichung, K. Schmidt, GesR, S. 931.

⁵⁷ Zu beachten ist, dass die Auflösungsklage gegen die Gesellschaft nach § 61 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nur von
Gesellschaftern erhoben werden kann, deren Gesellschaftsanteile zusammen mindestens zehn Prozent des
Stammkapitals entsprechen.

⁵⁸ Vgl. Haas in: Baumbach/Hueck, § 61 Rdnr. 9.

Monaten von Amts wegen auszusprechen, wenn die eG weniger als die nach § 4 GenG erforderlichen drei Mitglieder hat. Daneben besteht die Möglichkeit der gerichtlichen Auflösung nach § 81 Abs. 1 GenG, sofern eine eG durch gesetzeswidriges Verhalten ihrer Verwaltungsträger das Gemeinwohl gefährdet und Generalversammlung und Aufsichtsrat nicht für eine Abberufung der Verwaltungsträger sorgen. Gleiches gilt, wenn der Genossenschaftszweck entgegen § 1 Abs. 1 GenG nicht auf Förderung der Mitglieder gerichtet ist.

c. Auflösung durch Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes in das Ausland

Verlegt eine Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in das Ausland, verlässt sie den Rechtsraum desjenigen Staates, nach dessen Recht sie gegründet wurde. Umstritten ist daher, ob Gesellschaften unabhängig von ihrer Rechtsform durch den Wegzug aufgelöst werden.

aa. Ausgangspunkt Sitztheorie

Nach herrschender Auffassung gilt in der Bundesrepublik Deutschland für die Anknüpfung gesellschaftsrechtlicher Fragen die sogenannte Sitztheorie, wonach im Gegensatz zum Ort der Gründung nach der Gründungstheorie der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft das anzuwendende Recht vorgibt⁵⁹. Eine Verlegung des Verwaltungssitzes geht daher mit einem Statutenwechsel, also einer Änderung des anwendbaren Rechts einher. Für eine Sitzverlegung ist dann zum einen erforderlich, dass das Recht des Wegzugsstaates den Wegzug unter Wahrung der rechtlichen Identität der Gesellschaft ermöglicht⁶⁰, zum anderen muss der Zuzugsstaat die identitätswahrende Sitzverlegung in das eigene Rechtsgebiet gestatten⁶¹. Für das deutsche Recht wurde eine Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ins Ausland unter Wahrung der rechtlichen Identität in der Vergangenheit nicht zugelassen und demzufolge eine Auflösung der Gesellschaft angenommen⁶².

⁵⁹ BayObLGZ 1992, 113 (114); Kropholler, S. 571; Rauscher, Rdnr. 616, 622 (für nichtrechtsfähige Personenvereinigungen Rdnr. 646).

⁶⁰ BGHZ 97, 269 (271) = NJW 1986, 2194 (2195); BayObLGZ 1992, 113 (116); Kropholler, S. 572; Rauscher, Rdnr. 634.

⁶¹ BGHZ 97, 269 (271 f.); Kropholler, S. 572; Rauscher, Rdnr. 634.

⁶² RGZ 7, 68 (69 f.); BayObLGZ 1992, 113 (116).

bb. Neuorientierung aufgrund der Niederlassungsfreiheit

Fraglich ist aber, ob eine andere Sichtweise zumindest innerhalb der Europäischen Gemeinschaft im Hinblick auf Art. 49, 54 AEUV⁶³ geboten ist. Art. 54 AEUV, welcher Art. 48 EGV in der bis zum 30.11.2009 geltenden Fassung entspricht, garantiert die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV (Art. 43 EGV a.F.) auch für Handelsgesellschaften. In den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen „*alle Maßnahmen, die den Zugang zu einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitzmitgliedstaat und die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in jenem Staat dadurch ermöglichen oder auch nur erleichtern, daß sie die tatsächliche Teilnahme der betroffenen Wirtschaftsbeteiligten am Wirtschaftsleben des letztgenannten Mitgliedstaats unter denselben Bedingungen gestatten, die für die inländischen Wirtschaftsbeteiligten gelten*“⁶⁴.

Der *EuGH*⁶⁵ gab Gesellschaften zunächst aufgrund der unterschiedlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und der daraus resultierenden, durch die Niederlassungsfreiheit nicht zu lösenden Probleme kein Recht auf Sitzverlegung ins Ausland unter Wahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaft nach dem Recht des Wegzugsstaates („*Daily Mail*“). In einer späteren Entscheidung („*Centros*“) wertete der *EuGH*⁶⁶ allerdings die Verweigerung der registerrechtlichen Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat errichtet wurde und dort ihren Satzungssitz hatte, ihre gesamte Geschäftstätigkeit jedoch im Staat der Zweigniederlassung entfaltet sollte, ohne dort eine Gesellschaft zu errichten, als Verstoß gegen Art. 43, 48 EG a.F. (nunmehr Art. 49, 54 AEUV).

Ebenso liegt nach dem *EuGH*⁶⁷ ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vor, wenn einer nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaft, die im Gründungsstaat ihren satzungsmäßigen Sitz hat, die Rechts- und Parteifähigkeit von einem anderen Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat, nicht zuerkannt wird („*Überseering*“).

Zu beachten ist jedoch, dass es in der letztgenannten Entscheidung („*Überseering*“) im Gegensatz zur erstgenannten („*Daily Mail*“) nicht um die Beziehung einer Gesellschaft zu dem Mitgliedstaat geht, in dessen Hoheitsgebiet und nach dessen Recht sie gegrün-

⁶³ Gemäß Art. 2 des Vertrages von Lissabon vom 13.12.2007, der am 01.12.2009 in Kraft trat, wurde der „Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ (EGV) in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV) umbenannt.

⁶⁴ *EuGH*, Urteil vom 13.12.2005, RS C 411/03 („*Sevic Systems AG*“) [nicht in Slg.], Rdnr. 18.

⁶⁵ *EuGH*, Urteil vom 27.09.1988 – RS 81/87 („*Daily Mail*“), Slg. 1988 5483 = NJW 1989, 2186 (2188).

⁶⁶ *EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 – RS C 212/97 („*Centros*“), Slg. 1999 I 1459 = NJW 1999, 2027 (2028).

⁶⁷ *EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 – RS C 208/00 („*Überseering*“), Slg. 2002 I 9919 = NJW 2002, 3614 (3616 f.).

det wurde, sondern um das Verhältnis der Gesellschaft zu demjenigen Staat, in den der tatsächliche Verwaltungssitz verlegt werden soll, wie der *EuGH* ausdrücklich hervorhebt⁶⁸. Es handelt sich also nicht um einen eventuell zur Auflösung der Gesellschaft führenden Wegzugsfall, sondern um einen Zuzugsfall. Hinsichtlich der Wegzugsfälle verbleibt es demgegenüber bei den in der „*Daily Mail*“ Entscheidung aufgestellten Grundsätzen, wonach sich eine den Verwaltungssitz verlegende Gesellschaft gegenüber ihrem Herkunftsstaat nicht auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV berufen kann⁶⁹. Dies stellt der *EuGH* in seiner neuesten zu diesem Themenkomplex ergangenen Entscheidung („*Cartesio*“) noch einmal ausdrücklich klar. Danach kann ein Mitgliedsstaat sowohl die Anforderungen aufstellen, die eine Gesellschaft erfüllen muss, um nach innerstaatlichem Recht als gegründet angesehen zu werden, als auch diejenigen Anforderungen, die zum Erhalt dieser Eigenschaft vorliegen müssen⁷⁰. Das nationale Recht kann die rechtliche Identität der Gesellschaft bei Wahrung ihrer Rechtsform folglich ohne Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit an einen Verbleib des tatsächlichen Verwaltungssitzes im Inland knüpfen⁷¹. Die gegenteilige Ansicht, nach der durch die Entscheidungen zu „*Überseering*“ und „*Centros*“ ein Übergang zur Gründungstheorie erfolgt sei, der sich nicht nur auf die Anerkennung der Gesellschaft in demjenigen Staat, in den der tatsächliche Verwaltungssitz verlegt werden soll, sondern auch auf das Verhältnis zwischen dem Herkunftsstaat und der Gesellschaft auswirke⁷², ist folglich durch die Rechtsprechung des *EuGH* überholt. Die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV sowie die zu den Vorgängernormen der Art. 43, 48 EGV a.F. ergangene Rechtsprechung des *EuGH* zwingen daher grundsätzlich nicht zu einer anderen Beurteilung der Wegzugsfälle nach deutschem Recht.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht lediglich dann, wenn die „wegziehende“ Gesellschaft bereit ist, eine Rechtsform des Zuzugsstaates anzunehmen und das Recht des Zuzugsstaates entsprechende Regelungen zur Umwandlung bereithält. In diesem Fall kann der identitätswahrende formwandelnde Wegzug ohne Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit nicht von einer vorherigen Auflösung und Liquidation abhängig gemacht werden⁷³. Die rechtsformwahrende Verlegung des Verwaltungs-

⁶⁸ Vgl. *EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 – RS C 208/00 („*Überseering*“), NJW 2002, 3614 f.

⁶⁹ Vgl. zu Art. 43, 48 EGV a.F. Hueck/*Fastrich* in: Baumbach/Hueck, Einl Rdnr. 63; Haratsch/Koenig/*Pechstein*, Rdnr. 824.

⁷⁰ *EuGH*, Urteil vom 16.12.2008 – RS C 210/06 („*Cartesio*“), NJW 2009, 569 (571).

⁷¹ Vgl. *EuGH*, Urteil vom 16.12.2008 – RS C 210/06 („*Cartesio*“), NJW 2009, 569 (571).

⁷² Vgl. *Kropholler*, S. 579 f.; gegen einen der „*Überseering*“-Entscheidung zu entnehmenden für alle Mitgliedstaaten verbindlichen Übergang zur Gründungstheorie dagegen, *Kindler*, NJW 2003, 1073 (1076 f.).

⁷³ *EuGH*, Urteil vom 16.12.2008 – RS C 210/06 („*Cartesio*“), NJW 2009, 569 (571); für eine Erweiterung der Wegzugsmöglichkeit auf Fälle der Beibehaltung der Rechtsform *Zimmer/Naedrup*, NJW 2009, 545 (548).

sitzes aus deutschem Hoheitsgebiet stellt jedoch weiterhin auf Grundlage der Sitztheorie einen rechtsformübergreifenden Auflösungsgrund dar⁷⁴.

cc. Rechtslage bei GmbH und AG nach Einführung des MoMiG

Eine wesentliche Änderung der Rechtslage im Hinblick auf den Wegzug einer Gesellschaft aus deutschem Hoheitsgebiet als Auflösungsgrund ist für GmbH und AG allerdings durch das MoMiG⁷⁵ erfolgt. Nach Art. 1 Nr. 4 b) MoMiG wurde § 4a Abs. 2 GmbHG a.F., wonach der Gesellschaftsvertrag in der Regel den Ort zu bestimmen hatte, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat, sich die Geschäftsleitung befindet oder die Verwaltung geführt wird, aufgehoben. Auch der dem § 4a Abs. 2 GmbHG a.F. entsprechende § 5 Abs. 2 AktG a.F. wurde gemäß Art. 5 Nr. 1 b) MoMiG aufgehoben. Für die GmbH und die AG ist nunmehr in § 4a GmbHG sowie § 5 AktG nur noch geregelt, dass Sitz der Gesellschaft derjenige Ort im Inland ist, den der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung bestimmt. Damit sollte deutschen Gesellschaften ein Auseinanderfallen von Satzungssitz und tatsächlichem Verwaltungssitz ermöglicht werden, so dass die gesamte Geschäftstätigkeit in einer Niederlassung außerhalb deutschen Hoheitsgebiets entfaltet werden kann⁷⁶. Der Gesetzgeber erhofft sich hierdurch eine Stärkung deutscher Rechtsformen in der Konkurrenz zu vergleichbaren Auslandsgesellschaften⁷⁷. Die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ins Ausland führt folglich bei GmbH und AG nicht mehr zu einer Auflösung der Gesellschaft, lediglich eine Verlegung des gesellschaftsvertraglichen Sitzes oder Satzungssitzes zieht diese Folge nach sich, wobei nach den Vorgaben der „*Cartesio*“ Entscheidung eine Auflösung nur für den Wegzug bei gewünschtem Beibehalt der Rechtsform in Betracht kommt⁷⁸. Da eine Verlegung des Vertrags- oder Satzungssitzes aber selbst bei Entfalten der gesamten Geschäftstätigkeit außerhalb deutschen Hoheitsgebiets nicht nötig ist, wird es praktisch kaum zu einer Sitzverlegung mit der Folge der Auflösung kommen. Bei GmbH und AG führt also lediglich eine rechtsformwahrende Verlegung

⁷⁴ Vgl. für den Fortbestand der Sitztheorie für Wegzugsfälle auch *Horn*, NJW 2004, 893 (897); siehe auch für einen Übergang zur Gründungstheorie nur bzgl. der Anerkennung der in einem anderen Mitgliedsstaat gegründeten zuziehenden Gesellschaften *BGH* NJW 2005, 1648 (1649); *BGHZ* 164, 148 (151) = NJW 2005, 3351; *BGHZ* 178, 192 (194 f.) = NJW 2009, 289 (290). Außerhalb der Europäischen Gemeinschaft hält der *BGH* auch im Zuzugsverhältnis weiter an der Sitztheorie fest, vgl. *BGHZ* 178, 192 (194 f.) = NJW 2009, 289 (290) m.w.N.

⁷⁵ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I 2008, 2026).

⁷⁶ Begründung zu Art. 1 Nr. 4 MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 29.

⁷⁷ Begründung zu Art. 1 Nr. 4 MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 29.

⁷⁸ *EuGH*, Urteil vom 16.12.2008 – RS C 210/06 („*Cartesio*“), NJW 2009, 569 (571); *Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, 545 (549).

des gesellschaftsvertraglichen Sitzes bzw. Sitzungssitzes der Gesellschaft zu einer Auflösung.

dd. Weitergehende legislatorische Bestrebungen

Über die bereits für GmbH und AG durch das MoMiG umgesetzten Änderungen hinaus, gibt es Bestrebungen, die Gründungstheorie in der Bundesrepublik Deutschland unabhängig von der Rechtsform der Gesellschaften zu kodifizieren, womit, da nach der Gründungstheorie eine Gesellschaft dem Recht ihres Gründungsstaates unabhängig vom tatsächlichen Sitz unterliegt, auch die Wegzugsproblematik und die Frage einer damit verbundenen Auflösung geklärt werden könnte. Ein bestehender Referententwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen (RefE IPR)⁷⁹ sieht in Art. 1 Nr. 5 die Einführung eines Art. 10 Abs. 1 EGBGB vor, nach dem Gesellschaften und juristische Personen des Privatrechts dem Recht desjenigen Staates unterliegen, in dem sie in ein öffentliches Register eingetragen bzw. bei fehlender Eintragung, nach dessen Recht sie organisiert sind. Darüber hinaus ordnet der vorgesehene Art. 10b EGBGB an, dass – ähnlich der Vorgaben des *EuGH* in der „*Cartesio*“ Entscheidung – das nach dem Entwurf des Art. 10 EGBGB anwendbare Recht im Fall der Registereintragung einer Gesellschaft in einem anderen Staat ohne Erforderlichkeit einer Auflösung und Neugründung wechselt, soweit dies nach dem Recht des Wegzugs- und des Zuzugsstaates statthaft ist und die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Begründung führt dazu aus, dass mit dieser Regelung für sämtliche Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und Handelsrechts einschließlich der Vereine und juristischen Personen des Privatrechts die Gründungstheorie im deutschen Recht kodifiziert werde⁸⁰. Allerdings wurde der Entwurf, obwohl bereits am 7. Januar 2008 vorgestellt, bisher nicht Gesetz. Auf schriftliche Anfrage der Abgeordneten *Dyckmans*, welchen Zeitplan die Bundesregierung bezüglich des Gesetzesentwurfs verfolge, teilte die Bundesregierung durch Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs *Hartenbach* am 18. November 2008 mit, dass sich die Abstimmung über den Gesetzesentwurf schwieriger als erwartet gestalten, so dass derzeit kein konkreter Zeitplan genannt werden könne⁸¹. An einer Kodifikation der Gründungstheorie im nationalen Recht fehlt es also momentan, wobei weder feststeht, wann eine solche erfolgen wird, noch ob es dazu überhaupt kommt. Folgerichtig verwehrt sich der *BGH* ausdrücklich dagegen, der diesbezüglichen gesetzgeberischen Entscheidung

⁷⁹ <http://www.bmj.bund.de/files/-/2751/RefE%20Gesetz%20zum%20Internationalen%20Privatrecht%20der-%20Gesellschaften,%20Vereine%20und%20juristischen%20Personen.pdf> (Stand 20. Februar 2010).

⁸⁰ Begründung zu RefE IPR, vgl. FN 79, S. 8 f.

⁸¹ BT-Drs. 16/11004, S. 11 f.

vorzugreifen und hält an der bisherigen Rechtsprechung und damit der Sitztheorie fest⁸². Über die im Rahmen des MoMiG für GmbH und AG geregelte Möglichkeit hinaus, den Sitz abweichend vom tatsächlichen Verwaltungssitz festzulegen, kann daher weder für andere Gesellschaftstypen noch für eine weitergehende Anwendung der Gründungstheorie eine Abkehr von der Sitztheorie aufgrund der geltenden Rechtslage festgestellt werden.

Die Verlegung des Sitzes einer Handelsgesellschaft ins Ausland stellt daher, wenn die bisherige Rechtsform beibehalten werden soll, nach wie vor einen Auflösungsgrund dar, wobei bei Personenhandelsgesellschaften und Genossenschaften eine Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ausreicht, während bei GmbH und AG für die Auflösung eine Verlegung des gesellschaftsvertraglichen bzw. Satzungssitzes erforderlich ist.

d. Sonstige rechtsformübergreifende Auflösungsstatbestände

Ein weiterer von der Rechtsform der aufzulösenden Gesellschaft unabhängiger im öffentlichen Interesse liegender Auflösungsgrund ist die Zustellung eines Vereinsverbots nach § 3 Abs. 1, Abs. 4 Satz 3 VereinsG. Ein Verein kann nach § 3 Abs. 1 VereinsG verboten werden, wenn sein Zweck oder seine Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderläuft oder er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung bzw. die Völkerverständigung richtet. Vereine im Sinne des Vereinsgesetzes sind dabei sämtliche Handelsgesellschaften. Nach § 2 Abs. 1 VereinsG ist ein Verein jede Vereinigung, zu der sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck zusammengeschlossen und einer gemeinsamen Willensbildung unterworfen hat. Damit können Personenhandelsgesellschaften ohne Weiteres als Vereine nach § 3 VereinsG verboten werden⁸³. Für die AG, die KGaA, die GmbH und die eG stellt § 17 VereinsG klar, dass diese Gesellschaften ebenfalls als Vereine verstanden werden und damit das Vereinsgesetz und insbesondere das Vereinsverbot unter den dort genannten Voraussetzungen auch auf diese anwendbar sind.

Unabhängig vom jeweiligen Gesellschaftstyp sieht schließlich § 38 Abs. 1 KWG für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute die Auflösung bei Entziehung oder Erlö-

⁸² BGHZ 178, 192 (198) = NJW 2009, 289 (291).

⁸³ Lorz in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 131 Rdnr. 28; K. Schmidt in: MüKo HGB, § 131 Rdnr. 48; an der Unterwerfung unter eine gemeinsamen Willensbildung zweifelnd dagegen Schnorr, § 2 Rdnr. 21.

sehen der erforderlichen Erlaubnis (vgl. § 32 Abs. 1 KWG) der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht nach § 35 KWG vor⁸⁴.

e. Vom Typus der Gesellschaft abhängige Auflösungsgründe

aa. Auflösungsgründe für oHG und KG

Wie bereits erwähnt⁸⁵ stellt das Zusammenfallen sämtlicher Gesellschaftsanteile in einer Hand bei Personengesellschaften einen Auflösungsgrund dar, der die Gesellschaft allerdings nicht in das Stadium der Liquidation überführt, sondern unmittelbar die Vollbeendigung auslöst. Bei der KG führt daneben der Wegfall des einzigen Komplementärs zur Auflösung⁸⁶. Zwar wäre denkbar, dass die KG in diesem Fall unmittelbar zur oHG wird, das hätte jedoch zur Folge, dass sämtliche Kommanditisten als Gesellschafter einer oHG nunmehr rückwirkend unbeschränkt haften⁸⁷. Führen die Kommanditisten allerdings eine wegen Wegfalls des einzigen oder letzten Komplementärs aufgelöste KG ohne Aufnahme eines Komplementärs fort⁸⁸, wird die Gesellschaft kraft Gesetzes zur oHG⁸⁹. Fraglich ist dabei, ob die Auflösung der Komplementärin bereits zur Auflösung der KG führt, oder ob die Komplementärin darüber hinaus vollbeendet sein muss. Nach zutreffender Ansicht des *BGH* sowie des überwiegenden Schrifttums führt nicht die Auflösung der einzigen Komplementärin, sondern erst deren Vollbeendigung zur Auflösung der KG⁹⁰. Die Gegenauffassung⁹¹ überzeugt nicht, da auch die aufgelöste und zum Zweck der Liquidation fortbestehende Komplementärin in der Lage ist, die Geschäfte der KG zu führen und diese zu vertreten. Eine werbende Tätigkeit ist damit nicht verbunden, da die Komplementärin lediglich eine Verpflichtung aus dem vor ihrer Auflösung abgeschlossenen Geschäfts-

⁸⁴ Im Gegensatz dazu führt der Widerruf der Erlaubnis für Versicherungsunternehmen nach § 87a Abs. 1, 2 VAG nicht automatisch zur Auflösung, vgl. *Kollhosser* in: Prölls, § 87a Rdnr. 18. Etwas anderes gilt nach § 87a Abs. 5 VAG lediglich für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, da diese aufgrund ihrer Rechtsform keine andere werbende Tätigkeit betreiben können. Allerdings stellen Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit keine Handelsgesellschaften dar, vgl. § 16 VAG.

⁸⁵ Siehe Erster Teil I., S. 10.

⁸⁶ *BGHZ* 6, 113 (116); *BGHZ* 8, 35 (37 f.); *BayObLG* BB 2000, 1211 (1212); *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 131 Rdnr. 36; vgl. zur Vereinbarkeit dieses Ergebnisses mit dem gesellschaftsrechtlichen Rechtsformzwang auch *Bork/Jacoby*, ZGR 2005, 611 (614 f.).

⁸⁷ *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 131 Rdnr. 46; dagegen wird die KG beim Wegfall des letzten Kommanditisten und Verbleiben mehrerer Komplementäre zur oHG, vgl. *K. Schmidt*, GesR, S. 1555.

⁸⁸ Zur Fortsetzung siehe Erster Teil IV., S. 64 ff.

⁸⁹ *BGH* NJW 1080, 1705 (1706); *Bork/Jacoby*, ZGR 2005, 611 (615).

⁹⁰ *BGHZ* 75, 178 (182) = NJW 1980, 233; *OLG Hamburg* NJW 1987, 1896; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 131 Rdnr. 36.

⁹¹ *H. Schmidt*, S. 119 ff.; *K. Schmidt*, GesR, S. 1659; *derselbe* in: MüKo HGB, § 131 Rdnr. 47; *derselbe* in: ZHR 153 (1989), 270 (279 f.).

vertrag erfüllt⁹². Zu beachten ist allerdings, dass die Auflösung einer Komplementär-gesellschaft aufgrund der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über deren Vermögen ohne abweichende vertragliche Vereinbarung nach §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB zum Ausscheiden der Komplementärin führt⁹³, so dass bei Verbleib lediglich eines Kommanditisten mit der Auflösung der Komplementärin eine liquidationslose Vollbeendigung der KG eintritt⁹⁴.

Zur Auflösung kann bei der oHG und KG schließlich auch die Löschung der Register-eintragung wegen des Mangels einer wesentlichen Voraussetzung nach § 395 Abs. 1 FamFG führen⁹⁵. Ist die Gesellschaft trotz der mangelbehafteten Eintragung wirksam entstanden, findet eine Abwicklung nach den Liquidationsvorschriften statt⁹⁶.

bb. Auflösungsgründe für die GmbH

Nach § 75 Abs. 1 GmbHG kann jeder Gesellschafter, Geschäftsführer und, sofern ein Aufsichtsrat bestellt ist, jedes Mitglied des Aufsichtsrates Klage auf Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft⁹⁷ erheben, wenn einer der dort aufgezählten schwerwiegenden Mängel des Gesellschaftsvertrages vorliegt. Wird die GmbH daraufhin durch Urteil für nichtig erklärt, ist dies analog § 275 Abs. 4 Satz 3 AktG von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen⁹⁸. Gemäß § 77 Abs. 1 GmbHG finden nach Eintragung der Nichtigkeit die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften zur Abwicklung entsprechende Anwendung. Die Erklärung der „Nichtigkeit“ ist damit ein lediglich für die Zukunft wirkender Auflösungsgrund⁹⁹.

⁹² BGHZ 75, 178 (182) = NJW 1980, 233.

⁹³ BGH NZG 2004, 611 = ZIP 2004, 1047; *Bork/Jacoby*, ZGR 2005, 611 (612); *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, Anh § 177a Rdnr. 45; *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 11 Rdnr. 26; a.A. für die Simultaninsolvenz einer KG und ihrer Komplementär-GmbH im Rahmen einer typischen GmbH & Co. KG *K. Schmidt*, GmbHR 2002, 1209 (1214); vgl. auch zur Anwendbarkeit des § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB in der Simultaninsolvenz sämtlicher Gesellschafter *Bork/Jacoby*, ZGR 2005, 611 (652).

⁹⁴ *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 11 Rdnr. 26; vgl. zur liquidationslosen Vollbeendigung wegen Vereinigung sämtlicher Anteile in einer Hand oben, Erster Teil I., S. 10.

⁹⁵ Entgegen der früheren Regelung des § 143 FGG a.F. ist nunmehr lediglich das Registergericht für die Löschung zuständig. Eine konkurrierende Zuständigkeit des diesem vorgeordneten Landgerichts, die in § 396 RegE FamFG (BT-Drs. 16/6308, S. 75) noch enthalten war, ist aufgrund der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zur Vermeidung einer Zuständigkeitskonkurrenz (BT-Drs. 16/9733, S. 298; zur Begründung BT-Drs. 16/9733, S. 298) gestrichen worden.

⁹⁶ Vgl. *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, Anh § 77 Rdnr. 23.

⁹⁷ Es handelt sich dabei um eine Gestaltungs-klage, vgl. *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, § 75 Rdnr. 17.

⁹⁸ *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, § 75 Rdnr. 32.

⁹⁹ *K. Schmidt*, GesR, S. 142; *Zimmermann* in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 75 Rdnr. 1; a.A. *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, § 75 Rdnr. 5, der eine Unterscheidung zwischen Auflösungsgrund und Nichtigkeit insbesondere im Hinblick auf die von der herrschenden Meinung befürworteten Möglichkeit, gegen eine bereits aufgelöste Gesellschaft Nichtigkeitsklage zu erheben, annimmt.

Liegen die Voraussetzungen der §§ 75, 76 GmbHG vor, kann eine GmbH daneben auch nach pflichtgemäßem Ermessen¹⁰⁰ von Amts wegen im Handelsregister gelöscht werden, vgl. § 397 Satz 2 FamFG. Auch nach dieser Amtslöschung findet ebenso wie bei Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils nach § 75 GmbHG eine Abwicklung nach den Vorschriften der Abwicklung nach Auflösung statt¹⁰¹. Zwar kann das Registergericht grundsätzlich auch nach § 395 Abs. 1 FamFG eine unzulässige Eintragung in das Handelsregister löschen, dies gilt allerdings wegen der strengeren Regelungen zur Löschung nach § 397 FamFG nicht für die Eintragung der dort genannten Gesellschaften und damit nicht für die GmbH¹⁰².

Des Weiteren wird eine GmbH nach § 60 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG auch mit Rechtskraft einer Verfügung des Registergerichts über die Feststellung der Mangelhaftigkeit des Gesellschaftsvertrages nach § 399 Abs. 4 FamFG aufgelöst, soweit der Aufforderung, den Mangel des Gesellschaftsvertrags zu beheben, nicht fristgemäß nachgekommen wird (vgl. §§ 399 Abs. 4, Abs. 1, Abs. 2 FamFG).

Wie bereits erwähnt¹⁰³, führt bei der GmbH nach herrschender Ansicht auch der Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile durch die Gesellschaft zur Auflösung¹⁰⁴. Dazu kann es z.B. durch den unter den Voraussetzungen des § 33 GmbHG zulässigen Erwerb eigener Geschäftsanteile, durch Ausschluss des letzten Gesellschafters im Wege der Kaduzierung¹⁰⁵ nach § 21 Abs. 2 GmbHG oder dann kommen, wenn ein nachschussverpflichteter Gesellschafter gemäß § 27 Abs. 1 GmbHG seinen Geschäftsanteil der Gesellschaft zur Befriedigung zur Verfügung stellt. Auch im Wege der Erbfolge kann eine GmbH Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile werden. Die Gegenansicht, nach der ein auch dauerhaftes Bestehen einer gesellschafterlosen Gesellschaft unschädlich ist¹⁰⁶, kann nicht überzeugen, da mangels Gesellschafterversammlung bei der

¹⁰⁰ So die h.M., vgl. *Bassenge*, Rpfleger 1974, 173 (176); *Bumiller/Harders*, § 397 Rdnr. 9; *Winkler* in: *Keidel/Kuntze/Winkler*, § 144 Rdnr. 31; a.A. zur Nichtigkeitslöschung der AG *Hüffer*, § 275 Rdnr. 32; *derselbe* in: *MüKo AktG*, § 275 Rdnr. 68.

¹⁰¹ *Bumiller/Harders*, § 397 Rdnr. 8; *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, Anh § 77 Rdnr. 29; *Winkler* in: *Keidel/Kuntze/Winkler*, § 144 Rdnr. 16.

¹⁰² Vgl. zur gleichen Problematik bei §§ 142, 144 FGG a.F. *OLG Frankfurt* Rpfleger 2002, 208 = *NZG* 2002, 294 (295); *OLG Düsseldorf* *NZG* 2004, 824 (825); *Steder* in: *Jansen*, § 142 Rdnr. 4; *Winkler* in: *Keidel/Kuntze/Winkler*, § 142 Rdnr. 6; für die Anwendbarkeit des § 395 Abs. 1 FamFG (§ 142 FGG a.F.) auf Eintragungen aufgrund wesentlicher Verfahrensmängel hingegen *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, Anh § 77 Rdnr. 19.

¹⁰³ Vgl. *Erster Teil I*, S. 10.

¹⁰⁴ *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, § 60 Rdnr. 81; *Hirte*, *ZInsO* 2000, 127 (129); *Hüffer*, § 262 Rdnr. 24; *Kleindiek* in: *Lutter/Hommelhoff*, § 60 Rdnr. 24; *K. Schmidt*, *GesR*, S. 1200.

¹⁰⁵ Bei der Kaduzierung handelt es sich um den Ausschluss eines mit der Einzahlung säumigen Gesellschafters mit dem Geschäftsanteil, auf welchen die Zahlung zu erfolgen hat, vgl. § 21 Abs. 1 GmbHG.

¹⁰⁶ *Kreutz* in: *FS Stimpel*, 379 (394); *Meyer-Landrut* in: *Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, § 33 Rdnr. 12.